



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

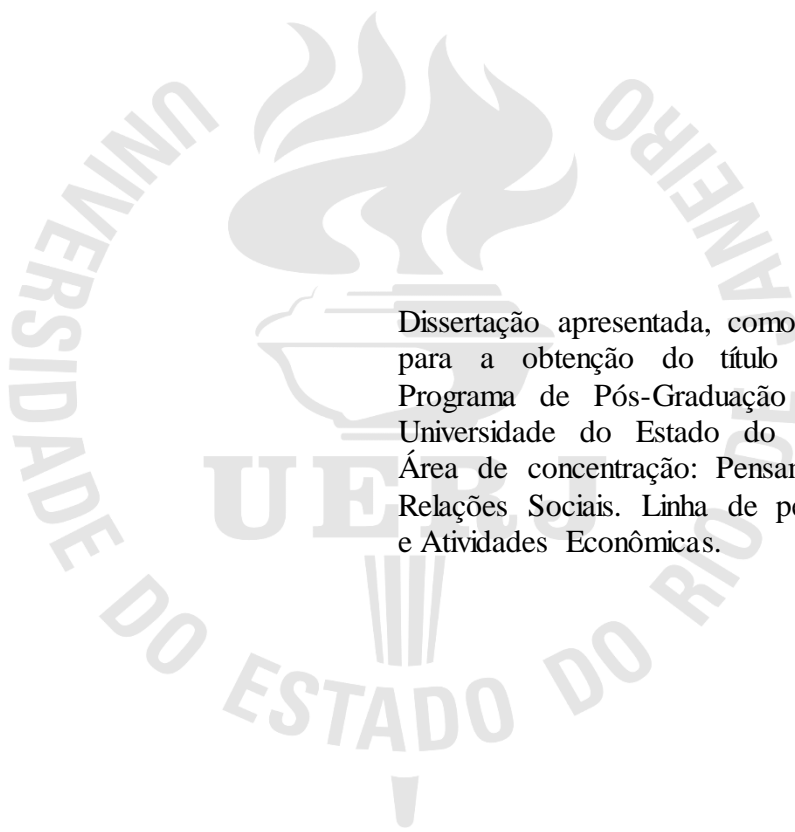
**Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise  
concorrencial dos contratos de colaboração horizontal**

Rio de Janeiro

2016

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

**Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586c Silva, Ricardo Vilela Mafra Alves da.  
Cooperação entre concorrentes : critérios de legalidade na análise  
concorrencial dos contratos de colaboração horizontal / Ricardo Vilela Mafra  
Alves da Silva. - 2016.  
148 f.

Orientador: Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Concorrência - Teses. 3. Direito comercial -  
Teses. 4. Direito econômico - Teses. I. Almeida, José Gabriel Lopes Pires  
Assis de. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito.  
III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

**Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Aprovada em 19 de fevereiro de 2016.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

---

Prof. Dr. Eduardo Takemi Kataoka  
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2016

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida, pela orientação desta dissertação.

A todos os professores do Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pelas lições e ensinamentos.

Aos meus professores da Universidade Federal do Rio de Janeiro, especialmente o Prof. João Marcelo de Lima Assafim, pelos ensinamentos e contribuição à minha formação.

Aos meus pais, família e amigos, pelo apoio e incentivos de sempre.

## RESUMO

SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. *Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal*. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O presente trabalho tem como objeto os contratos de colaboração entre concorrentes e a análise de sua legalidade na perspectiva do direito concorrencial. O direito da concorrência tem especial preocupação com acordos envolvendo agentes rivais, especialmente em razão do risco de caracterização de cartéis. No entanto, as cooperações entre concorrentes têm potencial de gerar relevantes benefícios e, neste sentido, o direito concorrencial deve fornecer instrumental teórico capaz de estabelecer limites e critérios que diferenciem os acordos legítimos daqueles que sejam anticompetitivos. Como primeiro passo do trabalho, os contratos de colaboração entre concorrentes serão analisados na perspectiva histórica, especificamente com relação ao seu papel na origem da sociedade personificada, e na perspectiva econômica, referente às motivações dos agentes econômicos em optar por esta forma de governança específica para sua parceria. Neste contexto, será relevante analisar os pressupostos da Nova Economia Institucional, que estuda as diversas formas de governança utilizadas por agentes econômicos. Em seguida, o trabalho analisará os efeitos econômicos gerados pelos contratos de colaboração de forma mais recorrente, abordando de forma separada as possíveis eficiências e ineficiências.

Palavras-chave: Contratos de colaboração. Acordos entre concorrentes. Política de defesa da concorrência. Controle de estruturas de mercado. Atuação repressiva do direito concorrencial. Governança de transações. Efeitos econômicos.

## ABSTRACT

SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. *Cooperation among competitors: legality criteria in the antitrust analysis of horizontal collaboration agreements*. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This study has the purpose of analyzing the collaboration agreements between competitors and their legality under competition law. Agreements between rivals are subject of special concern for competition law due to the risk of cartel. However, cooperation between rivals has the potential to generate relevant benefits and, in this sense, competition law should provide the theoretical tools necessary to establish limits and criteria to differentiate legal agreements from those that are anticompetitive. As a first step of the study, the agreements between competitors will be analyzed from a historical perspective, specifically their role in the origins of the corporation, as well as from an economic perspective, regarding the motives of economic agents in choosing this type of governance for their partnership. In this context, the theories of the New Institutional Economics will be a relevant subject of study. Also, the study will analyze the economic effects most frequently generated by the collaboration agreements, separating efficiencies from inefficiencies.

Keywords: Collaboration agreements. Agreements between competitors. Competition policy. Merger control. Prosecution of anticompetitive acts. Governance of transactions. Economic effects.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Transição de formas de governança em função da especificidade do ativo (k).....	33
Gráfico 2 – Representação dos efeitos de colaborações entre concorrentes.....	42
Gráfico 3 – Representação do Modelo Ingênuo de balanceamento de efeitos econômicos gerados por um ato ou contrato.....	46



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AEA	Agricultural Engineers Association Ltd.
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DOJ	The United States Department of Justice
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
FRAND	Fair, reasonable and nondiscriminatory terms
FTC	Federal Trade Commission
NCRPA	National Cooperative Research and Production Act
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ProCADE	Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SSO	Standard Setting Organizations
TCC	Termo de Compromisso de Cessão

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>Apresentação do tema</b> .....	10
<b>Estrutura do trabalho</b> .....	12
<b>Marco teórico</b> .....	13
<b>1 TIPOLOGIA E MOTIVAÇÕES DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO</b> .....	14
1.1 <b>O contrato como alternativa à sociedade personificada para estruturação de parcerias comerciais</b> .....	14
1.2 <b>Motivações internas dos agentes econômicos para celebração de contratos de colaboração: a visão da economia</b> .....	26
1.3 <b>A interação entre concorrentes e o método de análise dos seus efeitos pelo direito da concorrência</b> .....	38
1.3.1 <u>Quadro normativo: dispositivos legais e infralegais aplicáveis</u> .....	39
1.3.2 <u>Considerações iniciais sobre os efeitos gerados por acordos de colaboração entre concorrentes</u> .....	41
1.3.3 <u>Teoria e método de aplicação das normas concorrenciais à colaboração entre concorrentes</u> .....	44
<b>2 OS CRITÉRIOS DE LEGALIDADE DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO</b> .....	62
2.1 <b>As hipóteses nas quais o direito da concorrência aceita a legalidade das restrições dos acordos de colaboração</b> .....	62
2.1.1 <u>Redução de custos de transação e assimetria de informações</u> .....	62
2.1.2 <u>Obtenção de escala e racionalização da oferta e/ou demanda</u> .....	69
2.1.3 <u>Pesquisa, desenvolvimento e estabelecimento de padrões</u> .....	74
2.2 <b>A aplicação dos critérios de legalidade das restrições aos acordos de colaboração</b> .....	81
2.2.1 <u>Redução de custos de transação e assimetria de informações</u> .....	81
2.2.2 <u>Obtenção de escala e racionalização da oferta e/ou demanda</u> .....	88
2.2.3 <u>Pesquisa, desenvolvimento e estabelecimento de padrões</u> .....	95
<b>3 OS CRITÉRIOS DE ILEGALIDADE DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO</b> .....	98
3.1 <b>As hipóteses nas quais o direito da concorrência rejeita a legalidade das restrições dos acordos de colaboração</b> .....	99

3.1.1	<u>Troca de informações sensíveis e facilitação da colusão</u> .....	99
3.1.2	<u>Restrição da oferta ou de investimentos injustificada</u> .....	104
3.1.3	<u>Fechamento de mercado e aumento dos custos de rivais</u> .....	108
3.2	<b>A aplicação dos critérios de ilegalidade das restrições aos acordos de colaboração</b> .....	114
3.2.1	<u>Troca de informações sensíveis e facilitação da colusão</u> .....	114
3.2.2	<u>Restrição da oferta ou de investimentos injustificada</u> .....	121
3.2.3	<u>Fechamento de mercado e aumento dos custos de rivais</u> .....	126
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	133
	<b>Conclusões gerais</b> .....	133
	<b>Conclusões específicas</b> .....	135
	<b>Recomendações</b> .....	137
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	139

## INTRODUÇÃO

### Apresentação do tema

A colaboração entre agentes econômicos está na gênese do direito comercial. A própria sociedade personificada, como construção técnico-jurídica, nasceu a partir de instrumentos contratuais que tinham como objetivo organizar a comunhão de esforços e limitar o risco dos sócios na condução de atividades econômicas.

Desde a promulgação do *Sherman Act* nos Estados Unidos da América em 1890, o direito da concorrência tem se dedicado a evitar que as diversas formas de organização empresarial imponham restrições irrazoáveis ao comércio. O termo “antitruste”, tão utilizado até os dias de hoje para denominar a matéria, tem origem na função original da legislação de combater os *trusts*, forma jurídica pela qual confiava-se a administração de diversas pessoas jurídicas – muitas delas concorrentes – a um mesmo agente fiduciário<sup>1</sup>.

Com o passar os anos, a defesa da concorrência deparou-se com diferentes métodos de alocação de recursos, desde fusões e aquisições – que se intensificavam ou retraíam de forma cíclica, em “ondas”<sup>2</sup> – até integrações e restrições verticais, passando por consórcios, *joint ventures*, formação de conglomerados, dentre outros. Uma destas formas, que recentemente adquiriu grande importância no ordenamento brasileiro, refere-se à colaboração entre concorrentes por meio de contratos complexos (associativos ou cooperativos).

A questão desperta o interesse dos órgãos de defesa da concorrência, e não sem motivos. A conduta anticoncorrencial que apresenta maior potencial danoso, o cartel, nada

---

<sup>1</sup> Apesar da origem do nome da legislação concorrencial, há divergência na doutrina norte-americana acerca do real escopo e propósito originais do direito “antitruste”. “The name ‘antitrust’ was derived from combinations of large firms that, in that time, were first organized in the form of, and thus became known as, trusts. For most Americans, the Sherman Act probably was understood, if at all, as a weapon to be used against such combinations – favorite targets, in addition to the railroads, were the oil, sugar, and whiskey trusts. But from the recorded proceedings of that Congress, we can identify more narrowly tailored goals. Chief among them were preventing the high prices associated with monopoly or cartel activity (transfers of wealth from consumers to monopolists), a basic pocketbook issue that every voter could grasp. Another goal was protecting the right of every person to practice a trade of choice. Both of these goals were seen as consistent with suppressing or restraining the growth of big business” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 2006. p. 6).

<sup>2</sup> Vide, a esse respeito, o estudo de Eduardo Secchi Munhoz sobre as ondas de fusões e aquisições, isto é, “determinados períodos de tempo que se destacam, comparativamente a outros, em termos de número e de valor de operações de fusão e aquisição realizadas” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 117 e ss.).

mais é do que um acordo – tácito ou explícito, dependendo da sua sofisticação – entre agentes rivais. No entanto, os acordos de colaboração entre concorrentes apresentam potenciais eficiências que desautorizam sua proibição *prima facie*<sup>3</sup>.

O direito da concorrência possui relevante arcabouço legal e teórico com relação ao método de análise dos danos causados por cartéis e dos efeitos econômicos gerados por fusões e aquisições. No entanto, o acordo de colaboração não se enquadra adequadamente em nenhum destes dois casos. A associação entre concorrentes não é, necessariamente, um cartel, tampouco configura-se como uma integração societária entre os agentes econômicos envolvidos.

Deste modo, os contratos de colaboração, como forma de organização da atividade econômica, merecem metodologia e teoria próprias no âmbito da análise concorrencial de seus efeitos sobre o mercado. A importância destes acordos em economias capitalistas é evidenciada pelas duas faces que apresentam: se por um lado podem gerar efeitos deletérios ao mercado, à sociedade e aos consumidores, como restrição de oferta, redução de investimentos e aumento de preços, por outro também podem gerar relevantes eficiências, como o desenvolvimento de novos produtos, o compartilhamento de riscos, a conjugação de ativos complementares, a expansão da oferta, a redução de assimetrias de informação e a obtenção de economias de escala<sup>4</sup>.

A correta avaliação da legalidade dos acordos de cooperação entre agentes rivais passa, necessariamente, pela ponderação dos efeitos destas operações sobre o mercado.

---

<sup>3</sup> A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por exemplo, entende que as parcerias empresariais (joint ventures) podem ser situadas em um “espectro”. Em um extremo do espectro estariam os acordos que apresentam grande potencial de criação de eficiências, sem geração de nenhum ou quase nenhum efeito danoso ao mercado; no outro extremo do espectro estariam as joint ventures que restringem a concorrência sem apresentar nenhuma ou quase nenhuma eficiência. Estas seriam as “sham joint ventures”, cartéis disfarçados como parcerias empresariais (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Competition issues in joint ventures. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2379097.pdf>>. Acesso em 6 de dezembro de 2015. p. 9).

<sup>4</sup> Conforme já se pronunciou a ProCADE: “as associações entre empresas, voltadas para o desenvolvimento de uma atividade econômica, são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, devem ser objeto de preocupação antitruste, tendo em vista que proporcionam, em regra, o compartilhamento de informações e/ou infraestrutura, que pode terminar por alterar o comportamento das partes no mercado de atuação ou interferir no relacionamento das partes com terceiros, tais como clientes, concorrentes, fornecedores. Portanto, mesmo não envolvendo a aquisição de participação societária, o contrato associativo, em tese, pode propiciar o abuso do poder econômico dos seus figurantes e, portanto, deve ser submetido à prévia análise do CADE, uma vez preenchidos os critérios dos incisos I e II do art. 88” (páginas 3 e 4 do Parecer nº 394/2012/AGU/PGF/PFECAD, emitido em CADE, ato de concentração nº 08700.008736/2012-92, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 5 de novembro de 2012).

O presente trabalho, portanto, tem como objetivo analisar os efeitos econômicos dos contratos de colaboração entre concorrentes, estabelecendo limites e critérios de legalidade que devem ser observados na avaliação destes arranjos cooperativos.

### **Estrutura do trabalho**

Para estes a satisfação dos objetivos deste trabalho, o estudo ora proposto será dividido em três partes.

Na primeira parte, serão analisadas as teorias que buscam explicar a racionalidade e as motivações dos agentes econômicos ao optar pela celebração de contratos complexos de longo prazo, assim como o modelo teórico e quadro técnico-normativo aplicáveis em sua avaliação pelo direito concorrencial. Neste contexto, a cooperação empresarial será abordada a partir do seu papel nas origens no direito comercial, com o objetivo de demonstrar que o contrato de colaboração constitui alternativa à sociedade personificada como forma de estruturação de atividades econômicas. Em seguida, será necessário revisar as teorias da Nova Economia Institucional acerca da opção do agente econômico pelos contratos colaborativos como uma das respostas possíveis à decisão entre produzir por conta própria ou adquirir de terceiros insumos e materiais (*"make-or-buy decision"*). Os fundamentos históricos e econômicos dos acordos de cooperação serão utilizados como ponto de partida para a revisão do método e teoria do direito concorrencial aplicáveis à matéria. Neste sentido, a trajetória da política de defesa da concorrência ao longo do Século XX – especialmente com relação ao tratamento das integrações verticais por tribunais norte-americanos – demonstra que a correta avaliação dos efeitos de práticas empresariais não pode deixar de incorporar as motivações dos agentes econômicos em utilizá-las<sup>5</sup>.

A forma de aplicação do direito da concorrência aqui defendida pauta-se, precipuamente, em método consequencialista. Em nenhum momento busca-se determinar,

---

<sup>5</sup> As mais relevantes críticas ao tratamento das restrições verticais pelos tribunais norte-americanos foram formuladas pelos autores filiados à Escola de Chicago, que pregavam maior rigor econômico na análise concorrencial. Vide FREIRE, Maria Paulo dos Reis Vaz. Eficiência econômica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência. Lisboa: AAFDL, 2008. pp. 730 e ss.

neste estudo, se determinada forma de organização é justa ou não, mas sim se ela é eficiente do ponto de vista de geração de bem-estar<sup>6</sup>.

A segunda e terceira partes apresentam, respectivamente, os efeitos benéficos e deletérios dos acordos entre concorrentes. Estes aspectos dos contratos de colaboração não devem ser encarados como faces opostas da mesma moeda, mas como fenômenos que, na maior da parte das vezes, se apresentarão de forma interconectada, indissociáveis um do outro, o que certamente representa um desafio ao aplicador da lei concorrencial, seja ele o agente estatal, o advogado ou mesmo o próprio agente econômico. Não obstante, para garantir a didática adequada na exposição do tema, optou-se por apresentar os potenciais danos e as eficiências econômicas dos acordos entre concorrentes de forma segregada, em dois capítulos, sem perder de vista, no entanto, a linha mestra que confere coerência aos diversos tópicos, possibilitando o estabelecimento de diretrizes gerais que, espera-se, auxiliarão o aplicador da lei no caso concreto.

Por fim, a conclusão do trabalho buscará definir algumas regras gerais, a partir da teoria e prática do direito da concorrencial, que podem auxiliar na determinação de limites e critérios de legalidade dos contratos de colaboração entre concorrentes, indicando as hipóteses nas quais tais práticas têm maior potencial de apresentar efeitos líquidos negativos e as hipóteses nas quais, ao contrário, há maior possibilidade de geração de efeitos líquidos positivos.

## **Marco teórico**

O trabalho utilizará, como marco teórico, o estudo de Luiz Fernando Schuartz, que analisou, em seu artigo intitulado “Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes”<sup>7</sup>, a aplicação das regras da razão e da ilegalidade *per se* para diferenciar os acordos entre concorrentes lícitos e ilícitos, com base na doutrina e jurisprudência norte-americanas referentes às restrições concorrenciais puras e acessórias. Para o autor, cartéis clássicos devem ser tratados

---

<sup>6</sup> Assim, o presente trabalho filia-se à corrente teórica do welfarismo como referencial para a formulação de políticas públicas e aplicação da lei. Vide KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. pp. 52 e ss.; e GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006. pp. 59 e ss.

<sup>7</sup> SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes*. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

pelo critério da ilicitude *per se*, enquanto os acordos entre concorrentes devem ser analisados de acordo com a regra da razão, realizando-se o balanceamento dos seus efeitos danosos e eficiências<sup>8</sup>.

Além disso, o direito da concorrência tem estreita relação com a economia. Qualquer estudo acerca do tratamento concorrencial de uma conduta ou prática que não leve em consideração os ensinamentos da economia sobre o tema será incompleto. Assim, este estudo também utilizará, para a análise dos efeitos e dos critérios de legalidade dos acordos de colaboração entre concorrentes, as teorias econômicas acerca dos contratos relacionais (contratos complexos de longo prazo), especialmente as ideias da Nova Economia Institucional.

## 1. TIPOLOGIA E MOTIVAÇÕES DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO

Para compreender adequadamente os efeitos dos contratos de colaboração entre concorrentes na ótica do direito da concorrência, é importante estudar a sua essência jurídica e econômica. Portanto, é necessário analisar: (i) o papel do contrato como uma alternativa à sociedade personificada como instrumento utilizado por agentes econômicos para estruturar parcerias comerciais; (ii) a motivação dos agentes econômicos em utilizar o contrato ao invés da opção societária; e (iii) os quadros normativo e teórico aplicáveis à análise dos efeitos dos acordos de colaboração entre concorrentes.

### 1.1. O contrato como alternativa à sociedade personificada para estruturação de parcerias comerciais

A colaboração entre agentes econômicos para a obtenção de um fim comum não é fenômeno novo no direito comercial. Ao contrário, acordos associativos encontram-se na origem da criação da sociedade personificada<sup>9</sup>. Ainda hoje, é frequente a utilização de sociedades não personificadas para a estruturação de empreendimentos conjuntos<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Ibidem. pp. 128-134.

<sup>9</sup> A personificação das sociedades é, neste sentido, uma construção técnica-jurídica que reconheceu a autonomia de organizações complexas de colaboração entre agentes. “Para que o homem possa atingir seus fins e objetivos une-se a seus semelhantes formando agrupamentos. É cada vez mais raro a pessoa física conseguir isoladamente



A análise concorrencial da colaboração entre concorrentes deve, em primeiro lugar, investigar os dois principais meios de formalização da relação associativa: o contrato e a sociedade personificada. O estudo das duas principais opções de estruturação de acordos de colaboração auxiliará o entendimento das motivações econômicas de rivais que decidem cooperar entre si pela via contratual.

Um dos registros mais antigos de formas colaborativas para a condução de atividades econômicas, ainda na época do feudalismo<sup>11</sup>, refere-se à utilização de sociedades em nome coletivo para dar continuidade ao empreendimento de comerciantes individuais após o seu falecimento. Neste contexto, os herdeiros do comerciante mantinham a casa de comércio por meio de ente coletivo estruturado inicialmente na forma de *consortium* que, posteriormente, originou a *societas*, chamada de *companhia*, “palavra que teria se formado a partir de *cum* e *panis*, indicando a comunhão fraternal de vida e de trabalho”<sup>12</sup>. O fenômeno associativo na economia feudal, portanto, girava em torno das corporações de ofício e organizações religiosas<sup>13</sup>.

Na transição do feudalismo para o capitalismo mercantilista, a burguesia, que na época se consolidava como classe de relevante poder econômico, passou a utilizar formas associativas para conduzir suas atividades. Assim, organizados em classes de profissionais, os

---

suas ambições e metas. Seus desejos vão muito além das suas possibilidades materiais e mesmo intelectuais; a complexidade da vida civil aconselha e estimula com assaz razoabilidade que uma pessoa procure outras a fim de juntas, diminuindo o esforço individual, desenvolvam com maior êxito suas potencialidades. [...] A personificação destes organismos é construção técnico-jurídica destinada a capacitá-los em igualdade de condições com as pessoas físicas, desde que preenchidos os pressupostos necessários à aquisição de personalidade: organização de pessoas ou de bens; licitude dos fins e o reconhecimento legal de sua capacidade de exercício” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 9 e 10). No mesmo sentido: “As sociedades comerciais, inclusive as por ações, são manifestações do fenômeno associativo. O conceito de associação, em sentido lato, compreende todas as modalidades de conjuntos organizados de pessoas que cooperam em razão de um interesse comum. O grau de estruturação desses conjuntos pode variar, desde um mínimo de relações irregulares até o complexo de inter-relações que caracteriza a organização” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. pp. 21 e 22).

<sup>10</sup> Um dos tipos de sociedades não personificada muito utilizado atualmente é a sociedade em conta de participação. “A Conta de Participação é forma jurídica de mil e uma utilidades. [...] Dada a sua grande flexibilidade, a Conta de Participação tem múltiplos usos, sendo impossível relacioná-los todos, pois o engenho humano é sem limites” (ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A sociedade em conta de participação. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 197).

<sup>11</sup> “Os tipos mais antigos de sociedades mercantis formaram-se na Idade Média. Para tanto contribuíram as condições sociais e políticas da época – especialmente a partir do século XI – que estimulavam as associações e o desenvolvimento do comércio e levaram à formação do direito comercial” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A... p. 25).

<sup>12</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 53.

<sup>13</sup> “Essas sociedades entre pessoas – existentes, apenas, nas relações entre os sócios, como da tradição do direito romano – formavam-se num universo feudal, trabalhado por outras estruturas associativas do maior relevo e significado: as corporações de ofício e as religiosas (monastérios, congregações e ordens)” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A... p. 25).

burgueses “passaram a exercer as atividades negociais sob o manto de associações profissionais – as corporações de artes e de ofícios”<sup>14</sup>.

Com o capitalismo mercantilista, que se pautava em grande parte no comércio marítimo, surgem formas mais complexas de empreendimentos conjuntos. O contrato de comenda passou a ser utilizado por comerciantes que atuavam no comércio marítimo do Mediterrâneo como forma de captar recursos financeiros para atividades de grande risco e, ao mesmo tempo, garantir lucratividade aos investidores. Por meio das sociedades em comandita, o *commendator* contribuía capital a determinado empreendimento, cuja consecução cabia ao *tractador*, que assumia a responsabilidade pela atividade<sup>15</sup>. Estas sociedades foram utilizadas durante séculos, inicialmente para “permitir que nobres, titulares de cargos públicos e religiosos burlassem a proibição ética e religiosa dos empréstimos a juros, podendo, assim, participar dos resultados obtidos nas atividades comerciais”<sup>16</sup>.

As sociedades em comandita eventualmente evoluíram para tipos societários mais sofisticados, como a companhia. Este novo tipo de sociedade, que seria largamente utilizado a partir da Revolução Industrial, foi criado ainda no capitalismo mercantilista, “como resposta à necessidade de mobilização de elevadas somas de capital para enfrentar os desafios políticos e econômicos da época dos descobrimentos”<sup>17</sup>. Segundo Trajano de Miranda Valverde, a primeira sociedade anônima de que se tem conhecimento, pelos registros históricos, é o Banco de São Jorge, constituído em 1407, sendo “a organização que, pela primeira vez, corporificou os elementos principais do instituto”<sup>18</sup>.

Neste contexto histórico, é de suma importância o surgimento das companhias colonizadoras. A primeira delas, a Companhia das Índias Orientais, foi formada em 1602, na

<sup>14</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito comercial: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 29.

<sup>15</sup> Vera Helena de Mello Franco dá notícia de arranjos contratuais semelhantes de origem romana, por meio dos quais transferia-se o risco de empreendimentos comerciais. Assim, “é necessário distinguir o seguro de outras operações econômicas que, embora assemelhadas e consideradas modalidades primitivas do seguro, não podem, com rigor técnico, assim ser definidas. Dentre estas está o instituto do *foenus nauticum*, com o qual os romanos pretendiam afastar os riscos usuais no comércio marítimo. Nele um capitalista mutuava determinada soma ao armador do navio para que a empregasse em qualquer operação comercial particular. Sendo a viagem bem-sucedida, a quantia mutuada retornava acompanhada de gordos juros. Ocorrendo o fracasso, pelo menos um consolo: o armador liberava-se da obrigação de restituir a soma e nem sequer deveria prestar juros” (FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de direito securitário: seguros terrestres privados. São Paulo: Maltese, 1993. p. 15).

<sup>16</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa contemporânea... p. 53.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 55.

<sup>18</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedade por ações – introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1953. v. 1. p. 10.

Holanda, a partir de sociedades marítimas então existentes<sup>19</sup>. Sua criação inspirou várias outras companhias constituídas na Inglaterra, França, Espanha, Portugal, Suécia e Bélgica<sup>20</sup>.

Muito embora as primeiras companhias já apresentassem algumas das características da sociedade anônima moderna, como a responsabilidade limitada dos sócios e a divisão do capital em partes livremente transferíveis, sua constituição ainda era condicionada a ato de autoridade pública<sup>21</sup>. Por este motivo, diz-se que as companhias nasceram na fase do privilégio, quando sua constituição era decorrente de ato governamental<sup>22</sup> e seu objetivo era eminentemente político<sup>23</sup>, passando posteriormente pela fase da autorização, quando a constituição da sociedade anônima, embora de iniciativa privada, dependia de autorização pública, até chegar à atual fase da liberdade<sup>24</sup>.

A complexidade das relações econômicas e as demandas do capitalismo industrial levaram ao desenvolvimento técnico e jurídico da companhia, que passou a ser o principal meio de captação e aplicação de investimentos<sup>25</sup>. Ademais, as demandas do capitalismo

---

<sup>19</sup> “Parece-nos, porém, fora de toda a dúvida que as sociedades anônimas modernas se prendem diretamente às poderosas Companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, especialmente constituídas para a exploração das grandes conquistas da navegação. As novas terras atraíam capitalistas e comerciantes do velho continente pelas riquezas abundantes que ofereciam, e que as naus transportavam das mais longínquas regiões do globo. Os ânimos não se abatiam com os contínuos naufrágios, com a pirataria organizada, distribuída pelos caminhos marítimos. Os reis ambicionavam, por outro lado, aumentar o patrimônio nacional, folgar seu erário, e eram assim um grande estímulo para os especuladores audazes. Em 1602, formou-se, na Holanda, a primeira sociedade do gênero – a Companhia das Índias Orientais. [...] Tanto a Companhia das Índias Orientais, quanto a Companhia das Índias Ocidentais, resultaram da fusão de companhias menores, existentes desde 1593, cujo objeto era a exploração do comércio marítimo” (Ibidem. pp. 10-11).

<sup>20</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A... pp. 33-35.

<sup>21</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa contemporânea... p. 56.

<sup>22</sup> Na fase do privilégio, “as companhias somente poderiam ser criadas por meio de lei especial, definindo suas características principais, forma de funcionamento e seu objeto, que correspondia sempre a um objetivo político específico, como a colonização de um território, a exploração de determinados recursos naturais etc.” (Ibidem. p. 57).

<sup>23</sup> “Dessa ligeira resenha dos estatutos da Companhia, vê-se que as regras fundamentais que ainda hoje alicerçam a construção jurídica das sociedades anônimas modernas já figuravam na instituição daquela Companhia. Ela, entretanto, e as suas congêneres eram verdadeiros corpos administrativos dos interesses do Estado, entravam no quadro da sua organização. Competia-lhes até a escolha do governador geral das regiões conquistadas, tinham exército e marinha de guerra” (VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedade por ações... p. 13).

<sup>24</sup> Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira dão notícia de que o regime de autorização foi introduzido na França, pelo Código de Comércio de 1807, enquanto que o regime de liberdade surgiu nos Estados Unidos da América, em 1811, embora ainda com algumas exigências de duração da companhia e capital social mínimo. Cf. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A... pp. 51-53.

<sup>25</sup> Deve-se ressaltar, no contexto da complexidade crescente das relações econômicas no sistema capitalista, a criação da companhia aberta, com títulos livremente negociáveis pelo público. O fenômeno das companhias abertas, marcantes na economia norte-americana desde o começo do século XX, foi objeto de estudo de Adolf Berle e Gardiner Means, que analisaram a crescente separação entre poder de controle e propriedade e a organização da atividade econômica por meio das companhias abertas. Nas palavras iniciais do primeiro capítulo de seu clássico estudo, Berle e Means afirmam: “Corporations have ceased to be merely legal devices through which the private business transactions of individuals may be carried on. Though still much used for this purpose, the corporate form has acquired a larger significance. The corporation has, in fact, become both a method of property tenure and a means of organizing economic life” (BERLE, Adolf. A.; MEANS, Gardiner C. The modern corporation & private property. 10. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2005. p. 3).

industrial levaram, posteriormente, à criação de outros tipos de sociedade personificada, com limitação de responsabilidade de seus sócios, como a sociedade por quotas de responsabilidade limitada<sup>26</sup>. Assim, consolidou-se a concepção moderna da sociedade personificada, pautada no patrimônio autônomo, personalidade jurídica e responsabilidade limitada de seus sócios<sup>27</sup>.

Percebe-se, portanto, que a trajetória histórica da sociedade personificada demonstra que sua origem está estritamente ligada à necessidade humana de dispor de estrutura jurídica adequada para a condução de esforços comerciais conjuntos. A colaboração e a conjunção de esforços estão na gênese da sociedade personificada moderna<sup>28</sup>.

Atualmente, pode-se afirmar que a sociedade personificada atingiu etapa de plena liberdade. Qualquer conjunto de duas ou mais pessoas pode, com raras exceções previstas em lei<sup>29</sup>, constituir sociedade sem necessitar de autorização governamental. Esta liberdade é, ademais, garantida pelo princípio constitucional da livre iniciativa<sup>30</sup>.

Neste contexto, ao estruturar acordos associativos, agentes econômicos podem escolher entre celebrar contrato de colaboração ou constituir nova sociedade (personificada) com seu parceiro comercial. Por este motivo, a doutrina muitas vezes distingue entre *joint ventures* personificadas e não personificadas (ou contratuais)<sup>31</sup>. Enquanto as *joint ventures*

---

<sup>26</sup> “A partir da Revolução Industrial, passou a ser pressuposto do desenvolvimento econômico a existência de organizações que (I) permitissem a mobilização de elevadas somas de capital, (II) admitissem a especialização de funções, (III) fossem estáveis e duradouras, ou seja, sobrevivessem aos sócios, perseguindo um interesse autônomo a longo prazo. A personificação da sociedade surge, nesse contexto, como a técnica que permitiu separar o ente coletivo de seus respectivos membros, transformando-o num sujeito autônomo de direitos e obrigações, com estruturas patrimonial e organizacional independentes, voltado à consecução de um interesse próprio – o interesse social” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea...* pp. 67 e 68).

<sup>27</sup> “Surge assim a noção de pessoa jurídica como uma coletividade humana organizada e estável voltada para fins comuns (da sociedade como um todo) e específicos (as metas do grupo), com individualidade e autonomia próprias, justificando-se a inadmissibilidade dos objetos ilícitos e contrários à moral e aos bons costumes” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica...* pp. 29 e 30).

<sup>28</sup> “Como se percebe, o elemento da colaboração, da reunião de esforços, sempre marcou as sociedades, bem assim a ideia de que os riscos, as áleas do empreendimento cabiam e seriam suportados por todos os sócios” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 158).

<sup>29</sup> A constituição de sociedades que tenham por objetivo explorar atividades econômicas em alguns setores específicos – como o setor financeiro, aéreo, extrativista, dentre outros – ainda é sujeita a autorização governamental. A Instrução Normativa nº 14/2013, do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) estabelece os atos societários cujo registro deve ser condicionado pelas Juntas Comerciais à apresentação da respectiva autorização governamental.

<sup>30</sup> Artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

<sup>31</sup> “Do ponto de vista formal, as *joint ventures* podem ser: a) *corporate joint venture*: associação de interesses que dá nascimento a uma pessoa jurídica (sociedade-empresa); b) *non corporate joint venture*: associação de interesses que não dá nascimento a uma pessoa jurídica” (BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43).

personificadas são formalizadas pela constituição de uma nova pessoa jurídica, na qual os parceiros comerciais são sócios, as *joint ventures* contratuais ou não personificadas são formalizadas por contrato de colaboração entre os agentes<sup>32</sup>.

A colaboração entre agentes econômicos pela via contratual, como alternativa à via societária, é fenômeno cada vez mais presente na realidade da atividade empresarial. A utilização do contrato para estruturar parcerias empresariais complexas decorre de diversos fatores, especialmente do surgimento de contratos de longo prazo, nos quais se destaca a condição de interdependência, e não de oposição<sup>33</sup>, nos interesses e objetivos comerciais das partes<sup>34</sup>.

Assim, além da integração societária, por meio da qual as partes perdem a sua independência, em parte ou totalmente, agentes econômicos podem conjugar seus esforços utilizando formas contratuais que mantenham suas estruturas empresariais separadas<sup>35</sup>.

A escolha pela alternativa societária ou contratual dependerá das circunstâncias da parceria comercial, do ambiente institucional (circunstâncias econômicas e legislação)<sup>36</sup> e dos

---

<sup>32</sup> “A non corporate joint venture ou joint venture contratual, como é chamada no Brasil, caracteriza-se por ser uma associação de interesses em que os riscos são compartilhados, porém não se forma uma pessoa jurídica e, em geral, não existe contribuição de capitais. Nessas associações, não se forma uma sociedade conjunta com personalidade jurídica separada daquela dos co-venturers, nas quais os sócios possuam ações de capital proporcional ao investimento” (Ibidem p. 44).

<sup>33</sup> É conveniente ressaltar que, mesmo no caso de contratos em que os interesses são historicamente vistos como contrapostos, há opiniões no sentido de encará-los como forma de organizar interesses divergentes, o que exige considerar a cooperação como elemento essencial de qualquer relação contratual. Vide, neste sentido, a opinião de Calixto Salomão: “[c]ompreendido o valor e a utilidade da cooperação como princípio geral, é preciso entender como e por que é possível aplicá-lo à disciplina dos contratos. Essa aplicação é bastante complexa, pois exige uma aparente reviravolta no paradigma contratual. A concepção clássica do contrato sempre viu nele representados interesses contrapostos. O que se pretende demonstrar é exatamente o oposto, i.e., de que o contrato só tem sentido lógico e teleológico enquanto disciplina criadora de convergência de interesses entre as partes, enquanto estrutura capaz de organizar os interesses das partes conflitantes” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, vol. 141, pp. 7-30, 2006. p. 14).

<sup>34</sup> “No correr da segunda metade do século XX, a forma de fazer negócios alterou-se; contemporaneamente, o desenrolar da atividade de cada empresa liga-se cada vez mais à sua colaboração com outras. Essa interação assume veste jurídica diversa daquelas que eram normalmente empregadas. Ela não se dá apenas por meio dos contratos de sociedade – forma típica de associação entre agentes econômicos, como vimos – e, por óbvio, também não se concretiza por meros contratos de intercâmbio. As empresas passam a se valer intensamente de ‘formas híbridas’; a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos é agora também realizada de novas maneiras, despregadas das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar interesses em empreendimentos comuns. Trata-se de realidade inegável: os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõe áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos” (FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais... pp. 172-173).

<sup>35</sup> Neste sentido, “[a]s modalidades mais frequentes de concentrações empresariais são as incorporações e as fusões. Nesses processos, pelo menos um dos agentes perde a sua autonomia. Alternativamente, na busca de objetivos comuns, os agentes econômicos podem ainda associar-se na forma de parcerias empresariais (joint ventures), preservando sua autonomia” (BUCHEB, José Alberto. Parcerias empresariais (joint ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, vol. 143, pp. 156-178, 2006. p. 156).

custos que cada opção imporá aos agentes<sup>37</sup>. Em outras palavras, as opções societária e contratual não são analisadas de forma isolada, mas de forma comparativa, sob o ponto de vista dos custos de cada alternativa<sup>38</sup>.

O estudo da governança das transações e dos custos de cada opção foi iniciado por Ronald Coase. Em 1937, em seu clássico artigo, o economista estudou os limites da sociedade (denominada pelo autor de “firma”), analisando a coordenação do mercado por meio do mecanismo de preços (relações contratuais entre agentes econômicos) e por meio de instituições hierarquizadas. Em outras palavras, Coase buscou entender o porquê de certas transações serem realizadas no mercado e outras serem realizadas internamente, no âmbito das sociedades<sup>39</sup>.

Coase identificou diversas razões que poderiam levar um agente econômico a obter determinado produto ou serviço no mercado, ao invés de produzi-lo internamente, em sua hierarquia, dentre as quais pode-se citar: (i) rendimentos decrescentes (ou, em outras palavras, custos crescentes) decorrentes da organização de transações adicionais dentro da sociedade; (ii) incapacidade de o empresário alocar os seus recursos de forma eficiente na medida em que o número de transações sob seu comando cresce; e (iii) o custo dos fatores de produção para sociedades de grande porte. De forma resumida, pode-se dizer que as sociedades passarão a realizar transações no mercado quando o custo de realizar a mesma transação internamente, no âmbito de sua estrutura empresarial, for maior que o retorno esperado<sup>40</sup>.

Coase também identificou que os custos envolvidos em uma transação comercial não estão relacionados apenas à produção de bens e serviços, mas à própria negociação e

---

<sup>36</sup> Ressaltando a importância da legislação e ambiente institucional na realocação de direitos de propriedade, Sztajn, Zylbersztajn e Mueller destacam: “[a] realocação dos direitos de propriedade é regulada por contratos que definem os termos da troca tanto nas condições do uso do recurso quanto na divisão dos resultados. Sua eficiência depende da existência de mecanismos institucionais legais, que garantam o cumprimento das promessas sempre que a contratação e a execução da operação forem defasadas no tempo, como no caso dos contratos de execução diferida, por exemplo” (SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; MUELLER, Bernardo. *Economia dos Direitos de Propriedade*. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 88).

<sup>37</sup> Conforme demonstrou Ronald Coase, em cenário de custos de transação positivos, um determinado arranjo de bens somente será obtido se o ganho de tal resultado compensar os custos de transação incorridos para alcançá-lo. “Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about” (COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 3, pp. 1-44, 1960. pp. 15 e 16).

<sup>38</sup> “Comparative economic organization never examines organization forms separately but always in relation to alternatives” (WILLIAMSON, Oliver E. *Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives*. *Administrative Science Quarterly*, Ithaca, vol. 36, pp. 269-296, 1991. p. 269).

<sup>39</sup> COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica (new series)*, Londres, vol. 4, pp. 386-405, 1937.p. 388.

<sup>40</sup> *Ibidem*. pp. 394-404.

formalização do negócio. Neste sentido, para formalizar sua operação, independentemente de sua complexidade, agentes econômicos devem ter conhecimento de quem está disposto a realizar tal transação, quais são os termos que a outra parte está disposta a negociar, conduzir a negociação, elaborar um contrato, fiscalizar o cumprimento do contrato, dentre outras ações que impõem relevantes custos<sup>41</sup>. O mercado, desse modo, funcionaria não só como instrumento eficiente de alocação de recursos, como determinado pela economia clássica, mas também propiciaria aos seus agentes a acumulação de conhecimento acerca das formas menos custosas de realizar tal alocação<sup>42</sup>.

Os argumentos de Coase foram posteriormente refletidos no que se convencionou chamar “Teorema de Coase”, segundo o qual, na ausência de custos de transação, “os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente”<sup>43</sup>.

Portanto, em um cenário de custos de transação positivos, um determinado arranjo de bens somente será obtido se o ganho de tal resultado compensar os custos de transação incorridos para alcançá-lo<sup>44</sup>.

Além dos custos inerentes a cada forma de estruturação de relações empresariais, também é relevante para a decisão do agente as especificidades de sua transação. Contratos

---

<sup>41</sup> COASE, Ronald H. The problem of social cost... p. 15.

<sup>42</sup> “Coase does not emphasize the point but his argument is really about information. In Coase’s example about the operation of the firm, the manager – ‘entrepreneur’ – has sufficient information about relative prices and the relative productivity of inputs to production to outweigh the costs of using prices through a market process to determine allocation” (PRIEST, George L. Ronald Coase, Firms and Markets. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2497676>>. Acesso em 8 de fevereiro de 2015). Priest segue afirmando que, apesar de Coase não ter feito menção aos trabalhos de Friedrich Hayek, os argumentos são semelhantes. Neste sentido, F. A. Hayek ressalta a importância do conhecimento (e, conseqüentemente, informação) no funcionamento dos mercados e, ainda, defende que o próprio mecanismo de formação dos preços (por meio da oferta e procura) é um sistema de difusão e acumulação de informações acerca das preferências de consumidores e comportamento dos agentes econômicos (Vide HAYEK, Friedrich August von. The Use of Knowledge in Society. The American Economic Review, Pittsburgh, vol. 35, pp. 519-530, 1945).

<sup>43</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. pp. 1-2. No entanto, deve-se ressaltar que o Teorema, além de nunca ter sido corroborado pelo próprio Coase, é objeto de críticas. Segundo o economista Paul Samuelson, por exemplo, não se deve resumir todas as externalidades presentes no mercado sobre a rubrica de “custos de transação”. Neste sentido: “[i]n the real world rivalry is incessant. Only in certain Santa Claus situations – constant returns to scale, infinite divisibility, free entry, dispersed ownership of each grade of factor, shared knowledge, complete markets – only then will Smithian self-interest be compelled to achieve Pareto-Optimality. To try to capture all that which contributes to deadweight loss under the verbal rubric of ‘transactions costs’ weakens a useful concept without gaining understanding of incompleteness of markets, asymmetries of information, and insusceptibilities of various technologies to decentralized pricing algorithms” (SAMUELSON, Paul. Some uneasiness with the Coase Theorem. Japan and the World Economy, Los Angeles, vol. 7, pp. 1-7, 1995.p. 6).

<sup>44</sup> “Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about” (COASE, Ronald H. The problem of social cost... pp. 15-16).

simples não são adequados para operações complexas, enquanto a integração societária pode ser uma opção demasiadamente custosa para parcerias comerciais que possam ser regidas por contratos de longo prazo.

O economista Oliver Williamson, um dos precursores da chamada Nova Economia Institucional, desenvolveu sua teoria com base no estudo das diversas formas de governança de transações comerciais, analisando sua estrutura, regime e incentivos. Segundo Williamson, agentes econômicos teriam as seguintes opções de governança para reger suas transações<sup>45</sup>: (i) integração societária (alternativa denominada pelo autor como “hierarquia”); (ii) contratos de intercâmbio (que o autor identifica como transações de curto prazo, realizadas por meio de contratos com forte aspecto de comutatividade<sup>46</sup>); e (iii) contratos de colaboração de longo prazo (que, para o autor, são formas “híbridas” entre o mercado e a sociedade personificada)<sup>47</sup>.

Cada uma das opções de governança analisadas por Williamson possui custos, incentivos, características e regramento próprios. É com base nestes aspectos que o agente econômico escolherá por uma dessas vias para reger suas relações comerciais.

A alternativa do mercado (contratos de intercâmbio) seria voltada às transações simples, nas quais os agentes econômicos celebram operações estanques, com características acentuadas de bilateralidade e comutatividade. Tais transações, devido à sua simplicidade, não apresentam condições contratuais complexas e, portanto, sua governança recorre precipuamente à regra geral dos contratos. Eventuais disputas entre as partes são geralmente resolvidas pelos tribunais. Nesta modalidade de transação, a identidade dos contratantes é irrelevante<sup>48</sup>.

Os contratos de sociedade, por sua vez, referem-se à hierarquia societária rígida, por meio da qual as transações são regidas pela autoridade do “empreendedor”, isto é, pelo agente que detém o controle e o comando dos bens de produção pertencentes à pessoa jurídica<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> As denominações empregadas são baseadas no estudo de Paula Forgioni sobre os contratos de colaboração. Cf. FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais... pp. 153-154.

<sup>46</sup> Segundo Paula Forgioni, que identifica a via do mercado de Williamson como “contratos de intercâmbio”, estas relações caracterizam como aquelas nas quais “o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra” (Ibidem. p. 155).

<sup>47</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization... pp. 269 et. seq.

<sup>48</sup> Williamson compara os “contratos a mercado” a operações de *spot*, nas quais diferentes partes, cuja identidade é irrelevante, negociam a custo negligenciável. Neste cenário, “individual buyers and sellers bear no dependency relation to each other. Instead, each party can go its own way at negligible cost to another. If contracts are renewed period by period, that is only because current suppliers are continuously meeting bids in the spot market” (Ibidem. p. 271).

<sup>49</sup> O “empreendedor” é identificado por Ronald Coase como a pessoa que substitui o mecanismo de preços no direcionamento da produção nos limites das sociedades. Assim, o “empreendedor” é aquele que detém poder de



Neste contexto, o empreendedor, responsável por organizar a atividade econômica no âmbito da hierarquia societária, também possui autonomia e autoridade para resolver eventuais imprevistos, disputas e ajustes entre diferentes divisões e departamentos internos. Ao contrário dos contratos de intercâmbio, as transações comerciais hierarquizadas não sofreriam intervenções de terceiros, como o poder judiciário<sup>50</sup>, sendo resolvidas internamente, pelo próprio empreendedor.

Apesar de apresentar o benefício de serem organizadas pelo empreendedor, as transações realizadas no âmbito de sociedades também apresentam custos, relacionados principalmente à redução de incentivos para maximizar os lucros<sup>51</sup>, menor cuidado com ativos envolvidos e políticas e controles internos complexos<sup>52</sup>. Consequentemente, transações serão mantidas fora da estrutura da sociedade sempre que o resultado econômico líquido de sua internalização pela integração societária for negativo.

Por fim, há transações que são demasiadamente complexas para serem regidas por contratos de intercâmbio, mas que, por outro lado, não demandam a rigidez da hierarquia societária, em razão dos custos que representa. São casos intermediários, com relação aos quais a internalização no âmbito societário imporá excessivos custos, enquanto que a simplicidade dos contratos de intercâmbio não seria capaz de fornecer às partes proteção legal suficiente. Assim, os empresários recorrem a formas híbridas de governança para reger estas transações que, quando celebradas entre concorrentes, tomam a forma de contratos de colaboração.

---

direção dentro da estrutura empresarial. Pode ser o gerente de uma determinada unidade, um ou mais administradores ou mesmo o sócio-administrador. Assim, Coase afirma que “[w]ithin a firm, these market transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator, who directs production” (COASE, Ronald H. *The nature of the firm...* p. 388).

<sup>50</sup> Assim, Williamson afirma: “[a]ccess to the courts being denied, the parties must resolve their differences internally. Accordingly, hierarchy is its own court of ultimate appeal” (WILLIAMSON, Oliver E. *Comparative economic organization...* p. 274). Algumas exceções, no entanto, são aplicáveis. Os administradores devem observar seus deveres fiduciários frente aos acionistas, razão pela qual a legislação societária determina deveres de lealdade, diligência e informação. Vide, no caso brasileiro, os artigos 153 e seguintes da Lei nº 6.404/1976.

<sup>51</sup> Ao discutir a redução nos incentivos gerados decorrentes da expectativa de lucros no contexto de uma integração vertical, Williamson esclarece que, “[u]nlike autonomous contractors, internal divisions that trade with one another in a vertical integration relationship do not ordinarily have pre-emptive claims on their respective profit streams. Even though the divisions in question may have profit center standing, this is apt to be exercised in a restrained way” (WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications, a study in the economics of internal organization*. New York: The Free Press, 1975. p. 29).

<sup>52</sup> Assim, “under hierarchy, incentive intensity is less, administrative controls are more numerous and discretionary, and internal dispute resolution supplants court ordering” (WILLIAMSON, Oliver E. *the theory of the firm as governance structure: from choice to contract*. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, vol. 16, pp. 171-195, 2002, p. 180). Vide, ainda: ZHU, Tian. *Incentive intensity, forbearance law and the governance of transactions*. *Industrial and Corporate Change*, Oxford, vol. 13(6), pp. 855-866, 2004.

Os contratos de colaboração possuem características comuns, como, por exemplo: (i) longa duração, sendo contratos que se estendem no tempo; (ii) existência de cláusulas que buscam disciplinar questões futuras, que geralmente as partes não são capazes de prever no ato da contratação; e (iii) interdependência das áleas das partes, o que resulta em alto grau de convergência de seus interesses<sup>53</sup>.

Em razão da natureza de longo prazo e da tentativa de disciplinar questões futuras, é possível afirmar que os contratos de colaboração são inerentemente incompletos<sup>54</sup>. No entanto, em razão da interdependência das áleas e convergência de interesses das partes, há incentivos para a resolução negociada destas eventuais necessidades de ajuste, dentro dos parâmetros balizadores dispostos no contrato de colaboração.

Com relação aos possíveis imprevistos que podem surgir durante a execução de contratos empresariais, Williamson propõe a seguinte classificação: (i) imprevistos sem consequências (“*inconsequential disturbances*”), cujos custos de remediação são maiores que os benefícios decorrentes de sua correção<sup>55</sup>; (ii) imprevistos com consequências

---

<sup>53</sup> “Os contratos colaborativos tendem a ser estender no tempo; seu aspecto associativo faz com que a relação deles decorrente não se destine ao esgotamento imediato, como ocorre nos contratos de intercâmbio. Costumam, assim, ser celebrados por prazo indeterminado. Neles, busca-se mais a disciplina de questões futuras. Ou seja, o negócio não visa a estabelecer apenas regras sobre trocas, mas balizar a relação entre as partes. No instrumento do contrato empregam-se termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicos. Por fim, como já explicado, as áleas das partes são interdependentes, mas não comuns” (FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais... pp. 177-178).

<sup>54</sup> A incompletude dos contratos de colaboração e sua tentativa de prever questões futuras muitas vezes dá origem a obrigações de acordar determinados aspectos contratuais após a formalização da relação contratual (“agreements to agree”). Nestes tipos de acordo, “[t]he parties agree some things now and agree to agree other things later. For example, suppose that an impresario and a pianist sign a contract for a concert, or series of concerts, a year hence. They may decide now on the fee and the broad outlines of the musical program, but may agree that the exact pieces played will be determined later” (HART, Oliver; MOORE, John. Agreeing Now to Agree Later: Contracts that Rule Out but do not Rule In. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=517665>>. Acesso em 6 de setembro de 2015. p. 2). Os “acordos para acordar” decorrem principalmente do problema da incompletude inerente aos contratos de longo prazo, como ressaltado por Hart e Moore em seus estudos (vide, por exemplo, HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica*, Nova Iorque, vol. 56, pp. 755-785, 1988; HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of Incomplete Contracts. *The Review of Economic Studies*, Estocolmo, vol. 66, pp. 115-138, 1999). A questão dos “acordos para acordar” tem relevância, ainda, em jurisdições que adotam o common law, em razão da dificuldade de dar efetividade a tais obrigações. Neste contexto, “by continuing to treat agreements to negotiate as unenforceable ‘agreements to agree’, courts are likely to disappoint the expectations of parties who reasonably rely on reciprocal good faith in negotiating contracts. [...] However, even if an agreement to negotiate in good faith is supportable conceptually and in principle, its legal enforcement should be subject to the ordinary principles of contract formation. The negotiating parties must seriously intend to conclude binding agreements to negotiate; they must agree to certain terms, including to act in good faith, and they must exchange good consideration for their promises to negotiate” (TRAKMAN, Leon E.; SHARMA, Kunal. The binding force of agreements to negotiate in good faith. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, vol. 73, pp. 598-628, 2014. pp. 627-628).

<sup>55</sup> “Inconsequential disturbances are ones for which the deviation from efficiency is too small to recover the costs of adjustment. The net gains from realignment are negative for minor disturbances because (as discussed below) requests for adjustments need to be justified and are subject to review, the costs of which exceed the prospective gains” (WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization... p. 272).

(“*consequential disturbances*”), quando os benefícios de sua correção excedem os seus custos; e (iii) imprevistos com graves consequências (“*highly consequential disturbances*”), que ocorrem quando os benefícios de executar o contrato em sua literalidade, ainda que pondo em risco a parceria comercial, são maiores que o retorno esperado na continuidade da relação contratual.

Nesta última hipótese, considerando que cada uma das partes continua formalmente independente com relação à outra, prevalecerá o comportamento hedonista dos contratantes e haverá incentivo em aplicar a literalidade do contrato e terminar a parceria comercial, considerando os ganhos líquidos positivos resultantes desta escolha<sup>56</sup>. Por este motivo, é importante que os contratos de colaboração sejam capazes de estabelecer instrumentos e incentivos para que as partes preservem a sua relação contratual e deixem de adotar comportamentos oportunistas<sup>57</sup>.

Como resposta aos problemas decorrentes de sua incompletude, Forgioni destaca que os contratos de colaboração buscarão as seguintes soluções: (i) adaptação eficiente a novas circunstâncias; (ii) restrição das chances de inadimplemento contratual; (iii) gestão do risco de comportamento oportunista; e (iv) mecanismos de restabelecimento do equilíbrio contratual<sup>58</sup>.

Williamson, por sua vez, ressaltando a necessidade de flexibilidade dos contratos de colaboração na resolução de imprevistos, desenvolve a ideia de exceção (“*excuse doctrine*”), com base na qual as partes contratantes buscariam soluções para a necessidade de ajustes na própria redação do contrato. O contrato, portanto, passa a ser visto como um quadro normativo (“*framework*”), que ora regula em detalhes determinadas relações, ora estabelece regras gerais de interpretação para casos não previstos, além de estabelecer a arbitragem como método de resolução de disputas<sup>59</sup>.

De qualquer forma, é intuitivo que contratos de colaboração, por mais sofisticados que possam ser, serão inadequados para transações complexas que demandem constantes ajustes.

---

<sup>56</sup> “As disturbances become highly consequential, neoclassical contracts experience real strain, because the autonomous ownership status of the parties continuously poses an incentive to defect. The general proposition here is that when the ‘lawful’ gains to be had by insistence upon literal enforcement exceed the discounted value of continuing the exchange relationship, defection from the spirit of the contract can be anticipated” (Ibidem p. 273).

<sup>57</sup> Segundo Hart e Moore, a necessidade de estabelecer regramento de questões futuras e hipóteses de renegociação contratual altera o comportamento das partes no momento da contratação. Neste sentido, as partes tentarão limitar ao máximo as possibilidades de renegociação dos termos contratuais, para evitar ajustes desnecessários ao longo da execução do contrato. “Given rational expectations by the parties, the fact that revisions will occur will affect the form of the initial contract. Less obvious, perhaps, is the fact that it will be in the interest of the two parties to try to constrain or limit in the original contract the sorts of revisions that can later take place” (HART, Oliver; MOORE, John. *Incomplete Contracts*... p. 3).

<sup>58</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*... p. 187.

<sup>59</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *Comparative economic organization*... pp. 271 e 272.

Nestes casos, a solução hierárquica, por meio da internalização da transação na estrutura societária, seria mais apropriada do ponto de vista econômico. Os litígios e necessidades de ajustes em transações realizadas no âmbito de sociedades podem ser resolvidos de forma rápida e eficiente pelo empreendedor. Os custos decorrentes da internalização da transação no âmbito societário, desse modo, são justificados pelas vantagens que a integração societária apresenta.

Assim, pode-se afirmar que determinadas transações, por suas características – e dependendo do ambiente institucional no qual se inserem<sup>60</sup> – podem ser organizadas de forma mais eficiente por meio de contratos de colaboração, de longo prazo, do que por meio de integração societária entre as duas partes contratantes. É necessário entender, portanto, quais são exatamente as motivações econômicas que levam concorrentes a cooperar pela via contratual.

## **1.2. Motivações internas dos agentes econômicos para celebração de contratos de colaboração: a visão da economia**

A decisão de realizar transações com terceiros, por meio de contrato, ou internamente, no âmbito da estrutura societária, é pautada em critérios econômicos que, por sua vez, são influenciados pelo regime legal e institucional vigente. Por outro lado, a escolha dos agentes econômicos sobre a forma de estruturar suas parcerias comerciais também afeta a dinâmica concorrencial. Enquanto a integração societária é permanente e elimina qualquer relação de concorrência entre os agentes envolvidos, os acordos de colaboração são temporários (ainda que de longo prazo) e preservam a rivalidade entre as partes contratantes nos mercados não afetados pela cooperação<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Deve-se reconhecer a importância do ambiente institucional nas escolhas e conduta dos agentes econômicos, que podem não ser influenciadas pelos mecanismos (isto é, organizações e ambientes institucionais) que estão a seu dispor. Assim, “o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional” (ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica...* p. 3).

<sup>61</sup> “The competitive effects from competitor collaborations may differ from those of mergers due to a number of factors. Most mergers completely end competition between the merging parties in the relevant market(s). By contrast, most competitor collaborations preserve some form of competition among the participants. This remaining competition may reduce competitive concerns, but also may raise questions about whether participants have agreed to anticompetitive restraints on the remaining competition. Mergers are designed to be permanent, while competitor collaborations are more typically of limited duration. Thus, participants in a

No âmbito do direito da concorrência, é de suma importância compreender os fundamentos subjacentes à utilização de formas não societárias de cooperação. Arranjos contratuais entre agentes rivais podem criar relevantes eficiências, seja permitindo a produção a menor custo, ou possibilitando a produção de algo que sozinhos não poderiam produzir ou adquirir no mercado. No entanto, os acordos entre concorrentes também podem ser usados como forma de restringir preços e oferta, intensificar poder de mercado, assim como neutralizar rivais agressivos e inovadores<sup>62</sup>.

No julgamento de um dos primeiros casos após a promulgação do Sherman Act, em 1890, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América analisou, em 1897, um consórcio de dezoito companhias de transporte ferroviário, que tinha como objetivo coordenar horários, transferências de carga e custos de frete<sup>63</sup>. Embora o acordo tenha sido considerado ilegal pela Suprema Corte, as instâncias inferiores haviam reconhecido a eficiência do acordo, ressaltando que o transporte de uma mesma carga poderia ser realizado por várias companhias diferentes e, neste sentido, algum nível de coordenação era necessário.

Segundo Hovenkamp, apesar de o setor de transporte ferroviário possuir características únicas, o caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association* demonstrou dois aspectos presentes em muitas parcerias entre concorrentes: (i) o acordo permitiu que os agentes operassem de forma mais eficiente, o que não seria possível em um mercado desorganizado; e (ii) o acordo conferiu aos seus participantes o poder de determinar os preços de frete<sup>64</sup>.

Além de não ter analisado a fundo as possíveis eficiências do acordo, a Suprema Corte também não indagou o porquê de os agentes terem optado pelo acordo contratual ao invés de integração societária, tendo apenas abordado o conceito de razoabilidade do contrato<sup>65</sup>.

---

collaboration typically remain potential competitors, even if they are not actual competitors for certain purposes (e.g., R&D) during the collaboration. The potential for future competition between participants in a collaboration requires antitrust scrutiny different from that required for mergers” (DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Disponível em <<http://www.ftc.gov>>. Acesso em 8 de fevereiro de 2015. p. 5).

<sup>62</sup> “Firms enter into joint ventures for many reasons. If they are competitors or potential competitors, one reason that cannot be overlooked is price fixing or market wide output restrictions. If the venturers dominate a market they may attempt to earn monopoly profits by reducing output and raising price, dividing markets, or by refusing to compete in innovation or some avenue other than price. They may also try to protect their own competitive positions by excluding price cutters or firms that are more innovative than themselves” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005. p. 201).

<sup>63</sup> *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897).

<sup>64</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*... pp. 201 e 202.

<sup>65</sup> Como será visto no capítulo pertinente, foi nos casos *United States v. Trans-Missouri Freight Association* e *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898) que se originou o conceito de regra da razão (“rule of reason”) para a análise de restrições à concorrência.

Não obstante os relevantes efeitos concorrenciais causados por associações contratuais entre rivais, os contratos de colaboração entre concorrentes são, em sua essência, uma das diversas formas utilizadas por agentes econômicos para realocar recursos. Assim como ocorreu no caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, a cooperação pode ser uma forma viável de conjugar ativos complementares.

O agente econômico organiza sua atividade considerando o mercado como ele se apresenta<sup>66</sup> e, neste contexto, a escolha pela forma societária ou contratual para a conjugação de esforços depende de diversos fatores. Dentre eles, um dos mais relevantes e merecedores de estudo refere-se à economia de custos de transação. O direito da concorrência deve compreender as formas de organização empresarial não só a partir de seus impactos sobre o mercado, mas também na perspectiva das motivações internas dos agentes e dos custos de transação que os impactam<sup>67</sup>.

Portanto, o estudo do contrato de colaboração do ponto de vista transacional poderá auxiliar a compreensão da influência destes acordos no processo concorrencial<sup>68</sup>. A perspectiva da economia dos custos de transação tem foco voltado à tomada de decisão no âmbito interno do agente econômico, evitando-se, assim, o erro de encarar o agente econômico como uma caixa preta<sup>69</sup>.

Para a análise das motivações internas dos agentes econômicos na celebração de contratos de colaboração, é de suma importância utilizar os ensinamentos da Nova Economia

---

<sup>66</sup> No âmbito da análise econômica, Sztajn e Zylbersztajn afirmam que “[a] análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos” (ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Análise Econômica...* p. 3).

<sup>67</sup> “Failure or refusal to make allowance for transaction costs, in circumstances where these are arguably nonnegligible, can lead to error. Not only is an understanding of the issues impaired, but incorrect policy prescriptions will sometimes result” (WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of antitrust: transaction cost considerations*. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, vol. 122, pp. 1439-1496, 1974. p. 1439)

<sup>68</sup> “Following after Coase, TCE [Transaction Cost Economics] generally assumes that business firms organize their activities so as to maximize their value, which they can do both by economizing and also by obtaining higher prices. Sensible antitrust policy recognizes that both advantageous contracting and monopoly can be profitable to a firm, and it can be expected to pursue both when they are available. Nevertheless, the opportunities for economizing are many, while those for monopoly are relatively few” (HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust and the Close Look: Transaction cost economics in competition policy*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1661993>>. Acesso em 7 de setembro de 2015. p. 2).

<sup>69</sup> “Neoclassical economics largely ignored questions about the nonmarket relationships and decision making that go on inside the firm. To them, the firm was simply an ‘economic agent’ - a black box that transacted in the market in the same way that a natural person transacted, but whose internal preference orderings were no more scrutable than the unevaluated but sacrosanct preference orderings of a single individual. [...] The brilliance of Coase’s *The Nature of the Firm* was to merge marginalism and institutionalism by applying marginal analysis to the firm’s internal decision making and thus to questions about its size and structure” (HOVENKAMP, Herbert. *Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics*. Indiana Law Journal, Bloomington, vol. 86, pp. 499-542, 2011. p. 531).

Institucional, voltada ao estudo da economia dos custos de transação, com especial atenção aos trabalhos de Oliver Williamson.

Nesta corrente da economia, a transação é a unidade analítica fundamental, composta de conflito, mutualidade e ordem<sup>70</sup>. Assim, o termo transação, conforme aqui utilizado, significa, de forma genérica, o negócio jurídico entre agentes econômicos, com características de onerosidade e mutualidade típicas das trocas comerciais<sup>71</sup>.

É importante notar que o substrato econômico do direito da concorrência é baseado, em grande parte, na economia clássica ortodoxa, sobretudo em razão dos trabalhos de Robert Bork e Richard Posner, associados à Escola de Chicago<sup>72</sup>. A Nova Economia Institucional não nega necessariamente as ideias da economia ortodoxa, mas enxerga os mesmos problemas por um viés diferente. Assim, ao invés de analisar a realocação de recursos pela “lente da escolha”, opta-se por utilizar a “lente do contrato”. Em outras palavras, o foco deixa de ser os incentivos *ex ante* do agente econômico ao realizar trocas comerciais e passa a ser a governança das transações depois que elas são realizadas<sup>73</sup>.

Essa visão, na medida em que ajuda a justificar – do ponto de vista da criação de eficiências econômicas – restrições à concorrência em relações contratuais, é especialmente relevante para o direito concorrencial.

Segundo Williamson, o estudo das transações comerciais deve se pautar nos seguintes fundamentos: (i) governança, que é o meio de se conferir ordem às trocas comerciais; (ii) custos de transação, relacionados aos custos que os agentes econômicos incorrem para realizar

---

<sup>70</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Por que direito, economia e organizações? In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 28.

<sup>71</sup> Importante notar que, na economia, as trocas comerciais são encaradas de forma mais genérica do que no direito. Uma troca comercial realizada no interior de uma mesma sociedade, entre dois departamentos distintos, pode não caracterizar um negócio jurídico para os fins da legislação civil e comercial. Outras legislações, como a tributária e a concorrencial, por exemplo, podem enxergar nesta mesma troca comercial um objeto de interesse, sob o qual incidirá a norma jurídica. Para a nova economia institucional, uma transação ocorrerá sempre que um recurso for realocado, independentemente do meio (governança) pelo qual se realizou tal troca.

<sup>72</sup> BORK, Robert H. The antitrust paradox: a policy at war with itself. 2. ed. New York: The Free Press, 1993; POSNER, Richard. Antitrust law. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Ambos os autores pregaram a aplicação do direito concorrencial com base na economia ortodoxa, especialmente a teoria da formação de preço. Na visão dos autores, o direito da concorrência deveria privilegiar a criação de eficiências estáticas.

<sup>73</sup> Segundo Tadelis e Williamson, a Nova Economia Institucional se diferencia da economia ortodoxa de três formas: “moving from the lens of choice to the lens of contract; taking adaptation to be the main problem of economic organization; and taking transaction cost economizing to be the main case for deriving refutable implications”. Assim, “[w]hereas the aforementioned theories located the analytical action in the ex-ante incentive alignment stage of contract, TCE [transaction cost economics] concentrated the main action in the ex-post governance of contractual relations. This emphasis on ex-post governance is congruent with TCE’s taking adaptation to be the main problem of economic organization” (WILLIAMSON, Oliver E.; TADELIS, Steven. Transaction Cost Economics. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2020176>>. Acesso em 9 de setembro de 2015. pp. 1 e 6).

negócios empresariais; (iii) adaptação, referente à escolha do tipo de governança que melhor se adapta a determinada transação; e (iv) interdisciplinaridade com ciências sociais, devendo-se levar em consideração outras disciplinas que dialogam com a questão da governança de trocas comerciais, como o direito concorrencial e políticas regulatórias<sup>74</sup>.

Os quatro pontos citados por Williamson são inter-relacionados. Os custos de transação inerentes às trocas comerciais exigem a estruturação de governança adequada, seja pela via contratual, seja pela via societária. O modo de governança escolhido, por sua vez, deve ser aquele que melhor se adapta à transação, sob o risco de majorar os custos de transação, ao invés de reduzi-los. A interdisciplinaridade, por sua vez, chama atenção ao ambiente institucional no qual o negócio empresarial é realizado.

Outra premissa importante, que deve ser levada em consideração, é de que a racionalidade dos agentes econômicos é limitada<sup>75</sup>. Se por um lado o empresário busca sempre maximizar seus lucros, por outro ele é incapaz de antecipar todos os imprevistos e ajustes possíveis no momento da contratação<sup>76</sup>. Em negócios de longo prazo e com limitado número de possíveis contratantes, o oportunismo contratual também passa a se tornar um problema, já que uma das partes pode se aproveitar da incompletude do contrato para auferir ganhos à custa de seu parceiro comercial<sup>77</sup>. Assim, a incerteza causada pela racionalidade limitada dos agentes e a necessidade de proteção contra o comportamento oportunista de parceiros comerciais geram a necessidade de celebração de contratos complexos, de longo prazo, que prevejam incentivos à cooperação. Esta afirmação é especialmente verdadeira se as partes contratantes pretendem realizar investimentos relevantes específicos, que não poderão ser recuperados facilmente caso a parceria comercial não prospere.

---

<sup>74</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance. *American Economic Review*, Nashville, vol. 95, pp. 1-18, 2005. pp. 3-5.

<sup>75</sup> A ideia da racionalidade limitada foi inicialmente estudada por Herbert Simon, para quem o pressuposto da racionalidade econômica parte da premissa de que o homem econômico possui “a well-organized and stable system of preferences, and a skill in computation that enables him to calculate, for the alternative courses of action that are available to him, which of these will permit him to reach the highest attainable point on his preference scale” (SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, vol. 69, pp. 99-118, 1955. p. 99). A esse respeito, Williamson destaca que a racionalidade limitada refere-se “both to neurophysiological limits on the capacity to receive, store, retrieve, and process information without error and to definitional limits inherent in language” (WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of antitrust*...p. 1444).

<sup>76</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of governance*... p. 8.

<sup>77</sup> Assim, “[a] racionalidade condicionada (ou seja, escassa capacidade da mente humana de formular e resolver as complexas situações do mundo real) e o comportamento oportunista (falta de lealdade nas relações comerciais) podem representar um risco ainda maior quando há poucos parceiros a serem escolhidos” (FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 318).



Por este motivo, Williamson indica como consensos, na economia dos custos de transação, as seguintes afirmações: (i) oportunismo é um conceito central no estudo dos custos de transação; (ii) oportunismo é especialmente relevante em atividades que envolvam investimentos específicos em capital humano e físico; (iii) disponibilidade e processamento de informações são conceitos relevantes para a questão; e (iv) o estudo dos custos de transação é pautado em comparação institucional<sup>78</sup>.

Como se pode perceber, a questão do comportamento oportunista possui especial relevância em transações comerciais que exigem das partes investimentos específicos, isto é, que só podem ser recuperados por meio da relação comercial<sup>79</sup>. Com base na concepção tripla da transação, que contempla o conflito, a mutualidade e a ordem<sup>80</sup>, pode-se apontar três elementos que a caracterizam: (a) especificidade do ativo (“*asset specificity*”), que pode se apresentar de diferentes formas, como capital humano, capital físico, imóveis, marca, dentre outros; (b) imprevistos aos quais o negócio jurídico está sujeito; e (c) frequência com a qual a transação ocorre<sup>81</sup>.

A especificidade do ativo está relacionada aos investimentos realizados por uma das partes – ou por ambas as partes – em prol da sua relação comercial. Assim, são investimentos específicos, cuja recuperação depende da continuidade do contrato.

A teoria econômica identifica diversos tipos de ativos específicos. Os ativos físicos são aqueles que apresentam algum atributo físico relevante apenas para uma contraparte. A especificidade temporal ocorre nos casos em que uma parte depende da outra, pois o tempo que levaria para encontrar novo parceiro causaria perdas significativas. A especificidade locacional refere-se aos casos nos quais o custo de transporte/logística é relevante, sendo

---

<sup>78</sup> “Among the factors on which there appears to be developing a general consensus are: (1) opportunism is a central concept in the study of transaction costs; (2) opportunism is especially important for economic activity that involves transaction-specific investments in human and physical capital; (3) the efficient processing of information is an important and related concept; and (4) the assessment of transaction costs is a comparative institutional undertaking” (WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*. *Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 22, pp. 233-261, 1979. p. 234).

<sup>79</sup> É interessante notar, nesse contexto, que a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) não foi alheia à questão dos investimentos realizados por contratantes em prol de uma relação contratual. Neste sentido, há preocupação com a recuperação de investimentos no artigo 473, parágrafo único, artigo 603 e artigo 720 da Lei nº 10.406/2002.

<sup>80</sup> Com base nessa concepção, as estruturas de governança das transações têm como objetivo: “to infuse order, thereby to mitigate conflict and to realize ‘the most fundamental of all understandings in economics,’ mutual gain from voluntary exchange” (WILLIAMSON, Oliver E. *The theory of the firm as governance structure...* p. 180).

<sup>81</sup> “Three of the key dimensions of transactions that have important ramifications for governance are asset specificity (which takes a variety of forms—physical, human, site, dedicated, brand name—and is a measure of bilateral dependency), the disturbances to which transactions are subject (and to which potential maladaptations accrue) and the frequency with which transactions recur (which bears both on the efficacy of reputation effects in the market and the incentive to incur the cost of specialized internal governance)” (Ibidem. p. 175).

essencial que os parceiros comerciais sejam localizados próximos um do outro. A especificidade humana diz respeito a componente humano destacado, dedicado ou especialmente treinado para determinada transação. Por fim, há os casos de ativos dedicados, quando há investimento destinado a atender exclusivamente a demanda de uma contraparte específica<sup>82</sup>.

Ao lado da especificidade do ativo, também são aspectos centrais que influenciarão a escolha de governança de uma transação pelos seus participantes: (i) a frequência das trocas comerciais; e (ii) a incerteza na execução do contrato. A incerteza é decorrente da racionalidade limitada dos agentes, que em relações comerciais de longo prazo aumentam a probabilidade de problemas na execução do contrato. A frequência das transações é relevante em razão dos efeitos de reputação e custos iniciais incorridos em cada troca<sup>83</sup>.

Neste contexto, ainda que, em primeiro momento, um agente econômico disponha de vários possíveis contratantes, a realização de investimentos específicos relevantes e a frequência das transações farão com que o agente selecione, pela reputação e com base em critério de minimização de custos iniciais, um grupo restrito de parceiros comerciais com os quais construirá uma relação de dependência<sup>84</sup>. Esse fenômeno, denominado por Williamson de “transformação fundamental” (“*fundamental transformation*”), determina a transição da governança dos contratos de intercâmbio para contratos de colaboração, mais complexos e de maior prazo.

Pode-se perceber, portanto, que, além da necessidade de conjugação de esforços para um fim comum, os contratos de colaboração têm como motivação subjacente a dependência recíproca – presente *ex ante* ou construída ao longo da relação comercial<sup>85</sup> – baseada principalmente na existência de ativos específicos.

<sup>82</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, P. F.; SZTAJN, Rachel. Economia dos Contratos. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 127.

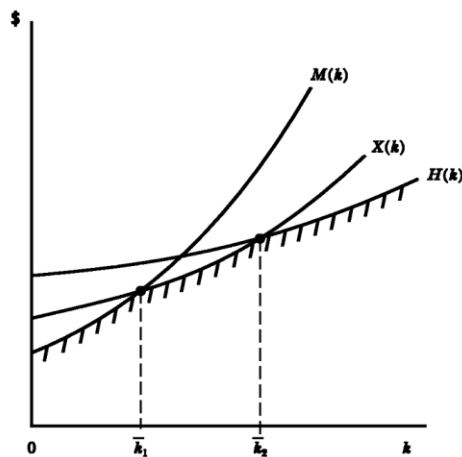
<sup>83</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance... p. 7.

<sup>84</sup> Williamson destaca que a especificidade do ativo também pode ser criada ao longo da relação comercial, em razão dos custos de realocação dos investimentos, que tornam-se cada vez mais dedicados às necessidades de determinado contratante. “The Fundamental Transformation applies to that subset of transactions for which large numbers of qualified suppliers at the outset are transformed into what, in effect, is a bilateral exchange relation during contract execution and at the contract renewal interval. This is to be contrasted with the standard presumption that the number of qualified suppliers at the outset (large or small) will continue into the future. The key factor in determining whether a large numbers supply condition will evolve into a bilateral exchange relation is the degree to which the transaction in question is supported by durable investments in transaction-specific assets—by which I mean assets that can be redeployed to alternative uses and users only at a loss of productive value. Because continuity of the exchange relation matters as asset specificity increases, such transactions elicit added private ordering governance supports” (Ibidem. p. 8).

<sup>85</sup> “O estudo dos contratos colaborativos deve necessariamente considerar os motivos que levam à não adoção do comportamento oportunista. [...] O primeiro desses fatores liga-se à dependência recíproca derivada de investimentos específicos (idiossincráticos) e relevantes feitos por ambas as partes para a realização do contrato

Para exemplificar sua teoria, Williamson elabora gráfico que demonstra a transição de mecanismos de mercado ( $M$ ) para mecanismos híbridos (contratos de colaboração de longo prazo) ( $X$ ), para mecanismos hierárquicos (sociedade) ( $H$ ), em função da especificidade do ativo ( $k$ ) e tendo como parâmetro, ainda, o custo (\$) inerente a cada solução<sup>86</sup>.

Gráfico 1 – Transição de formas de governança em função da especificidade do ativo ( $k$ ).



Elaboração: Oliver E. Williamson.

Assim, partindo-se das premissas acima, pode-se afirmar que (i) tendo em vista que algumas transações são mais complexas que outras, os atributos que conferem tal grau de complexidade devem ser identificados e suas consequências analisadas; no caso da governança das transações, esses atributos são a especificidade do ativo (*asset specificity*), incerteza e frequência; (ii) se cada modo de governança (mercado, formas híbridas, contrato e administração pública) é diferente entre si, as características que as diferenciam devem ser identificadas e analisadas; no caso, as características relevantes são a intensidade dos

---

– e que não poderão ser alocados para outro negócio (sunk costs)” (FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais... pp. 178-179).

<sup>86</sup> Conforme explicação do autor: “[a]s shown, the bureaucratic burdens of hierarchy place it at an initial disadvantage ( $k=0$ ), but the cost differences between markets  $M(k)$  and hierarchy  $H(k)$  narrow as asset specificity builds up and eventually reverse as the need for cooperative adaptation becomes especially great ( $k \gg 0$ )” (WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure...pp. 180-181).

incentivos, controle administrativo e regime legal; e (iii) se as transações são diferentes, cada uma se alinha a um tipo de governança, sendo que o critério para tal alinhamento será a economia de custos de transação<sup>87</sup>.

De forma específica, é possível concluir que, segundo a Nova Economia Institucional, as partes tenderão a celebrar contratos de longo prazo, em detrimento de contratos de curto prazo e de operações de integração societária, sempre que esta solução se mostrar mais eficiente do ponto de vista da economia dos custos de transação, levando em consideração as características e complexidade do seu negócio jurídico.

A experiência do CADE demonstra que a adequada análise dos contratos complexos é essencial para a avaliação de seus efeitos sobre a concorrência. No processo administrativo nº 08012.002917/2002-91, a autarquia averiguou alegações de ilegalidade de obrigação de exclusividade em contrato de parceria para a comercialização de normas técnicas em formato digital<sup>88</sup>. A partir do estudo dos termos dos contratos alegadamente anticoncorrenciais, assim como de sua racionalidade econômica, o CADE entendeu que a relação de exclusividade seria justificável em razão da existência de caráter associativo entre as partes.

Conforme depreendido pela autarquia, as partes celebraram contrato “por meio do qual as representadas desenvolviam um empreendimento comum, de modo que a relação de exclusividade constituía um desdobramento natural do acordo”<sup>89</sup>. Desse modo, “existia justificativa empresarial legítima para as cláusulas de exclusividade, não havendo como sustentar a existência de propósito anticompetitivo”, sendo que “a restrição à concorrência se justifica para viabilizar o desenvolvimento do objetivo comum”<sup>90</sup>.

O caso é importante para demonstrar que, por vezes, a correta compreensão dos efeitos econômicos de uma prática – especialmente nos contratos de colaboração – passa necessariamente pelo entendimento das motivações e racionalidade das partes.

Com relação à opção “hierárquica”, isto é, de integração societária, sua utilização seria reservada apenas para negócios mais complexos, nos quais os custos decorrentes da incompletude de contratos tornariam a sua execução demasiadamente onerosa.

---

<sup>87</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of governance...* p. 6.

<sup>88</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.002917/2002-91, Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 29 de julho de 2015.

<sup>89</sup> Item 136 do voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no processo administrativo nº 08012.002917/2002-91.

<sup>90</sup> Item 143 do voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no processo administrativo nº 08012.002917/2002-91.

Viu-se com base nos ensinamentos de Coase que a viabilidade dessa solução encontraria limites nos rendimentos decrescentes de escala, associados à redução gradativa da capacidade de o empreendedor (o responsável por direcionar as atividades) alocar recursos de forma eficiente. Em outras palavras, a sociedade internalizaria trocas comerciais até que o retorno esperado por uma transação adicional fosse inferior aos seus custos marginais<sup>91</sup>.

Williamson, por sua vez, associa o funcionamento da sociedade com o fenômeno que denomina “intervenção seletiva” (“*selective intervention*”), por meio do qual o empreendedor permitiria que as transações ocorressem livremente no âmbito da hierarquia empresarial, intervindo apenas quando fosse necessário. Para o autor, a intervenção seletiva encontraria limites no menor cuidado com a vida útil do ativo, estrutura mais frágil de incentivos para lucratividade, custos de políticas internas mais complexas, dentre outros fatores<sup>92</sup>.

Portanto, as transações que não apresentassem retorno suficiente para justificar a sua realização no âmbito interno da sociedade, assim como fossem complexas demais para um contrato simples, de curto prazo, seriam realizadas por contratos complexos, de longo prazo, como o contrato de colaboração entre concorrentes.

Deve-se ressaltar que Williamson, ao desenvolver sua teoria acerca da governança “híbrida” – ou seja, os contratos complexos de longo, que se situam entre a solução societária (internalização da transação) e contratual simples (contrato de intercâmbio) – tinha em mente a questão das relações verticais entre agentes<sup>93</sup>, e não horizontais, como ora se trata<sup>94</sup>.

No entanto, tal como no caso das relações verticais, as partes de contratos de colaboração geralmente realizam investimentos específicos em prol da parceria. Além disso,

---

<sup>91</sup> COASE, Ronald H. The nature of the firm... pp. 396-397.

<sup>92</sup> “Selective intervention is really the key. The idea is to replicate the market mode within the firm in all respects save those where intervention is the source of expected net gains. If hierarchical control is reserved for the latter and if the firm replicates the market in all other respects, then the firm never does worse than the market (by replication) and sometimes does better (through selective intervention). Accordingly, the firm will everywhere do as well and will sometimes do better than the market” (WILLIAMSON, Oliver E. Markets, hierarchies, and the modern corporation: an unfolding perspective. Journal of Economic Behavior and Organization, North Holland, vol. 17, pp. 335-352, 1992.p. 339).

<sup>93</sup> As relações verticais são aquelas que ocorrem entre agentes econômicos de diferentes etapas da mesma cadeia de produção. Assim, os acordos verticais são “aqueles celebrados entre agentes econômicos que se situam em diferentes estágios da cadeia produtiva, que vai desde a extração da matéria-prima até a colocação do produto junto ao seu adquirente final” (FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição... pp. 51 e 52).

<sup>94</sup> Vide, por exemplo, a transcrição do discurso de Williamson na ocasião do recebimento de seu Prêmio Nobel, em 2009: “What I describe as the transaction cost economics project had its origins in the puzzle posed by Coase in 1937: What explains the boundaries of the firm? I addressed this by taking the vertical integration decision to be the focal transaction and, upon reformulating it as a contracting problem, asked the following question: When and why should a firm acquire a technologically separable component by outsourcing rather than producing to its own needs – where outsourcing entails contracting out and own-production contracting within” (WILLIAMSON, Oliver E. Transaction cost economics: the natural progression. Disponível em <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson\\_lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson_lecture.pdf)>. Acesso em 8 de setembro de 2015).

os contratos de colaboração são celebrados por longo prazo. Na presença de ativos específicos e relação contratual de longo prazo, além da inerente racionalidade limitada das partes, os problemas identificados pela Nova Economia Institucional – imprevistos contratuais, incerteza e, conseqüentemente, oportunismo – surgirão.

Mesmo nas relações horizontais, a pergunta central de Williamson permanece: por que as partes decidem celebrar contratos de colaboração, ao invés de optarem pela integração societária de seus ativos? A questão tem ainda mais relevância quando se leva em consideração que o padrão de análise das concentrações não societárias (denominadas, na literatura americana, de “*horizontal nonmergers agreements*”) é mais rígido do que o aplicável a concentrações de cunho societário.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) constatou, em estudo sobre a alegação de eficiências em controle de estruturas de mercado, que as partes de atos de concentração não societários apressam-se em apresentar aos órgãos de defesa da concorrência, desde o início, alegações de eficiências decorrentes do seu acordo<sup>95</sup>. A ênfase na demonstração de eficiências e fundamentação econômica nos procedimentos envolvendo concentrações com base em relações contratuais justifica-se pela necessidade de descaracterizar o acordo como cartel, que seria configurado se a colaboração consistisse em restrições puras à concorrência (conforme será visto no Capítulo 1.3.3 *infra*)<sup>96</sup>.

Por fim, é importante abordar, ainda que brevemente, o segmento da economia que estuda a motivação dos agentes econômicos na escolha da governança de suas transações sobre a ótica dos direitos de propriedade. As teorias baseadas nos direitos de propriedade muitas vezes dialogam com a tese da economia dos custos de transação. Como visto, o

---

<sup>95</sup> “With respect to agreements that are not per se illegal, in theory there would seem to be no difference in the way efficiencies should be considered as between mergers and nonmerger agreements. [...] In practice, however, there do appear to be differences in the analysis of efficiencies as between the two types of transactions. Often in nonmerger agreements the parties have articulated the expected efficiencies in significant detail. The agreement is structured to achieve certain specific, allegedly procompetitive ends, which are likely to be featured prominently in presentations to the competition agency. The traditional two-step, trade-off analysis is likely to be blurred, as efficiency considerations are given prominence from the beginning” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Competition policy and efficiency claims in horizontal agreements. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/mergers/2379526.pdf>>. Acesso em 8 de setembro de 2015. p. 8).

<sup>96</sup> No âmbito do direito norte-americano, por exemplo, a American Bar Association afirma: “[t]he threshold antitrust issue with respect to any joint venture involving actual or potential competitors is whether it involves a sufficient integration of the economic resources of the parties to escape scrutiny for condemnation as a per se illegal restraint of trade under Section 1 of the Sherman Act” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Mergers and acquisitions: understanding the antitrust issues. 3. ed. Chicago, Illinois, 2008. p. 324).

ambiente institucional (no qual se incluem as formas de proteção da propriedade) influencia os custos de transação na realocação de recursos<sup>97</sup>.

Ambas as teorias, no entanto, são especialmente preocupadas com a questão dos contratos de longo prazo e a incerteza causada pela sua inerente incompletude. Assim, enquanto a economia dos custos de transação tem como objetivo explicar os diferentes meios de governança a partir da especificidade dos ativos envolvidos e da possibilidade de imprevistos na execução do contrato, a teoria dos direitos de propriedade tem foco voltado para a influência dos direitos de propriedade na decisão de integração societária, tendo como base a possibilidade de um impasse na relação contratual (*hold up problem*)<sup>98</sup>.

Segundo Hart e Moore, a titularidade de direitos de propriedade influencia diretamente os incentivos de um agente econômico na tomada de decisão sobre internalizar uma transação ou realizá-la com terceiros. É determinante, nesta decisão, a prerrogativa que o direito de propriedade confere ao seu detentor de configurar e manejar os ativos da forma que bem entende. Assim, por exemplo, ao adquirir determinado negócio, o novo proprietário pode selecionar os empregados que julgar mais capacitados para administrar os ativos, enquanto, se optar pela via contratual, provavelmente não terá o mesmo poder<sup>99</sup>.

Na mesma linha, Hart e Grossman afirmam que o agente econômico, deparando-se com a impossibilidade de listar todos os direitos que deseja ter em determinada relação comercial, pode optar por adquirir os direitos não expressamente mencionados no contrato (isto é, os direitos residuais)<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> O próprio Williamson refuta a crítica de que a nova economia institucional não dá a devida consideração à questão dos direitos de propriedade. O autor explica que os direitos de propriedade têm influência na escolha dos agentes econômicos pelo modo de governança de suas transações. Deste modo, mudanças nas regras do direito de propriedade podem implicar também em alteração nos custos de transação de cada modo de governança e, por consequência, impactar a decisão pela utilização de um ou outro meio. "Thus, setting feedback effects aside, the institutions of governance (firms, markets, hybrids, bureaus) are embedded in the institutional environment (rules of the game) of which property rights are a part. Changes in the institutional environment can thus be treated as shift parameters. If these give rise to differential transaction cost consequences in one form of organization as compared with another, and if these changes apply at the margin, then changes in the organization of economic activity can be predicted" (WILLIAMSON, Oliver E. Markets, hierarchies, and the modern corporation... p. 341).

<sup>98</sup> TADELIS, Steven. Complexity, flexibility and the make-or-buy decision. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=297666>>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015. p. 1.

<sup>99</sup> "We argue that the crucial difference for party 1 between owning a firm (integration) and contracting for a service from another party 2 who owns this firm (nonintegration) is that, under integration, party 1 can selectively fire the workers of the firm (including party 2) if he dislikes their performance, whereas under nonintegration he can 'fire' (i.e., stop dealing with) only the entire firm: the combination of party 2, the workers, and the firm's assets" (HART, Oliver D.; MOORE, John. Property Rights and the nature of the firm. The Journal of Political Economy, Chicago, vol. 98, pp. 1119-1158, 1990. p. 1120).

<sup>100</sup> "When it is too costly for one party to specify a long list of the particular rights it desires over another party's assets, it may be optimal for that party to purchase all the rights except those specifically mentioned in the contract. Ownership is the purchase of these residual rights of control" (GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver

Portanto, percebe-se que o traço comum das teorias baseadas nos direitos de propriedade é a posição de barganha que um contratante com investimentos relevantes em determinada parceria comercial terá no caso de um imprevisto. Partes que dediquem investimentos substanciais em uma parceria buscariam fortalecer sua posição, adquirindo direitos de propriedade que lhe garantissem uma posição confortável no caso de um impasse durante a execução do contrato<sup>101</sup>.

Em suma, seja adotando as ideias da economia dos custos de transação ou as teses da economia dos direitos de propriedade, percebe-se que a questão central gira em torno da existência de investimentos substanciais realizados por uma ou ambas as partes, que exigirá do agente econômico uma escolha: (i) a celebração de contrato de colaboração de longo prazo, para as hipóteses nas quais a integração societária for excessivamente custosa; ou (ii) a internalização da transação pretendida, pela integração societária, caso o retorno esperado exceda os custos do uso da estrutura empresarial.

Caso as partes optem pela celebração de contrato de colaboração, diversas restrições contratuais serão estabelecidas. Para evitar o comportamento oportunista, as partes decidirão em conjunto sobre assuntos relevantes da parceria comercial, inclusive preço ou oferta, qualidade de produtos, investimentos, dentre outros. Estas restrições, por sua vez, deverão ser justificadas com base em eficiências econômicas, para que sua existência seja tolerada pelo direito concorrencial.

Antes de adentrar em detalhes na questão das restrições e eficiências dos contratos de colaboração, cabe abordar, ainda que brevemente, a metodologia da análise concorrencial da cooperação horizontal.

### **1.3. A interação entre concorrentes e o método de análise dos seus efeitos pelo direito da concorrência**

---

D. The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 94, pp. 691-719, 1986. p. 692).

<sup>101</sup> “First, the incompleteness of contracts means that the future return on an individual’s current action will depend on his ‘marketability’ or bargaining position tomorrow in ways that cannot be controlled via the original contract. Second, the existence of asset specificity means that an agent’s marketability or bargaining position will depend on which assets he has access to and hence will be sensitive to the allocation of asset ownership. As a result, an agent’s actions will depend not only on whether he owns a particular asset but, in the event that he does not own it, on who does” (HART, Oliver D.; MOORE, John. *Property Rights and the nature...* p. 1122).



### 1.3.1. Quadro normativo: dispositivos legais e infralegais aplicáveis

A colaboração horizontal – isto é, realizada entre agentes situados em um mesmo mercado relevante – pode ser analisada em âmbito de controle de estruturas (aplicação preventiva) ou repressão a atos anticompetitivos (aplicação repressiva).

A atuação preventiva baseia-se nos artigos 88 e 90 da Lei nº 12.529/2011, enquanto a atuação repressiva tem fundamento nos artigos 36 e 37 do mesmo diploma.

Um dos principais avanços da Lei nº 12.529/2011 em relação à legislação anterior foi o estabelecimento de critérios mais claros para a definição dos atos e contratos que devem ser submetidos ao controle prévio de concentrações pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), adequando, assim, a norma brasileira às melhores práticas internacionais<sup>102</sup>. Enquanto o artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 determinava a notificação de todos os atos que, de qualquer forma manifestados, pudessem prejudicar a concorrência<sup>103</sup>, o artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 estabeleceu um rol exaustivo de operações relativamente bem definidas, conferindo maior facilidade e reduzindo incertezas na interpretação da norma<sup>104</sup>.

Para fins de enquadramento nas hipóteses de submissão ao controle prévio de concentrações, os contratos de colaboração entre concorrentes são classificados como “contrato associativo”, sujeito à incidência do artigo 90, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011<sup>105</sup>.

Ainda que a nova lei de defesa da concorrência tenha definido com maior precisão os atos e contratos de notificação obrigatória, a caracterização exata do que seria um “acordo

<sup>102</sup> Vide COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 22, pp. 307-330, 2012. pp. 317-320.

<sup>103</sup> Vide a redação do dispositivo legal: “[o]s atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

<sup>104</sup> As hipóteses de notificação obrigatória estão dispostas no artigo 90, incisos I a IV, da Lei nº 12.529/2011: “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture”.

<sup>105</sup> Deve-se ressaltar que a colaboração entre concorrentes celebrada para fins de participação em procedimentos de licitação pública é isenta de submissão ao controle prévio de estruturas, conforme disposto no artigo 90, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011: “Artigo 90. [...] Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”.

associativo” não foi suficientemente detalhada<sup>106</sup>. A questão passou a ser enfrentada de forma dispersa por meio da jurisprudência do CADE.

No ato de concentração nº 08700.008736/2012-92, a Superintendência-Geral do CADE determinou o conhecimento de um contrato de colaboração que previa a prestação de serviços de forma conjunta por dois agentes econômicos independentes. Embora as partes tenham solicitado o não conhecimento da operação, a Superintendência acolheu entendimento manifestado pela ProCADE, que opinou pelo conhecimento da operação em razão, principalmente, da relação de exclusividade que o acordo geraria<sup>107</sup>.

No ato de concentração nº 08012.002870/2012-38<sup>108</sup>, o CADE reforçou a relevância da existência de relação de exclusividade (ou de cláusulas contratuais que pudessem gerar exclusividade de fato) para determinar a obrigatoriedade de notificação.

Não obstante o esforço jurisprudencial do CADE para esclarecer o conteúdo do artigo 90, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011, a questão só foi definida com clareza a partir da Resolução CADE nº 10/2014. Segundo a norma, são caracterizados como acordos associativos sujeitos ao controle de concentrações os contratos que tiverem duração superior a dois anos e estabeleçam (i) cooperação horizontal ou (ii) cooperação vertical ou (iii) compartilhamento de risco que criem relação de interdependência entre as partes<sup>109</sup>.

O CADE entende que há cooperação horizontal ou compartilhamento de riscos nos contratos entre agentes rivais sempre que a soma de suas participações for superior a 20% (vinte por cento)<sup>110</sup>. Nos contratos entre partes verticalmente relacionadas, haverá cooperação vertical ou compartilhamento de riscos nos casos em que pelo menos uma das partes tenha 30% (trinta por cento) ou mais de participação em algum dos mercados afetados e (i) o

---

<sup>106</sup> Vide comentário de Paula Forgioni, em obra lançada em 2012, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 no dia 29 de maio daquele ano: “Embora inexista definição legal ou consenso doutrinário sobre o sentido das expressões ‘contratos associativos’ ou ‘joint ventures’, referem-se a negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do art. 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 397).

<sup>107</sup> Conforme Parecer Técnico nº 230 da Superintendência-Geral, emitido em CADE, ato de concentração nº 08700.008736/2012-92, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 5 de novembro de 2012.

<sup>108</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.002870/2012-38, Relator Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, julgado em 28 de agosto de 2013, julgado em conjunto com: CADE, ato de concentração nº 08700.003937/2012-01, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013; CADE, ato de concentração nº 08700.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013; e CADE, ato de concentração nº 08700.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013.

<sup>109</sup> Artigo 2º, caput, da Resolução CADE nº 10/2014.

<sup>110</sup> Artigo 2º, § 1º, I, da Resolução CADE nº 10/2014.

contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes ou (ii) o contrato gere exclusividade<sup>111</sup>.

Independentemente da aprovação do CADE em âmbito de controle de estruturas, os contratos de colaboração entre concorrentes também estão sujeitos à atuação repressiva da Lei nº 12.529/2011. Assim, caso a cooperação gere ou tenha o potencial de gerar um dos efeitos dispostos no artigo 36, incisos I a IV, da Lei nº 12.529/2011, sem que estes danos sejam compensados por eficiências, o contrato poderá ser enquadrado em uma das hipóteses de atos anticompetitivos listados no rol não exaustivo do artigo 36, §3º, da referida lei.

### 1.3.2. Considerações iniciais sobre os efeitos gerados por acordos de colaboração entre concorrentes

O direito da concorrência determina a legalidade de condutas e práticas potencialmente restritivas a partir dos seus efeitos econômicos. Esta premissa é verdadeira tanto com relação à análise de atos de concentração, em âmbito de atuação preventiva, quanto na investigação e repressão de condutas, em atuação repressiva. Em ambos os casos, seguindo os parâmetros legais, a avaliação concorrencial será baseada principalmente nos efeitos econômicos líquidos do ato.

Os acordos de colaboração entre concorrentes podem gerar uma multiplicidade de efeitos, tanto danosos como benéficos. Em outras palavras, parcerias empresariais podem gerar uma “série de efeitos que podem ser tanto positivos quanto negativos, ou seja, podem surgir eficiências que corresponderiam a aumentos de bem-estar social, como podem ocorrer elevações no poder de mercado das empresas”<sup>112</sup>.

Os efeitos danosos são associados ao alinhamento e à eliminação da rivalidade entre concorrentes com relação ao escopo da parceria. Ao cooperar em determinado mercado, os agentes participantes da colaboração inevitavelmente eliminam a competição que existiria entre si na ausência do acordo<sup>113</sup>. Além disso, os efeitos deletérios também podem ocorrer em

<sup>111</sup> Artigo 2º, §1º, II, da Resolução CADE nº 10/2014.

<sup>112</sup> AVELLAR, Ana Paula; TELXEIRA, Henrique de Andrade; DE PAULA, Germano Mendes. Joint ventures e a política antitruste brasileira. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 16, p. 463-486, 2012. p. 466.

<sup>113</sup> PIRAINO JR., Thomas A. reconciling competition and cooperation: a new antitrust standard for joint ventures. William & Mary Law Review, Williamsburg, v. 35, pp. 870-941, 1994. pp. 880-881.

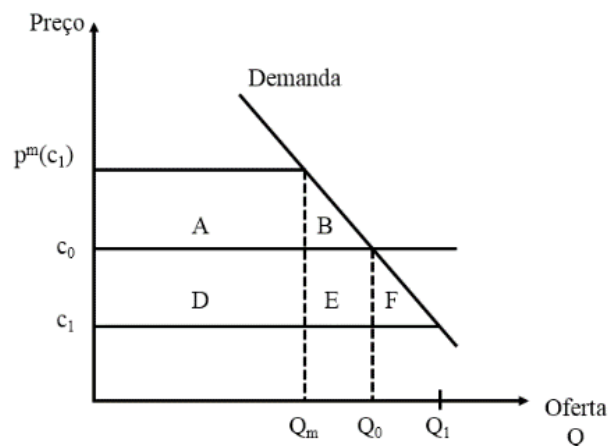
função de “transbordamento” (*spill over*) da parceria para mercados fora de seu escopo<sup>114</sup>. Desse modo, caso a parceria possa afetar as condições de concorrência em mercados verticalmente relacionados (por exemplo, criando barreiras à entrada) ou, ainda, distorcer a concorrência nos próprios mercados abrangidos pela colaboração, efeitos danosos podem ser gerados.

As eficiências das cooperações entre concorrentes, por outro lado, decorrem da conjugação de esforços e ativos complementares, compartilhamento de riscos, ganhos de escala, racionalização da produção ou comercialização de produtos e serviços, dentre outros benefícios. Quanto maior for a integração das partes, maiores serão as chances de produção de eficiências, pois a parceria se afastará do mero acordo para fixação de preços ou condições comerciais<sup>115</sup>.

A caracterização e análise aprofundada dos principais efeitos gerados pelas colaborações entre concorrentes serão realizadas nos Capítulos 2 e 3 deste estudo. Neste momento, cabe tecer alguns comentários preliminares e gerais acerca da teoria econômica aplicável à avaliação dos efeitos das colaborações entre rivais.

O quadro teórico geral para análise dos efeitos de colaborações entre concorrentes sobre o bem-estar é fornecido por Carl Shapiro e Robert D. Willig<sup>116</sup>, com base no modelo de trade-off elaborado por Oliver Williamson (vide Capítulo 1.3.3 *infra*).

Gráfico 2 – Representação dos efeitos de colaborações entre concorrentes



<sup>114</sup> Ibidem. p. 882.

<sup>115</sup> “A cooperative arrangement among competitors is only capable of generating efficiencies when the parties have achieved a true integration of resources. No economic benefit is possible when the parties’ cooperation amounts to nothing more than a coordination of parallel activities” (Ibidem. p. 884).

<sup>116</sup> SHAPIRO, Carl; WILLIG, Robert D. On the antitrust treatment of production joint ventures. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 4, pp. 113-130, 1990. pp. 114-117.

Elaboração: Carl Shapiro e Robert D. Willig

O Gráfico 2 demonstra os possíveis efeitos e perdas geradas por acordos de colaboração entre concorrentes, partindo-se da premissa de que, na ausência da parceria, as partes praticavam o preço equivalente ao seu custo marginal “ $C_0$ ”. Em outras palavras, o modelo pressupõe que, na ausência da colaboração, as partes não possuem lucro, cobrando pelos seus produtos ou serviços o valor de seu custo marginal. Uma possível parceria entre os concorrentes do mercado poderia reduzir o custo de  $C_0$  para  $C_1$ , sendo certo que  $C_1 < C_0$ .

Segundo Shapiro e Willig, caso a *joint venture* concorra com os seus sócios, a tendência é que a parceria estabeleça um preço marginalmente inferior a  $C_0$  e capture todo o mercado, monopolizando-o (tal monopólio seria contestável, pois eventual aumento de preço causaria a reentrada dos sócios no mercado). Neste cenário, os efeitos líquidos da parceria seriam positivos, gerando os ganhos representados por  $D + E$ , equivalentes à soma do lucro da *joint venture* (ganho do agente econômico) e da redução marginal de preços abaixo de  $C_0$  (ganho do consumidor)<sup>117</sup>.

Muitas vezes, no entanto, os membros do acordo não concorrerão com a parceria em si (em razão de acordo neste sentido, ou por dedicarem à cooperação ativos produtivos essenciais, sem os quais não são capazes de competir). Segundo as premissas do modelo de Shapiro e Willig, no qual as partes do acordo de colaboração são os únicos agentes do mercado, a parceria passaria a ter um monopólio. Como monopolista, a *joint venture* tenderia a aumentar seus preços, de  $C_0$  até  $p^m(C_1)$ . Neste cenário, a cooperação resultará em perdas ao consumidor equivalentes a  $A + B$ , decorrentes do aumento de preço, mas, por outro lado, gerará ganhos à *joint venture*, referentes aos lucros representados pela área  $A + D$ . Os efeitos econômicos líquidos da parceria serão equivalentes à diferença entre estas duas grandezas e, no modelo de Shapiro e Willig, será provavelmente negativo. Os ganhos da *joint venture*, na medida em que são diretamente resultantes do aumento de preços, são contabilizados como efeitos negativos, pois representam mera transferência de renda entre os consumidores e o agente econômico.

Deve-se ressaltar que, embora o modelo teórico proposto parta da premissa de que os membros do acordo de colaboração são os únicos agentes de mercado e, portanto, a *joint venture* teria a capacidade de tornar-se monopolista, o modelo também poderia ser aplicado

---

<sup>117</sup> Percebe-se, portanto, que apesar dos efeitos líquidos positivos, as economias são capturadas, em quase sua totalidade, pela *joint venture*, tendo em vista que o consumidor é beneficiado com uma redução de preço marginal.

em casos nas quais a parceria não seja monopolista, mas detenha poder de mercado suficiente para causar um aumento significativo e não transitório de preços.

Percebe-se, portanto, que na presença de efeitos negativos e positivos gerados pelos acordos de colaboração, cabe ao direito concorrencial utilizar metodologia que contabilize e balanceie adequadamente estas externalidades.

### 1.3.3. Teoria e método de aplicação das normas concorrenciais à colaboração entre concorrentes

O estudo do método de análise concorrencial aplicável a associações entre concorrentes, assim como do seu substrato teórico, é de suma importância. A existência de dois procedimentos distintos para o escrutínio de atos e negócios jurídicos com efeitos sobre a concorrência – um disposto no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, e outro disposto nos artigos 88 e seguintes do mesmo diploma – pode levar o intérprete a considerar a existência de dois métodos distintos de análise. Isto, no entanto, não seria correto.

O que diferencia os procedimentos pertinentes ao controle de estruturas e ao julgamento de atos com potenciais efeitos negativos é meramente o momento: enquanto a análise de atos de concentração é feita de forma prévia, isto é, anteriormente à eficácia do ato, a análise de condutas potencialmente anticoncorrenciais é posterior, ou seja, realizada após a geração (ou potencial geração) de efeitos.

Em ambos os casos, o julgador deverá empregar o mesmo método de análise, que consiste no balanceamento de potenciais eficiências e efeitos econômicos danosos, decorrentes do ato submetido a julgamento do órgão concorrencial. Empregar critérios diferentes em âmbito de atuação preventiva e repressiva da legislação concorrencial seria inadequado não só do ponto de vista legal, mas também econômico.

No caso de colaborações entre concorrentes, a necessidade de coerência nos métodos de análise é ainda mais evidente. O cartel, por exemplo, pode ser qualificado como acordo entre concorrentes que não oferece qualquer benefício econômico potencial (como será exposto em detalhes). Se submetido ao julgamento da autoridade concorrencial em âmbito de controle de estruturas, o cartel poderia deixar de ser qualificado como tal, em razão da

aplicação do artigo 88, e não do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011? De forma diversa, o acordo entre concorrentes eficiente, não notificado ao CADE<sup>118</sup>, mas analisado em âmbito de atuação repressiva, não poderia ter suas eficiências levadas em consideração, em razão de o balanceamento de efeitos estar previsto no artigo 88, §6º, e não no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011?

A resposta, para ambas as perguntas, deve ser negativa. No entanto, em razão de importantes opiniões em sentido contrário<sup>119</sup>, deve-se esclarecer, para a correta compreensão da análise de legalidade aplicável aos acordos entre concorrentes, os fundamentos que justificam um método único, coerente, para os procedimentos em âmbito de atuação preventiva e repressiva.

Na sistemática do direito concorrencial, a licitude de práticas comerciais é aferida por meio de seus efeitos, ainda que potenciais. Isto significa dizer que atos e contratos serão considerados ilícitos na medida em que produzam ou possam produzir efeitos deletérios ao mercado e à sociedade, sem que tais efeitos possam ser compensados pela produção de eficiências econômicas.

De acordo com a Lei nº 12.529/2011, atos de concentração podem ser aprovados, ainda que gerem efeitos negativos no mercado, caso possam, cumulada ou alternativamente: (a) aumentar a produtividade ou a competitividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou

---

<sup>118</sup> Suponha-se que o ato não seja notificado ao CADE em razão de não atender aos critérios de faturamento do grupo econômico, dispostos no artigo 88, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011, conforme atualizados pela Portaria Interministerial nº 994/2012, do Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça.

<sup>119</sup> Por todos, vide Calixto Salomão: “[t]ratando-se de controle de estruturas, como visto, não é possível ter certeza a respeito dos resultados que advirão de determinado ato de concentração. Em ausência dessa certeza, uma extrema rigidez dogmática com relação aos princípios a serem perseguidos não é justificável nem do ponto de vista lógico. Nas condutas o raciocínio é exatamente o inverso. Nelas, ao elemento econômico puro adiciona-se de forma bastante intensa o dado valorativo jurídico. Além disso, não é necessário fazer qualquer previsão. O ato existe, é antijurídico, ou seja, contrário a um valor que para o legislador parecia instrumental à persecução do objetivo constitucional de defesa da concorrência. Isso faz com que a concepção de eficiências no controle das condutas seja substancialmente mais restrita que no controle das estruturas. Nesta última, o termo ‘eficiência’ engloba justificativas concorrenciais e extraconcorrenciais, isto é, justificativas que permitem aprovar uma operação mesmo que ela tenha claro efeito anticoncorrencial. É esse, aliás, o conceito clássico de eficiência: a melhoria das técnicas e escalas produtivas que permite abaixar custos, mais do que compensando a formação de posição de poder de mercado. No controle das condutas isso não ocorre. A eficiência consiste exatamente em não produção de efeito anticoncorrencial. É isso que a lei brasileira procura refletir no citado art. 36, §1º, ao se referir ao crescimento baseado na maior eficiência econômica. É o prêmio ao crescimento interno, que não tem efeito anti, mas sim, pró-concorrencial” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. pp. 448-449). A visão de Calixto Salomão é paradoxal. O controle de estruturas busca prevenir, exatamente, a realização de atos com maior potencial danoso, visto que celebrado entre grupos econômicos com relevante peso econômico. Admitir uma análise mais tolerante em âmbito de procedimento que busca justamente alcançar atos com maior potencial danoso é, por si só, contraditório. Por esta razão, a metodologia empregada na análise prévia e posterior de atos potencialmente anticompetitivos deve ser uma só.

serviços; ou (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico<sup>120</sup>. Adicionalmente, parte relevante dos benefícios decorrentes destas eficiências deve ser repassada aos consumidores<sup>121</sup>.

No âmbito da análise de condutas, a mesma lógica é aplicável. Uma prática comercial, ainda que possa causar danos à sociedade, deverá considerada legal caso tenha produzido eficiências capazes de compensar os prejuízos causados.

O balanceamento de eficiências e efeitos danosos ao mercado foi objeto de estudo de Oliver Williamson, que analisou a compensação de efeitos deletérios de uma operação pelas eficiências econômicas criadas, com base na ideia de “*welfare tradeoff*”<sup>122</sup>.

Utilizando o modelo que denominou “ingênuo” (*The Naive Tradeoff Model*), que analisa a economia de custos médios de produção e o aumento de preço gerados por um negócio jurídico, Williamson demonstrou que os efeitos líquidos de uma operação podem ser positivos, caso existam economias suficientes para compensar as ineficiências geradas<sup>123</sup>.

### Gráfico 3 – Representação do Modelo Ingênuo de balanceamento de efeitos econômicos gerados por um ato ou contrato

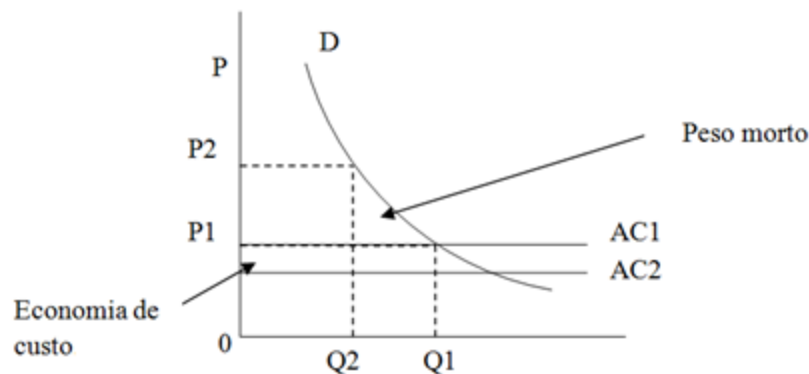
<sup>120</sup> Segundo o artigo 88, parágrafo 6º, inciso I, da Lei nº 12.529/2011. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, editado por meio da Portaria Conjunta nº 50/2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, impõe alguns requisitos adicionais para a demonstração de eficiências, seguindo o exemplo da prática norte-americana. Assim, o guia determina que as eficiências devem ser: (i) específicas do ato, o que implica dizer que não podem ser alcançáveis por outra via menos danosa que a operação em análise; (ii) alcançadas em um período máximo de 2 (dois) anos após a operação e por meio de vias factíveis; e (iii) verificáveis, sendo ônus das partes demonstrar razoavelmente como e quando as alegadas eficiências serão alcançadas.

<sup>121</sup> Artigo 88, parágrafo 6º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011. A prática norte-americana desenvolveu exigência semelhante no âmbito de demonstração de eficiências, denominada “pass-on requirement”. Assim, “courts and agencies have required proof that the cost savings associated with proffered efficiencies be passed on to consumers in the form of decreased prices or increased output such as improved quality. As a result, merging firms that seek to defend their mergers based on efficiencies must provide evidence that efficiencies, at least in part, will be passed on to consumers” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Joint Ventures: antitrust analysis of collaborations among competitors. 2. ed. Chicago, Illinois, 2014. pp. 259-260).

<sup>122</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, Pittsburgh, Vol. 58, pp. 18-36, 1966. pp. 18 e ss.

<sup>123</sup> *Ibidem*. p. 21.





Elaboração: Oliver E. Williamson.

Posteriormente, Williamson esclareceu que seu modelo de balanceamento não deve ser utilizado de forma absoluta, como se fosse a única ferramenta para análise da legalidade de negócios jurídicos, ressaltando, ainda, que os dados necessários para a utilização do modelo são fornecidos pelas próprias partes, o que reforça o fato de que a defesa da eficiência deve ser utilizada com cuidado, sempre levando em consideração outros dados relevantes para a análise concorrencial<sup>124</sup>.

Não obstante, o modelo de balanceamento de efeitos estabeleceu a premissa geral de que as operações que gerem resultados líquidos positivos, do ponto de vista econômico, beneficiam a criação de bem-estar e devem ser permitidas pelo direito da concorrência.

Portanto, seja em âmbito de aplicação preventiva da legislação concorrencial – pela análise de atos de concentração – seja em âmbito de aplicação repressiva – pela análise de práticas comerciais potencialmente danosas à concorrência – a política de defesa da concorrência não pode deixar de considerar os efeitos benéficos e as eficiências de um ato ou contrato. Não reconhecer a legalidade de uma prática que tem a capacidade de gerar bem-estar

<sup>124</sup> “To be sure, the partial equilibrium welfare economics apparatus upon which I relied to display the welfare tradeoffs is a blunt instrument that can be used in an intimidating way. To forestall the risk that subtle and complex policy issues might be resolved in an undiscerning manner, I specifically labeled the simple welfare economics model as ‘naïve’ and went on to introduce a number of economic and extraeconomic qualifications that must be considered [...] Although the government and the defendant have roughly equal access to market share statistics, and can present, interpret, and contest such data equally well, the same is not true with respect to a purported economics defense. Here, the data are distributed unevenly to the strategic advantage of the defendant; thus, an information-impactedness condition exists. Not only can the defendant use its information advantage by disclosing the data in a selective way, but advocacy legitimizes such disclosure. Unless the government can demonstrate that the data are incomplete or significantly distorted, which may not be easy, the advocacy process is poorly suited for purposes of getting a balanced presentation of the evidence before the court” (WILLIAMSON, Oliver E. *Economics as an antitrust defense revisited*. The University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, Vol. 125, pp. 699-736, 1977. pp. 701-703).

seria reprovável do ponto de vista da formulação de uma política de defesa da concorrência eficiente<sup>125</sup>.

Ademais, é preciso ressaltar que a Lei nº 12.529/2011 determina que a “conquista de mercado pautada na maior eficiência do agente econômico”<sup>126</sup> não caracteriza ilícito concorrencial nos casos de dominação e monopolização de mercados<sup>127-128</sup>. Esta hipótese corresponde ao fenômeno do crescimento orgânico ou interno, considerado como uma forma de expansão do agente econômico benéfica ao consumidor e à sociedade<sup>129</sup>. Ao estabelecer uma presunção de legalidade para o crescimento orgânico dos agentes econômicos – isto é, a expansão obtida por meio da eficiência superior – a legislação concorrencial brasileira deixa claro que práticas comerciais devem ter sua legalidade analisada, inclusive em regime de atuação repressiva, a partir de seus efeitos econômicos.

A tese do balanceamento de efeitos também encontra respaldo na prática do CADE. A Resolução do CADE nº 20/1999<sup>130</sup> dispôs, em seus Anexos I e II, respectivamente: (i)

<sup>125</sup> “Políticas que piores o nível de bem-estar dos envolvidos são vistas como eticamente inferiores (aos arranjos originais). Nesse contexto, o critério do ótimo de Pareto ganha conotação ética: se determinada distribuição de bens ou direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior, do ponto de vista ético, a distribuições alternativas. Uma variação do critério de Pareto comumente empregada em análises de custo-benefício é o critério de Kaldor-Hicks, ou eficiência potencial de Pareto. O critério de Kaldor-Hicks tenta separar as questões distributivas das de eficiência, estabelecendo que uma alocação é eficiente se permite que os ganhadores compensem os perdedores, a despeito de que efetivamente o façam” (GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra... p. 75).

<sup>126</sup> Artigo 36, § 1º, da Lei nº 12.529/2011.

<sup>127</sup> De modo geral, uma prática comercial será considerada ilícita se causar ou tiver o potencial de causar os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Vide artigo 36, incisos I a IV, da Lei nº 12.529/2011.

<sup>128</sup> Neste sentido, a dominação de mercados em si não é uma infração concorrencial, pois ela é resultado natural do processo competitivo. A dominação de mercados será anticoncorrencial quando obtida por meios artificiais. Assim, o artigo 36, § 1º, “dispõe que conquistar o mercado de forma natural, por adoção de meios eficientes de competição, não é uma prática condenável segundo o inciso II. Faz todo sentido. Nem toda dominação de mercado é uma infração. Aliás, a infração é a exceção, ocorre quando a dominação for baseada em atos, acordos, maquinações que não guardam relação com a eficiência do competidor, que tentar se destacar às expensas dos concorrentes, ou ao prejuízo de fornecedores ou adquirentes” (CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 106).

<sup>129</sup> “A aquisição de poder e participação de mercado pelo chamado crescimento orgânico ou interno não se sujeita ao escrutínio do Cade” (TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 180). Robert Bork foi um dos primeiros a defender a legalidade do crescimento interno e seus benefícios aos consumidores. Na visão do autor, “where the firm has grown to its monopoly size, its efficiency must outweigh its output restriction, or entry would erode its position. Moreover, when a firm has gained monopoly by superior efficiency, it has monopoly power only within the limited range of the superiority of its efficiency. If prices are pushed higher, entry will occur. This means that efficiency-based monopoly has only a limited ability to restrict output” (BORK, Robert. The antitrust paradox... p. 196).

<sup>130</sup> A Resolução do CADE nº 20/1999 dispunha algumas das normas procedimentais aplicáveis ao processo administrativo. Por este motivo, a resolução foi posteriormente revogada pela Resolução do Cade nº 45/2007, que estabeleceu o Regimento Interno do CADE (atualmente também revogada, com a promulgação da Resolução CADE nº 1/2012 e suas respectivas alterações, que estabelecem o atual Regimento Interno da

definições e classificações de práticas restritivas; e (ii) critérios básicos para a análise de práticas restritivas.

O Anexo I da Resolução do CADE nº 20/1999 dispõe, no seu item “A”, que algumas práticas restritivas podem “também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado” e, portanto, “é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta”. Conseqüentemente, “uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos”. Portanto, ainda na vigência da Lei nº 8.884/1994 (cuja lógica, no que diz respeito à teoria dos efeitos, foi mantida pela Lei nº 12.529/2011), o CADE utilizava em sua análise a ponderação de efeitos econômicos para verificação da legalidade de uma prática.

O Anexo II da Resolução do CADE nº 20/1999 dedica seus itens 3.1 e 3.2 à análise de, respectivamente, possíveis efeitos danosos e eficiências de práticas comerciais restritivas. No item 3.3, determina-se que a análise de práticas comerciais restritivas deve ser concluída com “a ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão”.

Assim, a legislação concorrencial brasileira e a prática construída pelo CADE adotam expressamente a teoria do balanceamento de efeitos econômicos para determinar a legitimidade de práticas comerciais<sup>131</sup>. Em outras palavras, a licitude, do ponto de vista do direito concorrencial, de uma prática danosa ao mercado está estritamente relacionada à sua capacidade de gerar benefícios (eficiências econômicas) que possam ser compartilhadas com os consumidores e com a sociedade e, assim, compensar os seus efeitos negativos. Isto significa dizer que o agente econômico deve utilizar a restrição à concorrência como um meio (e não como um fim), com o objetivo de gerar eficiências<sup>132</sup>.

---

autarquia). No entanto, os Anexos I e II da Resolução nº 20/1999 não foram formalmente revogados e continuam a ser válidos como orientação para a análise e interpretação de práticas comerciais restritivas.

<sup>131</sup> Ivo Gico Jr., ao analisar o significado normativo do artigo 20, caput, da Lei nº 8.884/1994, cuja redação foi reproduzida pelo artigo 36, caput, da Lei nº 12.529/2011, chega a conclusão semelhante. Segundo o autor, análise da caracterização do ilícito concorrencial deve verificar a existência dos seguintes critérios: “(i) a presença de uma conduta ou operação claramente identificável; (ii) a presença ou a potencialidade de efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar do consumidor (efeitos anticompetitivos); (iii) a existência de um nexo de causalidade, entre a conduta ou operação e os efeitos deletérios identificados; e, por fim, (iv) a possibilidade razoável de a intervenção estatal eliminar ou prevenir tais efeitos de forma a não gerar perda de bem-estar (capacidade de preservar o funcionamento adequado do mercado sem custos substanciais)” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006. pp. 146-147).

<sup>132</sup> Hovenkamp argumenta que uma restrição será provavelmente acessória se ela for capaz de gerar benefícios econômicos tanto no caso de os agentes possuírem poder de mercado, quanto no caso de não o possuírem. Este seria um indicativo que a restrição é por si só benéfica e a prática, portanto, deve ser analisada pela regra da razão. Assim, “[a] useful way to determine whether a restraint is naked or ancillary is to listen to the proffered

Deve-se ressaltar, com relação a este ponto, os argumentos favoráveis à contabilização, na análise concorrencial, de valores não econômicos para a aferição da licitude de práticas comerciais restritivas. No processo administrativo nº 08012.001591/2004-47<sup>133</sup>, a Conselheira Ana Frazão considerou a hipótese de o direito concorrencial utilizar como referencial, além do critério de incremento de bem-estar, parâmetros axiológicos não relacionados estritamente aos efeitos econômicos de determinada conduta. O afastamento de teorias puramente consequencialistas, baseadas na utilização do bem-estar como valor a ser protegido, se justificaria, dentre outros motivos, pela fragilidade de métodos econômicos, tendo em vista “que a crescente aceitação da teoria microeconômica e das análises empíricas como bases para as decisões antitrustes não eliminaram nem a incerteza nem a imprecisão”<sup>134</sup>.

Ainda que se admita a incorporação de parâmetros axiológicos na análise concorrencial – discussão que se situa fora do escopo do presente trabalho – o argumento aqui defendido continua válido: independentemente do conteúdo (*i.e.*, econômico ou axiológico) dos efeitos utilizados para afirmar ou negar a ilicitude das práticas potencialmente restritivas, a análise deverá sempre levar em consideração os efeitos gerados pela prática.

Alguns dos argumentos utilizados pela Conselheira Ana Frazão para defender a incorporação de valores não econômicos na análise concorrencial foram baseados em famoso artigo de Luiz Fernando Schuartz<sup>135</sup>. Embora Schuartz acene para a possibilidade de o direito da concorrência utilizar outros critérios, além da geração de bem-estar, na análise de condutas potencialmente restritivas, o autor nega a premissa de que existam ilícitos por objeto na legislação concorrencial, determinando que “o critério para classificarmos uma conduta como lícita ou ilícita, um determinado ato de concentração como autorizado ou não autorizado, está justamente na natureza dos efeitos futuros associados àquela ou a este” e, ademais, “a busca [de consensos racionais sobre a natureza dos efeitos futuros associáveis a condutas e atos de concentração] esbarra numa incerteza imanente ao objeto de regulação”<sup>136</sup>. Deste modo, o

---

explanation and then ask Would this restraint work if the participants held a nondominant position in the market?” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 195).

<sup>133</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.001591/2004-47, Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 29 de julho de 2015.

<sup>134</sup> Item 204 do voto da Conselheira Ana Frazão proferido no processo administrativo nº 08012.001 591/2004-47.

<sup>135</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito da concorrência. Disponível em <[http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz\\_-\\_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

<sup>136</sup> Vide a íntegra do argumento utilizado pelo autor: “A pressuposição de um consenso acerca da verdade de um dado enunciado a respeito dos efeitos futuros associados a uma dada conduta ou decisão não é, guardados limites muitos largos, uma condição necessária para garantir a racionalidade da decisão correspondente, na medida em que o sistema jurídico funciona neutralizando a questão da incerteza e da complexidade por meio da projeção, no futuro, de esquematismos binários de decisão do tipo lícito/ilícito, válido/inválido, etc., bem como da definição,

autor sustenta a necessidade de que as partes envolvidas em uma conduta ou ato de concentração interajam de forma institucional com o órgão de defesa da concorrência para que expressem sua visão acerca da natureza dos efeitos decorrentes de sua prática.

Ao adotar-se a teoria dos efeitos como método para determinar os limites da legalidade de práticas comerciais na ótica da defesa da concorrência, deve-se reconhecer que, no direito brasileiro, não há ilegalidade de condutas restritivas por si só (ou, em outras palavras, ilicitude “por objeto”), na medida em que é necessário sopesar os seus efeitos para aferir a sua conformidade com a lei<sup>137</sup>. No entanto, no caso de cartéis que têm como objeto meramente a fixação de preços, oferta, ou outras variáveis concorrencialmente relevantes, a sua incapacidade de gerar benefícios econômicos pode resultar na impossibilidade da utilização da defesa da eficiência e, conseqüentemente, na aplicação prática da ilicitude *per se*<sup>138</sup>. Deste modo, decisões reiteradas acerca do alto potencial danoso e ausência de eficiências econômicas de determinada prática podem levar à aplicação da regra da ilegalidade *per se* para esta prática restritiva específica<sup>139</sup>.

---

nas próprias normas jurídicas, de critérios de classificação dos comportamentos – como lícitos ou ilícitos, válidos ou inválidos, etc. – logicamente independentes de uma análise acerca dos correspondentes efeitos. Ora, ocorre que no Direito da Concorrência este modo de lidar com objetos complexos e incertos não pode ser aceito, uma vez que neste âmbito o critério para classificarmos uma conduta como lícita ou ilícita, um determinado ato de concentração como autorizado ou não autorizado, está justamente na natureza dos efeitos futuros associados àquela ou a este. Noutras palavras, a racionalidade dos processos de aplicação do Direito da Concorrência e, em última análise, deste ramo do direito mesmo, depende da existência de critérios que permitam o surgimento sistemático de consensos racionais sobre a correção ou a incorreção material das decisões, o que não se logra sem a possibilidade de consensos racionais sobre a natureza dos efeitos futuros associáveis a condutas e atos de concentração; por outro lado, a busca dessa possibilidade esbarra numa incerteza imanente ao objeto de regulação, condenando, em maior ou menor medida, as tentativas de prever esses efeitos a converterem-se em expressões da imaginação – mais ou menos fértil, bem como mais ou menos auto-esclarecida – daqueles que as empreendem” (SCHUARTZ, Luiz Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002. pp. 70 e ss.).

<sup>137</sup> Apesar de utilizar fundamento diferente do adotado neste estudo, Paula Forgioni adota a mesma posição acerca da inexistência de ilícitos *per se* no Brasil. Enquanto este trabalho adota a premissa de que uma prática restritiva somente pode ser considerada ilegal caso tenha como objetivo ou tenha o potencial de gerar alguns dos efeitos elencados nos incisos I a IV do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 e, além disso, não seja capaz de gerar eficiências econômicas capazes de compensar os danos gerados, Forgioni afirma que a caracterização da ilegalidade ocorre mediante a configuração de uma das hipóteses elencadas nos incisos I a IV do referido artigo 36. Afirma a autora: “[o] texto do art. 36, caput, de nossa lei antitruste é bastante amplo, abrangendo infinitos atos ou contratos que podem ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência e práticas abusivas. Por essa razão, o mesmo art. 36, em seu §3º, menciona série de condutas que, caso impliquem a concomitante incidência do caput e seus incisos, consubstanciarão infrações à ordem econômica. Frise-se bem: o elenco do §3º é exemplificativo. No Brasil, não há ‘infração *per se*’, pois as condutas do §3º, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos... p. 133).

<sup>138</sup> A premissa da aplicação da regra da ilegalidade por si só (*per se*) é baseada principalmente na jurisprudência acerca de certa restrição. Caso, após repetidas análises, chegue-se à conclusão de que uma prática restritiva é incapaz de gerar benefícios, ela será tratada pela regra da ilegalidade *per se*. Neste sentido, vide HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 196.

<sup>139</sup> Acerca da utilização da regra *per se* pela Suprema Corte Norte-Americana, estudo da American Bar Association demonstrou que “[b]ecause the application of the *per se* rule forecloses detailed antitrust analysis,

Neste contexto, é relevante analisar os conceitos de restrições puras e acessórias, que são utilizados na análise concorrencial como “atalhos” para a conclusão acerca da legalidade de práticas comerciais restritivas, na medida em que servem como fundamento para a aplicação da regra da razão ou da regra da ilegalidade *per se*<sup>140</sup>.

De modo geral, uma restrição será considerada pura caso não seja um meio – isto é, uma restrição acessória – para alcançar finalidades legítimas e eficientes do ponto de vista concorrencial<sup>141</sup>; em outras palavras, a restrição pura tem como objetivo fixar preços, oferta, ou outras variáveis concorrenciais relevantes, sem nenhuma contrapartida em termos de eficiência<sup>142</sup>. Neste sentido, na análise das restrições puras, não há espaço para mensuração de eficiências e estudo da compensação de efeitos negativos, pois não há eficiências econômicas a serem qualificadas e quantificadas.

Já no caso das restrições acessórias, a sua legalidade deve ser analisada a partir dos seus efeitos, sob duas perspectivas: (i) compensação dos danos à concorrência pelas eficiências econômicas geradas; e (ii) inexistência de meio menos restritivo para obter as eficiências pretendidas<sup>143</sup>.

As restrições acessórias possuem objetivos econômicos e sociais benéficos, embora possam resultar em certo grau de arrefecimento da concorrência<sup>144</sup>. Assim, considerando que o regime jurídico brasileiro determina a legalidade, do ponto de vista da concorrência, de atos e práticas comerciais a partir de seus efeitos econômicos líquidos, as restrições acessórias não serão consideradas ilegais caso possam produzir eficiências suficientes para compensar os

---

however, the Supreme Court has limited its application to restraints that are plainly or manifestly anticompetitive” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Joint ventures... pp. 50-51).

<sup>140</sup> “Antitrust has had to devise shortcuts for evaluating business practices. Because of their complexity, their great potential for harm, but the offsetting potential for considerable good, horizontal restraints is an area where the use of these shortcuts is particularly prominent” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 194).

<sup>141</sup> BORK, Robert H. The antitrust paradox... p. 263.

<sup>142</sup> “The [per se] rule should be restated so that it is illegal per se to fix prices or divide markets (or to eliminate rivalry in any other way) only when the restraint is ‘naked’ – that is, only when the agreement is not ancillary to cooperative productive activity engaged in by the agreeing parties. Only then is the effect of the agreement clearly to restrict output. Many price-fixing and market-division agreements make cooperative productive activity more efficient, and these should be judged, according to the circumstances, by the standards applicable to internal growth or by horizontal merger rules” (Ibidem. pp. 263-264).

<sup>143</sup> “Restraints need not to be essential to a venture to be reasonably related. But if the efficiencies of a venture could be ensured by practical and significantly less restrictive means than a challenged restraint, the restraint is unlikely to be treated as ancillary to the venture. In determining whether a restraint is ancillary, courts examine such factors as whether the venture previously operated without the restraint, and whether similar ventures function without similar restraints” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Joint ventures... p. 113). No Brasil, adotou-se critério semelhante. Conforme o item 71 do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (editado por meio da Portaria Conjunta nº 50/2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda): “[n]ão serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência”.

<sup>144</sup> HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 195.

danos produzidos, ainda que caracterizada qualquer das hipóteses do artigo 36, incisos I a IV, da Lei nº 12.529/2011<sup>145</sup>.

A distinção entre restrições puras e acessórias já foi utilizada pelo CADE como critério alternativo à utilização da regra da razão e da ilegalidade *per se* (embora, conforme se defenderá, os conceitos de restrições puras e acessórias estão intimamente ligados à utilização da regra da razão ou da ilegalidade *per se*).

No julgamento do processo administrativo nº 08012.001271/2001-44<sup>146</sup>, entendeu-se que o artigo 20 da Lei nº 8.884/1994 divide as práticas restritivas segundo o seu objeto e a sua capacidade de gerar efeitos anticoncorrenciais<sup>147</sup>. De um lado estariam as práticas que têm como objeto gerar ao menos um dos efeitos elencados pela legislação concorrencial como danosos; de outro, estariam as práticas que, apesar de não terem tal objeto, têm o potencial de, direta ou indiretamente, gerar um dos efeitos elencados pela legislação concorrencial como danosos<sup>148</sup>. A partir desta premissa, determinou-se que as restrições puras, no direito brasileiro, seriam aquelas que têm como objeto gerar efeitos anticompetitivos, enquanto que restrições acessórias estariam relacionadas às práticas que têm o potencial de, direta ou indiretamente, gerar efeitos anticompetitivos<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> Vide exemplo utilizado por Paula Forgioni em estudo sobre o contrato de distribuição: “[s]upomos que um agente econômico A tenha celebrado com um agente econômico B, seu distribuidor, um acordo mediante o qual foi pactuada a exclusividade e, conseqüentemente, fechado 40% do mercado relevante. Ao mesmo tempo, tal conduta (i) aproveitou sinergias apresentadas pelas partes nos seus canais de distribuição; (ii) diminuiu os custos de transação; (iii) reverteu em benefício dos consumidores; trouxe, enfim, fortes ‘eficiências’. É ainda fato, no nosso exemplo, que os benefícios da prática em muito superam eventual restrição concorrencial. Os partícipes não expuseram a operação ao Cade, nos termos do art. 54 da Lei Antitruste, mas um concorrente de A efetuou representação denunciando o ajuste. Se considerarmos que o art. 20 não encerra uma regra da razão, o negócio há de ser condenado e os partícipes penalizados nos termos da lei; afinal, terá ocorrido a incidência plena do referido artigo. Já a crença em uma regra da razão no art. 20 levará à não condenação da exclusividade, porque inexistente a ilicitude: a partir do momento em que as ‘eficiências’ sobrepujaram os danos concorrenciais, não há o ‘prejuízo líquido’ necessário à incidência da norma. Nada a ser reprimido, portanto” (FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição... p. 168). O exemplo deixa claro que considerar uma prática concorrencial como anticompetitiva simplesmente em razão da caracterização de um dos efeitos citados nos incisos do artigo 36, caput, da Lei nº 12.529/2011 – sem analisar suas possíveis eficiências – teria o efeito prático de considerar ilegais diversas práticas benéficas para o mercado, sociedade e consumidores.

<sup>146</sup> CADE, Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 30 de janeiro de 2013.

<sup>147</sup> A distinção foi repetida pelo artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, segundo o qual “[c]onstituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]”.

<sup>148</sup> “Neste sentido, o primeiro ponto a destacar é a redação do artigo 20, que caracteriza como infração à ordem econômica, independentemente de culpa, atos de duas naturezas distintas: (i) os que tenham por objeto quaisquer das condutas tipificadas em seus incisos, entre as quais a de limitar ou prejudicar a concorrência, que mais importa ao caso em análise; e (ii) os que, mesmo não tendo tal escopo em seu objeto, podem tê-lo, direta ou indiretamente, em seus efeitos” (item 155 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44).

<sup>149</sup> “Particularmente, tenho enorme tendência em ler a distinção à luz da já citada tradição da common law de distinguir atos de restrição à concorrência em duas categorias, apartando os atos que objetivam diretamente

Analogia semelhante, embora com conclusão diferente, foi defendida pelo Conselheiro Luiz Fernando Schuartz nos itens 23 a 25 do seu voto proferido no processo administrativo nº 08012.007042/2001-33<sup>150</sup>. Schuartz, ao contrário de Marcos Paulo Veríssimo, não admite explicitamente a existência de ilícitos por objeto no direito concorrencial brasileiro, estabelecendo apenas um critério de rigidez da aplicação da lei pautado na “possibilidade” da produção de efeitos danosos. Neste contexto, as restrições “por objeto” seriam aquelas que têm grande probabilidade de geração de efeitos anticoncorrenciais. Não obstante, ao contrário da posição do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, o entendimento do Conselheiro Schuartz não exige que o CADE prove que a conduta ilícita “por objeto” teve o potencial de gerar efeitos líquidos negativos (ainda que não alcançados)<sup>151</sup>.

As teorias que buscam definir critérios distintos de legalidade pela diferenciação entre ilícitos por objeto ou por efeitos devem ser afastadas. Parece razoável supor que a diferenciação entre atos que “tenham por objeto” ou “possam produzir” efeitos anticoncorrenciais, “ainda que não sejam alcançados”, tem o objetivo de afastar qualquer discussão acerca da natureza da prática restritiva ou da necessidade de comprovação de dano efetivo. Os parâmetros que regem a punição administrativa da infração à ordem econômica são afastados daqueles aplicáveis à caracterização da responsabilidade civil<sup>152</sup>, sendo que a

---

restringi-la (quem tem esse como seu propósito e objeto principal, e que quais devem merecer, portanto, tratamento mais rigoroso), daqueles que apenas indiretamente a restringem, sendo, na verdade, acessórios a um propósito de negócio independente e em princípio lícito, e guardando com este uma relação estrita de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (item 156 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no processo administrativo nº 08012.001271/2001-44).

<sup>150</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26 de abril de 2006.

<sup>151</sup> Vide o item 25 do voto proferido pelo Conselheiro Schuartz no administrativo nº 08012.007042/2001-33): “A exigência de que o propósito visado pelo agente com a sua conduta, i.e., a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20, o seja de uma ‘maneira objetiva’, dá conta da objeção de que, para a existência da infração, a obtenção do efeito pelo agente, por meio da sua conduta, deve ser ‘possível’. Essa objeção é procedente, mas absolutamente trivial, quando aquilo que se pretende com ela é reafirmar, também para o direito antitruste, a máxima de que não se punem os ilícitos impossíveis (assim como, por exemplo, não existe homicídio quando alguém dispara uma arma de fogo contra um indivíduo que já estava morto). A objeção deixa de ser trivial, mas passa a ser improcedente, quando o que se pretende com ela é susentar a posição de que uma conduta apenas viola o art. 20 se for elevada a probabilidade de que produzirá um dos efeitos ali listados. A improcedência está em que a objeção ignora a estrutura dual do caput do art. 20, e assimila um tipo de ‘possibilidade’ ao outro. A ‘possibilidade’ requerida para a condenação de uma conduta que ‘tenha por objeto’ a produção de um dos efeitos do art. 20 é uma possibilidade em ‘sentido fraco’, vale dizer, no sentido da exclusão da impossibilidade (ou do ‘crime impossível’ tal como definido no art. 17 do Código Penal); já a ‘possibilidade’ requerida para a condenação de uma conduta ‘que possa produzir’ um desses efeitos é uma possibilidade em outro sentido, a saber, o ‘sentido forte’ da elevada probabilidade objetiva ou do elevado risco de que, uma vez praticada a conduta, produzir-se-á o efeito”.

<sup>152</sup> A caracterização da responsabilidade civil exige, além do ato ilícito, a existência de dano e nexos causal (vide artigos 186 e 187 da Lei nº 10.406/2002, combinados com artigo 927 do mesmo diploma; e, acerca da necessidade da existência de dano para o surgimento do dever de reparação, vide artigo 944 da Lei nº 10.406/2002).



multa concorrencial tem caráter meramente punitivo, e não compensatório<sup>153</sup>. Deste modo, a análise do órgão de defesa da concorrência leva em consideração apenas os efeitos do ato potencialmente danoso, dispensando-se análise acerca de sua forma, natureza ou características.

Considerar a existência de ilícitos “por objeto” seria admitir a presunção de culpabilidade com relação a determinadas práticas comerciais<sup>154</sup> (que não necessariamente se limitariam ao cartel, pois não há suporte na Lei nº 12.529/2011 que justifique tal limitação). Qualquer presunção de culpabilidade no direito concorrencial deve ser afastada. O tratamento análogo à ilegalidade *per se* aplicado aos cartéis no direito brasileiro não se deve a eventual presunção de ilegalidade, mas sim à dificuldade (e, dependendo das circunstâncias do caso, impossibilidade) de se provar a existência de efeitos econômicos líquidos positivos.

A distinção entre restrições puras e acessórias é útil no direito brasileiro simplesmente em razão da premissa de que restrições puras são incapazes de gerar benefícios econômicos e, conseqüentemente, nunca produzirão efeitos líquidos positivos<sup>155</sup>.

A aplicação da regra da razão e da regra da ilicitude *per se* tem relação intimamente ligada aos conceitos de restrições puras e acessórias. A diferença básica entre a regra da razão e a regra da ilicitude *per se* refere-se à quantidade de informação que se deve obter para analisar a licitude de uma prática<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> A reparação (indenização) dos danos causados por atos anticoncorrenciais rege-se pelo artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 e deve ser apurada de acordo com os parâmetros de caracterização da responsabilidade civil. É importante fazer a ressalva, no entanto, de que a multa concorrencial tem efeito compensatório “indireto”, na medida em que é direcionada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, que “tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos” (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.008/1995).

<sup>154</sup> Tal presunção de culpabilidade, que aqui se refuta, foi expressamente defendida pelo Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, em seu voto no processo administrativo nº 08012.011027/2006-02: “A utilização do disjuntivo ‘ou’ no texto legal torna clara a previsão de dois tipos diferentes de infração: (i) atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, bem como dominar mercado relevante bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou, ainda, exercer forma abusiva posição dominante; e (ii) os atos que podem alcançá-lo de forma direta ou indireta em seus efeitos, ainda que tal não ocorra. [...] Não pode haver dúvida sobre a dicção ‘objeto’ no ordenamento brasileiro: a topografia das tecnologias de regulação comportamental, como ‘boa-fé objetiva’ e ‘responsabilidade objetiva’, está a construir uma estrutura na qual o comportamento predispõe e torna presumido o resultado, em função dos bens tutelados” (CADE, processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28 de agosto de 2013).

<sup>155</sup> Do mesmo modo, a regra da ilegalidade *per se* é vista nos Estados Unidos da América como uma forma de diminuir os custos da análise legal de atos que dificilmente criarão qualquer benefício econômico: “the *per se* rule can be useful policy and enforcement tool because it avoids prolonged and expensive economic investigation and litigation in cases in which such an expenditure of judicial resources is unnecessary” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Joint ventures... p. 50).

<sup>156</sup> Ou, em outras palavras: “[t]he *per se* rule says that once we know a certain amount about a practice we can pass judgment on its legality without further inquiry” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 255).

As duas regras, conforme conhecidas atualmente, foram desenvolvidas pelos tribunais norte-americanos no início do Século XX, como uma solução para a redação abrangente e genérica do *Sherman Act*, lei precursora da legislação de defesa da concorrência nos Estados Unidos da América, que considera ilegal todo o tipo de “restrição ao comércio”<sup>157</sup>.

As linhas gerais da regra da razão começaram a ser delineadas em *United States v. Trans-Missouri Freight Association* e *United States v. Joint-Traffic Association*<sup>158</sup>. Nestes dois casos, agentes econômicos do setor de transporte ferroviário criaram associações, cujo objetivo seria estabelecer estruturas de tarifas aplicáveis aos seus serviços. Os concorrentes continuariam independentes e livres para competir por meio de outras condições que não fossem relacionadas ao preço.

Ao se deparar com estes casos, a Suprema Corte norte-americana analisou o escopo da Seção 1 do *Sherman Act*, com vistas a determinar seu alcance e significado. No julgamento do caso referente à *Joint-Traffic Association*, a Suprema Corte norte-americana admitiu a possibilidade de que nem toda a restrição ao comércio seria ilegal, distinguindo acordos capazes de reduzir a concorrência diretamente, daqueles capazes de afetá-la indiretamente<sup>159</sup>.

A formulação da regra da razão, como atualmente conhecida, é geralmente atribuída ao voto do juiz Edward Douglas White no caso *Standard Oil v. United States*<sup>160</sup>, definindo que a Seção 1 do *Sherman Act* buscava reprimir apenas restrições irrazoáveis ao comércio. Na regra da razão formulada por White, o conceito de razoabilidade era utilizado para determinar se a concorrência estaria sendo prejudicada ou não por determinado ato<sup>161</sup>. A Seção 1 do

---

<sup>157</sup> Vide a redação da Seção 1 do *Sherman Act*: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

<sup>158</sup> *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897); *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898).

<sup>159</sup> “The Court in *Joint-Traffic* stood by its earlier holding of an unlawful cartel but backed away from the sweeping statement of its rule that ‘every’ restraint of trade was condemned under Section 1 of the *Sherman Act*. First, it distinguished between agreements that ‘directly’ and ‘immediately’ reduce competition, as would a rate agreement between competitors, and arrangements that had only indirect or incidental effects. Second, it stated that some arrangements affecting competition, such as ‘the sale of a good will of a business with an accompanying agreement not to engage in similar business,’ were not restraints of trade at all” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust...* p. 216).

<sup>160</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

<sup>161</sup> “The Court’s new rule announced in *Standard Oil* differs from earlier White dissent calling for reason to govern in precisely this: Under the new rule of reason competition remains the rule of trade, even when it appears reasonable in a particular instance to put competition aside. Reasonableness comes into the analysis only to evaluate whether, on balance, competition is being injured” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust...* p. 218).

Sherman Act “visaria a, apenas, proteger aquele comércio de práticas que implicassem sua indevida restrição (undue restraint)”<sup>162</sup>.

O conteúdo da regra da ilicitude *per se*, por sua vez, é encontrado percorrendo-se o caminho contrário da regra da razão: todas as práticas comerciais que reduzirem ou eliminarem a concorrência de forma irrazoável devem ser consideradas ilegais por si só<sup>163</sup>.

A prática norte-americana formulou diversos padrões de análise “intermediários”, que se situam entre a regra da razão e a regra da ilicitude *per se*. Tais padrões intermediários são agrupados sob a denominação de “regra da razão truncada” e são geralmente aplicáveis aos atos que se aproximam dos critérios da ilicitude *per se*, mas apresentam o potencial de geração de algum grau de eficiência, o que demandaria a aplicação da regra da razão<sup>164</sup>.

Embora os padrões intermediários de análise possam comportar diferentes modalidades, para os fins do presente estudo, cabe analisar o critério do “quick look” e da prática inerentemente suspeita (“inherently suspect standard”).

O primeiro critério foi desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana para aplicação a práticas que até um observador com pouco conhecimento econômico conseguiria identificar como anticompetitivas<sup>165</sup>. Assim, este critério não seria adequado para endereçar práticas com relação às quais a existência de efeitos anticompetitivos não seja óbvia, o que demandaria análise pela regra da razão<sup>166</sup>.

O padrão de análise do “quick look”, portanto, busca verificar se um ato aparentemente ilegal por si só tem a capacidade de gerar eficiências e benefícios econômicos e, conseqüentemente, deve ser analisado pela regra da razão. Uma vez que a possibilidade de

<sup>162</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos... p. 197.

<sup>163</sup> “A ilicitude *per se* desobriga a autoridade antitruste de realizar análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como ‘ilícita *per se*’ e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiada” (Ibidem. p. 199).

<sup>164</sup> “The truncated inquiry is usually best reserved for circumstances where the restraint is sufficiently threatening to place it presumptively in the *per se* class, but lack of judicial experience requires at least some consideration of proffered defenses or justifications. Further, the only justifications that are acceptable are those tending to show that the challenged restraint really does tend to increase output, and thus decrease price. The purpose is not to broaden the range of defenses for a restraint that is conceded to reduce output or increase price” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... pp. 265 e 266).

<sup>165</sup> “An abbreviated or ‘quick-look’ analysis is appropriate when an observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangements in question have an anticompetitive effect on customers and markets” (California Dental Association. v. FTC, 526 U.S. 756 (1999)).

<sup>166</sup> “Where any anticompetitive effects of given restraints are far from intuitively obvious, the rule of reason demands a more thorough enquiry into the consequences of those restraints than the abbreviated analysis the Ninth Circuit performed in this case” (California Dental Association. v. FTC, 526 U.S. 756 (1999)).

criação de benefícios seja desconsiderada, a prática é definida como uma restrição pura e julgada pela regra da ilicitude *per se*<sup>167</sup>.

O padrão de análise da prática inerentemente suspeita foi desenvolvido pela Federal Trade Commission (“FTC”), órgão norte-americano de defesa da concorrência de natureza administrativa, e tem o efeito de inverter o ônus da prova com relação ao caráter anticompetitivo da conduta. Este critério foi utilizado pela primeira vez na análise de uma colaboração entre concorrentes, por meio do qual os agentes se comprometeram a não ofertar descontos ou fazer propaganda acerca de determinados produtos<sup>168</sup>.

O critério do FTC foi preservado pela Corte de Apelações, tendo sido determinado que, no caso de práticas consideradas inerentemente anticompetitivas (definidas como tal com base na experiência e conhecimento econômico), cabe às partes provar o porquê de julgarem que não haverá dano aos consumidores<sup>169</sup>.

No caso brasileiro, como já visto, a legislação afere a legalidade de um ato a partir de seus efeitos. A regra da razão e a regra da ilicitude *per se* têm utilidade meramente prática no método de análise concorrencial da legislação brasileira e devem ser usadas apenas na medida em que não apresentarem incongruências com a aplicação da teoria dos efeitos líquidos.

Não cabe, no direito brasileiro, a aplicação de “regras truncadas” que impliquem em presunções de ilegalidade.

Para caracterizar a ilegalidade, do ponto de vista concorrencial, de um negócio jurídico, deve-se provar a existência de efeitos líquidos negativos (efetivos ou potenciais). Neste sentido, é essencial a demonstração de poder de mercado – e, conseqüentemente, de

---

<sup>167</sup> Dois casos geralmente citados como exemplos da aplicação da regra do “quick look” pela doutrina norte-americana são *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984) e *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986). Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Joint ventures...* pp. 54 e ss.; e HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy...* pp. 266 e ss. Nestes dois casos, a Suprema Corte norte-americana verificou a possibilidade de geração de benefícios econômicos para práticas que, aparentemente, deveriam ser consideradas ilegais por si só, por fixar preços ou quantidades. Após uma breve análise (“quick look”) dos possíveis efeitos benéficos, as práticas foram consideradas ilegais, pois a Suprema Corte julgou não haver possibilidade da geração de efeitos positivos.

<sup>168</sup> “The first well-known invocation of the standard involved a joint venture formed by two recording companies to market a new recording by the ‘Three Tenors,’ Jose Carreras, Placido Domingo, and Luciano Pavarotti. Although the FTC did not challenge the formation of the joint venture itself, it did challenge two subsidiary agreements between the companies not to discount or advertise two prior recordings by the Three Tenors” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Joint ventures...* p. 56).

<sup>169</sup> Conforme julgado pela Corte de Apelações, “[i]f, based upon economic learning and the experience of the market, it is obvious that a restraint of trade likely impairs competition, then the restraint is presumed unlawful and, in order to avoid liability, the defendant must either identify some reason the restraint is unlikely to harm consumers or identify some competitive benefit that plausibly offsets the apparent or anticipated harm” (*PolyGram Holding, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29. (D.C. Cir. 2005)).

posição dominante<sup>170</sup> – dos agentes que implementaram a prática em análise. Na ausência de poder de mercado, qualquer tentativa de geração de efeitos negativos será rechaçada pela indiferença das forças do mercado frente à incapacidade de o agente influenciar o seu funcionamento<sup>171</sup>. Por este motivo, o direito concorrencial preocupa-se não só com o exercício abusivo da posição dominante, mas também com a sua obtenção por meios anticompetitivos<sup>172</sup>. Na ausência de poder de mercado, não há que se falar em ilícito concorrencial, pois qualquer tentativa de distorcer as forças do mercado será ineficaz e não terá o potencial de causar dano<sup>173</sup>.

Aplicando-se a teoria dos efeitos, a colaboração entre concorrentes só é justificável se os seus efeitos líquidos forem positivos; isto é, se os benefícios econômicos gerados pela colaboração forem capazes de compensar os danos gerados.

Neste contexto, a colaboração entre concorrentes sem a correspondente criação de benefícios econômicos será, muito provavelmente, caracterizada como cartel, em uma das

---

<sup>170</sup> A posição dominante é decorrente da existência de poder de mercado. Segundo Forgioni, “a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar com um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado” (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos... p. 261).

<sup>171</sup> “Vê-se, portanto, que a noção de poder econômico traz em si a antítese do modelo de concorrência perfeita, anteriormente abordado, onde nenhum dos agentes econômicos é capaz de influenciar, com suas atitudes individuais, o comportamento do mercado como um todo. O mercado, assim, é completamente alheio e independente em relação ao indivíduo, apresentando-lhe apenas a possibilidade de decisão entre ‘pegar’ ou ‘largar’. A situação de poder econômico, ao contrário, expressa a condição de independência na tomada das decisões econômicas, ou seja, a possibilidade de se tomar decisões fora dos limites que o mercado imporia em regime concorrencial puro. O indivíduo passa, assim, a condicionar e a conformar, com suas atitudes individuais, as suas relações econômicas de troca” (BRUNA, Sérgio Varella. O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. pp. 103 e 104). Mesmo com relação à colusão horizontal, a prática da política de defesa da concorrência exige a demonstração de poder de mercado. Conforme disposto no item A do Anexo I da Resolução do Cade nº 20/1999: “[a]s práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante”.

<sup>172</sup> O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 reprime tanto condutas que tenham como objeto ou possam resultar no efeito de “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, como aqueles que tenham como objeto ou possam resultar no efeito de “exercer de forma abusiva posição dominante”. Neste contexto, “[t]he underlying evil that antitrust addresses is the power to raise price profitably above marginal cost. But antitrust itself is concerned with the process by which market power is created. This process question forces the tribunal to consider whether some practice is likely to be anticompetitive. The answer often depends, not on the firm’s abstract ability to raise price above marginal cost, but on its ability to ‘dominate’ a market” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 82).

<sup>173</sup> “Antitrust is concerned with the power of market participants to distort the competitive process. This distortion can misallocate resources, transfer wealth from consumers and other protected groups to market participants with power, or stifle new entry or innovation and commercialization. Without power, a market participant can do none of these things but is, instead, itself subject to the discipline of competition” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. The law of antitrust... p. 25).

formas previstas na Lei nº 12.529/2011<sup>174</sup>. Os atos que apresentam absoluta ausência de geração de eficiências econômicas, ainda que potenciais, merecem tratamento análogo ao da ilegalidade *per se*<sup>175</sup>.

Por outro lado, acordos que tenham o potencial de gerar benefícios, ainda que impliquem em certo grau de restrição ao processo concorrencial, não devem ser considerados ilegais sem uma análise ponderada de seus efeitos.

Um dos maiores exemplos de cooperação entre concorrentes analisado pelo CADE, cujos efeitos líquidos mostraram-se positivos do ponto de vista concorrencial, é o caso do Clube dos Treze, uma associação entre clubes de futebol com o objetivo de promover a comercialização conjunta de direitos de transmissão, imagem, dentre outros, referentes a torneios de futebol<sup>176</sup>. Na análise da estrutura utilizada pelo Clube dos Treze, constatou-se que seu funcionamento poderia “ser considerado como um arranjo que envolve elementos que tipicamente definem um cartel”<sup>177</sup>. No entanto, constatou-se que a atuação coordenada entre os vários times de futebol era eficiente e necessária à própria existência dos campeonatos

---

<sup>174</sup> “Art. 36. [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”.

<sup>175</sup> Neste sentido, vide trecho do voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no processo administrativo nº 08012.002127/2002-14: “[p]ortanto, enquanto as fusões e aquisições podem ter um efeito negativo para o consumidor, a partir do aumento do poder de mercado de uma empresa, esses podem ser mais que compensados com o aumento da eficiência que beneficia os consumidores. Isto é, como a legislação antitruste, particularmente em um país em desenvolvimento, não pode ser um freio ao progresso técnico e ao aumento da eficiência da economia: há que se aplicar a regra da razão para se contrapor os efeitos que operam em direções contrárias nos atos de concentração. Por outro lado, os cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, cartéis, particularmente, cartéis clássicos são sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são consequentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão” (CADE, processo administrativo nº 08012.002127/2002-14, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 13 de julho de 2005). No mesmo sentido, o voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz no processo administrativo nº 08012.011027/2006-02: “[e]m relação ao aspecto jurídico, apenas para questão de registro, precedentes do CADE revelam que nos casos em que houver a atuação de um cartel, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração, presumindo-se a potencialidade de que sejam produzidos efeitos prejudiciais à concorrência. Dessa forma, discussões como estabelecido no caso do “Cartel das Britas”, verificadas as condições de existência de um cartel clássico, alcança-se um quantum probatório em que uma decisão pode ser exarada, sendo desnecessário realizar a prova dos efeitos. Isto é, seria uma espécie de delito *per se*” (CADE, processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28 de agosto de 2013).

<sup>176</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.006504/1997-11, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 20 de outubro de 2010.

<sup>177</sup> Trecho contido na página 17 do voto condutor proferido pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos no processo administrativo nº 08012.006504/1997-11.

nacionais<sup>178</sup>. Além de estabelecer a premissa de que acordos entre concorrentes podem apresentar justificativas econômicas, o caso é importante para afastar qualquer tentativa de caracterização de ilícitos “por objeto” no direito brasileiro.

De forma semelhante, no caso do Conselho de Produtores e Exportadores de Suco de Laranja (Consecitrus)<sup>179</sup>, o CADE recomendou o estabelecimento de associação entre concorrentes em resposta à combinação dos negócios de dois grandes produtores de suco de laranja<sup>180</sup>.

A forte concentração no mercado de suco de laranja contrastava com a desconcentração no mercado *upstream* de citricultura, caracterizado por um maior grau de pulverização<sup>181</sup>. A diferença de concentração dos dois mercados verticalmente relacionados gerava distorções decorrentes do poder de barganha dos agentes produtores de suco de laranja frente aos citricultores, responsáveis pela produção e comercialização da laranja *in natura*. Assim, o CADE utilizou, como solução para o poder de barganha dos agentes econômicos de um mercado concentrado, a atuação coordenada de agentes econômicos (desconcentrados) do mercado à montante, sob a forma de associação civil<sup>182</sup>.

Percebe-se, portanto, que tanto em âmbito de atuação repressiva, quanto em âmbito de atuação preventiva, a legislação concorrencial brasileira optou pelo método do balanceamento de efeitos resultantes de uma prática comercial de modo a averiguar a sua conformidade com a política de defesa da concorrência.

---

<sup>178</sup> “Deste modo, embora haja, no presente caso, arranjo entre concorrentes para fixar quantidades e preços, comumente qualificado como cartel ou conspiração (denominação do Sherman Act), esse ajuste é, neste cenário particular, pró-concorrencial, dado ser essencial para viabilizar a própria existência do campeonato de futebol. Deste modo, por haver eficiências líquidas em arranjo no qual os clubes precisam cooperar para viabilizar a sua própria atividade-fim, o acordo entre os clubes de futebol dentro de uma liga (Clube dos Treze, in casu) deve ser considerado legítimo sob a ótica concorrencial” (trecho contido na página 21 do voto condutor proferido pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos no processo administrativo nº 08012.006504/1997-11).

<sup>179</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.003065/2012-21, Relator Conselheiro Ricardo Ruiz Machado, julgado em 19 de fevereiro de 2014.

<sup>180</sup> CADE, ato de Concentração nº 08012.005889/2010-74, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 14 de dezembro de 2011.

<sup>181</sup> Neste sentido, vide trecho do voto condutor do caso proferido pelo Conselheiro Ricardo Machado Ruiz: “[a] lógica subjacente à constituição do Conselho de Produtores e Exportadores de Suco de Laranja (Consecitrus), conforme o Termo de Compromisso e Desempenho (TCD) firmado entre Fischer/Citrovita e Cade, é pactuar condições gerais de comercialização de laranja pelos citricultores e industriais, os dois principais segmentos da cadeia citrícola no Brasil. O objetivo central do Consecitrus seria a redução do poder de barganha entre citricultores (produtores de laranja) e industriais (produtores de suco concentrado), sendo o principal, mas não único objeto da barganha, o preço da laranja de 40,8 kg”.

<sup>182</sup> Portanto, conforme afirmou o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz em seu voto: “[o] TCD Fischer/Citrovita, ao propor o Consecitrus, buscou mitigar parcialmente os efeitos concorrenciais negativos do ato de concentração ao propor um mecanismo alocativo centralizado e coordenado, muitas vezes baseado na lógica da ação coletiva, ou seja, pela lógica da governança”.

Assim, na análise da cooperação entre concorrentes, é preciso aferir se as eficiências econômicas superam os potenciais danos causados. Caso nenhuma eficiência seja possível, a colaboração se aproximará da figura do cartel e merecerá tratamento semelhante ao da ilegalidade per se, tendo em vista a incapacidade de geração de benefícios econômicos.

## **2. OS CRITÉRIOS DE LEGALIDADE DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO**

Como visto, o direito da concorrência aúfere a legalidade de atos e negócios jurídicos a partir de seus efeitos. Neste contexto, o contrato entre concorrentes será considerado legal sempre que for capaz de gerar eficiências que compensem seus potenciais efeitos danosos. Portanto, cumpre analisar as principais eficiências e efeitos benéficos à concorrência que agentes econômicos rivais buscam alcançar, de modo a estabelecer alguns dos critérios que determinam a legalidade dos contratos de colaboração horizontais.

### **2.1. As hipóteses nas quais o direito da concorrência aceita a legalidade das restrições dos acordos de colaboração**

A prática concorrencial permite identificar algumas hipóteses nas quais os efeitos líquidos da colaboração entre concorrentes poderão ser positivos. Neste capítulo, serão analisados acordos entre agentes rivais que têm como escopo: (i) reduzir custos de transação e/ou assimetria de informações; (ii) obter ganhos de escala ou racionalizar a oferta e/ou demanda em determinado mercado; e (iii) permitir a cooperação na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e serviços, ou estabelecer padrões tecnológicos ou industriais.

#### **2.1.1. Redução de custos de transação e assimetria de informações**



A assimetria de informações e a existência de custos de transação estão estritamente relacionadas. Conforme já indicado, Coase demonstrou que o próprio ato de realizar transações comerciais apresenta custos relacionados à falta de informação sobre quem está disposto a negociar e em quais termos<sup>183</sup>. Neste contexto, os custos de transação “consistem, basicamente, na incerteza que caracteriza as relações de mercado (que se estendem desde os preços até a natureza e características do produto a ser fornecido)”<sup>184</sup>.

Os custos de transação podem ser divididos entre custos de coordenação e custos de motivação. Os custos de coordenação (*coordination costs*) são os custos despendidos para estruturar o negócio, buscar parceiros comerciais e clientes. Os custos de motivação (*motivation costs*), por sua vez, envolvem principalmente os custos decorrentes da assimetria de informações, quando as partes não possuem todos os dados relevantes sobre quem está disposto a negociar e sobre os termos da negociação. Os custos de motivação também estão associados ao risco de comportamento oportunista pela outra parte<sup>185</sup>.

Uma vez que os agentes econômicos incorrem em custos para se valer do mecanismo de mercado, a tendência natural é que busquem adotar o procedimento que seja mais eficiente (isto é, mais econômico) do ponto de vista dos custos de transação a serem incorridos<sup>186</sup>.

Quanto maior forem os custos de transação impostos aos agentes econômicos, menor será a eficiência do funcionamento dos mercados. Em situações de custos de transação demasiadamente altos, os agentes econômicos podem inclusive chegar a impasses com relação à formação de preços e termos de negociação<sup>187</sup>. Deste modo, a obtenção de informações sobre o mercado, a preferência dos consumidores, qualidade dos bens ofertados, dentre outros, é essencial para o sucesso comercial. Conforme afirmam Whish e Baley, os

---

<sup>183</sup> “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost” (COASE, Ronald H. The problem of social cost... p. 15).

<sup>184</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial... p. 392.

<sup>185</sup> FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição... p. 315.

<sup>186</sup> Ibidem. pp. 313 e 314.

<sup>187</sup> “Em meio a todos esses fatores, o elemento de mais difícil determinação torna-se exatamente o preço relativo de cada produto. Sobretudo quando comprador e vendedor não se encontram em mercados concorrenciais, a definição dos preços pode levar a impasses. A determinação das características do produto é motivo de preocupação principalmente naqueles contratos de longa duração. Neles frequentemente o vendedor nega-se a especificar com precisão as condições (inclusive de preço) em que o produto virá a ser fornecido no futuro. Essas incertezas são bastante inconvenientes para o comprador que quer planejar sua atividade econômica” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial... pp. 392-393).

agentes não podem atuar em um “vácuo estatístico” e, assim, utilizam todas as informações que são capazes de obter<sup>188</sup>.

A disseminação de informações no mercado, no entanto, nem sempre será benéfica ao processo concorrencial<sup>189</sup>, podendo facilitar a coordenação tácita e paralelismo consciente entre rivais, especialmente em mercados de produtos homogêneos<sup>190</sup>, que não caracterizam atos anticompetitivos em si<sup>191</sup>.

Além de acirrar a concorrência baseada em preço em mercados de produtos homogêneos, a assimetria de informações pode, ainda, intensificar a concorrência em mercados de produtos não homogêneos, incentivando a diferenciação entre produtos<sup>192</sup> e forçando o agente econômico a tomar decisões em ambiente de incerteza, em cenários nos

---

<sup>188</sup> “Competitors cannot compete in a statistical vacuum: the more information they have about the market conditions, the volume of demand, the level of capacity that exists in an industry and the investment plans of rivals, the easier it is for them to make rational and effective decisions on their production and marketing strategies. Competitors may benefit, without harming their customers, by exchanging information on matters such as methods of accounting, stock control, book-keeping or the draftsmanship of standard-form contracts” (WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012. p. 540).

<sup>189</sup> Conforme ressalta Hovenkamp: “[t]he two extremes are easy to characterize: markets in which information is very bad function poorly; markets in which information is perfect on all sides function well. Unfortunately, there is not a smooth continuum in between. It does not follow that the more information that exists, the more efficiently and competitively the market will perform. Indeed, sometimes exchanges of price information among competing sellers can facilitate collusion” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*... p. 216).

<sup>190</sup> Em mercados de produtos homogêneos, o principal elemento diferenciador entre os agentes econômicos é o preço. A ampla disseminação de informações, especialmente sobre preços futuros, pode induzir o paralelismo de preços, eliminando substancialmente a concorrência. Em mercados de produtos diferenciados, ao contrário, os agentes econômicos dispõem de outras formas de competição além do preço de seus produtos.

<sup>191</sup> Neste sentido, “a caracterização de um cartel não se dá meramente pelo paralelismo de preços entre concorrentes do mercado. A prática de cartel vai além deste espectro, devendo ser comprovada qualquer tipo de combinação entre empresas que esteja restringindo a livre concorrência. É a chamada doutrina do paralelismo plus, por meio da qual não é suficiente o paralelismo para que haja a conduta infratora, requerendo ainda que haja um plus, ou seja, que haja algum outro elemento concreto de prova, como uma reunião ou comunicação entre as empresas, que poderia ter sido utilizado como forma de coordenação do cartel” (CADE, Processo Administrativo nº 08012.006539/1997-97, Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 9 de março de 2005). A coordenação tácita entre concorrentes está relacionada com o fenômeno do paralelismo consciente, possibilitado em mercados com baixo número de concorrentes. “Muitas vezes, a identificação do caráter anticoncorrencial de uma prática colusiva é tarefa difícil, pois, ao observar o mercado, o intérprete pode deparar-se com preços semelhantes que decorrem não de um acordo, mas do funcionamento ‘normal’ daquele setor econômico. A existência de price leadership ou mesmo de comportamento uniforme das empresas não implica necessariamente conluio ou abuso de posição dominante. Ao contrário, a semelhança das estratégias pode ser decorrência do processo normal de competição. A doutrina especializada dá o nome de ‘paralelismo consciente’ a esse fenômeno, que geralmente ocorre em mercados com reduzido número de agentes” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos*... pp. 346 e 347).

<sup>192</sup> “Elemento característico da concorrência monopolista é a diferenciação dos produtos, com base na inovação (lançamento de novos produtos e de novos modelos). Neste mercado os bens não são homogêneos como na concorrência perfeita, mas também não são meros sucedâneos remotos uns dos outros como no monopólio. Aqui as empresas não reproduzem mercadorias idênticas, nem artigos completamente distintos” (NUNES, A. J. Avelãs. *Economia política: a produção – mercados e preços*. Coimbra: Serviços de Ação Social da U.C., 2007. p. 398).

quais o preço é apenas uma das variáveis competitivas<sup>193</sup>. Em mercados oligopolizados, a falta de informação pode servir como obstáculo a comportamentos tendentes ao paralelismo<sup>194</sup>; por outro lado, pode resultar na tomada de decisão equivocada, por falta de informações adequadas<sup>195</sup>, ou, ainda, estimular o comportamento irracional proposital com o objetivo de confundir rivais<sup>196</sup>.

Assim, dependendo das condições do mercado e a forma de concorrência, a disseminação de informações pode ter efeitos benéficos para o mercado, reduzindo o ambiente de incerteza<sup>197</sup> e permitindo a tomada de decisões racionais<sup>198</sup>, assim como pode ter efeitos indesejáveis, ao facilitar a colusão.

---

<sup>193</sup> Como, por exemplo, em mercados oligopolizados. O oligopólio é “um regime extremamente volátil, pois com base num conluio entre os oligopolistas, chamado de cartel, pode transformar-se num monopólio. Por outro lado, não chegando eles a um acordo ou rompendo-o, quando já existente, passam a atuar de maneira muito próxima à da concorrência imperfeita, desencadeando guerras comerciais para a conquista de mercados. Ressalte-se, entretanto, basearem-se tais guerras não tanto nos preços, mas sim na qualidade – real ou imaginária – dos produtos, por meio de novos modelos, melhores no acabamento ou na apresentação, aumento do tempo de garantia, promoções, brindes, campanhas publicitárias e outros expedientes. Quando os oligopolistas estão em processo competitivo, isto é, sem conluio com os demais, aplica-se-lhes muito adequadamente o modelo Teoria dos Jogos, pois cada um deles estará numa situação muito próxima à do jogador que precisa saber qual o próximo lance dos seus parceiros, mas não tem como fazê-lo” (NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2000. pp. 267-268).

<sup>194</sup> Deve-se ressaltar, no entanto, que agentes econômicos em mercados oligopolizados com produtos pouco diferenciados tendem a alcançar o paralelismo tácito no longo prazo. O comportamento estratégico pautado na observação da reação do concorrente é a premissa básica do modelo de concorrência em mercados oligopolizados desenvolvido por Augustin Cournot, assim exemplificado por Herbert Hovenkamp: “[t]he process by which a Cournot equilibrium is reached goes like this. We begin with a market with two firms, called duopoly. The first firm sets its output as if it were a monopolist, by equating its marginal cost and marginal revenue. That is, it simply assumes that the other firm will produce zero. The second firm then takes the residual demand – the demand that is left over after the first firm has set its price and output – and equates its own marginal cost and marginal revenue. The first firm will then need to revise its price downward, or it will lose too many sales to the second firm; so it will equate its marginal cost and marginal revenue once again, using the residual demand curve left by the output of the second firm. The second firm will respond to this revised output by the first firm, and so on. They will finally reach an equilibrium point where each is equalizing its own marginal cost and marginal revenue. If the two firms are the same size and have identical marginal cost curves, they will end up with the same output as well. Each will produce two-thirds of the monopoly output; so total output will be 1.333 times the monopoly output” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 160).

<sup>195</sup> Deve-se ressaltar que, neste caso, o comportamento irracional não seria derivado de um processo de tomada de decisão irracional, mas sim da decisão do agente econômico que não possui a quantidade de informações adequada. Assim, “[b]usiness decisions that are based on limited information and that subsequently lose substantial amounts of money are not necessarily irrational. Most decisions, whether personal or professional, must be made on the basis of incomplete information” (LESLIE, Christopher R. Rationality analysis in antitrust. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, vol. 158, pp. 261-353, 2010. p. 284).

<sup>196</sup> Jean Tirole denomina esta estratégia como “investimento em desinformação” (investments in disinformation), por meio do qual o agente econômico emprega recursos no sentido de confundir os seus rivais (por exemplo, por meio de preços abaixo do custo médio de produção) ou para intimidá-los (TIROLE, Jean. The theory of industrial organization. Londres: The MIT Press, 1988. pp. 361 e ss).

<sup>197</sup> Frank H. Knight formula concepção de incerteza a partir da premissa de que o mundo é composto de elementos que se comportam de forma consistente sob as mesmas circunstâncias. Assim, a certeza depende do conhecimento dos elementos com os quais se está lidando e as circunstâncias aplicáveis, o que resultaria em um cenário previsível. A incerteza, consequentemente, decorre do não conhecimento destas variáveis. “We have, then, our dogma which is the presupposition of knowledge, in this form; that the world is made up of things, which, under the same circumstances, always behave in the same way. The practical problem of inference or

A troca de informações pode ser o principal escopo de determinado acordo entre agentes rivais, assim como pode ser uma condição acessória ao objeto principal. Por este motivo, grande parte das cooperações entre concorrentes provavelmente conterá previsão de troca de informações<sup>199</sup>.

A OCDE indica que a troca de informações é geralmente utilizada de três formas distintas: (i) como elemento de um acordo mais amplo para divisão de mercado ou fixação de preço, no qual a troca de informações funciona como um facilitador; (ii) como elemento acessório de um acordo eficiente, como *joint venture*, contrato de padronização ou acordos de pesquisa e desenvolvimento; ou (iii) como prática isolada, isto é, quando a troca de informação é o único meio de colaboração<sup>200</sup>.

No caso de compartilhamento de informações como uma condição acessória em contrato de colaboração entre dois concorrentes, a legalidade de tal compartilhamento dependerá, em grande medida, dos efeitos gerados pelo objeto principal do acordo. Neste sentido, se o objeto for considerado anticompetitivo, é possível que o compartilhamento de informações também seja danoso à concorrência, uma vez que foi utilizado para implementar ato com efeitos econômicos líquidos negativos<sup>201</sup>.

---

prediction in any particular situation centers around the first two of these three factors: what things are we dealing with, and what are the circumstances which condition their action? From knowledge of these two sets of facts it must be possible to say what behavior is to be expected” (KNIGHT, Frank. H. Risk, uncertainty and profit. Disponível em <<https://mises.org/library/risk-uncertainty-and-profit>>. Acesso em 26 de julho de 2015. p. 204).

<sup>198</sup> Conforme estudo da Organisation for Economic Co-operation and Development (“OCDE”), a troca de informações pode proporcionar (i) a eliminação de assimetrias de informação; (ii) o favorecimento da escolha informada por participantes do mercado; e (iii) a viabilização, em alguns casos, do próprio funcionamento do mercado, como no caso do mercado de seguros. Vide OCDE. Information exchanges between competitors under competition law. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

<sup>199</sup> “In addition, some undisputedly pro-competitive or efficient arrangements necessarily involve an exchange of information as a ‘side effect’. Increasing transparency for consumers almost certainly also brings the information to the attention of competitors. Nearly all legitimate cooperation between competitors involves some information exchange” (PAPP, Florian Wagner-von. Information Exchange Agreements. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2015674>>. Acesso em 2 de agosto de 2015. p. 4).

<sup>200</sup> “Generally, information exchanges among competitors may fall into three different scenarios under competition rules: (i) as a part of a wider price fixing or market sharing agreement whereby the exchange of information functions as a facilitating factor; (ii) in the context of broader efficiency enhancing cooperation agreements such as joint venture, standardization or R&D agreements; or (iii) as a stand-alone practice, whereby the exchange of information is the only cooperation among competitors” (OCDE. Information exchanges... p. 9).

<sup>201</sup> “Where an Exchange of information forms part of another type of horizontal cooperation agreement its assessment should be carried out in combination with the assessment of that agreement; an obvious example would be the parties to a production agreement sharing information about costs” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition Law... p. 540).

A estrutura do mercado é relevante para determinar se um acordo de troca de informações entre concorrentes pode ou não causar efeitos anticompetitivos<sup>202</sup>. Enquanto a troca de informações em mercados concentrados pode levar ao paralelismo consciente, a redução da assimetria de informações em mercados que apresentam baixa concentração pode permitir a atuação mais racional dos agentes econômicos, sem que isso resulte em arrefecimento da concorrência.

Dependendo da estrutura do mercado e da forma como a informação é compartilhada, a concorrência pode ser beneficiada com o comportamento mais racional e mais previsível dos agentes econômicos, sem que se configure o alinhamento tácito. Em outras palavras, permite-se o nivelamento da competição em parâmetros adequados, permitindo a correta precificação de ativos e alocação de recursos<sup>203</sup>.

Ao estudar a importância do conhecimento no funcionamento do mercado, F.A. Hayek destaca o papel do mecanismo de formação de preços do mercado como uma forma de disseminação de informações a respeito das preferências de consumidores e comportamento dos agentes econômicos<sup>204</sup>. A assimetria de informações e a existência de altos custos de transação podem, portanto, afetar o funcionamento eficiente dos mercados e influenciar a tomada de decisão do agente econômico. A racionalidade econômica dos agentes em sua tomada de decisão será tão limitada quanto forem escassas as informações com base nas quais a decisão foi adotada.

A importância da informação na tomada de decisão do agente econômico e na precificação de bens também é ressaltada pela vertente da economia da informação. George

---

<sup>202</sup> Na União Europeia, a facilitação do comportamento uniforme por meio da troca de informações depende, principalmente, das circunstâncias do mercado e da troca de informação em si. Assim, “whether an exchange of information facilitates collusive behavior depends on not only the initial market conditions but also how the exchange of information may change those conditions” (WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law...* p. 544).

<sup>203</sup> Ao discutir sobre as possíveis vantagens da troca de informações, Florian Wagner-von Papp afirma que “there is also the contrary argument that we should not let competitors stumble around helplessly in the dark. Providing them with more accurate estimates of market conditions and expected future developments allows them to avoid wasted effort. Where competitors pool their information, a greater number of them can adapt their competitive conduct to the ‘average’ of the distribution of the estimates about the market conditions. This reduces the probability that competitors make their competitive decisions based on estimates or expectations in the ‘tail ends’ of the distribution, which are less likely to be or become true. From this perspective, reducing variance around the average – e.g., the dispersion of prices – is a good thing, as long as the information does not also influence the location of the average itself” (PAPP, Florian Wagner-von. *Information Exchange Agreements...* p. 16).

<sup>204</sup> “Fundamentally, in a system where the knowledge of the relevant facts is dispersed among many people, prices can act to coordinate the separate actions of different people in the same way as subjective values help the individual to coordinate the parts of his plan. [...] We must look at the price system as such a mechanism for communicating information if we want to understand its real function – a function which, of course, it fulfills less perfectly as prices grow more rigid” (HAYEK, Friedrich August von. *The use of knowledge...* p. 527).

Stigler, por exemplo, destaca a relevância da informação e das instituições que promovem a sua distribuição, sob a perspectiva do estabelecimento dos preços de mercado. Neste contexto, Stigler analisa a efetividade de determinadas formas de divulgação de informações, como publicidade e instituições que têm como propósito reunir compradores e vendedores de determinados bens<sup>205</sup>. De forma semelhante, George Akerlof demonstrou que a assimetria de informações em determinado mercado pode causar problemas de seleção adversa, reduzindo a qualidade dos bens ofertados, assim como o tamanho do próprio mercado, dificultando ou até mesmo impedindo o seu funcionamento<sup>206</sup>. Em mercados nos quais a assimetria de informações tem grande impacto na correta avaliação e alocação de riscos, o problema da seleção adversa pode ser intensificado, conforme exposto por Kenneth J. Arrow<sup>207</sup>.

Deste modo, a troca de informações pode ser benéfica à sociedade e aos agentes econômicos de forma geral, possibilitando a tomada de decisão racional e a correta precificação dos ativos. O caráter benéfico ou danoso da troca de informações dependerá da estrutura do mercado (se é concentrado ou pulverizado), assim como a forma de divulgação e a natureza das informações.

No contexto de colaborações entre concorrentes, a troca de informações pode ser essencial para o êxito do empreendimento conjunto. Alternativamente, o compartilhamento de informações pode ser o objeto principal do acordo e, nesse caso, sua legalidade deverá ser determinada com base nos possíveis benefícios decorrentes da redução da assimetria de informações no mercado. Se a redução da assimetria de informações tiver como resultado a facilitação da colusão ou fechamento de mercado<sup>208</sup>, a colaboração será considerada anticompetitiva.

---

<sup>205</sup> STIGLER, George J. The economics of information. The Journal of Political Economy, Chicago, vol. 69, pp. 213-225, 1961.p. 216.

<sup>206</sup> AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Nova Iorque, vol. 84, pp. 488-500, 1970.pp. 489 e ss.

<sup>207</sup> Ao analisar o caso da assimetria de informações, seus efeitos na avaliação de riscos no mercado de seguro e o fenômeno da seleção adversa, Kenneth J. Arrow esclarece: “[i]n the case of adverse selection, the insured has a greater knowledge of the risks than the insurer. His or her demand behavior will change accordingly. In equilibrium, the insurer is correct on the average but cannot distinguish among insured with varying risks. Those with higher risks find their insurance underpriced relative to the true risks and will therefore buy more insurance than is efficient. Therefore, the average risk per dollar of insurance is higher; the premium must rise and might conceivably rise to the point of eliminating low-risk individuals from the market. If the insurance company can observe the total amount of insurance purchased by an individual, it might infer his risk status and use that information in setting rates” (ARROW, Kenneth J. Risk allocation and information: some recent theoretical developments. Disponível em <[https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978\\_gp3\(8\)\\_arrow.pdf](https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3(8)_arrow.pdf)>. Acesso em 2 de agosto de 2015. p. 12).

<sup>208</sup> Whish e Baley ressaltam que a troca de informações podem ter dois resultados deletérios: “first, it may enable undertakings to predict each other’s future behaviour and to coordinate their behaviour on the market; and

### 2.1.2. Obtenção de escala e racionalização da oferta e/ou demanda

Agentes econômicos rivais podem colaborar entre si com o objetivo de racionalizar a sua oferta de produtos ou aquisição de insumos. Muitas vezes, este tipo de colaboração pode resultar em importantes eficiências e sinergias, gerando ganhos de escala, aproveitando capacidade ociosa existente no mercado, ou corrigindo eventual distorção no processo concorrencial, como nos casos de criação de poder compensatório.

A colaboração entre concorrentes em aspectos ligados à sua demanda e oferta de produtos é motivo de diversas preocupações concorrenciais, especialmente em razão da possibilidade de fixação de preços. Assim, é necessária uma cuidadosa análise dos benefícios decorrentes da parceria, de modo a verificar, no caso concreto, se as eficiências geradas são capazes de superar as restrições concorrenciais.

Em razão da ampla gama de arranjos colaborativos possíveis com relação à racionalização da oferta ou demanda dos agentes econômicos, é conveniente restringir o escopo da análise para algumas hipóteses mais recorrentes. Deste modo, serão abordados os acordos de colaboração de compartilhamento de ativos produtivos, aquisição de insumos em conjunto, compartilhamento de redes de distribuição e revenda, e iniciativas conjuntas de publicidade.

A colaboração entre concorrentes para o compartilhamento de ativos produtivos tem como principais eficiências o aproveitamento de capacidade ociosa existente no mercado (com a conseqüente expansão da oferta de produtos e serviços) e a geração de ganhos de escala. Adicionalmente, a colaboração na produção pode conjugar ativos (tangíveis ou intangíveis) complementares, criando sinergias<sup>209</sup>.

---

secondly, it may result in anti-competitive foreclosure of access to the market in which the exchange of information takes place or to a related market” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law... p. 540).

<sup>209</sup> “Production joint ventures are collaborations in which the parties join together to manufacture products either sold to others or used as inputs in the parties’ own respective production processes. These ventures could involve the creation of new manufacturing facilities, a combination or integration of complementary technologies or manufacturing know-how, or a combination of one company’s technology with another’s manufacturing assets and, thus, are ‘often procompetitive.’ These types of collaborations typically are formed to allow the production of a new or improved product or for greater efficiency in manufacturing existing products by, for example, achieving greater economies of scale” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Joint ventures... p. 11).

Além da possibilidade de expansão da oferta, por meio da utilização de capacidade ociosa ou pelo aproveitamento de sinergias, a conjugação de ativos produtivos por agentes rivais também pode possibilitar a redução de custos. Neste contexto, ao cooperarem em sua produção, os agentes são capazes de “economizar custos que, de outra forma, duplicariam” e “produzir a mais baixo custo se a cooperação lhes permitir aumentar a produção nas situações em que os custos marginais diminuem com a produção, ou seja, através de economias de escala”<sup>210</sup>.

Nos Estados Unidos da América, a importância e potencial benéfico dos acordos de colaboração entre concorrentes para produção conjunta foram reconhecidos por meio da promulgação do *National Cooperative Research and Production Act* (“NCRPA”). De acordo com o NCRPA, os membros de cooperações para produção conjunta ou para estabelecimento de padrões podem submeter seus acordos aos órgãos de defesa da concorrência (Departamento de Justiça e FTC) e, mediante aprovação, recebem determinados benefícios processuais no caso de posterior contestação judicial de sua colaboração. Neste contexto, no caso de contestação judicial de um acordo de colaboração aprovado pelo NCRPA, as partes terão o direito de<sup>211</sup>: (i) ter sua prática analisada pela regra da razão<sup>212</sup>; (ii) recuperar honorários advocatícios, caso prevaleçam no litígio; e (iii) indenizar apenas os danos diretos sofridos por terceiros, e não danos “triplos” (*treble damages*)<sup>213</sup>, caso sejam vencidos no processo judicial.

O NCRPA não exclui a possibilidade de que a cooperação para produção entre agentes rivais seja julgada anticompetitiva, pois permite que sua legalidade seja contestada por terceiros mesmo que o acordo tenha sido previamente analisado pelo Departamento de Justiça

---

<sup>210</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em 20 de setembro de 2015. p. 35.

<sup>211</sup> Vide DEPARTMENT OF JUSTICE. National Cooperative Research and Production Act of 1993. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/national-cooperative-research-and-production-act-1993>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

<sup>212</sup> Não obstante, o NCRPA permite alegações de ilegalidade per se para alguns tipos de cooperação, como acordos que estabelecem a comercialização conjunta de produtos ou que limitam a capacidade dos seus membros de ofertarem produtos e serviços fora do âmbito da colaboração (DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for Collaborations... p. 13).

<sup>213</sup> De acordo com o Clayton Act (§4), a parte autora vencedora em uma ação de indenização por danos causados por atos anticompetitivos tenha direito a recuperar três vezes o dano sofrido, além de honorários advocatícios razoáveis. Acerca das razões para o dano “triplo” (ou, no inglês, “treble damages”), Hovenkamp afirma: “[t]he rationales given for treble damages are manifold. Perhaps the oldest is that the antitrust violator deserves to be punished for his crimes, and mere payment of single damages is not punishment enough. This moral argument has gradually given way to an argument based on general deterrence: since not all antitrust violations are detected, a rule providing only single damages would make antitrust violations profitable” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 666).



e FTC. No entanto, como reconhecimento do potencial benéfico destes acordos, os seus membros recebem um tratamento processual mais brando do que seria normalmente aplicável.

No caso de colaborações para a aquisição de insumos de forma conjunta, as principais eficiências geradas são: (i) a obtenção de economias de escala<sup>214</sup>; e (ii) a criação de poder de compra, capaz de compensar os efeitos deletérios de eventual concentração de poder de mercado no lado da oferta.

De forma mais específica, Leonor Cordovil afirma que acordos para a aquisição conjunta de produtos podem gerar, além dos ganhos de escala, “redução de instabilidades no mercado e da vulnerabilidade dos participantes do grupo, redução da discriminação entre competidores, aumento do poder de barganha em relação a um comprador com sensível poder de mercado e redução de preços finais ao consumidor”<sup>215</sup>.

A obtenção de escala na aquisição conjunta de insumos decorre do próprio mecanismo de preços: quanto maior a quantidade demandada, menor é o preço a ser obtido pelos compradores, especialmente no caso de contratos de longo prazo. Os ganhos de escala podem ser definidos, de um modo geral, como “reduções nos custos médios derivadas da expansão da quantidade produzida, dados os preços dos insumos”<sup>216</sup>. Além dos ganhos de escala, os acordos de aquisição conjunta também conferem poder de barganha aos seus membros, que possivelmente não existiria se negociassem separadamente.

A possibilidade de ganhos de escala também é destacada pela Comissão Europeia como o principal ganho de eficiência decorrente de acordos de compra, afirmando que a colaboração pode promover “economias de custos, como a redução dos preços de compra ou dos custos de transação, transporte e armazenamento, proporcionando assim economias de escala”<sup>217</sup>.

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça e o FTC divulgaram diversos relatórios acerca da sua interpretação concorrencial de práticas no setor de assistência médica.

---

<sup>214</sup> “Purchasing arrangements among competitors often provide for economies of scale in both the purchase and warehousing of supplies and also ensure access to a stock of goods that might otherwise be unavailable on short notice. For this reason, such arrangements are commonly found to be legitimate joint ventures and are upheld under the rule of reason” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Mergers and acquisitions...* pp. 364-365).

<sup>215</sup> CORDOVIL, Leonor. *Buying group ou grupos de compra: a análise das experiências norte-americana e brasileira*. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. (Org.). *Compêndio de direito da concorrência: temas de fronteira*. São Paulo: Migalhas, 2015. p. 284.

<sup>216</sup> Item 75 do Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal, promulgado pela Portaria Conjunta nº 50/2001 da Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico. Segundo o guia, a redução dos custos médios de produção em decorrência de ganhos de escala pode ocorrer pelos seguintes motivos: “(a) os custos fixos são uma parcela substantiva dos custos totais; (b) a produtividade do trabalho aumenta; (c) a produtividade do capital aumenta; e (d) as propriedades físicas do equipamento ou propriedades dos processos produtivos podem gerar economias”.

<sup>217</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações sobre a aplicação...* p. 46.

Em um dos relatórios, os órgãos analisaram os possíveis efeitos dos acordos de aquisição conjunta de insumos, determinando que, “[t]hrough such joint purchasing arrangements, the participants frequently can obtain volume discounts, reduce transaction costs, and have access to consulting advice that may not be available to each participant on its own”<sup>218</sup>. Assim, os órgãos de defesa da concorrência norte-americanos também reconhecem o potencial benéfico de acordos de compra conjunta<sup>219</sup>.

Os benefícios dos ganhos de escala são acompanhados, ainda, pelo aumento do poder de barganha dos compradores. Em mercados em que a oferta de determinado insumo também é concentrada, o poder de barganha dos compradores pode ser necessário para que a redução de preço decorrente de ganhos de escala seja obtida. Nestas hipóteses, ganha relevo o conceito de poder compensatório (*countervailing power*), segundo o qual a concentração de compradores poderia gerar poder de barganha capaz de neutralizar os efeitos adversos do poder de mercado.

A tese do poder compensatório foi inicialmente introduzida pelo economista John Kenneth Galbraith, que difundiu a premissa – frequentemente contestada ou relativizada<sup>220</sup> – de que a concentração de poder de compra seria capaz de compensar os efeitos da concentração de poder de mercado<sup>221</sup>.

Em sua profunda análise sobre os efeitos do poder de compra no contexto concorrencial, Daniel Goldberg chegou a diversas conclusões quanto ao seu tratamento na perspectiva de uma política de defesa da concorrência que tenha como objetivo promover o bem-estar agregado, dentre as quais cumpre destacar as seguintes: (i) o poder compensatório exerce pressão sobre a margem de fornecedores com poder de mercado, mas não

---

<sup>218</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Statements of antitrust enforcement policy in health care. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care>>. Acesso em 25 de outubro de 2015. p. 53.

<sup>219</sup> Não obstante, os órgãos destacam que acordos de compra envolvendo parcela relevante do mercado e que sejam responsáveis por parcela significativa dos custos dos membros do acordo têm grande potencial anticompetitivo, pois podem facilitar o comportamento colusivo. Neste sentido, os órgãos estabelecem como limites seguros: (i) que o acordo não inclua agentes econômicos representando mais que 35% do mercado relevante; e (ii) que o custo dos produtos e serviços adquiridos conjuntamente represente menos que 20% da receita de todos os produtos e serviços vendidos por cada participante do acordo (Ibidem. pp. 54-55).

<sup>220</sup> “Curiosamente, fora da academia, o livro de John Kenneth Galbraith ajudou a consolidar o senso comum – e igualmente equivocado, como veremos – de que o poder de compra, por implicar preços mais baixos ao consumidor, é em geral benigno” (GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra... p. 140).

<sup>221</sup> Assim, nas palavras de Galbraith: “In fact, new restraints on private power did appear to replace competition. They were nurtured by the same process of concentration which impaired or destroyed competition. But they appeared not on the same side of the market but on the opposite side, not with competitors but with customers or suppliers. It will be convenient to have a name for this counterpart of competition and I shall call it countervailing power” (GALBRAITH, John Kenneth. The essential Galbraith. Boston: Houghton Mifflin Company, 2001. p. 5)

necessariamente resulta em menores preços aos consumidores finais; (ii) o poder de compra como elemento compensador só faz sentido se o cenário resultante for de monopólio bilateral; (iii) na hipótese de monopólio bilateral, comprador e vendedor reconhecem sua dependência mútua e barganham o resultado de sua transação, gerando expansão da oferta; e (iv) nas hipóteses de monopólio sucessivo, o poder de compra mitiga o problema da dupla marginalização monopolista<sup>222</sup>.

Em suma, o incremento do poder de compra decorrente de acordos de colaboração entre concorrentes para a aquisição conjunta de insumos pode gerar eficiências relacionadas a ganho de escala e criação de poder compensatório. Não obstante, considerar que o poder compensatório será sempre benéfico não é correto, pois a geração de benefícios e seu aproveitamento pelo consumidor final dependem da estrutura dos mercados envolvidos.

Além do compartilhamento de ativos produtivos e da aquisição conjunta de insumos, concorrentes podem colaborar também pelo estabelecimento de redes de distribuição e revenda comuns. Estes acordos podem ser especialmente benéficos nos casos em que a duplicação de tais redes possa ser inviável ou ineficiente.

O compartilhamento de redes de distribuição pode reduzir custos de colocação de produtos no mercado, possibilitar a introdução de novos produtos em circulação e viabilizar a atuação de agentes econômicos em novos mercados geográficos<sup>223</sup>.

Segundo Sullivan e Grimes, a utilização de redes de distribuição comuns para dar estabilidade a cartéis seria ineficaz e, portanto, o compartilhamento deste tipo de infraestrutura será geralmente benéfico para a concorrência, exceto se algum concorrente for impedido de participar do acordo de forma injustificada<sup>224</sup>.

Por fim, os concorrentes também podem colaborar entre si no âmbito de iniciativas conjuntas de marketing e publicidade. A publicidade conjunta tem como vantagem a economia de custos para os agentes econômicos e, possivelmente, a obtenção de economias de escala. No entanto, este tipo de colaboração apresenta um número maior de preocupações concorrenciais. Neste contexto, é razoável supor que os membros de acordo de colaboração para publicidade conjunta tenham que discutir os preços e condições de comercialização de seus produtos que serão divulgados ao público.

Em mercados de produtos diferenciados, a publicidade conjunta pode não ser justificável, na medida em que cada agente econômico poderá, pela publicidade individual,

---

<sup>222</sup> GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra... p. 282.

<sup>223</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. Joint ventures... p. 12.

<sup>224</sup> SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. The law of antitrust... p. 293.

obter retorno de seus investimentos mais facilmente<sup>225</sup>. Além disso, as iniciativas conjuntas de publicidade podem gerar algum grau de homogeneização dos produtos e serviços.

Assim, os efeitos líquidos dos acordos de publicidade conjunta provavelmente só serão positivos nos casos em que a iniciativa não for capaz de incentivar a homogeneização em mercados de produtos diferenciados ou de facilitar o alinhamento de preços e comportamento dos concorrentes.

### 2.1.3. Pesquisa, desenvolvimento e estabelecimento de padrões

A colaboração entre concorrentes pode ter como objetivo a obtenção de novos produtos por meio da inovação, ou o estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais, que muitas vezes são necessários para garantir o adequado funcionamento do mercado.

Desde os trabalhos de Joseph Schumpeter<sup>226</sup>, a inovação tem sido considerada como um dos principais objetivos do direito da concorrência, considerando a sua capacidade de promover saltos de produtividade e o surgimento de novos mercados. A partir do conceito de “destruição criadora”, Schumpeter defende que a inovação e o surgimento de novas tecnologias, soluções e modelos de negócios, causados pela concorrência, transformam constantemente o modo de produção capitalista. Desse modo, a inovação apresenta-se como um dos mais relevantes motores na evolução do sistema de produção capitalista e as eficiências dinâmicas passam a compartilhar espaço com as eficiências estáticas (eficiência produtiva e alocativa)<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Conforme esclarece Hovenkamp, em mercados com produtos diferenciados, a propaganda tem a função de desviar consumidores de um produto para o outro, concorrente. Assim, nessas hipóteses, a propaganda conjunta não teria racionalidade econômica. “For example, if Sylvania television dealer advertises the qualities of Sylvania televisions, potential television costumers will attribute the information only to Sylvania. The advertising is not likely to benefit dealers in Sonys or Zeniths; on the contrary, it is calculated to attract to Sylvania customers that might otherwise go to a competitor” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 206).

<sup>226</sup> Schumpeter defendeu a ideia de que a inovação seria um dos principais motores do capitalismo. “The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers’ goods, the new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprise creates” (SCHUMPETER, Joseph. Capitalism, socialism and democracy. Nova Iorque: Routledge, 2003. pp. 82 e 83).

<sup>227</sup> Bohannon e Hovenkamp explicam que a eficiência estática tem foco voltado à produção ao menor preço possível. A eficiência dinâmica inclui nesta análise o progresso tecnológico, que a perspectiva puramente estática não leva em consideração. “A market is said to be competitive when prices are held close to cost and the output of existing goods and services are maximized. Monopoly is said to be the enemy of competition because it produces higher prices in relation to cost and lower output as customers avoid the monopolized product. Static

A inovação requer dos agentes econômicos substancial esforço, tanto financeiro, como técnico. Consequentemente, investimento em inovação apresenta relevantes riscos, pois podem não apresentar o retorno esperado, gerando perda. Em alguns mercados, a inovação exige recursos tão expressivos que apenas agentes com grande capacidade financeira e técnica são capazes de obter saltos tecnológicos. Por este motivo, não raro teorias de inspiração schumpeteriana defendem que a concentração de mercado pode ser necessária para que o processo de inovação seja estimulado<sup>228</sup>.

A cooperação entre rivais, portanto, pode ser essencial para viabilizar investimentos em inovação, pois permite não só a conjugação de tecnologias detidas por pessoas diferentes (que podem ser, inclusive, complementares), mas também o compartilhamento de risco e o esforço financeiro conjunto<sup>229</sup>.

---

competition in this sense is fairly easy to model. The conventional formulas and graphs of neoclassical economics show the relationship between cost and production under competition, as well as the effects of monopoly. A ‘perfectly competitive’ economy is said to be efficient, which means that without a technological change, no one can be made better off without making someone else worse off. By contrast, dynamic efficiency includes the rate of progress in the economy, which is what occurs when someone develops some new thing that at least some consumers prefer. When we include progress, or innovation, the traditional economic model of perfect competition falls apart” (BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. *Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation*. New York: Oxford University Press, Inc., 2012. pp. 1-2). Em mercados de alta tecnologia, caracterizados por rupturas bruscas causadas pela inovação, a análise dinâmica passa a prevalecer sobre preocupações meramente estáticas. Nestes setores, “[e]mbora a estrutura do mercado seja importante para indicar a probabilidade e intensidade dos investimentos em inovação, ela pode ser alterada bruscamente caso uma inovação relevante seja obtida por algum dos competidores” (SILVA, Ricardo Villela Mafra da. *Aplicação do direito da concorrência em mercados de alta tecnologia*. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 22, pp. 355-376, 2012. p. 372).

<sup>228</sup> “While the relationship between market structure and pricing concerns the antitrust laws, the relation between structure and innovation does not, at least not directly. This is not for lack of study. The economic literature is filled with both theoretical and empirical studies of the relationship between market structure and innovation, but from a policy perspective the results are not very satisfying. The modern debate originated with Joseph Schumpeter’s powerful argument in the 1940s that monopoly tends to promote innovation while competition tends to retard it. Schumpeter developed two closely related propositions. First, only dominant firms have the correct set of incentives to innovate. Second, the creation and re-creation of monopoly by means of innovation is an ongoing process of ‘creative destruction.’ For Schumpeter, the decisive property of capitalist competition was its instability, or dynamism, as each new innovation largely displaced that which came before. This process contributed far more to economic growth, Schumpeter argued, than the much more peaceful movements of markets from monopoly to competition” (BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. *Creation without restraint...* p. 8).

<sup>229</sup> Thomas M. Jorde e David J. Teece ressaltaram a importância da cooperação estratégica para a realização de investimentos em inovação. “Strategic coordination among autonomous units is often important to industrial performance. To develop and commercialize new technology efficiently, it is necessary for the innovator to have informational links to the user, to developers of complementary technologies and complementary assets, and generally to prior art. This free flow of information prevents businesses from simply reinventing products and processes, and allows them to build on existing ones. Coordination and cooperation are also important means of reducing costs and spreading risk and of simultaneously appropriating the returns to innovation while diffusing technology. These linkages are technical-operational, in that they focus on the transactions necessary to get the job done, rather than the organizational structure” (JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. *Innovation, cooperation and antitrust*. High Technology Law Journal, Berkeley, vol. 4, pp. 1-112, 1989. p. 20).

A cooperação entre concorrentes nas áreas de inovação, pesquisa e desenvolvimento pode gerar diversas eficiências. Paulo Casagrande, por exemplo, enumera as seguintes vantagens de arranjos cooperativos: (i) viabilização de maiores investimentos por meio do compartilhamento dos riscos financeiros; (ii) obtenção de economias de escala e de escopo, conjugando ativos e conhecimentos complementares; e (iii) estabelecimento de estruturas de governança que garantam a apropriação dos benefícios da inovação<sup>230</sup>. De forma semelhante, Röller, Tombak e Siebert indicam como principais motivações das parcerias para pesquisa e desenvolvimento: (i) a internalização de “transbordamentos” dos esforços de inovação, de modo a evitar que terceiros aproveitem-se de eventuais progressos tecnológicos das partes (problema do *free rider*); e (ii) compartilhamento de custos e investimentos<sup>231</sup>.

A existência de estruturas que garantam a apropriação dos benefícios de inovação em iniciativas conjuntas de pesquisa e desenvolvimento também é destacada por Hovenkamp como uma vantagem dos acordos de colaboração. Para o autor, a cooperação deve prever mecanismos de defesa contra comportamentos oportunistas e *free riding*. Neste sentido, acordos de pesquisa e desenvolvimento que não ofereçam proteção adequada às invenções obtidas não conseguirão atrair membros suficientes, que não aceitarão o risco de realizar investimentos que poderão ser posteriormente apropriados por agentes rivais<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. pp. 50-51. Estes pontos também são ressaltados pela American Bar Association, da seguinte forma: “[r]esearch and development joint ventures can provide procompetitive benefits while maintaining competition between the joint venture parents. These benefits include sharing the substantial economic risks involved in research and development, increasing economies of scale beyond those which individual firms could realize, pooling important research and development information or complementary skills, and overcoming the free-rider disincentive to invest in research and development by including likely end users of the research and development in undertaking the research efforts and sharing the costs” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Mergers and acquisitions... pp. 343 e 344). Deve-se ressaltar, ainda, que o próprio regime de proteção da propriedade intelectual visa garantir ao agente inovador a devida apropriação dos ganhos gerados pelo desenvolvimento de novas tecnologias. “A inovação, por demandar determinados níveis de investimento, requer incentivos para acontecer. Entende-se que um instrumento importante, entre outros, é um regime de proteção com fundamento em direitos exclusivos, como por exemplo, aquele da patente para as invenções (criações técnicas de fundo com aplicação industrial) e aquele do direito de autor sobre programa de computador para o software, e, também, mediante direitos não exclusivos empregados para proteger o investimento” (ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A relação entre os direitos dos bens imateriais e de defesa da livre concorrência – perspectiva e critérios. In: DEL NERO, Patrícia Aurélio (Coord.). Propriedade intelectual e transferência de tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 131-132).

<sup>231</sup> RÖLLER; Lars-Hendrik; TOMBAK, Mihkel M.; SIEBERT, Ralph. Why firms form research joint ventures: theory and evidence. Disponível em <<http://econpapers.repec.org/paper/cprceprdp/1654.htm>>. Acesso em 13 de dezembro de 2015. p. 1.

<sup>232</sup> “If one firm spends vast sums in R&D, a competing firm might be able to reap the benefits without having to pay the high costs. A firm in competition, facing the likelihood that a particular research project will cost a substantial amount but will benefit all firms in the market, will forego the project. It cannot afford to subsidize its competitors. A research joint venture will benefit all the firms in the market, however, and force all to share in

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça norte-americano (“DOJ”) e FTC consideram que acordos de cooperação para pesquisa e desenvolvimento geralmente são pró-competitivos, pois podem permitir a combinação de tecnologias e conhecimentos complementares e, assim, acelerar o processo de inovação e obtenção de novos produtos, serviços e processos<sup>233</sup>. O já citado NCRPA, por exemplo, concedeu aos acordos de cooperação para inovação e produção conjunta tratamento concorrencial mais benéfico, garantindo determinadas vantagens processuais que não são conferidas a outros tipos de colaboração.

Ademais, é relevante para os acordos de colaboração com foco em inovação o entendimento do FTC e DOJ com relação aos acordos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual, especialmente em razão de arranjos cooperativos relacionados ao desenvolvimento de tecnologias poderem prever o licenciamento cruzado de patentes e outros direitos.

Em seu guia de orientação sobre o licenciamento de propriedade intelectual, o DOJ e FTC ressaltam que a análise de eficiências de acordos relacionados ao compartilhamento de tecnologia será precedida, necessariamente, pela verificação da existência de meios menos restritivos para a obtenção dos benefícios visados. Neste contexto, “[t]he existence of practical and significantly less restrictive alternatives is relevant to a determination of whether a restraint is reasonably necessary”<sup>234</sup>.

No caso específico de acordos para o desenvolvimento de novas tecnologias (acordos relacionados a “*innovation markets*”), o DOJ e FTC consideram que a conduta situa-se em “zona segura” na presença dos seguintes requisitos: (i) a restrição não é indubitavelmente anticompetitiva (isto é, não é merecedora de tratamento da ilegalidade *per se*); (ii) quatro ou mais pessoas independentes (fora as partes do acordo em questão) possuem a capacidade e incentivo para desenvolver atividades de pesquisa e desenvolvimento concorrentes<sup>235</sup>.

---

the costs. Such joint ventures are relatively common in certain industries” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 205).

<sup>233</sup> “Competitor collaborations may involve agreements to engage in joint research and development (‘R&D’). Most such agreements are pro-competitive, and they typically are analyzed under the rule of reason. Through the combination of complementary assets, technology, or know-how, an R&D collaboration may enable participants more quickly or more efficiently to research and develop new or improved goods, services, or production processes” (DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for Collaborations... p. 14).

<sup>234</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>>. Acesso em 28 de novembro de 2015. p. 23.

<sup>235</sup> Ibidem. pp. 24-25.

Na União Europeia, os acordos de cooperação para pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias também recebeu tratamento concorrencial mais favorável por meio do Regulamento (UE) nº 1.217/2010 da Comissão Europeia.

Este regulamento estabeleceu isenção concorrencial a acordos que, dentre outras exigências, apresentem as seguintes características<sup>236</sup>: (i) garantam pleno acesso aos resultados da pesquisa para desenvolvimento adicional, mediante a respectiva remuneração, aos membros do acordo; (ii) quando acordo dispuser apenas sobre a pesquisa e desenvolvimento conjunto, as partes devem partilhar o seu *know-how* existente antes do acordo, desde que relacionado ao seu escopo, mediante remuneração, se for o caso; (iii) eventual exploração conjunta da tecnologia obtida deve ser limitada às inovações resultantes do acordo e que sejam indispensáveis para a produção dos produtos em questão; e (iv) nos casos em que apenas uma das partes tenha permissão para produzir com o uso da tecnologia obtida, esta deve garantir às outras partes a satisfação de seus pedidos de fornecimento.

A conjugação de esforços entre concorrentes para investir recursos na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, serviços e processos, portanto, será geralmente eficiente se puder resultar em ganhos associados à inovação, sem que haja impedimentos para o desenvolvimento de tecnologias substitutas ou barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes em razão do acordo.

O estabelecimento de padrões tecnológicos e industriais também está intimamente ligado à ideia de inovação, na medida em que permite a interoperabilidade e compatibilização entre produtos concorrentes ou complementares, assim como facilita a obtenção de efeitos de rede no mercado. Os padrões tecnológicos estabelecem exigências técnicas e de qualidade que devem ser observados por determinados produtos e serviços, especialmente para permitir a adequada interoperabilidade<sup>237</sup>. Os padrões industriais, por sua vez, determinam um conjunto de especificações que todos os produtos, serviços e processos devem obedecer em determinada jurisdição<sup>238</sup>.

Os padrões estabelecidos pela indústria podem ter diversas finalidades, como<sup>239</sup>: (i) garantir qualidade e confiabilidade do produto; (ii) permitir que o consumidor possa

---

<sup>236</sup> Vide artigo 3 (2) a artigo 3 (5), do Regulamento (UE) nº 1.217/2010.

<sup>237</sup> COATES, Kevin. *Competition law and regulation of technology markets*. Nova Iorque: The Oxford University Press, 2011. p. 183.

<sup>238</sup> TASSEY, Gregory. *Standardization in technology-based markets*. Disponível em <<http://www.nist.gov/director/planning/upload/researchpolicypaper.pdf>>. Acesso em 22 de novembro de 2015. p. 2.

<sup>239</sup> *Ibidem*. pp. 4-6.



identificar quais produtos são confiáveis e seguros; (iii) promover a compatibilidade e interoperabilidade; e (iv) reduzir a variedade de produtos. Neste contexto, os padrões industriais podem ser divididos entre padrões técnicos e padrões de desempenho.

Embora seja possível que um agente econômico estabeleça unilateralmente um padrão tecnológico ou industrial, que posteriormente seja seguido por seus concorrentes, tal processo não raro é conduzido de forma coordenada entre diversas partes. Muitos destes padrões, por exemplo, utilizam tecnologias protegidas por patentes detidas por diferentes pessoas, obrigando os agentes a obterem licenciamento de direitos de propriedade industrial de seus rivais.

Percebe-se, portanto, que os padrões tecnológicos podem ser estabelecidos por meio de concorrência, onde o padrão vencedor prevalece sobre os demais, ou pode decorrer de um processo de negociação e cooperação. Besen e Farrel<sup>240</sup> distinguem três formas de concorrência no estabelecimento do padrão tecnológico. No primeiro caso, os concorrentes competem com seus próprios padrões para decidir qual deles prevalecerá sobre os demais. No segundo caso, apesar de cada concorrente possuir seu próprio padrão, todos desejam estabelecer, de comum acordo, um padrão a ser seguido. Nessa hipótese, os concorrentes devem negociar e decidir qual padrão será adotado. No terceiro caso, um dos concorrentes possui tecnologia que deseja adotar como padrão, enquanto os demais concorrentes desejam aderir ao padrão de seu rival.

Na hipótese de estabelecimento negociado de padrões, por meio de cooperação, as partes envolvidas procurarão oferecer garantias e concessões umas às outras, de forma a viabilizar a conjugação de esforços, ativos e tecnologias. Os concorrentes podem decidir em integrar suas tecnologias, reduzir os valores de licenciamento dos direitos que serão utilizados e também comprometer-se a disponibilizar informações para a adequada utilização da tecnologia escolhida<sup>241</sup>.

Nos casos em que o estabelecimento de padrões demanda cooperação mais profunda e negociações mais complexas, o processo pode ser conduzido por uma *Standard Setting Organization* (“SSO”). Essas organizações, que podem ou não ter qualquer tipo de vínculo ou intervenção governamental, têm como objetivo atuar como ente independente e imparcial para, de certa forma, intermediar negociações entre os diversos agentes. As SSO, cuja estrutura e funcionamento podem variar, atuam não só para a criação do padrão, como

---

<sup>240</sup> BESEN, Stanley M.; FARREL, Joseph. Choosing how to compete: strategies and tactics in standardization. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, vol. 8, pp. 117-131, 1994. p. 121.

<sup>241</sup> *Ibidem*. p. 126.

também na sua revisão ou modificação. Assim, as SSO “estabelecem padrões por meio de procedimentos deliberativos estruturados, abertos a empresas e outros interessados, em que se podem discutir os principais aspectos de novas normas técnicas ou de suas revisões e ajustes”<sup>242</sup>.

As SSO são instituídas por agentes atuantes em determinado mercado com vistas ao estabelecimento de padrão que promoverá os benefícios da compatibilidade entre tecnologias. No processo de desenvolvimento do padrão tecnológico pelas SSO, pode ser necessária a utilização de patentes detidas por alguns dos seus membros. Kevin Coates<sup>243</sup> observa que, tanto nos Estados Unidos como na União Europeia, exige-se que o licenciamento de tais direitos de propriedade intelectual seja realizado em termos justos, razoáveis e não-discriminatórios.

Via de regra, o estabelecimento de padrões tecnológico exigirá a formação de *pool* de patentes, por meio do seu licenciamento cruzado ou pela formação de “pacotes” de direitos de propriedade industrial entre os concorrentes. Se por um lado o *pool* de patentes concentra ativos nas mãos de poucas pessoas, por outro lado auxilia na redução de custos de transação e pode ajudar na disseminação da tecnologia em questão<sup>244</sup>.

Dois aspectos importantes da cooperação entre concorrentes para o estabelecimento de padrões tecnológicos, que podem ser vitais para garantir a geração de efeitos positivos líquidos, são a transparência com a qual o processo é conduzido e a possibilidade de acesso de terceiros que inicialmente não faziam parte do acordo.

Quanto mais fácil for a participação no estabelecimento do padrão, menores serão as preocupações concorrenciais decorrentes do acordo, pois serão baixas as chances de o acordo ser utilizado como forma de criar dificuldades à entrada de novos rivais. A transparência no processo de estabelecimento de padrão, por sua vez, também é importante para garantir a sua conformidade com a defesa da concorrência pois, mesmo em acordos nos quais a participação

---

<sup>242</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Inovação, cooperação e concorrência... p. 69.

<sup>243</sup> “[S]tandard-setting organizations may also require a commitment from owners of essential IPRs [intellectual property rights] that they would license their technology on – in the US – reasonable and non-discriminatory terms (usually abbreviated to RAND) or – in the EU – fair, reasonable, and non-discriminatory terms (usually abbreviated to FRAND)” (COATES, Kevin. Competition law and regulation... p. 204).

<sup>244</sup> Coates afirma que, em alguns casos, os patent pools viabilizam a aplicação de determinadas tecnologias que, separadamente, não seriam utilizadas: “[p]ooling and similar agreements reduce transaction costs, and generally lead to wider dissemination of the pooled IP. Depending on the circumstances, the transaction costs may be such that, absent the pooling agreement, the IP would not be disseminated, and the products and services incorporating that IP would not be produced” (Ibidem. p. 165).

de terceiros seja restrita, a disponibilização de informações acerca do processo pode reduzir as preocupações concorrenciais<sup>245</sup>.

Assim, percebe-se que os acordos de padronização, quando permitem o acesso justo aos agentes presentes nos mercados afetados, podem gerar diversas eficiências. Ao compatibilizar tecnologias antes conflitantes, o estabelecimento de padrões tecnológicos e industriais facilita a inovação e permite a interoperabilidade<sup>246</sup>, que geralmente resulta em benefícios para o consumidor.

## 2.2. A aplicação dos critérios de legalidade das restrições aos acordos de colaboração

O estudo das possíveis eficiências decorrentes da colaboração entre concorrentes deve ser acompanhado de sua aplicação na prática. As autoridades brasileiras, norte-americanas e europeias possuem extensa experiência na verificação dos efeitos benéficos da cooperação horizontal. Assim, cumpre analisar o entendimento dos órgãos de defesa da concorrência em casos concretos.

### 2.2.1. Redução de custos de transação e assimetria de informações

A redução de custos de transação e assimetria de informações pode criar benefícios relacionados ao melhor funcionamento do mercado e à facilitação de tomada de decisão informada pelos agentes econômicos.

De modo mais específico, é possível elencar algumas eficiências relevantes decorrentes da redução de assimetrias no mercado, como: (i) promover melhor entendimento

---

<sup>245</sup> “In certain situations the potential negative effects of restricted participation may be removed or at least lessened by ensuring that stakeholders are kept informed and consulted on the work in progress” (COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação... p. 62).

<sup>246</sup> No contexto da União Europeia, Whish e Bailey destacam as seguintes eficiências dos acordos de padronização: “EU-wide standards facilitate market integration; compatibility standards promote technical interoperability between complementary products; while standards on quality, safety and environmental aspects of a product facilitate customer choice. Standards may also reduce transaction costs and promote innovation. For the benefits of standardisation agreements to be realised, the necessary information to apply the standard must be available to those wishing to enter the market” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law... p. 610).

do mercado e estrutura da demanda, o que permite comercialização e distribuição mais eficaz, além de facilitação da entrada; (ii) permitir, em mercados com alta flutuação de demanda, controle mais eficiente sobre estoques; (iii) possibilitar a prática de comparação (“*benchmarking*”), por meio do qual concorrentes podem comparar desempenhos e buscar aumentar sua própria eficiência; e (iv) permitir inovação tecnológica em mercados caracterizados por custos e investimentos altos em tecnologia, especialmente nos casos em que incertezas sobre o futuro podem reduzir incentivos a estes investimentos<sup>247</sup>.

A Comissão Europeia, em sentido semelhante, estabelece que o compartilhamento de informações pode levar os agentes econômicos a “melhorar a sua eficiência interna, realizando comparações com as melhores práticas dos seus concorrentes”, solucionar distorções na oferta e demanda, “permitindo uma entrega mais rápida de produtos precívalos aos consumidores ou abordando o problema de uma procura instável”, assim como beneficiar consumidores, “reduzindo os seus custos de pesquisa de produtos e melhorando as possibilidades de escolha”<sup>248</sup>.

Whish e Bailey, na mesma linha, afirmam que a divulgação de informações com o objetivo de medir o desempenho de agentes econômicos com relação a um referencial comparativo pode estimular a busca de eficiência. Além disso, a troca de informações pode servir para garantir uma alocação ótima de recursos, reduzindo eventual descolamento entre demanda e oferta, enquanto acordos que tenham por objetivo disseminar *know-how* ou outros conhecimentos tecnológicos podem facilitar a entrada de novos concorrentes no mercado. A troca de informações também pode possibilitar o funcionamento adequado do mercado nas situações de assimetria informacional com relação aos consumidores, como no caso de instituições financeiras que compartilham informações sobre crédito e histórico de inadimplemento<sup>249</sup>.

Sullivan e Grimes também afirmam que o compartilhamento de informações pode ser benéfico ou neutro do ponto de vista concorrencial, a depender das circunstâncias do caso concreto. Segundo os autores, a redução da assimetria de informações pode permitir que produtores e consumidores tomem decisões de forma racional, promover a racionalização da oferta, assim como facilitar o processo de inovação em mercados dinâmicos<sup>250</sup>.

<sup>247</sup> OCDE. Information exchanges... pp. 9-10.

<sup>248</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação... p. 13.

<sup>249</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law... p. 546.

<sup>250</sup> “Some concerted information collection and dissemination is competitively helpful or neutral. Producers and marketers, as well as consumers, need information to act rationally, and there may be scale efficiencies in the development and dissemination of information, as well as in other functions. If the costs of information are high,

De forma preliminar, pode-se afirmar que acordos entre concorrentes que prevejam o compartilhamento de informações e mecanismos de redução de custos de transação deverão ser analisados conforme o contexto em que foram estabelecidos. Se servirem como instrumento acessório para o escopo do acordo, provavelmente a sua legalidade (isto é, seu potencial de geração de efeitos econômicos líquidos) seguirá a sorte do propósito principal da colaboração. Se a troca de informações for o objeto principal do acordo, sua legalidade dependerá da estrutura do mercado, da forma como os dados são compartilhados e da existência de distorções no mercado causadas pelos altos custos de transação ou assimetria de informações.

Acordos que têm por objetivo reduzir custos de transação, de forma a permitir o adequado funcionamento do mercado, já foram analisados por autoridades de defesa da concorrência norte-americanas nos casos *Chicago Board of Trade v. United States*<sup>251</sup> (“Chicago Board v. US”) e *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*<sup>252</sup> (“BMI v. CBS”).

No caso *Chicago Board v. US*, a controvérsia girou em torno de possível fixação de preço por concorrentes com efeitos anticompetitivos. Por meio da *Chicago Board of Trade*, diversos compradores e vendedores encontravam-se diariamente, das 9h:30m às 13h:15m, para estabelecer os preços de grãos que seriam utilizados até a sessão seguinte. Os preços dos produtos eram disseminados entre compradores e vendedores de forma imediata, em quadros negros, até o fechamento da sessão. Segundo a regra do “call”, a comercialização de grãos somente poderia ocorrer após o estabelecimento do preço que seria praticado<sup>253</sup>.

Apesar de o governo norte-americano ter processado a entidade, alegando que os produtores de grãos fixavam preços, as alegações foram refutadas pela Suprema Corte, considerando em sua decisão que a regra do “call” permitia a criação de ambiente altamente competitivo. Assim, apesar de a comercialização de grãos ser realizada com base em preços fixados no âmbito da *Chicago Board of Trade*, o estabelecimento deste valor ocorria em ambiente de rivalidade<sup>254</sup>.

---

market actors may proceed without enough of it. This may be especially so in dynamic markets where information, once gathered, can become quickly obsolete. If scale efficiencies can be gained by cooperation in information gathering, that is a competitive plus” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... p. 261).

<sup>251</sup> *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

<sup>252</sup> *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

<sup>253</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*... p. 212.

<sup>254</sup> “In challenging the call rule, the government made no attempt to show that it generated an output restriction or enabled the Board members to increase price. They argued simply that the rule ‘fixed’ prices and was therefore illegal. In rejecting that proposition, Justice Brandeis noted that the call rule ‘created’ a public market for grain scheduled to arrive. The market, after all, is not where the transaction is consummated but the price is

Deste modo, pode-se afirmar que a reunião diária de diversos compradores e vendedores para negociar preços da comercialização de grãos tinha como efeito a redução substancial de custos de transação. Além disso, a divulgação imediata de preços nos quadros negros da Chicago Board of Trade comunicava aos agentes econômicos os valores sob negociação, o que possibilitava a tomada de decisão racional, permitindo, assim, o funcionamento competitivo do mercado. Apesar de a Suprema Corte não ter analisado o caso profundamente na perspectiva econômica<sup>255</sup>, pode-se dizer que as eficiências decorrentes das negociações no Chicago Board of Trade foram possíveis, ao menos em parte, em razão do grande número de ofertantes e da homogeneidade do produto, característicos dos mercados de comercialização de *commodities*.

No caso *BMI v. CBS*, a Suprema Corte considerou pró-competitiva a estruturação de “licenças cobertoras” (“*blanket licenses*”), por meio das quais a Broadcast Music, Inc. concedia o direito de reprodução de diversos materiais incluídos em uma mesma licença. Os artistas, donos originais dos direitos, eram remunerados de acordo com a reprodução de suas obras. A Broadcast Music, Inc. assumia ainda a tarefa de ouvir a reprodução de músicas no mercado, para assegurar-se de que as reproduções estavam dentro da legalidade, de acordo com a respectiva licença. O acordo, ao promover a comercialização em massa de direitos de reprodução, permitiu economias relevantes em custos de transação<sup>256</sup>.

---

determined. Under the ‘call’ rule all price determination was made under the most public and competitive of circumstances, with no buyer or seller in a position to take advantage of another party’s ignorance. Finding no plausible way that the rule could disguise price fixing, the Court unanimously ordered the complaint dismissed” (Loc. cit.).

<sup>255</sup> Em seu voto condutor, Justice Brandeis forneceu as seguintes razões para considerar o funcionamento da Chicago Board of Trade em consonância com a legislação concorrencial: “(a) It created a public market for grain ‘to arrive.’ Before its adoption, bids were made privately. Men had to buy and sell without adequate knowledge of actual market conditions. This was disadvantageous to all concerned, but particularly so to country dealers and farmers. (b) It brought into the regular market hours of the Board sessions, more of the trading in grain ‘to arrive.’ (c) It brought buyers and sellers into more direct relations because, on the call, they gathered together for a free and open interchange of bids and offers. (d) It distributed the business in grain ‘to arrive’ among a far larger number of Chicago receivers and commission merchants than had been the case there before. (e) It increased the number of country dealers engaging in this branch of the business, supplied them more regularly with bids from Chicago, and also increased the number of bids received by them from competing markets. (f) It eliminated risks necessarily incident to a private market, and thus enabled country dealers to do business on a smaller margin. In that way, the rule made it possible for them to pay more to farmers without raising the price to consumers. (g) It enabled country dealers to sell some grain to arrive which they would otherwise have been obliged either to ship to Chicago commission merchants or to sell for ‘future delivery.’ (h) It enabled those grain merchants of Chicago who sell to millers and exporters to trade on a smaller margin and, by paying more for grain or selling it for less, to make the Chicago market more attractive for both shippers and buyers of grain. (i) Incidentally, it facilitated trading ‘to arrive’ by enabling those engaged in these transactions to fulfill their contracts by tendering grain arriving at Chicago on any railroad, whereas formerly shipments had to be made over the particular railroad designated by the buyer”.

<sup>256</sup> “The blank license arrangement saved untold millions of dollars in transactions costs. Few radio stations could afford to negotiate individually for the right to perform every piece of music they played on the air. If they did, advertising costs would soar and the amount of music played would drop. In fact, if the market had operated

Assim, a redução de custos de transação, inclusive com o objetivo de permitir o adequado funcionamento do mercado, é aceito pelo direito da concorrência como justificativa legítima para acordos entre concorrentes, na medida em que promove a criação de eficiências relevantes.

O direito da concorrência também aceita a legalidade de acordos entre concorrentes nos casos em que a assimetria de informações apresenta-se como um fator impeditivo do adequado funcionamento do mercado. Como já demonstrado, a falta de informações muitas vezes leva à elevação dos custos de transações a níveis demasiadamente altos. Não obstante, outro efeito relevante decorrente da assimetria de informações refere-se ao problema da seleção adversa. Ao deparar-se com a impossibilidade de avaliar a qualidade da oferta ou da demanda, os agentes econômicos tendem a tomar decisões conservadoras, precificando bens e serviços com base na oferta ou demanda de baixa qualidade.

A Suprema Corte norte-americana deparou-se com acordos entre concorrentes para a troca de informações poucas décadas após a entrada em vigor da legislação de defesa da concorrência, nos casos *American Column & Lumber Co. v. United States*<sup>257</sup> (“*American Column v. US*”) e *Maple Flooring Manufacturers’ Assn. v. United States*<sup>258</sup> (“*Maple Flooring Association v. US*”).

No caso *American Column v. US*, Hovenkamp noticia que a Suprema Corte considerou ilegal acordo de troca de informações por meio qual cada membro fornecia aos demais membros relatórios detalhados acerca do preço de cada venda e aquisição de bens, o nome da contraparte, a sua própria taxa de produção e estoque, assim como estimativa de produção futura<sup>259</sup>. O objetivo do acordo era, alegadamente, evitar a superprodução, permitindo que os membros do acordo reduzissem oferta sempre que necessário. Apesar de a Suprema Corte ter considerado o acordo ilegal, Hovenkamp destaca que o acordo incluía um grande número de membros, os quais eram responsáveis por apenas 1/3 (um terço) do mercado, o que potencialmente limitava sua capacidade de gerar efeitos anticompetitivos<sup>260</sup>.

---

on an individual contract per performance basis, the costs of the transactions would often have dwarfed the price of the performance right itself” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*... p. 213). Não obstante, deve-se ressaltar a existência de opiniões em contrário, argumentando que a economia dos custos de transação não seria capaz de justificar o licenciamento de direitos autorais exclusivamente de forma conjunta, em detrimento do licenciamento individual. Vide FIRST, Harry. *Online music joint ventures: taken for a song*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=508685>>. Acesso em 20 de setembro de 2015. pp. 19 e ss.

<sup>257</sup> *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921).

<sup>258</sup> *Maple Flooring Manufacturers’ Assn. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925).

<sup>259</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*... p. 216.

<sup>260</sup> “Even assuming an explicit price fixing agreement, it is difficult to see how a cartel with that many members, controlling only one-third of the market, could have a substantial effect on prices. Indeed, one frequently

Assim, a ilegalidade do acordo foi determinada com base na intenção das partes, e não na sua potencialidade de gerar danos à concorrência<sup>261</sup>.

Quatro anos após *American Column v. US*, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Maple Flooring Association v. US*, considerando legal acordo de troca de informações entre concorrentes no setor de pisos de madeira. Segundo a Suprema Corte, o que diferenciava *Maple Flooring Association v. US* de *American Column v. US* era, essencialmente, a quantidade e natureza das informações compartilhadas<sup>262</sup>.

Segundo Hovenkamp, essas diferenças eram irrelevantes para a potencialidade anticoncorrencial do acordo, sendo que a Suprema Corte deixou de analisar o aspecto mais importante do caso: a *Maple Flooring Association* envolvia 22 (vinte e dois) produtores, que em conjunto detinham 70% (setenta por cento) do mercado<sup>263</sup>.

A aparente tendência da Suprema Corte de não analisar em detalhes a estrutura do mercado afetado pela troca de informações entre concorrentes começou a ser alterada no caso *Sugar Institute Inc. v. United States*<sup>264</sup>, conforme noticiam Sullivan e Grimes<sup>265</sup>.

Em casos recentes, a Suprema Corte passou a analisar a estrutura do mercado para inferir se a troca de informações entre concorrentes teria o potencial de reduzir ou não a rivalidade entre os concorrentes. A partir de casos como *United States v. Container Corp.*<sup>266</sup> e *United States v. United States Gypsum Co.*<sup>267</sup>, é possível afirmar que se firmou o entendimento de que a estrutura do mercado é um dos fatores decisivos para determinar se a troca de informações entre concorrentes pode trazer benefícios à sociedade e ao mercado<sup>268</sup>.

overlooked but very important issue in data dissemination cases is the relationship between the domain over which information is exchanged and the scope of the relevant market” (Loc. cit.).

<sup>261</sup> “The Court found a violation without addressing the question of power nor did it discuss structure except to state basic facts about the number of participants and their aggregate share. Rather, it focused on purpose. [...] The opinion does not directly indicate whether the inference that the anticompetitive purpose had been, in part, achieved was essential to the outcome, but its tone suggests otherwise. Acting cooperatively in a manner intended to threaten price and output is itself the offense” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... p. 263).

<sup>262</sup> Em seu voto condutor, Justice Stones afirmou: “In *American Column & Lumber Co. v. United States*, supra, the defendant association adopted a plan for the gathering from its members daily, and disseminating among them weekly, reports of all sales and shipments actually made, giving prices, names and addresses of purchasers, the kind, grade, and quantity of commodity sold and shipped. [...] The opinion of the Court in that case rests squarely on the ground that there was a combination on the part of the members to secure concerted action in curtailment of production and increase of price, which actually resulted in a restraint of commerce, producing increase of price”.

<sup>263</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*... p. 217.

<sup>264</sup> *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 U.S. 553 (1936).

<sup>265</sup> “This was the first time that the Court, in discussing information exchange, seemed to think that market structure might be relevant to the outcome” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *Op. cit.* p. 265).

<sup>266</sup> *United States v. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969).

<sup>267</sup> *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

<sup>268</sup> SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... p. 268.



Recentemente, por meio de procedimentos de consulta prévia (“*business reviews*”), o DOJ tem demonstrado preocupação também com a natureza da informação compartilhada entre concorrentes. Por exemplo, em 19 de junho de 2006, o DOJ esclareceu que não tinha intenção de questionar acordo de compartilhamento de informações no qual as partes adotariam cuidados para evitar a troca de dados concorrencialmente sensíveis<sup>269</sup>. Em outra consulta, respondida em 13 de maio de 2003, o DOJ solicitou a modificação de uma proposta de um sistema de compartilhamento de informações entre distribuidores de produtos químicos, para que fossem adotados mecanismos para evitar o acesso a informações de preço<sup>270</sup>. A mesma preocupação foi demonstrada em consulta respondida em 12 de março de 2002, na qual o DOJ enxergou potenciais benefícios no compartilhamento de informações sobre o histórico de crédito de clientes<sup>271</sup>.

No direito comunitário europeu, conforme decidido pela Comissão Europeia no caso *Asnef-Equifax*<sup>272</sup>, a legalidade dos acordos de troca de informações deve ser analisada a partir das características do mercado em questão, dos termos e condições do acordo e da natureza das informações em si (isto é, se são públicas ou confidenciais, se são transmitidas de forma agregada ou individualizada e se dizem respeito a fatos passados ou presentes)<sup>273</sup>. No caso concreto, a Comissão Europeia determinou que a troca de informações entre concorrentes sobre a condição de crédito de consumidores a princípio não teria o potencial de ferir a concorrência, contanto que atendidas determinadas exigências a respeito da natureza das

<sup>269</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. Request for business review advice - Fair Factories Clearing house. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-fair-factories-clearinghouses-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

<sup>270</sup> “At the Department’s request, BroChem has modified its original proposal to ensure that price-sensitive information is not accessible to competitors or others who should not have access to it. Specifically, as indicated in your letter dated November 18, 2002, BroChem will establish computer safeguards to ensure that each chemical producer can access only the data that the producer has provided to BroChem, and that each chemical distributor has access only to information regarding products that the chemical producers have authorized the distributor to market” (DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to Brochem Marketing, Inc.’s request for business review letter. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-brochem-marketing-incs-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015).

<sup>271</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to National Consumer Telecommunications Data Exchange request for business review letter. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-national-consumer-telecommunications-data-exchange-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

<sup>272</sup> Comissão Europeia, Caso C-238/05, Terceira Seção, julgado em 23 de novembro de 2006.

<sup>273</sup> Conforme o acórdão do caso: “Por conseguinte, a compatibilidade de um sistema de intercâmbio de informações entre estabelecimentos financeiros relativo à solvabilidade dos clientes, com as regras comunitárias da concorrência, não pode ser apreciada de forma abstracta. Depende das condições económicas nos mercados em questão e das características próprias do sistema em causa, como, designadamente, a sua finalidade, as condições de acesso e de participação no intercâmbio, bem como da natureza das informações trocadas – podendo estas, por exemplo, ser públicas ou confidenciais, agregadas ou detalhadas, históricas ou actuais – a sua periodicidade e a sua importância para a fixação dos preços, volumes ou condições da prestação”.

informações e desde que permitido o acesso não discriminatório de agentes econômicos a tais dados.

Ademais, a Comissão Europeia esclarece que a eficiência da troca de informações existe quando o acordo entre os concorrentes tem como objetivo corrigir alguma distorção de mercado causada pela assimetria de informações. Assim, em mercados nos quais há desajuste entre oferta e demanda, alocação ineficiente de risco, poucos dados a respeito da qualidade de produtos, dentre outros, a troca de informações pode auxiliar os agentes de mercado a corrigir tais distorções. A criação de eficiências, neste contexto, dependerá de diversos fatores relacionados à estrutura do mercado, à natureza das informações compartilhadas, características do acordo em si e inexistência de meio menos restritivo para se alcançar os benefícios pretendidos<sup>274</sup>.

Percebe-se, portanto, que a troca de informações entre concorrentes pode gerar relevantes eficiências, especialmente na correção de distorções causadas pela assimetria de informações e pela presença de custos de transação substanciais, que impeçam o adequado funcionamento do mercado e dos mecanismos de formação de preços. A efetiva geração de eficiências dependerá da estrutura do mercado em questão, da natureza da informação e da forma de seu compartilhamento.

#### 2.2.2. Obtenção de escala e racionalização da oferta e/ou demanda

Como já visto, os acordos entre concorrentes que visam racionalizar a oferta ou demanda mais usuais podem ser classificados de acordo com o seu escopo, isto é, a cooperação na produção, distribuição, revenda, aquisição de insumos ou iniciativas de publicidade.

O CADE possui ampla experiência na análise de acordos entre concorrentes que têm como escopo o compartilhamento de bens de produção ou mesmo a subcontratação de um rival pelo outro, especialmente com relação à utilização de capacidade ociosa.

---

<sup>274</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação... pp.21 e 22.

No ato de concentração nº 08700.007093/2014-21<sup>275</sup>, o órgão analisou contrato de fornecimento, cujo objeto era a utilização, por um agente econômico, da capacidade ociosa de seu concorrente. Em sua análise, a Superintendência-Geral do CADE ressaltou que a utilização de capacidade ociosa de um concorrente por outro elimina a possibilidade de utilização dessa capacidade ociosa como reação a eventual aumento de preços. No entanto, concluiu que, no caso concreto, a contratada permaneceria com capacidade ociosa própria, permitindo a sua continuidade como um concorrente em potencial. Ao fim, portanto, a Superintendência-Geral entendeu que a operação seria pró-competitiva, pois permitiria a expansão da oferta por meio da utilização de capacidade até então ociosa<sup>276</sup>.

De forma semelhante, no ato de concentração nº 08012.003509/2010-67<sup>277</sup>, o CADE entendeu que a utilização dos ativos de produção de um concorrente por outro seria benéfica, pois ainda haveria capacidade ociosa no mercado, não haveria transferência efetiva de ativos e o acordo promoveria a expansão da oferta, resultando em “maior produtividade e em melhor alocação de recursos”<sup>278</sup>.

Em situação análoga à utilização de capacidade ociosa de um concorrente pelo outro, o CADE já analisou também diversos acordos de compartilhamento de voos em determinadas rotas por companhias aéreas (*code sharing*). Em todos estes casos, o órgão considerou não haver preocupações concorrenciais, pois não havia obrigação de exclusividade e outros concorrentes poderiam operar na mesma rota<sup>279</sup>.

Além do aproveitamento de capacidade produtiva, o compartilhamento de infraestrutura também pode gerar eficiências relevantes. No ato de concentração nº 08700.000548/2013-05<sup>280</sup>, a Superintendência-Geral do CADE entendeu que havia geração

<sup>275</sup> CADE, ato de concentração nº 08700.007093/2014-21, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 26 de setembro de 2014.

<sup>276</sup> Vide parágrafo 18 da decisão da Superintendência-Geral: “Ao final, também não se pode ignorar que a operação apresenta, por um lado, um efeito positivo ao mercado e ao consumidor final, na medida em que implica um potencial aumento de oferta no mercado de cervejas, na forma de utilização de um ativo produtivo até então ocioso”.

<sup>277</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.003509/2010-67, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, aprovado sem restrições em 8 de dezembro de 2010.

<sup>278</sup> Conforme parágrafo 21 do voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo proferido no ato de concentração nº 08012.003509/2010-67.

<sup>279</sup> Vide, por exemplo: CADE, ato de concentração nº 08012.011750/2007-64, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 9 de julho de 2008; CADE, ato de concentração nº 08012.011050/2011-65, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 31 de outubro de 2012; CADE, ato de concentração nº 08012.012261/2011-14, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 8 de fevereiro de 2012; e CADE, ato de concentração nº 08012.000062/2012-36, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 14 de março de 2002.

<sup>280</sup> CADE, ato de concentração nº 08700.000548/2013-05, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 27 de março de 2013.

de eficiências em acordo que estabelecia o compartilhamento de redes de telecomunicação entre concorrentes. Com base na experiência internacional, o órgão determinou que o compartilhamento de redes poderia ser “uma forma de reduzir custos, otimizar a infraestrutura, driblar a escassez de recursos para investimentos e ampliar a área de cobertura de rede de telefonia móvel e sem fio”<sup>281</sup>.

O CADE também analisou em detalhes as possíveis eficiências da colaboração entre concorrentes como resposta a distorções decorrentes do poder de compra. No ato de concentração nº 08012.005889/2010-74<sup>282</sup>, o órgão identificou possíveis efeitos deletérios sobre o mercado de produção de laranjas *in natura* em decorrência da alta concentração no mercado *downstream* de produção de suco de laranja.

Ao analisar os efeitos concorrenciais do poder de compra, o CADE reafirmou o que a doutrina já havia tratado a respeito do tema, isto é, que “o efeito líquido do exercício do poder de compra é ambíguo”, pois “depende da estrutura do mercado no qual a empresa se situa”. Ademais, “a mera existência de poder de mercado não significa que há incentivos para exercê-lo”<sup>283</sup>. Além da questão do poder de compra, o CADE identificou também distorções relacionadas à assimetria de informações, pois os produtores de sucos possuíam mais dados sobre estoques e preços no mercado de laranja *in natura* do que os próprios agentes deste setor. Em suma, a autarquia chegou às seguintes conclusões preliminares acerca do poder de compra dos produtores de suco de laranja: (i) os produtores de laranja *in natura* não seriam capazes de desviar suficientemente sua produção para compradores alternativos aos produtores de suco de laranja; (ii) a existência de estoques de suco de laranja concentrado e congelado (SLCC) de propriedade dos produtores de suco de laranja intensificava ainda mais o seu poder de barganha; e (iii) a assimetria de informações teria o resultado de colocar os produtores de laranja *in natura* em desvantagem com relação aos produtores de suco de laranja<sup>284</sup>.

<sup>281</sup> Item 8 do Parecer Técnico nº 87 da Superintendência-Geral, emitido no âmbito do ato de concentração nº 08700.000548/2013-05.

<sup>282</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.005889/2010-74, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 14 de dezembro de 2011.

<sup>283</sup> Trechos contidos na página 28 do voto condutor proferido pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no ato de concentração nº 08012.005889/2010-74.

<sup>284</sup> Página 36 do voto condutor proferido pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Nas palavras do Conselheiro: “(i) é improvável que as empresas concorrentes e o mercado de mesa sejam capazes de absorver um desvio de oferta de laranja originalmente destinado às Requerentes; (ii) embora haja justificativa econômica para a manutenção de estoques de SLCC pela indústria, isso não exclui o fato de os mesmos poderem se constituir em instrumentos de barganha junto aos produtores; e (iii) a assimetria de informação no setor é elevada e os citricultores se encontram em desvantagem no acesso a informações que poderiam ser importantes não só na negociação do preço da laranja, mas na própria organização da lavoura”.

No Termo de Compromisso de Desempenho celebrado entre o CADE e as requerentes do ato de concentração nº 08012.005889/2010-74, além de diversas obrigações, a autarquia recomendou a criação da Consecitrus, que reuniria os produtores de laranja *in natura*, como forma de mitigação dos efeitos do poder de compra dos produtores de suco de laranja.

A criação da Consecitrus, que congrega agentes atuantes no plantio, colheita, distribuição, processamento e oferta de laranja e seus derivados, foi objeto do ato de concentração nº 08012.003065/2012-21<sup>285</sup>. O estabelecimento desta instituição “buscou mitigar parcialmente os efeitos concorrenciais negativos do ato de concentração ao propor um mecanismo alocativo centralizado e coordenado, muitas vezes baseado na lógica da ação coletiva, ou seja, pela lógica da governança”<sup>286</sup>. Assim, a ação coletiva de agentes econômicos no mercado de produção de laranja *in natura* foi a solução utilizada pelo CADE como forma de mitigar distorções decorrentes de concentração de poder econômico, demonstrando que a colaboração entre rivais para racionalização de sua oferta, em determinados casos, pode ser eficiente.

Leonor Cordovil dá notícia ainda de outros casos nos quais o CADE analisou e aprovou acordos de aquisição conjunta entre concorrentes<sup>287</sup>. No ato de concentração nº 08012.008025/2010-12<sup>288</sup>, dois concorrentes celebraram um “*Procurement Co-operation Agreement*”, para adquirir conjuntamente insumos de fornecedores de peças automotivas. Ao analisar a operação, o CADE concluiu que as partes não detinham, conjuntamente, poder de mercado e, portanto, o acordo não apresentaria potencial anticompetitivo. No ato de concentração nº 08012.003603/2000-55<sup>289</sup>, a autarquia analisou acordo entre dois concorrentes do setor automotivo que tinha como escopo: (i) aquisição conjunta de serviço financeiro de apoio; (ii) desenvolvimento e montagem de motores e transmissões; e (iii) aquisição conjunta de suprimentos voltados à montagem de automóveis. No julgamento do caso, o CADE considerou não haver preocupações relevantes e destacou a economia de custos alegada pelas partes como eficiência decorrente da operação. Já no ato de concentração

<sup>285</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.003065/2012-21, Relator Conselheiro Ricardo Ruiz Machado, julgado em 19 de fevereiro de 2014.

<sup>286</sup> Parágrafo 351 do voto condutor proferido pelo Conselheiro Ricardo Ruiz Machado no ato de concentração nº 08012.003065/2012-21.

<sup>287</sup> CORDOVIL, Leonor. *Buying group ou grupos de compra...* pp. 280-282.

<sup>288</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.008025/2010-12, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 15 de junho de 2011.

<sup>289</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.003603/2000-55, Relator Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, julgado em 2 de julho de 2003.

nº 08012.000001/2001-16<sup>290</sup>, também envolvendo agentes do setor automobilístico, o CADE aprovou sem restrições a colaboração entre concorrentes que tinha como escopo a constituição de uma *joint venture* para atuação na “compra de peças, componentes e serviços pela indústria automobilística, gerenciamento de cadeias de fornecimento” e cooperação no desenvolvimento de produtos automotivos<sup>291</sup>. Por fim, no ato de concentração nº 08012.003632/2001-97<sup>292</sup>, o CADE aprovou a constituição de um consórcio entre concorrentes para a aquisição conjunta de insumos por meio de uma plataforma B2B (*business to business*). A autarquia condicionou a aprovação do consórcio à exclusão de cláusula que previa a utilização da parceria como único meio de realização de compras.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte teve a oportunidade de analisar, em *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pac Stationery & Printing Co.*<sup>293</sup>, os efeitos de acordos de colaboração para aquisição conjunta de insumos entre concorrentes. No caso concreto, um agente que havia sido expulso de acordo para aquisição conjunta de insumos alegou que havia sofrido boicote por parte de seus concorrentes. A Suprema Corte reverteu a decisão do Tribunal de Apelações, que havia considerado a conduta ilegal *per se*, tendo em vista que o acordo de colaboração não se enquadrava em uma das hipóteses de “zona segura” da legislação concorrencial<sup>294</sup>. Segundo a Suprema Corte, apesar não se enquadrar em nenhuma “zona segura” prevista em legislação, o acordo de aquisição conjunta apresentava restrições que deveriam ter sua legalidade determinada por meio de critérios de razoabilidade, exigindo-se, portanto, a aplicação da regra da razão. Neste sentido, “not every cooperative activity involving a restraint or exclusion will share with the *per se* forbidden boycotts the likelihood of predominantly anticompetitive consequences”<sup>295</sup>. Ao reconhecer as potenciais

---

<sup>290</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.000001/2001-16, Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, julgado em 16 de junho de 2004.

<sup>291</sup> O mesmo caso foi analisado também pela Comissão Europeia. Vide COMISSÃO EUROPEIA. Commission clears the creation of the Covisint Automotive Internet Marketplace. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-1155\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1155_en.htm?locale=en)>. Acesso em 2 de novembro de 2015.

<sup>292</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.003632/2001-97, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 29 de setembro de 2004.

<sup>293</sup> *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery* 472 U.S. 284 (1985).

<sup>294</sup> De acordo com a ementa da decisão: “The Court of Appeals reversed, holding that, although § 4 of the Robinson-Patman Act expressly approves price discrimination occasioned by such an expulsion as the one in question, and thus provides a mandate for self-regulation, nevertheless, because petitioner had not provided any procedural safeguards, the expulsion of respondent was not shielded by § 4, and therefore constituted a *per se* group boycott in violation of § 1 of the Sherman Act”.

<sup>295</sup> *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery* 472 U.S. 284, 295 (1985). Ademais, a Suprema Corte destacou o potencial de criação de economias de escala: “The arrangement permits the participating retailers to achieve economies of scale in both the purchase and warehousing of wholesale supplies, and also ensures ready access to a stock of goods that might otherwise be unavailable on short notice”.

eficiências – especialmente relacionadas a possíveis ganhos de escala – decorrentes do acordo, a Suprema Corte decidiu que o tratamento *per se* não seria adequado.

No direito comunitário, a Comissão Europeia também já se posicionou acerca dos efeitos de acordos entre concorrentes para a aquisição conjunta de insumos. No processo nº C-250/92<sup>296</sup>, a Comissão analisou o caso de uma cooperativa formada com o objetivo de adquirir, de forma centralizada, insumos agrícolas, especialmente fertilizantes e produtos de proteção de plantas. Os membros da cooperativa eram proibidos de participar de associações semelhantes, o que resultou em alegações de abuso de posição dominante. A Comissão Europeia reconheceu que acordos de aquisição conjunta de insumos poderiam gerar eficiências e, portanto, a proibição de participação em outras associações semelhantes poderia não ser anticompetitiva, desde que tivesse como objetivo preservar os benefícios da cooperativa<sup>297</sup>.

Com relação a acordos de cooperação para a comercialização ou promoção conjunta de produtos e serviços, suas eficiências serão decorrentes, principalmente, das economias de custo e ganhos de escala que puderem proporcionar. Um acordo de cooperação para distribuição e revenda, por exemplo, pode permitir que os agentes econômicos tenham maior capilaridade em sua rede de distribuição e, portanto, possam alcançar número maior de clientes.

Outras eficiências, no entanto, podem ser criadas pela conjugação de esforços de venda entre agentes econômicos. No caso *Appalachian Coals, Inc. v. United States*<sup>298</sup>, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana analisou a legalidade de um acordo entre concorrentes para a venda de seus produtos conjuntamente, por meio de um agente com autoridade para estabelecer preços. Apesar de ter reconhecido a existência de coordenação entre os agentes econômicos, a Suprema Corte acatou os argumentos apresentados pelos membros do acordo, segundo os quais a coordenação era necessária para corrigir distorções no mercado relacionadas, dentre outros fatores, à sua rápida expansão. Assim, o tribunal

---

<sup>296</sup> Comissão Europeia, processo nº C-250/92, Quinta Seção, julgado em 15 de dezembro de 1994.

<sup>297</sup> Vide itens 32 e 33 da decisão da Comissão Europeia no processo nº C-250/92: “In a market where product prices vary according to the volume of orders, the activities of cooperative purchasing associations may, depending on the size of their membership, constitute a significant counterweight to the contractual power of large producers and make way for more effective competition. Where some members of two competing cooperative purchasing associations belong to both at the same time, the result is to make each association less capable of pursuing its objectives for the benefit of the rest of its members, especially where the members concerned, as in the case in point, are themselves cooperative associations with a large number of individual members”.

<sup>298</sup> *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).

afastou a aplicação da regra da ilegalidade *per se* à cooperação dos concorrentes, analisando o caso *Appalachian Coals, Inc. v. United States* pela regra da razão<sup>299</sup>.

No Brasil, o CADE analisou os efeitos da comercialização conjunta entre concorrentes no caso Clube dos Treze, iniciado a partir de denúncia alegando a ilicitude da venda conjunta de direitos de transmissão de jogos por determinados clubes de futebol<sup>300</sup>. Com base nas características peculiares do mercado de competições esportivas, o CADE considerou que a cooperação para oferta conjunta de direitos de transmissão por meio do Clube dos Treze seria eficiente. Segundo constatou o Conselheiro César Mattos em seu voto condutor, “por haver eficiências líquidas em arranjo no qual os clubes precisam cooperar para viabilizar a sua própria atividade-fim, o acordo entre clubes de futebol dentro de uma liga (Clube dos Treze, *in casu*), deve ser considerado legítimo sob a ótica concorrencial”<sup>301</sup>.

Nos Estados Unidos, os tribunais norte-americanos tiveram diversas oportunidades de analisar a colaboração entre concorrentes para a formação de ligas e campeonatos, assim como as práticas comerciais e restrições implementadas por associações esportivas de forma coletiva<sup>302</sup>. Em um dos mais importantes destes casos, *American Needle, Inc. v. National Football League*<sup>303</sup>, a Suprema Corte determinou que a necessidade de cooperação para viabilizar competições esportivas apresenta-se como justificativa legítima para a cooperação e tomada de decisões conjuntas por times de futebol americano. Ademais, em reconhecimento às possíveis eficiências deste tipo de colaboração, a corte decidiu que, nestes casos, seria aplicável a regra da razão em versão mais flexível, sem a necessidade de uma análise profunda dos potenciais efeitos anticompetitivos<sup>304</sup>.

---

<sup>299</sup> “However, (as shown above) *Appalachian Coals* was not price-fixing (in the antitrust sense) because (as the district court found) the agency was an attempt to relieve the wasteful problem of distress coal and (as the district court concluded) the rule of reason applies to agreements that produce economies and eliminate waste” (KIMMEL, Sheldon. *How and Why the Per Se Rule Against Price-Fixing Went Wrong*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/eag/221879.pdf>>. Acesso em 8 de novembro de 2015. p.18).

<sup>300</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.006504/1997-11, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 20 de outubro de 2010.

<sup>301</sup> Página 21 do voto proferido pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos no processo administrativo nº 08012.006504/1997-11.

<sup>302</sup> Para uma análise abrangente destes casos e as práticas analisadas pelos tribunais norte-americanos, vide HOVENKAMP, Herbert. *Intra-enterprise activity, joint ventures and sports leagues; identifying unilateral conduct under the antitrust laws*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1511170>>. Acesso em 15 de novembro de 2015. pp. 10 e ss.

<sup>303</sup> *American Needle, Inc. v. National Football League* 560 U.S. (2010).

<sup>304</sup> Neste sentido, o acórdão do caso determinou o seguinte: “Football teams that need to cooperate are not trapped by antitrust law. The fact that the NFL teams share an interest in making the entire league successful and profitable, and that they must cooperate to produce games, provides a perfectly sensible justification for making a host of collective decisions. Because some of these restraints on competition are necessary to produce the NFL’s product, the Rule of Reason generally should apply, and teams’ cooperation is likely to be permissible.



### 2.2.3. Pesquisa, desenvolvimento e estabelecimento de padrões

Os acordos de colaboração entre concorrentes para a pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais será, na maior parte dos casos, pró-concorrencial, em razão do seu potencial de geração de eficiências dinâmicas. A maior preocupação decorrente destes acordos refere-se aos possíveis danos relacionados ao domínio de tecnologia por poucos concorrentes, o que pode causar restrição dos investimentos em inovação, aumento de custos de rivais e criação de barreiras à entrada de novos concorrentes.

Os tribunais norte-americanos analisaram a questão nos primeiros anos de vigência do Sherman Act, ainda no começo do Século XX. No caso *Standard Oil Company v. United States*<sup>305</sup>, a Suprema Corte avaliou alegações de que o licenciamento cruzado de patentes detidas por determinados agentes do setor de exploração de petróleo poderia resultar em fixação de preços. O tribunal, no entanto, afastou essas alegações, afirmando que o licenciamento cruzado poderia ser benéfico para o desenvolvimento de novas tecnologias<sup>306</sup>.

No Brasil, há escassez de jurisprudência com relação à colaboração entre concorrentes voltadas à inovação. A principal razão para a falta de casos deve-se, provavelmente, à falta de protagonismo brasileiro na área de ciência e tecnologia<sup>307</sup>. A falta de orientações claras da

---

And depending upon the activity in question, the Rule of Reason can at times be applied without detailed analysis. But the activity at issue in this case is still concerted activity covered for § 1 purposes”.

<sup>305</sup> *Standard Oil Company v. United States* 283 U.S. 163 (1931).

<sup>306</sup> “An interchange of patent rights and a division of royalties according to the value attributed by the parties to their respective patent claims is frequently necessary if technical advancement is not to be blocked by threatened litigation. If the available advantages are open on reasonable terms to all manufacturers desiring to participate, such interchange may promote, rather than restrain, competition”. *Standard Oil Company v. United States* 283 U.S. 163, 171 (1931).

<sup>307</sup> “Países considerados líderes em C&T [Ciência e Tecnologia] são também potências econômicas e países com forte crescimento econômico apresentam matrizes cada vez mais complexas; O Brasil manteve sua posição relativa nessa corrida tecnológica (não avançou e não retrocedeu), enquanto outras economias emergentes de grande e médio porte mudaram sua estrutura de C&T e ultrapassaram o Brasil, como a China e a Coreia. O Brasil apresenta pouca sintonia com a matriz mundial, pois concentra esforços em áreas mais distantes da fronteira onde não há um maior esforço das nações líderes. [...] Nesse contexto, as atividades de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) nacional têm uma agenda defasada de pesquisa, ainda pouco estruturada e já fora do foco da disputa tecnológica. Nesse caso há amplas diferenças entre a matriz de C&T brasileira, a mundial e a dos países tecnologicamente emergentes, como Coreia e China” (NEGRI, João Alberto de; LEMOS, Mauro Borges. Avaliação das Políticas de Incentivo à P&D e Inovação Tecnológica no Brasil. Disponível em <<http://www.abimaq.org.br/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015. p.3).

política de defesa da concorrência com relação ao tema<sup>308</sup> também pode ser uma explicação possível para o número relativamente baixo de casos nos quais o CADE enfrenta a questão da inovação.

No entanto, em algumas ocasiões, na análise de parcerias para a pesquisa e desenvolvimento de medicamentos, o CADE deu indícios do seu posicionamento diante de tais casos.

No ato de concentração nº 08700.006310/2015-47<sup>309</sup>, a Superintendência-Geral da autarquia analisou os efeitos de uma associação entre dois concorrentes da indústria farmacêutica para o desenvolvimento e posterior comercialização de medicamentos vendidos sem prescrição médica (“*over the counter*”). A principal preocupação do órgão referiu-se ao poder de mercado das partes com relação à oferta do medicamento em questão, tendo em vista que os dois rivais já ofertavam, antes da operação, medicamentos substitutos. Deste modo, era relevante “avaliar a posição de ambas no mercado, em face de eventual interesse das mesmas em concentrar esforços de venda no produto novo, em detrimento dos seus portfólios, alavancados por suas posições no mercado”<sup>310</sup>. Ao constatar que a participação de mercado dos agentes não seria relevante, no entanto, a Superintendência-Geral aprovou a colaboração sem restrições.

Nos atos de concentração nº 08012.006121/2012-80 e nº 08012.002467/2012-17<sup>311</sup>, o CADE aprovou duas *joint ventures* entre agentes do setor farmacêutico para a pesquisa, desenvolvimento e comercialização de medicamentos. A análise do órgão foi voltada principalmente ao escopo das parcerias e o risco de transbordamento da colaboração para atividades não incluídas na cooperação. Neste contexto, a formação das *joint ventures* foi aprovada mediante o compromisso de notificação ao CADE acerca de eventuais mudanças em seu objeto.

Com relação aos acordos de padronização, também há grande escassez de casos, especialmente na jurisprudência brasileira. Este tipo de colaboração, no entanto, geralmente

---

<sup>308</sup> “Inexistem, ainda, no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Sistema), diretrizes administrativas sobre os critérios de análise antitruste em matéria de propriedade intelectual, o que não significa que não exista a preocupação entre as autoridades (policy makers)” (ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A relação entre os direitos dos bens imateriais... p. 146).

<sup>309</sup> CADE, ato de concentração nº 08700.006310/2015-47, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 15 de julho de 2015.

<sup>310</sup> Item 10 do Parecer nº 245/2015/CGAA5/SGA1/SG, emitido no âmbito do ato de concentração nº 08700.006310/2015-47.

<sup>311</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.006121/2012-80, Relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, julgado em 30 de janeiro de 2013; CADE, ato de concentração nº 08012.002467/2012-17, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

produzirá efeitos benéficos, especialmente se o processo de estabelecimento do padrão obedecer a critérios de acesso não discriminatório e transparência.

Nos Estados Unidos, o DOJ teve a oportunidade de analisar algumas propostas de cooperação para o estabelecimento de padrões. Seguindo a ideia de que este tipo de colaboração será provavelmente eficiente caso não resulte na discriminação de não membros ou troca de informações concorrencialmente sensíveis, o órgão respondeu positivamente à proposta de *joint venture* para a modificação de determinados padrões seguidos pela indústria de elevadores. Segundo informado ao DOJ, a parceria não discriminaria não membros, e também não permitiria a troca de informações sensíveis<sup>312</sup>.

Em outra consulta feita ao DOJ pela VMEbus International Trade Association (VITA), o órgão analisou a proposta de uma SSO para instituir política de divulgação de patentes potencialmente essenciais. Por meio desta política, participantes dos grupos de trabalho para elaboração e instituição de padrão tecnológico teriam a obrigação de divulgar todas as patentes que poderiam ser essenciais ao padrão, assim como assumir o compromisso de licenciá-las em termos FRAND<sup>313</sup>. Em sua análise, o DOJ destacou as vantagens dos padrões tecnológicos em termos de criação de eficiências, especialmente com relação à garantia de qualidade dos produtos, obtenção de ganhos de escala no consumo (efeitos de rede), interoperabilidade, dentre outras eficiências possíveis<sup>314</sup>. Assim, o órgão concluiu que, exceto nos casos em que a parceria para estabelecimento de padrões seja utilizada como uma forma de encobrir um acordo ilegal para fixação de preços, a colaboração será provavelmente eficiente e benéfica.

Em consulta semelhante à realizada pela VITA, o Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) questionou o DOJ sobre a sua proposta de divulgação de propriedade intelectual, por meio da qual os participantes de uma parceria para estabelecer padrões tecnológicos seriam obrigados a divulgar os termos mais restritivos que poderiam

<sup>312</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to National Elevator Industry, Inc.'s request for business review letter. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-national-elevator-industry-incs-request-business-review-letter>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

<sup>313</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to VMEbus International Trade Association (Vita)'s request for business review letter. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-vmebus-international-trade-association-vitas-request-business-review-letter>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

<sup>314</sup> Neste contexto, vide Item III do parecer do DOJ: “[c]ollaborative standard setting can produce many procompetitive benefits. Performance standards can improve the health and safety of consumers and improve consumers' confidence in a product's quality. Interoperability standards can enable consumers to share information with each other and to interconnect compatible products from different producers. In addition, the collaborative standard-setting process can enable industry participants to share knowledge and develop a ‘best-of-breed’ product or process. Especially in industries with network effects, the collaborative standard-setting process can enlarge markets by overcoming coordination failures among those interested in developing and using the standard so that the products are available to, and used, by more consumers”.

impor no licenciamento de suas patentes<sup>315</sup>. Em seu parecer, o DOJ ressaltou que as políticas de divulgação de termos de licenciamento de patentes impostos por VITA e IEEE poderiam ter o efeito de desestimular a participação de agentes econômicos em iniciativas das SSO. No entanto, o órgão ressaltou que a concorrência entre as diferentes SSO seria capaz de demonstrar se tais políticas de divulgação são adequadas ou não para processos de estabelecimento de padrões<sup>316</sup>.

As consultas feitas por VITA e IEEE foram importantes para expor o posicionamento do DOJ acerca do licenciamento *ex ante*, prática adotada por algumas SSO para evitar o problema da emboscada de patentes, por meio da qual um agente detentor de patente essencial para um padrão tecnológico já estabelecido aproveita-se da dependência de sua tecnologia para exigir *royalties* excessivos e eventuais outras vantagens. Como a prática do licenciamento *ex ante* tem o potencial de restringir a capacidade de os agentes econômicos barganharem os preços e condições para licenciamento de direitos de propriedade intelectual, temia-se que o DOJ e FTC pudessem considerá-la uma conduta ilegal *per se*. No entanto, em diversas ocasiões, os órgãos de defesa da concorrência norte-americanas se manifestaram no sentido de que a prática pode ser eficiente e que, caso não seja vantajosa do ponto de vista comercial, a tendência é que seja abandonada a longo prazo, como consequência da competição e rivalidade entre as SSO<sup>317</sup>.

### 3. OS CRITÉRIOS DE ILEGALIDADE DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO

Na medida em que permitem a coordenação entre concorrentes, os acordos de colaboração horizontal podem gerar diversas preocupações horizontais. Os acordos entre

---

<sup>315</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. Response to Institute of Electrical and Electronics Engineers, Inc.'s request for business review letter. Disponível em <[http://www.justice.gov/atr/response-institute-electrical-and-electronics-engineers-incs-request-business-review-letter#N\\_42\\_](http://www.justice.gov/atr/response-institute-electrical-and-electronics-engineers-incs-request-business-review-letter#N_42_)>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

<sup>316</sup> Vide, nesse sentido, a conclusão do parecer do DOJ: “Practical consideration may lead some SDOs to prefer not to implement patent policies like those proposed by IEEE-SA or by VITA. Some SDOs, for example, may conclude that required or voluntary disclosure of and commitments to most restrictive licensing terms before a standard is set would decrease participation in standard-setting activities by patent holders. Experimentation and competition among SDOs regarding the breadth and depth of member licensing commitment obligations or options should help SDOs and their members determine which methods ultimately provide the best platforms for collaborative standard setting”.

<sup>317</sup> Neste sentido, vide: MASOUDI, Gerald F. Efficiency in analysis of antitrust, standard setting, and intellectual property. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/file/519331/download>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015. pp. 14-16.

concorrentes geralmente resultarão em algum grau de restrição à competição. No entanto, deve-se analisar se os danos, potenciais ou efetivos, são superados ou não pelas eficiências. Não obstante esta averiguação deva ser realizada no caso concreto, a prática concorrencial já identificou algumas características que dão causa a sérias preocupações concorrenciais. Cabe, neste capítulo, abordá-las.

### **3.1. As hipóteses nas quais o direito da concorrência rejeita a legalidade das restrições dos acordos de colaboração**

Os acordos de colaboração entre concorrentes terão potencial para geração de efeitos econômicos líquidos negativos, caso: (i) promovam a facilitação do comportamento uniforme, nas hipóteses de acordos que envolvam troca de informações; (ii) permitam a restrição da oferta, aumento de preços ou limitação de investimentos sem justificativa concorrencial (isto é, criação de eficiências que possam compensar os danos criados), no âmbito de colaborações para a produção, aquisição de insumos ou comercialização conjuntas; e (iii) dificultem a entrada de novos rivais ou aumentem os custos dos agentes já presentes no mercado, nos acordos que tenham escopo relacionados à pesquisa e desenvolvimento, assim como ao estabelecimento de padrões tecnológicos.

#### **3.1.1. Troca de informações sensíveis e facilitação da colusão**

Em algumas situações, a troca de informações entre concorrentes pode ser benéfica, ao auxiliar na correção de distorções causadas pela assimetria de informações. No entanto, dependendo da estrutura do mercado, a troca de informações entre agentes econômicos pode levar ao paralelismo de preços e à colusão tácita<sup>318</sup>. Do mesmo modo, acordos entre agentes rivais que tenham como objetivo reduzir custos de transação também podem ter efeitos

---

<sup>318</sup> “An agreement also may increase the likelihood of an exercise of market power by facilitating explicit or tacit collusion, either through facilitating practices such as an exchange of competitively sensitive information or through increased market concentration” (DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for Collaborations... p. 12).

adversos, ao alinhar o comportamento dos concorrentes ou impor limitações excessivas à competição por meio da criação de barreiras à entrada ou aumento dos custos de rivais.

Como profundamente analisado pelo direito da concorrência com relação às restrições verticais<sup>319</sup>, os acordos que têm como objetivo reduzir custos de transação podem diminuir consideravelmente a intensidade da competição<sup>320</sup>, demandando, portanto, uma rígida análise dos efeitos econômicos líquidos da prática. Neste contexto, as restrições à concorrência no âmbito de contratos complexos entre concorrentes devem ter fundamento na necessidade de economia de custos de transação, com a respectiva criação de eficiências econômicas.

Nas colaborações entre concorrentes de longo prazo e alta complexidade, os custos de transação podem ser substanciais. Assim, o estabelecimento de restrições ou de relações de exclusividade entre os participantes do acordo pode ser relevante para gerar segurança e proteger os investimentos realizados pelos agentes em prol da parceria.

Caso a restrição não possa ser razoavelmente justificada com base na economia de custos de transação, seus efeitos líquidos serão provavelmente negativos, na medida em que terão o potencial de dificultar a entrada de novos concorrentes ou o funcionamento dos agentes já estabelecidos no mercado<sup>321</sup>.

O compartilhamento de informações, por sua vez, apresenta diversos desafios à política concorrencial. A redução da assimetria informacional e das incertezas na relação comercial pode gerar diversos benefícios, incluindo a redução de custos de transação. O melhor conhecimento sobre o parceiro comercial e sobre a relação contratual em si pode facilitar a celebração e manutenção de parcerias. Portanto, o fornecimento de informações de uma parte à outra antes, durante e após a formalização de um contrato de colaboração é necessária e saudável em um contexto de boa fé e lealdade no relacionamento comercial. Assim, deve-se partir da premissa de que cada contratante, ao estabelecer a sua relação

---

<sup>319</sup> Vide, por todos, FORGIONI, Paula A. Direito concorrencial e restrições verticais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. *American Economic Review*, Nashville, vol. 61, pp. 112-123, 1971; e, sobre integração vertical pela via contratual, por meio de exclusividade, HOVENKAMP, Herbert. Robert Bork and vertical integration: leverage, foreclosure, and efficiency. *Antitrust Law Journal*, Washington, vol. 79, pp. 984-1001, 2014.

<sup>320</sup> Como no caso, por exemplo, dos acordos que impõem restrições verticais. Vide FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Economia institucional: custos de transação e impactos sobre a política de defesa da concorrência. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaios sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. pp. 174 e ss.

<sup>321</sup> Vide HOVENKAMP, Herbert. Harvard, Chicago, and transaction cost economics in antitrust analysis. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1592476>>. Acesso em 8 de fevereiro de 2015. pp. 31 e ss.;

comercial, fornecerá ao seu parceiro as informações necessárias para a tomada de decisão correta<sup>322</sup>.

No âmbito de colaborações entre concorrentes, as maiores preocupações decorrentes de atos e restrições adotados por concorrentes serão, invariavelmente, relacionadas à possibilidade de restrição de ofertas e o conseqüente aumento de preços, por meio do alinhamento comportamental dos agentes econômicos envolvidos no acordo<sup>323</sup>. No caso da troca de informações e na colaboração entre concorrentes com o objetivo de reduzir custos de transação, o risco da facilitação do comportamento paralelo ou da criação de dificuldades ao funcionamento de rivais é relevante e deve ser levado em consideração.

A troca de informações entre concorrentes no âmbito de uma cooperação pode também afetar as atividades não relacionadas ao acordo de colaboração, fazendo com que a geração de efeitos danosos “transborde” o escopo original da parceria<sup>324</sup>.

Como já visto, a criação de eficiências por meio da troca de informações dependerá da natureza das informações e das características de mercado. A criação de efeitos danosos dependerá, substancialmente, destes mesmos fatores. Desse modo, o compartilhamento de informações sobre preços, quantidades, investimentos, custos, dentre outros dados concorrencialmente sensíveis, terá maiores chances de criar efeitos danosos. Em mercados concentrados, a troca de informações terá potencial anticompetitivo relacionado à facilitação da colusão tácita. Em mercados pulverizados, mas com produtos homogêneos, a disseminação de informações também pode possibilitar o alinhamento de preços, ao possibilitar a coordenação entre os diversos agentes econômicos atuantes no mercado.

Nos Estados Unidos, o DOJ e FTC consideram que a maior preocupação decorrente de acordos de compartilhamento de informações refere-se à troca de dados concorrencialmente

---

<sup>322</sup> Neste sentido, “dentro dos padrões da boa-fé objetiva (i.e., considerando a legítima expectativa criada pela prática de mercado) deve-se tomar a quantidade e a qualidade de dados normalmente oferecidos em negociações semelhantes” (FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais... p. 141).

<sup>323</sup> “No que diz respeito à identificação dos potenciais efeitos negativos ligados à colaboração, o que se pretende verificar é se o acordo investigado aumenta a probabilidade ou facilita o exercício de poder de mercado sob a forma de aumento dos preços acima, ou então uma redução da quantidade ofertada, da qualidade de bens e/ou serviços, ou ainda da taxa ou do ritmo das inovações abaixo dos níveis que prevaleceriam na ausência do acordo” (SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito antitruste... p. 131).

<sup>324</sup> “Where joint-venture participants continue to compete outside the joint venture, there is a risk that competitively sensitive information regarding the businesses outside the venture may be communicated to the competing participants through the venture. Alternatively, one or more of the venture’s participants may compete with the venture itself. In such situations, antitrust risks can be effectively minimized through the use of information firewalls and other safeguards to prevent the inappropriate exchange of competitively sensitive information” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Joint ventures... p. 151).

sensíveis, como preços, estrutura de custos ou níveis de oferta, que apresentam maior potencial de facilitação do comportamento paralelo entre agentes econômicos rivais<sup>325</sup>.

No âmbito do direito comunitário europeu, divide-se a troca de informações entre ilegais por objeto e por efeitos.

As trocas ilegais por objeto seriam aquelas acerca de preços e quantidades futuros, que dificilmente poderiam ser consideradas eficientes nos termos do artigo 101(3) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Assim, “the mere fact of providing information to one another about future pricing behaviour – or even for one to provide such information to the other – is likely to be sufficient for a finding of an agreement on prices”<sup>326</sup>.

A ilegalidade da troca de informações pelo critério da geração de efeitos anticompetitivos dependerá da existência de condições para coordenação. Assim, haverá maior chance para efeitos anticoncorrenciais nos mercados que forem suficientemente transparentes, concentrados, não complexos, estáveis e simétricos. Além disso, será relevante determinar como a troca de informações impactou as condições originais do mercado afetado<sup>327</sup>.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não admita a divisão entre atos ilegais por objeto ou por efeitos, conforme já se demonstrou, tal divisão no direito comunitário europeu demonstra ser possível identificar compartilhamentos de informações entre concorrentes com maior potencial danoso que outros.

No contexto da facilitação da colusão em mercados oligopolizados, a troca de informações entre concorrentes pode ser utilizada tanto em estratégias cooperativas, como em estratégias não cooperativas de colusão.

As estratégias cooperativas são aquelas nas quais os diversos concorrentes se unem – ainda que de modo informal, sem um acordo explícito ou institucionalizado – para estabilizar a oferta em patamares inferiores aos que seriam vigentes na presença de competição. Portanto,

---

<sup>325</sup> “The Agencies’ primary concern in this context is that the sharing of competitively sensitive information – such as recent, current, and future prices, cost data, or output levels – may facilitate price or other competitive coordination among competitors” (DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust policy statement on sharing of Cybersecurity information. Disponível em <[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/297681/140410ftcdojcyberthreatstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297681/140410ftcdojcyberthreatstmt.pdf)>. Acesso em 8 de novembro de 2015. pp. 4 e 5).

<sup>326</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David. Competition law... p. 542.

<sup>327</sup> Ibidem. p. 544.



a estratégia cooperativa está relacionada ao cartel, ao alinhamento intencional com o objetivo de elevar preços e extrair renda dos consumidores<sup>328</sup>.

A estratégia não cooperativa, por outro lado, seria relacionada ao paralelismo consciente, alcançado naturalmente após sinalizações de lado a lado pelos concorrentes acerca de sua estratégia de preço. Agentes econômicos oligopolistas, em face da falta de informações acerca da estrutura de custos e dos preços de seus rivais, tendem a pautar-se em seu comportamento passado para decidir acerca de seu próprio posicionamento. Assim, a sinalização de um agente no sentido de aumento de preços pode incentivar os demais concorrentes a, igualmente, aumentar seus preços, alcançando um equilíbrio no longo prazo<sup>329</sup>. A troca de informações pode facilitar o processo de equilíbrio em mercados oligopolizados, especialmente se as informações forem relacionadas a custos, preços e nível de oferta.

Ademais, além de facilitar o paralelismo de preços, a troca de informações também pode possibilitar que desvios do equilíbrio estabelecido no mercado sejam facilmente detectados pelos demais concorrentes, reduzindo, assim, incentivos para a desconstituição do alinhamento obtido pelos agentes oligopolistas<sup>330</sup>.

É importante ressaltar, no entanto, as objeções de Oliver Williamson sobre a tese do paralelismo em mercados oligopolizados. Segundo o autor, o equilíbrio supostamente alcançado por agentes oligopolistas seria constantemente ameaçado por diversos fatores, como a interpretação dos diferentes agentes econômicos sobre as informações disseminadas, mas, principalmente, pelo alto incentivo de “burlar” o acordo tácito<sup>331</sup>. Na presença de incentivos para o descumprimento do acordo tácito entre oligopolistas, espera-se que desvios

---

<sup>328</sup> “Cooperative theories of oligopoly are best analyzed as a species of collusion rather than as a species of oligopoly behavior. For antitrust purposes they have generally been grouped with the latter, however, because they may not involve a classic ‘agreement’ of the kind that § 1 of the Sherman Act requires” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 162).

<sup>329</sup> “Oligopolists are concerned with many variables that they cannot estimate precisely. Among these are the cost structure (or, more generally, the objective function) of their rivals, the state of demand, and the potential of the market. Beyond individual or industry surveys, firms rely on market information (such as past price choices and observed demand) to estimate those variables” (TIROLE, Jean. The theory of... p. 257).

<sup>330</sup> “The most important step is the exchange of information as to what prices each seller is charging, or charged in the recent past, or intends to charge in the future. Such exchanges foster collusive pricing both by enabling convergence on a single supracompetitive price and by facilitating detection of, and thereby discouraging, sales below that price” (POSNER, Richard. Antitrust law... p. 160).

<sup>331</sup> “As Stigler points out, and as is widely recognized, oligopolists have an incentive to cheat on price fixing agreements if they believe that cheating will go, for a time at least, undetected. Given that information about individual sales is impacted in that the seller knows exactly what the terms were but, given uncertainty, his rivals do not and can establish the terms only at some cost, the individual seller can often cut prices below the agreed level to the disadvantage of the other parties to the conspiracy. The pairing of opportunism (here manifested as cheating) with information impactedness makes oligopolistic agreements difficult to police” (WILLIAMSON, Oliver E. The economics of antitrust... pp. 1473 e 1474).

aconteçam, pois a racionalidade econômica do agente levará à adoção de comportamentos oportunistas.

Se, por um lado, a objeção de Williamson retira o peso do paralelismo como problema concorrencial, também demonstra como a troca de informações deve ser analisada com cautela, para garantir que não seja utilizada como forma de detecção de desvios, de modo a conferir estabilidade ao alinhamento tácito de agentes rivais.

### 3.1.2. Restrição da oferta ou de investimentos injustificada

A colaboração entre concorrentes para racionalização da sua oferta ou demanda de produtos e serviços tem capacidade de gerar relevantes eficiências e economias de custos. Contudo, também apresentam grande potencial de facilitar o alinhamento de agentes rivais, resultando em restrição de oferta ou de investimentos. É relevante, portanto, analisar os possíveis efeitos anticompetitivos gerados por acordos entre concorrentes que tenham como escopo a cooperação na produção, distribuição, revenda, aquisição de insumos ou iniciativas de publicidade.

Os acordos de produção ou de comercialização conjunta apresentam preocupações concorrenciais semelhantes, na medida em que ambos resultam em certo grau de alinhamento entre concorrentes na oferta de seus produtos e serviços.

Na prática norte-americana, o DOJ e o FTC consideram que os acordos de produção e comercialização de produtos e serviços, embora possam gerar eficiências, limitam a capacidade de atuação independente dos agentes econômicos e, neste sentido, podem facilitar e estabilizar acordos anticompetitivos<sup>332</sup>. Portanto, acordos de produção e comercialização podem gerar efeitos deletérios ao reunir, sob o controle de poucos agentes, ativos de produção relevantes, assim como reduzir a independência de tais agentes para atuação fora do âmbito da colaboração.

O controle compartilhado sobre ativos de produção apresentará preocupações concorrenciais nos casos em que os participantes do acordo de colaboração, em conjunto, detiverem poder de mercado. No entanto, Sullivan e Grimes alertam para o fato de que

---

<sup>332</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for Collaborations... p. 13.

acordos envolvendo agentes sem poder de mercado em seu conjunto também podem gerar efeitos anticoncorrenciais, nas hipóteses de “transbordamento” de seu escopo. Assim, deve-se verificar se a parceria poderá gerar danos fora de sua esfera, por exemplo, ao aumentar os custos de rivais ou servir como meio para cartelização<sup>333</sup>.

Na União Europeia, a principal preocupação concorrencial com relação aos acordos de produção e comercialização conjuntas também está relacionada à possibilidade de comportamento colusivo e eliminação da concorrência. Segundo o entendimento da Comissão Europeia, os acordos de produção conjunta podem “resultar na coordenação do comportamento concorrencial das partes enquanto fornecedores, levando ao aumento dos preços ou à diminuição da produção, da inovação, da qualidade ou da diversidade dos produtos”<sup>334</sup>. Os acordos de comercialização conjunta, por sua vez, podem (i) resultar na fixação de preços; (ii) facilitar a restrição artificial da oferta; (iii) servir como instrumento para a divisão de mercados; e (iv) possibilitar a troca de informações sensíveis<sup>335</sup>.

No Brasil, o CADE evidencia uma preocupação adicional com relação aos acordos de produção conjunta e subcontratação da capacidade produtiva de concorrentes, referente ao esgotamento da capacidade ociosa existente no mercado<sup>336</sup>.

A capacidade ociosa pode servir como importante fator para contestar o poder de mercado por agentes com posição dominante. Eventual aumento de preços ou restrição da oferta pode atrair agentes econômicos detentores de capacidade ociosa no mercado, que podem utilizá-la para aumentar sua oferta e atender à demanda suprimida. Neste sentido, uma das principais preocupações do CADE com relação à colaboração para produção conjunta ou subcontratação de capacidade produtiva é que o acordo não seja utilizado para neutralizar eventual capacidade ociosa presente no mercado e reduza, assim, a possibilidade de contestação do abuso de poder econômico.

Ainda no âmbito de acordos que estabelecem a colaboração na comercialização e oferta de produtos e serviços, Sullivan e Grimes ressaltam as preocupações advindas de

---

<sup>333</sup> Neste sentido, Sullivan e Grimes afirmam que a análise concorrencial das colaborações de produção deve verificar se há mecanismo que evite os “transbordamentos”. Nas palavras dos autores, “[i]nvolving, as it does, significant integration, any production joint venture will evoke the rule of reason; many, no doubt, will require full analysis, including careful definition of the market and submarket, and evaluation of the way the venture is structured, the extent to which the joint activities are kept administratively separated from competitive activities (such as through separate bureaucratic organizations, need-to-know constraints on information, especially price information, and other fire walls)” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust...* p. 294).

<sup>334</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação... p. 36.

<sup>335</sup> *Ibidem*. p. 50.

<sup>336</sup> Tal preocupação foi exposta, dentre outros casos, no ato de concentração nº 08700.007093/2014-21, analisado no Capítulo 2.2.2 *supra*.

cooperações voltadas à apresentação conjunta de ofertas em procedimentos licitatórios. Segundo os autores, a participação conjunta em licitações pode unir agentes que continuam a concorrer entre si em outras oportunidades de negócio. Deste modo, surgem algumas preocupações concorrenciais, como (i) possibilidade de as discussões sobre divisão de tarefas servirem como modelo para atuação das partes em outros mercados; (ii) possibilidade de as discussões sobre preços servirem como referência para a formação do preço em outros mercados; e (iii) risco de as discussões sobre a utilização de direitos de propriedade intelectual afetarem a concorrência entre as partes<sup>337</sup>.

No ordenamento brasileiro, a cooperação para a apresentação conjunta de ofertas em licitações públicas não possui imunidade concorrencial, sendo sujeita às penalidades do artigo 37 da Lei nº 12.529/2011, caso seus efeitos econômicos líquidos sejam negativos. No entanto, este tipo de cooperação está isento de apresentação prévia às autoridades concorrenciais, conforme disposto no artigo 90, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011<sup>338</sup>.

Os acordos de colaboração para aquisição conjunta de insumos, por sua vez, também podem gerar efeitos anticompetitivos, ao possibilitar o exercício de poder de monopólio, com o risco de causar supressão nos níveis de oferta que prevaleceriam na ausência da cooperação. Neste sentido, agentes econômicos que, conjuntamente, detêm relevante poder de compra podem forçar uma supressão da quantidade e qualidade dos produtos e serviços ofertados, “o que poderá dar origem a efeitos restritivos da concorrência, como redução da qualidade, diminuição dos esforços no domínio da inovação ou, em última análise, uma oferta não otimizada”<sup>339</sup>.

Em cenários de monopólio sucessivo, nos quais o fornecedor tem poder de mercado frente ao comprador, que possui poder de compra também frente aos seus clientes, a

---

<sup>337</sup> SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*... p. 293.

<sup>338</sup> “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...] IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”. Há intensa discussão sobre a extensão dessa isenção. Segundo a interpretação do CADE, ela se restringiria apenas à apresentação da oferta da licitação e ao contrato com a administração pública celebrado pelo vencedor do certame. Vide CADE, ato de concentração nº 08700.007899/2013-39, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 9 de abril de 2014; e CADE, consulta nº 08700.000207/2014-02, Relator Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, julgado em 2 de abril de 2014. Não obstante, acredita-se que a isenção, por consequência lógica, estende-se também a cessões de direitos decorrentes do contrato de concessão. Neste sentido, vide COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A obrigatoriedade de aprovação concorrencial para operações de cessão de direitos de exploração e produção de petróleo e gás e a Lei nº 12.529/2011. In: Renata Albuquerque Lima; Humberto Pereira Vecchio; Venceslau Tavares Costa Filho. (Org.). *Direito Empresarial*. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014. pp. 137-155.

<sup>339</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações sobre a aplicação*... p. 45.

concentração de poder de compra não é capaz de proporcionar menores preços aos consumidores<sup>340</sup>.

Além disso, ao uniformizar o custo de aquisição de insumos, os acordos de compra conjunta também podem facilitar a colusão entre concorrentes<sup>341</sup>. Ausente a concorrência pela aquisição de insumos, a estrutura de custos dos agentes rivais tende a se igualar, levando, naturalmente, à redução da concorrência baseada em preços.

Com relação a iniciativas conjuntas de publicidade, Hovenkamp afirma que cooperações entre marcas (*interbrands*) são mais difíceis de serem justificados sob a perspectiva concorrencial, especialmente no caso de produtos diferenciados. Nestes casos, o marketing individual oferece maiores retornos ao investimento em publicidade, tendo em vista a capacidade de o agente econômico apropriar-se do investimento em propaganda<sup>342</sup>. No caso de produtos homogêneos, no entanto, a propaganda realizada por um agente econômico pode beneficiar um concorrente que oferte produto igual ou muito parecido. Assim, o compartilhamento de custos pode ser justificado.

Também causam preocupações, segundo Hovenkamp, acordos para não realizar propagandas, na medida em que a publicidade tem o benefício de fornecer informações relevantes para os consumidores, especialmente a respeito de preço. Não obstante, acordos que tenham como objetivo inibir propaganda enganosa podem beneficiar consumidor<sup>343</sup>.

Sullivan e Grimes afirmam que a publicidade conjunta é a menos problemática das cooperações entre concorrentes e raramente criará qualquer problema competitivo. Iniciativas que englobem toda a indústria, segundo os autores, dificilmente criarão efeitos negativos, pois aumentam a demanda dos agentes econômicos, ampliando a venda de todos os participantes do mercado<sup>344</sup>. Na visão dos autores, as iniciativas conjuntas de publicidade apresentariam

---

<sup>340</sup> GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra... p. 283. No mesmo sentido, Calixto Salomão: “A utilização da teoria do poder compensatório deve, no entanto, ser cuidadosa. Diferente deve ser sua avaliação dependendo do lado do mercado que se procura estudar. Caso a integração econômica se dê no lado do vendedor, e se procure justificá-la com base no poder dos compradores (monopsônio), a integração se destina à tutela dos interesses do produtor (vendedor). É ele que pode ser forçado a vender a preços infracompetitivos ao monopolista, que, por sua vez, não os repassará ao consumidor. A coordenação ou concentração entre os produtores (vendedores) eliminaria esse risco” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial... p. 229).

<sup>341</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for Collaborations... pp. 13-14.

<sup>342</sup> Vide, neste sentido, o exemplo dado por Hovenkamp: “For example, if Sylvania television dealer advertises the qualities of Sylvania televisions, potential television costumers will attribute the information only to Sylvania. The advertising is not likely to benefit dealers in Sonys or Zeniths; on the contrary, it is calculated to attract to Sylvania customers that might otherwise go to a competitor” (HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy... p. 206).

<sup>343</sup> Ibidem. pp. 206-207.

<sup>344</sup> SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. The law of antitrust... p. 289.

potencial anticompetitivo nos casos em que envolvessem agentes rivais, detentores de poder de mercado. Neste caso, cada agente poderia, individualmente, alcançar ganhos de escala suficiente em seus gastos de publicidade. Além disso, promover o produto em conjunto com o concorrente pode gerar mais desvantagens do que benefícios. Assim, dada a falta de fundamento econômico, a iniciativa conjunta de agentes com alto poder de mercado poderia ser considerada ilegal, funcionando como um fator de facilitação de cartel, por meio da uniformização de preços ou qualidade<sup>345</sup>.

Outro tipo de acordo possível refere-se ao desenvolvimento conjunto de marcas e ou outros tipos de propriedade intelectual. A cooperação pode permitir que vários agentes de pequeno porte sejam capazes de concorrer efetivamente com agentes econômicos maiores<sup>346</sup>.

Os investimentos em marca e publicidade muitas vezes podem configurar relevantes barreiras à entrada de novos concorrentes, especialmente em mercados de produtos diferenciados, nos quais a lealdade de consumidores a marcas já estabelecidas faz com que a demanda tenha menor elasticidade. Nestes casos, a cooperação para o desenvolvimento conjunto de marcas pode ser importante para reduzir o peso de tais barreiras, permitindo a entrada de novos concorrentes. Um fenômeno cada vez mais recorrente é o das marcas próprias de varejistas, que utilizam o peso de sua marca para ofertar produtos fabricados por terceiros, assumindo todos os custos em publicidade e propaganda<sup>347</sup>.

### 3.1.3. Fechamento de mercado e aumento dos custos de rivais

Os acordos de colaboração entre rivais que promovem a pesquisa e desenvolvimento conjuntos, ou o estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais, têm a relevante função de facilitar e incentivar a inovação e a descoberta de novas tecnologias e processos.

---

<sup>345</sup> Assim, no exemplo utilizado por Sullivan e Grimes: “For example IBM and one or more of its major competitors would not likely join in jointly advertising their functionally interchangeable desk top units. If they did, enforcers should suspiciously ask why. Such firms would likely be large enough individually to gain all or most promotional scale efficiencies. Their joint promotion would invite greater price uniformity and product standardization, even though they did not specifically agree on prices or product standards” (Ibidem. p. 290).

<sup>346</sup> HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy... p. 207.

<sup>347</sup> A utilização das marcas próprias por grandes varejistas é apontada por Richard Posner como uma objeção à alegação de que investimentos em marca e publicidade seria uma barreira à entrada relevante. “The new entrant need not advertise as heavily as the existing firms. He needn’t advertise at all, but can market his brand through retail chains that affix their own brand names to the manufacturer’s product and assume the entire burden of marketing the product” (POSNER, Richard. Antitrust law... p. 115).

No entanto, na medida em que as tecnologias ou os padrões resultantes destes acordos prevaleçam sobre outros, a sua propriedade pode ser determinante na dinâmica concorrencial. Agentes econômicos que não tenham acesso a tais tecnologias podem tornar-se incapazes de concorrer de forma eficaz e serem excluídos do mercado. Além disso, potenciais concorrentes podem ter a sua entrada inviabilizada.

Apesar de as afirmações acima serem verdadeiras, isto não significa dizer que os acordos voltados ao desenvolvimento de tecnologias e padrões devem prever, de forma absoluta, livre acesso aos resultados da cooperação. Como já visto no Capítulo 2.1.3, um dos pontos essenciais dos acordos de pesquisa e desenvolvimento conjuntos (e dos investimentos em tecnologia em geral) refere-se à capacidade seus membros de apropriarem-se das inovações obtidas. Os incentivos para a aplicação de esforços para pesquisa e desenvolvimento estão intimamente ligados à possibilidade de sua apropriação.

Não obstante, na medida em que os acordos de colaboração horizontais para padronização ou para pesquisa e desenvolvimento apresentam-se como meios essencialmente restritivos para o investimento em inovação (pois decorrem da conjugação de esforços por agentes rivais e não do desenvolvimento independente de tecnologia), a sua licitude do ponto de vista concorrencial poderá ser contestada, caso as restrições não sejam compensadas por eficiências.

A maior preocupação dos acordos de colaboração voltados ao desenvolvimento de padrões e de novas tecnologias será, na maior parte das vezes, relacionada à possibilidade de fechamento do mercado<sup>348</sup>. Ademais, os acordos de pesquisa e desenvolvimento também apresentam potencial relacionado à limitação da capacidade de os agentes econômicos agirem de forma independente, principalmente com relação à sua política de investimentos em inovação. No âmbito destes acordos, será natural que os agentes rivais estabeleçam entendimentos comuns e metas acerca dos recursos que serão investidos no esforço conjunto de inovação ou padronização. Neste contexto, os consumidores podem ser prejudicados pela redução das taxas de inovação que vigoriam se o acordo não existisse, resultando em menor qualidade dos produtos e serviços ofertados<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> Neste sentido, “[a]ggregations of IP rights can foreclose from markets, as can some agreements among multiple rights owners. Obtaining IP rights improperly can result in foreclosure” (BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. *Creation without restraint...* p. 25).

<sup>349</sup> Conforme determina o guia norte-americano para análise de colaborações entre concorrentes: “[a] central question is whether the agreement increases the ability or incentive anticompetitively to reduce R&D efforts pursued independently or through the collaboration, for example, by slowing the pace at which R&D efforts are pursued. Other considerations being equal, R&D agreements are more likely to raise competitive concerns when the collaboration or its participants already possess a secure source of market power over an existing product and

Sullivan e Grimes classificam as principais preocupações relacionadas às colaborações entre concorrentes em pesquisa e desenvolvimento da seguinte forma: (i) risco de transbordamento (“*spillover effects*”), referente à possibilidade de que as interações e comunicações entre os concorrentes para os fins da colaboração influenciem atividades não relacionadas ao acordo; e (ii) fechamento de mercado, pela recusa ou criação de dificuldades de garantir o acesso à tecnologia desenvolvimento, situação que os autores analisam sobre a ótica da essencialidade de tal recurso (“*essential facility*”)<sup>350</sup>.

O transbordamento das comunicações e interações entre concorrentes realizadas em prol do acordo, fazendo com que as partes alinhem seu comportamento em outras esferas, apresenta relevante potencial de criação de efeitos anticompetitivos. Neste sentido, estas interações e trocas de informações, na medida em que não são compensadas por potenciais benefícios (pesquisa e inovação), provavelmente terão efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar. Ainda que o acordo em si possa ser considerado eficiente pela autoridade de defesa da concorrência, é razoável afirmar que as atividades que deram causa ao transbordamento serão passíveis de punição.

A recusa em licenciar os direitos de propriedade intelectual resultantes do acordo, no entanto, impõe maiores desafios ao órgão concorrencial. Conforme destacado pelo DOJ e FTC, a recusa em licenciar tecnologia não é normalmente vista como ato anticoncorrencial pelos seguintes motivos: (i) obrigar os agentes a licenciarem seus direitos pode reduzir incentivos ao investimento em inovação; (ii) forçar o licenciamento faz com que tribunais intervenham em relações privadas, estabelecendo valores de *royalties*, quantidades e outros termos de negociação, sendo certo que tribunais não são preparados para estas situações; e (iii) compelir competidores a negociar pode facilitar a colusão<sup>351</sup>.

No entanto, a visão do FTC e DOJ a respeito da recusa de licenciamento diz respeito, primordialmente, às hipóteses de desenvolvimento independente de tecnologia. A questão deve ser vista de forma mais rígida quando o desenvolvimento da tecnologia é fruto de colaboração entre agentes rivais.

---

the new R&D efforts might cannibalize their supracompetitive earnings. In addition, anticompetitive harm generally is more likely when R&D competition is confined to firms with specialized characteristics or assets, such as intellectual property, or when a regulatory approval process limits the ability of late-comers to catch up with competitors already engaged in the R&D” (DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for Collaborations... p. 15).

<sup>350</sup> SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. The law of antitrust... pp. 274 e 275.

<sup>351</sup> Vide DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition. Disponível em <<https://www.ftc.gov/reports/antitrust-enforcement-intellectual-property-rights-promoting-innovation-competition-report>>. Acesso em 29 de novembro de 2015. pp. 27 e 28.



Para evitar a produção de efeitos líquidos negativos, Sullivan e Grimes sugerem as seguintes medidas: (i) participantes do acordo devem estruturá-lo como uma colaboração aberta a terceiros (“*open membership*”), garantindo acesso a agentes não membros do acordo que quiserem contribuir durante a fase de pesquisa e desenvolvimento, em termos não discriminatórios, objetivos e razoáveis; ou (ii) participantes do acordo que optem por estruturá-lo de forma fechada (“*closed membership*”) devem garantir licenciamento das tecnologias obtidas em termos justos, razoáveis e não discriminatórios a terceiros<sup>352</sup>. Portanto, os autores sugerem que o acesso seja garantido a concorrentes durante ou após a fase de pesquisa e desenvolvimento, de modo a afastar eventuais acusações de fechamento de mercado.

O DOJ e FTC também ressaltam que, ao avaliar acordos que tenham por objeto o desenvolvimento de novas tecnologias, buscarão determinar se é possível definir um mercado relevante de inovação e, se for o caso, a participação das partes neste mercado específico. Neste contexto, os órgãos esclarecem, em seu guia de orientação para o licenciamento de propriedade intelectual, que considerarão haver mercado relevante de inovação quando a pesquisa e desenvolvimento depender de características e ativos específicos dos agentes econômicos. Para determinar a participação de mercado das partes, os órgãos verificarão se há outras iniciativas de pesquisa e desenvolvimento com escopo semelhante, isto é, substitutas<sup>353</sup>.

A colaboração para estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais, por sua vez, apesar de apresentar diversas potenciais eficiências, também pode causar efeitos deletérios associados à criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes e de barreiras à entrada de novos rivais. O padrão, ao ser estabelecido, pertencerá necessariamente a uma ou mais pessoas, que determinarão quem poderá ter acesso às normas técnicas ou industriais. Nos casos de padrões tecnológicos, o controle do acesso de terceiros pode ser fortalecido pela existência de tecnologias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

---

<sup>352</sup> “When a serious essential facility issue seems a potential risk in a joint research context, it should be possible to avoid the risk in either of two ways. First, the venture might provide open access to all product market participants that are willing both to contribute their share to the venture pursuant to reasonable, objective, nondiscriminatory standards, and to commit to reasonable norms about protecting the intellectual property or other vulnerable assets of the venture. Alternatively, the participants might commit at the outset to license venture outputs to all applicants on reasonable, nondiscriminatory terms” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The law of antitrust*.... p. 275).

<sup>353</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust guidelines for the licensing of...* p. 11.

Na colaboração para pesquisa e desenvolvimento, o risco de fechamento do mercado decorre da eventual essencialidade da tecnologia obtida; na cooperação para estabelecimento de padrões, por outro lado, tal risco está associado à questão do efeito de rede.

A padronização é capaz de promover o “aprisionamento” de consumidores, impedindo que tecnologias concorrentes, não compatíveis com o padrão estabelecido, possam desenvolver-se, ainda que sejam superiores. Os padrões tecnológicos ou industriais, ao fazerem com que determinados conjuntos de normas ou tecnologias prevaleçam sobre os demais, permitem a obtenção de efeitos de rede.

Os produtos sujeitos ao efeito de rede são aqueles que apresentam externalidades positivas no consumo, isto é, que se tornam mais valorizados na medida em que mais pessoas os utilizam. Em outras palavras, o efeito de rede permite o aproveitamento de ganhos de escala no lado da demanda<sup>354</sup>. Um dos principais objetivos dos agentes atuantes em mercados nos quais existe a possibilidade de aproveitamento de economias de escala na demanda é captar o máximo de usuários que puderem, da forma mais rápida possível, formando uma base de consumidores sólida antes de seus concorrentes. A grande quantidade de usuários, por sua vez, torna o produto mais atraente, facilitando a captação de mais clientes, criando um círculo virtuoso para o agente econômico. A compatibilização entre diversos produtos e serviços pode ser essencial para a rápida captura de usuários e, neste sentido, a padronização passa a ocupar posição de relevância na dinâmica concorrencial<sup>355</sup>.

Como consequência lógica dos ganhos de escala no consumo, o efeito de rede, quando plenamente alcançado, resulta na monopolização do mercado, pois um só agente (ou pequeno

---

<sup>354</sup> Katz e Shapiro explicam os efeitos de rede da seguinte forma: “There are many products for which the utility that a user derives from consumption of the good increases with the number of other agents consuming the good”. Os autores explicam que diferentes tecnologias compatíveis entre si podem formar uma mesma rede: “The central feature of the market that determines the scope of the relevant network is whether the products of different firms may be used together. For communications networks, the question is one of whether consumers using one firm’s facilities can contact consumers who subscribe to the services of other firms. If two firms’ systems are interlinked, or compatible, then the aggregate number of subscribers to the two systems constitutes the appropriate network” (SHAPIRO, Carl; KATZ, Michael. Network externalities, competition, and compatibility. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 75, pp. 424-440, 1985. p. 424).

<sup>355</sup> “But network effects can also be achieved when different suppliers produce different products, so long as the products interoperate. Indeed, one definition of a ‘standard’ is any product specification that can generate network effects. Standard electrical outlets, for example, permit a myriad of manufacturers to produce electric appliances. When separate network sponsors adhere to a common standard, the network are compatible, and the returns to scale from consumption are available to any user of all of the network goods. For instance, if two telephone networks are compatible someone purchasing service from one of the networks benefits directly from the addition of a new subscriber to the other; if two operating/applications systems are fully compatible, an additional user of either kind of operating system will increase the demand for all software, and every operating system user will have the advantage of more diverse and less expensive software” (PAGE, William H.; LOPATKA, John E. *The Microsoft case: antitrust, high technology, and consumer welfare*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009. pp. 92-93).

grupo de agentes) é capaz de capturar todos os usuários. Assim, é comum desenvolver-se uma competição “pelo mercado” e não “no mercado”.

O aprisionamento de usuários decorre justamente da incapacidade de o consumidor recorrer a tecnologia alternativa em mercados monopolizados pelo efeito de rede. Este cenário é explicado com base na teoria do “*path dependence*” (dependência do caminho ou trajetória), segundo a qual, uma vez estabelecido um “caminho” (isto é, um padrão), os usuários não podem escolher uma rota alternativa, tornando-se dependente do padrão vencedor. A teoria do “*path dependence*” é utilizada não só no âmbito do direito da concorrência e sua relação com a tecnologia, mas também em outras esferas, como o ambiente institucional<sup>356</sup>, governança corporativa<sup>357</sup>, economia comportamental, dentre outros.

De forma resumida, esta teoria visa explicar situações nas quais a tomada de decisão ocorre em função de um cenário inicial, fazendo com que a escolha não seja pautada em critério de eficiência, mas sim de dependência com relação a determinado conjunto de fatores<sup>358</sup>.

Um dos exemplos mais recorrentes da dependência de trajeto causada pela padronização refere-se à prevalência da tecnologia VHS sobre Betamax. Uma vez adotado o VHS como padrão, o consumidor dificilmente conseguiria optar pelo padrão Betamax, independentemente de qual tecnologia pudesse ser considerada superior<sup>359</sup>.

Percebe-se, portanto, que uma vez estabelecido o padrão dominante, os seus detentores terão controle sobre quais agentes podem entrar no mercado, na medida em que, aqueles que quiserem competir, deverão necessariamente aderir ao padrão já estabelecido. No caso de padrões definidos por agentes rivais, tal controle poderá ser efetivamente utilizado para

<sup>356</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Inovação, cooperação e concorrência... pp. 107 e ss.

<sup>357</sup> Vide, por exemplo, a análise Bebchuk e Roe com relação à contribuição da path dependence para a persistência de determinadas estruturas de capital e governança corporativa. BEBCHUK, Lucian A.; ROE, Mark J. A theory of path dependence in corporate governance and ownership. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=202748>>. Acesso em 29 de novembro de 2015. pp. 7 e ss.

<sup>358</sup> Liebowitz e Margolis classificam a path dependence em primeiro, segundo e terceiro grau. A dependência de primeiro grau seria aquela que põe o agente em determinado trajeto, do qual ele não pode se desvencilhar sem algum custo. No entanto, o trajeto inicial não é necessariamente ineficiente. Na dependência de segundo grau, escolhas ineficientes podem ocorrer em razão da pouca informação acerca da ineficiência do trajeto escolhido no momento da tomada de decisão. Por fim, na dependência de terceiro grau, o aprisionamento do agente econômico gera uma situação de ineficiência. Neste caso, o agente identifica um caminho mais benéfico, mas por algum motivo se vê impedido de segui-lo (LIEBOWITZ, S. J.; MARGOLIS, Stephen E. Path dependence, lock-in, and history. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1706450>>. Acesso em 29 de novembro de 2015. p. 2).

<sup>359</sup> Para maiores detalhes sobre este e outros exemplos, vide: VARIAN, Hal R.; FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. The economics of information technology: an introduction. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013. pp. 37-42; PAGE, William H.; LOPATKA, John E. The Microsoft case... pp. 91-96; LIEBOWITZ, S. J.; MARGOLIS, Stephen E. Path dependence... pp. 3 e ss.

impedir a entrada de novos competidores no mercado. Deve-se ressaltar que o impedimento da entrada de rivais não precisa ser necessariamente causado pela recusa de acesso ao padrão dominante; basta que este acesso seja oferecido em condições desvantajosas, ou seja, discriminatórias.

Neste sentido, a União Europeia, no âmbito do direito comunitário, considera que os acordos de padronização podem viabilizar a criação de dificuldades para a entrada de concorrentes no mercado. O potencial danoso será maior se a utilização do padrão por concorrentes for proibida pelos seus detentores, ou se o acesso só for garantido mediante termos discriminatórios<sup>360</sup>.

Para que o potencial anticompetitivo seja afastado, os detentores do padrão tecnológico ou industrial devem garantir o acesso de terceiros em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (também conhecido por termos “FRAND”, acrônimo que significa *fair, reasonable and nondiscriminatory*).

### **3.2. A aplicação dos critérios de ilegalidade das restrições aos acordos de colaboração**

Como visto, os acordos de colaboração entre concorrentes podem apresentar potencial para criação de efeitos anticompetitivos, a depender de suas características, assim como da participação de mercado das partes envolvidas. As principais preocupações identificadas relacionam-se com os riscos de: (i) facilitação do comportamento uniforme; (ii) restrição de oferta e/ou de investimentos; e (iii) fechamento de mercado e aumento dos custos de rivais. Para a correta compreensão destas potenciais ineficiências, cumpre analisar a sua aplicação prática pelos tribunais e órgãos de defesa da concorrência no Brasil, Estados Unidos e União Europeia.

#### **3.2.1. Troca de informações sensíveis e facilitação da colusão**

---

<sup>360</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Orientações sobre a aplicação... pp. 56 a 58.

A geração de efeitos anticompetitivos pela troca de informações na prática dependerá de determinados aspectos do caso concreto, como: (i) a estrutura do mercado afetado; (ii) as características da informação compartilhada; e (iii) a forma como a informação foi trocada.

Como já visto, a troca de informações em mercados concentrados pode facilitar a colusão e conferir estabilidade a acordos entre concorrentes. Com relação à natureza da informação, por sua vez, dados acerca de preços, especialmente projeções de preços futuros, têm maior potencial para gerar danos à concorrência<sup>361</sup>.

O meio utilizado para a troca de informações também é relevante. A prática brasileira demonstra, por exemplo, que associações de classe muitas vezes podem ser utilizadas como meio pelo qual concorrentes compartilham informações.

Além disso, colaborações que tenham por objetivo reduzir custos de transação também podem permitir o alinhamento de comportamentos, gerando efeitos econômicos líquidos negativos. No Brasil, o CADE analisou conduta muito semelhante à prática julgada pelos tribunais norte-americanos no caso *BMI v. CBS*, alcançando, no entanto, entendimento diverso.

No processo administrativo nº 08012.003745/2010-83<sup>362</sup>, o CADE analisou a legalidade da conduta do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (“ECAD”) que, conforme alegado em denúncia, seria responsável pela fixação de preços de direitos autorais em conjunto com outras associações de gestão coletiva de direitos. O ECAD, por determinação legal (artigo 99 da Lei nº 9.610/1998), é responsável por unificar a cobrança das associações de gestão coletiva referente à “arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas”. Além da alegada fixação de preços, o ECAD e as associações de gestão coletiva também foram acusadas de impedir a formação de novas associações, obstando a entrada de agentes no mercado.

Em seu voto, o Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, relator do caso, destacou a importância da gestão coletiva e centralização de cobranças como forma de reduzir os elevados custos de transação que ocorreriam caso a negociação de direitos autorais fosse realizada de forma pulverizada<sup>363</sup>. No entanto, ao analisar a racionalidade econômica dos

---

<sup>361</sup> OCDE. Information exchanges... p. 10.

<sup>362</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.003745/2010-83, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 20 de março de 2013.

<sup>363</sup> Conforme item 275 do voto do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça: “Sendo assim, dada a hipossuficiência dos titulares dos direitos autorais e os elevados custos de transação envolvidos na negociação entre titulares dos direitos e os usuários das obras musicais, considero que, para o mercado de direito autoral, a gestão coletiva é uma necessidade, sob pena de inviabilização das transações”.

métodos de arrecadação de *royalties* e sua distribuição às associações, o Conselheiro identificou que, enquanto a distribuição era feita de forma proporcional à reprodução dos direitos autorais de cada associação, a arrecadação era realizada com base em preços fixos para licenças “cobertores”. Esta diferença teria demonstrado que havia ferramentas de controle suficientemente eficazes para promover uma arrecadação mais flexível, que permitisse a oferta de licenças mais específicas às necessidades de seus adquirentes e com maior concorrência no estabelecimento de preços<sup>364</sup>.

A partir do processo administrativo nº 08012.003745/2010-83, pode-se perceber que a coordenação entre concorrentes para economizar custos de transação encontra limites na estrita necessidade de restrição à concorrência para se alcançar o benefício visado. Como destacado pelo Conselheiro Elvino de Mendonça Carvalho, o sistema de distribuição do ECAD demonstrava que era possível o estabelecimento de um regime mais competitivo também na arrecadação, que não foi implementado pela entidade. Portanto, estabeleceu-se restrição à concorrência excessiva para a eficiência visada (economia de custos de transação), o que levou à geração de efeitos líquidos negativos pela prática<sup>365</sup>. Pode-se afirmar que a existência de controles que permitiriam ao ECAD e às associações de gestão coletiva utilizar meios menos restritivos para gerar eficiências é um dos traços diferenciadores da prática em comparação ao caso BMI v. CBS. À época do julgamento deste último, em 1979, certamente não havia mecanismos tão eficazes de controle de informações como em 2010, quando foi oferecida a representação que deu origem ao processo administrativo nº 08012.003745/2010-83.

Com relação à troca de informações com efeitos anticoncorrenciais, apesar de haver escassez de casos julgados pelo CADE sobre a prática no âmbito de acordos de colaboração, a

---

<sup>364</sup> “Ora, se o ECAD já possui meios suficientes para identificar e controlar o quanto exatamente de seu repertório foi utilizado, sendo que esses recursos já são usados para a distribuição dos valores devidos a cada Associação, resta claro que ele também possui meios suficientes para identificar e controlar o quanto exatamente seu repertório foi utilizado. Assim sendo, seria possível a utilização de mecanismo similar ao utilizado na distribuição para que o ECAD proceda à Arrecadação proporcional ao efetivamente utilizado pelo usuário e em valores diferenciados, não restando um valor único a ser utilizado para cada um dos casos (Televisão, Rádio, dentre outros)” (item 374 do voto do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça).

<sup>365</sup> É importante notar os votos parcialmente divergentes proferidos pela Conselheira Ana Frazão e Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Embora tenham concordado com o voto do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça com relação ao abuso de posição dominante referente à criação de dificuldades para a criação de novas associações, os Conselheiros consideraram que a tipificação de cartel, pela fixação de preços dos direitos autorais na arrecadação realizada pelo ECAD, seria uma impossibilidade. Segundo os dois Conselheiros, o próprio sistema de arrecadação e distribuição estabelecido pela Lei nº 9.610/1998 inviabilizou a concorrência, sendo inadequado configurar a existência de cartel entre as associações e o ECAD. Esta posição, no entanto, não prevaleceu, tendo a maioria do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica votado pela configuração do ilícito.

autarquia já analisou os efeitos deletérios desta conduta em duas situações distintas: (i) compartilhamento de informações no âmbito de sindicatos e associações profissionais; e (ii) troca de informações como mecanismo para permitir práticas condutas colusivas.

Os sindicatos e associações profissionais podem ser importantes meios de compartilhamento de informações, coletando informações e divulgando-as de forma agregada, de modo a assegurar a utilização dos dados para fins pró-concorrenciais. Além disso, as associações também podem contribuir para o ambiente concorrencial ao propor políticas industriais eficientes, representar os interesses de seus membros junto a autoridades públicas, estabelecer padrões industriais ou comerciais, dentre outros<sup>366</sup>. No entanto, se a associação ou sindicato for utilizado como meio de disseminação de informações concorrencialmente sensíveis, efeitos negativos podem ser gerados<sup>367</sup>.

O CADE possui ampla experiência com relação à atuação de sindicatos na disseminação de informações no mercado de revenda de combustíveis, no qual a concorrência se dá essencialmente por meio do preço (tendo em vista a homogeneidade do produto). No processo administrativo nº 08012.004712/2000-89<sup>368</sup>, a autarquia decidiu que sindicatos poderiam ser utilizados como meio para a divulgação de informações que permitiriam o alinhamento de concorrentes. Neste sentido, “[a]s associações tendem a ser uma base para a coordenação das atividades econômicas e troca de informações que podem facilitar a colusão”, podendo, ainda, “reduzir os custos organizacionais e de monitoração da combinação”<sup>369</sup>. Igualmente, no processo administrativo nº 08012.024581/1994-77<sup>370</sup>, o CADE ressaltou a transparência do mercado de combustíveis e o papel de sindicato na troca de informações entre concorrentes de forma direta e frequente como fatores facilitadores do paralelismo de comportamentos. No processo administrativo nº 8012.007515/2000-31<sup>371</sup>, o

---

<sup>366</sup> Vide ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Trade associations. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>>. Acesso em 18 de outubro de 2015. p. 7.

<sup>367</sup> “Ilícitos concorrenciais ocorrem quando os sindicatos e associações se tornam fóruns para que concorrentes mantenham acordos ou troquem informações sobre preços, clientes, áreas de atuação, forma de venda, planos de negócio e participação em licitações. Além disso, sindicatos e associações podem contribuir com mecanismos de auditoria e monitoramento do cumprimento do acordo. Tais práticas infringem a lei antitruste pátria e prejudicam gravemente o consumidor” (CARVALHO, Erik Leonardo Freire. A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, vol. 1, pp. 74-91, 2013. p. 85).

<sup>368</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.004712/2000-89, Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 3 de julho de 2002. O Conselheiro destacou, em seu voto, que eram frequentes as declarações de representantes do Sindicato à imprensa acerca de preços e margens de lucros a serem praticados no futuro pelos membros do sindicato, o que permitia o alinhamento dos concorrentes.

<sup>369</sup> Página 31 do voto proferido pelo Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer.

<sup>370</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.004712/2000-89, Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 3 de julho de 2002.

<sup>371</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.007515/2000-31, Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, julgado em 10 de setembro de 2003.

órgão determinou de forma mais incisiva que “o setor de combustíveis está entre aqueles em que a troca de informações e o poder de centralização dos sindicatos se fazem presentes com mais ênfase e eficácia”.

A troca de informações por meio de sindicatos e associações profissionais também esteve presente em alguns dos mais importantes casos de formação de cartéis julgados pelo CADE. Nestes casos, o intercâmbio de informações por meio de associações entre concorrentes era utilizado como forma de conferir estabilidade ao acordo. Este é o caso, por exemplo, do cartel das britas (processo administrativo nº 08012.002127/2002-14)<sup>372</sup>, no qual os membros do cartel, por meio de sindicato, utilizavam sofisticados softwares para a coleta e processamento de informações concorrenciais sensíveis, como consultas de clientes, cotações, relatórios de transações realizadas, dentre outros.

A troca de informações por meio de sindicatos e associações oferece ainda desafios de aplicação da legislação de defesa da concorrência, pois, dependendo do nível de sofisticação da prática, o CADE pode encontrar dificuldades em provar o conluio. Na dinâmica concorrencial, o mero paralelismo de preços não é considerado ilegal por si só, podendo inclusive, em mercados oligopolizados, ser sintoma de intensa rivalidade<sup>373</sup>. Assim, é necessário que haja um fator adicional ao paralelismo, um “*plus factor*”, que demonstre a existência inequívoca de acordo anticompetitivo. Esta exigência adicional representa um ônus probatório maior à autoridade concorrencial, que nem sempre dispõe das provas necessárias para demonstrar que determinado paralelismo de comportamentos é resultado de acordo entre agentes rivais. Para evitar que o CADE empregasse esforços em casos cujo único indício de cartelização fosse o paralelismo de preços, o Conselheiro Carlos Ragazzo sugeriu, no processo administrativo nº 08012.005545/1999-16<sup>374</sup>, a utilização de filtros econômicos capazes de indicar a materialidade da prática denunciada.

Em razão do recorrente uso de sindicatos e associações profissionais como meio de disseminação de informações concorrencialmente sensíveis, a extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) editou cartilha de combate a cartéis envolvendo sindicatos e associações<sup>375</sup>, no qual estabeleceu as seguintes diretrizes para a divulgação de informações: (i) coletar

---

<sup>372</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.002127/2002-14, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 13 de julho de 2005.

<sup>373</sup> MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e plus factors. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, vol. 2, pp. 41-64, 2011. p. 58.

<sup>374</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.005545/1999-16, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 28 de abril de 2010.

<sup>375</sup> SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. Combate a cartéis em sindicatos e associações. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 14.



apenas dados “históricos”, que são menos sensíveis que informações atualizadas ou projeções; (ii) disseminar informações de forma agregada, e não individualizada; (iii) assegurar a confidencialidade da informação no momento da coleta, preferencialmente com a ajuda de terceiro independente; (iv) não obrigar membros do sindicato ou associação a fornecer informações sensíveis; e (v) disponibilizar as estatísticas geradas ao público, incluindo membros e não membros do sindicato ou associação.

Apesar de a maior parte da experiência do CADE com relação ao compartilhamento de informações entre concorrentes envolver sindicatos, a autarquia já teve oportunidades para analisar a prática realizada entre rivais de forma direta. No processo administrativo nº 08012.011027/2006-02<sup>376</sup>, o CADE julgou conduta na qual companhias aéreas combinavam o valor de adicional de combustível, cobrança adicional instituída em diversas jurisdições a partir da década de 1990, em razão de restrições na oferta que afetavam a indústria do petróleo. Conforme apurado pelo CADE, a prática foi possibilitada pela troca de informações, entre os concorrentes, a respeito de futuros aumentos do valor de adicional de combustível, além do alinhamento de estratégias e estabelecimento de mecanismos de fiscalização do acordo<sup>377</sup>. Com base nas circunstâncias concretas do caso, concluiu-se que a troca de informações foi realizada com o único objetivo de promover o alinhamento de preços, sem que houvesse qualquer benefício ao consumidor ou à sociedade decorrente do acordo<sup>378</sup>.

O direito comparado oferece uma visão mais específica do tratamento conferido à troca de informações entre concorrentes no âmbito de acordos de colaboração. No direito

---

<sup>376</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.024581/1994-77, Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 3 de março de 2004.

<sup>377</sup> Conforme item 347 do voto do conselheiro Ricardo Machado Ruiz: “Como melhor se verá, este cartel se caracterizou pela interação frequente entre rivais, que facilitou: (i) o intercâmbio de informações comerciais e concorrenciais sensíveis, especialmente no que se refere a datas de implementação de aumento, (ii) a definição de uma estratégia comum, e (iii) o monitoramento, a fiscalização, a identificação de desvios do acordo, que, sem qualquer sombra de dúvida, ocorreu durante tempo considerável” (CADE, processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28 de agosto de 2013).

<sup>378</sup> Assim, o conselheiro Ricardo Machado Ruiz afirmou em seu voto (itens 448 e 449): “Entendo, portanto, que não deve prosperar qualquer argumento que afirme a irrelevância da troca colusiva de informações na formação de preços. As planilhas acima ilustram o processo de formação de preços e a importância de alguns dos seus componentes, sendo um deles o adicional de combustível. Logo, a coordenação e informação de valores e de datas sobre o momento de implementação do adicional de combustível afetavam os preços de mercado e não eram uma atividade irrelevante ou inconsequente. O aumento coordenado de parte dos preços dos serviços (adicional de combustível) efetivamente diminuiu a capacidade de barganha dos consumidores e imprimiu no mercado uma tendência de alta nos preços finais. O objetivo da conduta foi, portanto, o de elevação dos preços médios dos fretes internacionais, bem como evitar pressões dos agentes de carga e a perda de negócios com eles. Em poucas palavras, o saldo final desta ação foi positivo para as empresas e negativo para os consumidores” (CADE, processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28 de agosto de 2013).

comunitário, a Comissão Europeia analisou, no processo T-34/92<sup>379</sup>, a troca de informações entre concorrentes por meio de sistema denominado *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, criado pela associação profissional *Agricultural Engineers Association Ltd.* (AEA). No primeiro passo de sua análise, a Comissão Europeia<sup>380</sup> constatou a alta concentração de mercado e identificou algumas barreiras à entrada, como: (i) necessidade de densa rede de distribuição e serviços; (ii) característica de estagnação e tendência de declínio do mercado, o que desestimularia novos entrantes; (iii) existência de lealdade do consumidor a marcas já estabelecidas; e (iv) existência do acordo de troca de informação, que por si só permitiria aos seus membros reagir rapidamente a qualquer novo entrante.

Em seguida, ao analisar as características do acordo de troca de informações, a Comissão Europeia chegou à conclusão de que as informações eram transmitidas de forma muito específica e segregada, além de possuir alto nível de detalhamento. Como agravante, havia ainda o fato de os membros da AEA encontrarem-se com frequência, o que lhes dava muitas oportunidades de contato. Assim, a Comissão Europeia verificou que a troca de informações entre os integrantes da AEA poderia inibir a concorrência em um mercado já oligopolizado, na medida em que a assimetria de informações seria capaz de estimular uma concorrência potencial entre os agentes (*“hidden competition”*).

Em sua decisão, a Comissão Europeia não deixou de ressaltar que, em algumas circunstâncias, a troca de informações pode beneficiar a concorrência, especialmente em mercados pulverizados. Este não era o caso, no entanto, do mercado de revenda de tratores, caracterizado por alta concentração e pela existência de barreiras à entrada de novos concorrentes.

Assim, com base na estrutura de mercado e na forma pela qual as informações eram compartilhadas, a Comissão Europeia julgou que o acordo implementado pela AEA era ilegal e ordenou a cessação da prática por seus membros.

Com base na prática concorrencial brasileira e também europeia, pode-se perceber que a troca de informações pode ser utilizada como forma de operacionalizar e conferir estabilidade a acordos colusivos. Nestas hipóteses, seus efeitos líquidos serão negativos e a prática (e, provavelmente, o acordo colaborativo na qual está inserida) deverá ser considerada ilegal.

---

<sup>379</sup> Comissão Europeia, processo n° T-34/92, Segunda Seção, julgado em 16 de março de 1994.

<sup>380</sup> Comissão Europeia, decisão 92/157/EEC, publicada em 13 de março de 1992. Decisão mantida em: Comissão Europeia, processo n° T-34/92, Segunda Seção, julgado em 16 de março de 1994.

Será maior a probabilidade de geração de efeitos negativos pelo compartilhamento de informações entre concorrentes nas seguintes hipóteses: (i) ausência de ineficiência associada à assimetria de informações ou custos de transação elevados que justifiquem a prática; (ii) compartilhamento de informações individualizadas e com alto nível de detalhamento, especialmente quando relacionada a preços, estratégias comerciais, quantidades, investimentos, dentre outras informações sensíveis; (iii) compartilhamento de informações presentes ou futuras, em vez de dados históricos; e (iv) características de mercado que facilitem a coordenação entre concorrentes, como mercados concentrados e/ou cujo produto seja homogêneo.

### 3.2.2. Restrição da oferta ou de investimentos injustificada

Os efeitos líquidos negativos gerados por cooperações entre concorrentes que tenham escopo relacionado a processos de racionalização da oferta ou demanda de produtos serão, provavelmente, decorrentes de restrições injustificadas (isto é, não compensadas por eficiências) de oferta de produtos ou de investimentos.

A restrição da oferta, por exemplo, está no cerne da preocupação do CADE com relação às colaborações entre concorrentes que tenham o fim de compartilhar ativos de produção. Assim, o comprometimento da capacidade ociosa de um agente econômico em benefício de seu concorrente reduzirá a sua possibilidade de reagir a eventual aumento de preços.

Os acordos de comercialização conjunta, por sua vez, também podem permitir a restrição da oferta ao possibilitar a divisão de mercados ou fixação de preços.

No caso *United States v. Topco Assocs.*<sup>381</sup>, a Suprema Corte norte-americana analisou a cooperação entre supermercados de pequeno porte para a construção de uma cadeia nacional e aquisição de insumos de forma conjunta. O acordo previa a divisão de mercado entre seus membros, decisões conjuntas acerca de quais produtos deveriam ser vendidos e, além disso, o estabelecimento de marca própria da cadeia de supermercados (*private label*).

---

<sup>381</sup> *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).

A Suprema Corte interpretou que a associação era utilizada como um agente de compra para os seus membros<sup>382</sup>.

No caso concreto, verificou-se que Topco utilizava três formas de associação: (i) exclusiva, na qual o associado poderia vender produtos de marcas da associação, com exclusão de outros; (ii) não-exclusivo, por meio da qual o associado poderia vender produtos Topco, mas sem exclusividade; e (iii) coexistência, na qual dois ou mais associados poderia vender produtos Topco em determinado território, com a exclusão de outros.

Como os pedidos de associação eram analisados pelos membros existentes, a Suprema Corte entendeu que associados poderiam vetar novos agentes que pudessem oferecer concorrência. Assim, Justice Marshall, em seu voto condutor, decidiu que o arranjo elaborado pelos membros da Topco deveria ser considerado ilícito *per se*, pois consistia em acordo entre concorrentes para dividir mercados<sup>383</sup>.

Apesar de a cooperação analisada em *United States v. Topco Assocs.* ter sido considerada ilegal *per se* como acordo para divisão de mercados, a decisão da Suprema Corte é frequentemente criticada. Segundo Hovenkamp, apesar de o governo norte-americano ter processado Topco alegando formação de cartel, os autos do caso demonstram que cada agente associado à Topco possuía em média 6% (seis por cento) de participação em seu respectivo mercado. Além disso, a entrada na cadeia de lojas era relativamente fácil e, portanto, o acordo dificilmente seria eficaz em criar monopólios.

Por estes motivos, a decisão da Suprema Corte em *United States v. Topco Assocs.* é alvo frequente de críticas. Para Hovenkamp, os participantes de Topco tentavam, na verdade, competir de forma mais eficaz contra grandes cadeias de varejistas<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> Neste sentido, vide trecho do voto proferido por Justice Marshall: “Its basic function is to serve as a purchasing agent for its members. In this capacity, it procures and distributes to the members more than 1,000 different food and related nonfood items, most of which are distributed under brand names owned by Topco. The association does not itself own any manufacturing, processing, or warehousing facilities, and the items that it procures for members are usually shipped directly from the packer or manufacturer to the members”. *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 598 (1972).

<sup>383</sup> Assim, “it is clear that the restraint in this case is a horizontal one, and, therefore, a *per se* violation of § 1. The District Court failed to make any determination as to whether there were *per se* horizontal territorial restraints in this case, and simply applied a rule of reason in reaching its conclusions that the restraints were not illegal”. *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 608 (1972).

<sup>384</sup> Nas palavras do autor: “Why would a group of grocery chains divide territories if they could not earn monopoly profits as a result? In Topco, the defendants were trying to compete more effectively against larger grocery chains. A nationally recognized ‘Topco’ brand could be created only by advertising. If two or more competing chains sold Topco brands in the same market area, however, all chains would benefit from the brand advertising of one. As a result, none of the stores would advertise. The territorial division scheme gave each member the exclusive right to sell the Topco brand in a territory, and thus the incentive to advertise the brand there. As the Supreme Court would recognize five years later in a vertical restraints case, the territorial division arguably lessened ‘intra-brand’ competition – that is, competition between stores selling Topco brand products

Com relação aos acordos entre concorrentes para aquisição conjunta de insumos com efeitos líquidos negativos, embora a jurisprudência brasileira seja escassa com relação ao tema, há diversos casos que dão indicação do entendimento do CADE com relação aos efeitos deste tipo de colaboração. Neste contexto, a autarquia já analisou, em diversas ocasiões, a aplicabilidade da tese do poder compensatório como excludente de ilicitude da atuação coordenada de agentes econômicos como resposta à concentração em mercados verticalmente relacionados.

Em um dos casos mais notórios acerca da atuação coordenada como resposta à assimetria de poder de barganha, o CADE julgou, no processo administrativo nº 08012.007042/2001-33<sup>385</sup>, duas associações médicas acusadas de atuação uniforme. Apesar de o relator do caso, Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, ter proferido voto pelo arquivamento do caso, sua posição foi revertida pelo voto condutor proferido pelo Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, que decidiu pela condenação das representadas. Segundo o entendimento prevalecente, o estabelecimento de tabelas de preços por associações médicas teria como resultado a obtenção de conduta comercial uniforme, sem a geração de eficiências capazes de superar os danos econômicos causados.

O Conselheiro Luiz Fernando Schuartz, por sua vez, acompanhou o entendimento proferido pelo Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, realizando uma análise mais detida acerca dos efeitos e tratamento da colaboração entre concorrentes com o fim de obter poder compensatório. O Conselheiro iniciou seu raciocínio dando notícia do entendimento do FTC e DOJ acerca da colaboração entre concorrentes no setor de assistência médica<sup>386</sup> e expondo os conceitos de restrição pura e acessória, utilizados pelos órgãos de defesa da concorrência norte-americanos. Em seguida, Schuartz estabeleceu uma relação entre restrições puras e infrações concorrenciais “por objeto”, por um lado, e entre restrições acessórias e infrações concorrenciais “por efeito”, por outro lado, defendendo que, no direito brasileiro, a diferença entre as duas categorias de restrição seria a probabilidade de geração de efeitos anticompetitivos<sup>387</sup>. Por fim, o Conselheiro avaliou a alegação de que as associações médicas

---

and those selling other brands of the same products. The territorial division scheme enabled the consortium of small chain stores to compete more effectively with the large chain groceries that could afford to produce and advertise their own exclusive labels” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy... p. 208).

<sup>385</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26 de abril de 2006.

<sup>386</sup> O Conselheiro Luiz Fernando Schuartz dedica sua exposição principalmente ao “Statement 8” do FTC e DOJ acerca de sua política de defesa da concorrência no setor de assistência médica. Vide DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Statements of antitrust enforcement... pp. 61 e ss.

<sup>387</sup> Tal correlação foi analisada no Capítulo 1.3.3 deste estudo.

sob investigação poderiam ser configuradas como acordos entre concorrentes lícitos. Após analisar as possíveis eficiências geradas pela associação, assim como seu funcionamento, Schuartz afastou o argumento de que seriam cooperações lícitas. Ademais, julgou, no caso concreto, que as associações atuaram de forma concertada.

Por fim, o Conselheiro Schuartz estabeleceu premissas importantes que devem ser observadas em casos referentes à atuação coordenada para a criação de poder compensatório, determinando que a decisão do CADE não pode gerar cenários que resultem, para consumidores, “(i) ou em mensalidades mais caras para o seu plano de assistência à saúde, (ii) ou em custos mais elevados com tratamentos médicos em virtude de interrupções e suspensões no seu atendimento provocadas por táticas negociais que [o CADE] estaria ajudando a promover”<sup>388</sup>.

No ato de concentração nº 08012.008447/2011-61<sup>389</sup>, o CADE avaliou, no âmbito de operação envolvendo laboratórios de medicina diagnóstica, a alegação de que qualquer eventual formação de poder de mercado seria compensada pelo alto poder de barganha de operadoras de planos de saúde. Em seu voto condutor, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior afastou a defesa do poder compensatório, alegando que sua aplicação dependeria de três fatores: (i) existência de um poder original a ser compensado; (ii) interdependência na relação entre as partes, de forma que uma parte não imponha sua vontade à outra; e (iii) independência e autonomia das partes, para garantir que o processo de negociação resulte em acordo equitativo.

No processo administrativo nº 08012.001591/2004-47<sup>390</sup>, o CADE analisou suposto boicote promovido por associações e sindicatos de médicos do Distrito Federal contra planos de saúde, com o objetivo de forçar o aumento do valor pago por consultas.

Ao avaliar a atuação coletiva das associações médicas em face das operadoras de planos de saúde, com base na jurisprudência do CADE a respeito do tema, a Conselheira Ana Frazão constatou haver um relevante desequilíbrio na negociação entre estes agentes,

---

<sup>388</sup> Item 54 do voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz no processo administrativo nº 08012.007042/2001-33.

<sup>389</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.008447/2011-61, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 6 de agosto de 2014. O caso foi julgado em conjunto com outros dois atos de concentração: (i) ato de concentração nº 08012.013191/2010-22, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 6 de agosto de 2014; e (ii) ato de concentração nº 08012.008448/2011-61, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 6 de agosto de 2014.

<sup>390</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.001591/2004-47, Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 29 de julho de 2015.

resultando em cenários nos quais os médicos possuíam reduzido poder de barganha<sup>391</sup>. Ademais, a Conselheira destacou que o direito concorrencial não poderia deixar de julgar práticas comerciais sem levar em consideração eventual desproporcionalidade entre as partes, sob pena de incidir em contradição interna e sistêmica, tendo em vista que outras esferas do direito, como o direito contratual, incorporaram a assimetria de poder de barganha como dado de análise<sup>392</sup>.

Ademais, adotando raciocínio que incorpora a reprovabilidade da conduta como elemento caracterizador da ilicitude de práticas comerciais na ótica do direito concorrencial, a Conselheira Ana Frazão determinou que certas formas de exercício do poder compensatório por organizações coletivas podem configurar exercício regular de direito. Neste contexto, “o poder compensatório pode ser visto como uma legítima defesa contra a posição dominante da outra parte, circunstância idônea a afastar a ilicitude da conduta”<sup>393</sup>. Apesar de ter entendido, no caso concreto, que as entidades médicas praticaram ilícitos referentes à obtenção de conduta comercial uniforme<sup>394</sup>, a Conselheira determinou que “parte das condutas imputadas às entidades médicas representadas, como a negociação coletiva dos honorários médicos, estava legitimamente amparada pelo poder compensatório”<sup>395</sup>.

Não obstante o voto da Conselheira Ana Frazão tenha sido relevante ao afirmar que a tese do poder compensatório pode ser utilizada como excludente de ilegalidade em determinados casos, seu entendimento foi revertido pelo voto-vogal proferido pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, determinando que “a premissa para que haja poder compensatório é que a composição associativa com essa finalidade seja lícita e que obtenha a autorização dos representados para a negociação”<sup>396</sup>. Segundo o Conselheiro, a imposição de tabelas de honorários pelas entidades médicas retiraria a sua legitimidade, impedindo a aplicação da excludente de ilicitude do poder compensatório. Neste sentido, a atuação coordenada como resposta ao poder de compra não seria ilícita nos casos em que haja legitimidade para que o tema seja tratado de forma coletiva, não haja coerção direta ou

---

<sup>391</sup> Vide item 114 do voto da Conselheira Ana Frazão no processo administrativo nº 08012.001591/2004-47: “Os dados acima revelam que há uma evidente assimetria entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços médicos/pessoas naturais. Além de se tratar de um mercado concentrado, observou-se que, em regra, as OPSs também negociam coletivamente por meio de entidades representativas, inclusive com a imposição de tabelas de honorários aos prestadores de serviço”.

<sup>392</sup> Itens 136 e 137 do voto da Conselheira Ana Frazão no processo administrativo nº 08012.001591/2004-47.

<sup>393</sup> Item 244 do voto da Conselheira Ana Frazão no processo administrativo nº 08012.001591/2004-47.

<sup>394</sup> Artigo 21, II, combinado com artigo 20, I, da Lei nº 8.884/1994 (aplicável ao caso com relação à tipificação das condutas).

<sup>395</sup> Item 455 do voto da Conselheira Ana Frazão no processo administrativo nº 08012.001591/2004-47.

<sup>396</sup> Item 23 do voto-vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no processo administrativo nº 08012.001591/2004-47.

indireta para tal atuação coletiva e mantenha-se a possibilidade de negociação com poder de barganha bilateral<sup>397</sup>.

Adicionalmente a estes três elementos, o Conselheiro João Paulo Resende elencou em seu voto vogal, como requisitos para a exclusão de ilicitude pela aplicação da tese do poder compensatório: “(d) simetria entre as estruturas resultantes da conduta, e (e) efeitos sociais líquidos positivos”<sup>398</sup>. A simetria entre as estruturas seria necessária para que a formação do poder de barganha em um lado da negociação não implique em mera inversão do polo de dominância. A verificação dos efeitos sociais líquidos positivos, por sua vez, garante que a conduta gere incrementos de bem-estar, podendo, portanto, ser cancelada pelo órgão de defesa da concorrência (conforme, aliás, defendido ao longo deste trabalho com relação a qualquer conduta analisada sob a ótica do direito da concorrência).

Percebe-se, portanto, que a aplicação da tese do poder compensatório para exclusão da ilicitude de práticas potencialmente anticoncorrenciais está sujeita à verificação de diversos requisitos, que têm como objetivo confirmar que a conduta será capaz de gerar efeitos líquidos positivos.

De forma resumida, a colaboração entre concorrentes (que coletivamente tenham poder de mercado) com o objetivo de criar poder compensatório, seja no lado da demanda ou da oferta de produtos, poderá ser considerado ineficiente na presença de algum dos seguintes requisitos: (i) ausência de poder original a ser compensado; (ii) obrigatoriedade de participação dos agentes econômicos no processo de atuação coletiva; (iii) falta de representatividade do agente designado para atuar em nome dos demais; (iv) perpetuação da assimetria de poder de barganha, com a mera inversão do polo de dominância; (v) processos de barganha e táticas de negociação que resultem em restrição da oferta e/ou aumento de preços

### 3.2.3. Fechamento de mercado e aumento dos custos de rivais

---

<sup>397</sup> Nas palavras do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior: “Para que esse tipo de prática caracterize conduta punível pela legislação antitruste, entendo que devem ser analisados três importantes fatores: (a) legitimidade para tratar do tema de forma coletiva, (b) existência de imposição via coerção direta ou indireta e (c) inexistência de negociação diante da impossibilidade de estabelecimento de poder de barganha bilateral. Esses critérios não são arrolados de forma hierárquica, mas trazem os elementos que entendo imprescindíveis para análise da tese sob a perspectiva da regra da razão” (item 28 do voto-vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no processo administrativo nº 08012.001591/2004-47).

<sup>398</sup> Item 4 do voto-vogal do Conselheiro João Paulo Resende no processo administrativo nº 08012.001591/2004-47.



A jurisprudência brasileira com relação a acordos que tenham relação ou possam afetar de alguma forma a pesquisa e desenvolvimento de produtos e serviços está relacionada, principalmente, a acordos de licenciamento de tecnologia.

Nos atos de concentração nº 08700.003937/2012-01, nº 08012.002870/2012-38, nº 08700.003898/2012-34 e nº 08700.003898/2012-34<sup>399</sup>, o CADE analisou contratos de licenciamento que, no entendimento da autarquia, conferiam relevantes poderes ao dono da patente e criavam exclusividade de fato na exploração de tecnologia para desenvolvimento, teste, produção e comercialização da variedade de sementes de soja Intacta RR2 PRO. Anteriormente a estes casos, a jurisprudência do CADE indicava que contratos de licenciamento de tecnologia sem obrigação de exclusividade não deveriam ser conhecidos pelo órgão, em razão do não enquadramento deste tipo de operação nos parâmetros legais de sujeição obrigatória ao controle de estruturas do mercado<sup>400</sup>.

Ao abordar a questão, no entanto, o Conselheiro Alessandro Octaviani determinou que o não conhecimento deveria ser exceção e não poderia ser aplicado para um mesmo tipo de operação, pois o modelo legal vigente no ordenamento brasileiro “respeita a lei da dinâmica incessante de formação de estruturas e condutas, legais ou não, que rege a lógica do acúmulo e da competição” e, neste sentido, a “[s]e o legislador optou por não excepcionar expressamente, como caso de não conhecimento em bloco, específicos setores de altíssima tecnologia, é porque ele demanda que sejam conhecidos”<sup>401</sup>. Além disso, o Conselheiro considerou relevante que as diversas operações de licenciamento de tecnologia fossem submetidas ao CADE para que o órgão seja capaz de avaliar se os objetivos de fomento e incentivo à inovação estão sendo devidamente atendidos. Assim, o Conselheiro Alessandro Octaviani estabeleceu o entendimento – acolhido pelo colegiado do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – que mesmo contratos de licenciamento não exclusivos poderiam ter

---

<sup>399</sup> CADE, ato de concentração nº 08700.003937/2012-01, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013; CADE, ato de concentração nº 08700.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013; CADE, ato de concentração nº 08700.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013; e CADE, ato de concentração nº 08012.002870/2012-38, Relator Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, julgado em 28 de agosto de 2013.

<sup>400</sup> Para um estudo acerca do não conhecimento de operações societárias pelo CADE em âmbito de controle de estruturas, ainda na vigência da Lei nº 8.884/1994, vide COELHO, Gustavo Flausino. A Questão do Não-Conhecimento das Operações no Direito Antitruste Brasileiro. Revista do IBRAC, v. 18, p. 131-141, 2011.

<sup>401</sup> Itens 15 a 24 do voto proferido pelo Conselheiro Alessandro Octaviani Luis no ato de concentração nº 08700.003937/2012-01.

efeitos relevantes sobre a concorrência e sobre a inovação tecnológica e, por isso, deveriam ser submetidos à análise do CADE.

Esta posição foi reforçada e consolidada no ato de concentração nº 08012.002870/2012-38. No julgamento da operação, os Conselheiros Marcos Paulo Veríssimo e Ana Frazão votaram, inicialmente, pelo seu não conhecimento pelo CADE. Seus votos, no entanto, foram vencidos pelo voto-vista proferido pelo Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, que se manifestou pelo conhecimento e aprovação com restrições do contrato de licenciamento não exclusivo da tecnologia Intacta RR2 PRO. No entendimento do Conselheiro, a análise preliminar de conhecimento dos contratos de licenciamento deveria ser pautada nos seguintes pontos: (i) existência de exclusividade na utilização da capacidade produtiva de um agente; (ii) existência de dispositivos que criem incentivos ou desincentivos para contratação de outros licenciadores; e (iii) existência de restrições ou desincentivos ao desenvolvimento de produtos potencialmente substitutos daqueles licenciados<sup>402</sup>.

O estudo dos efeitos concorrenciais dos contratos de licenciamento não exclusivos realizado pelo Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro demonstrou que uma de suas cláusulas criava incentivos econômicos para o uso da tecnologia Intacta RR2 PRO, em detrimento de variantes de sementes de soja substitutas. Esta condição contratual, segundo o Conselheiro, poderia “elevar as barreiras à entrada em um mercado de empresas de semente com cultivares próprios que já possui barreiras elevadas”, assim como constituiria “pagamento de um prêmio para reduzir o interesse das Licenciadas em desenvolver tecnologia concorrente, ou mesmo produzir para concorrentes”<sup>403</sup>.

O Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, acompanhando o voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, ressaltou em voto vogal que os contratos tinham o potencial de: (i) conferir ao licenciador de tecnologia capacidade de influenciar as decisões estratégicas das demais contratantes; e (ii) criar desincentivos à utilização e desenvolvimento de tecnologias concorrentes, por meio de um sistema de remuneração que premiava o uso da tecnologia Intacta RR2 PRO em termos relativos (em comparação com variantes rivais), e não absolutos.

---

<sup>402</sup> Conforme item 50 do voto-vista proferido pelo Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro no ato de concentração nº 08012.002870/2012-38: “O conhecimento ou não de contratos de transferência de tecnologia via contratos de licenciamento em cultivares depende, a meu ver, da existência de características contratuais que envolvam a exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa licenciada, ou envolvam restrições ou desincentivos na escolha da contratação de outros licenciadores por parte da licenciada, ou envolvam restrições ao desenvolvimento de produtos concorrentes próximos do bem desenvolvido a partir do insumo ou evento licenciado”.

<sup>403</sup> Itens 61 e 62 do voto-vista proferido pelo Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro no ato de concentração nº 08012.002870/2012-38.

Assim, segundo o Conselheiro, as restrições contratuais extrapolaram eventual intenção de colaboração empresarial e afetou a independência das partes, devendo o órgão concorrencial analisar “os possíveis efeitos que determinadas cláusulas do contrato têm na capacidade de ingerência de uma parte nas decisões contratualmente relevantes de outra e no formato de compartilhamento de riscos”<sup>404</sup>.

Por fim, a Conselheira Ana Frazão, revendo sua posição inicial e retificando seu voto, reconheceu a importância de o CADE analisar cláusulas em contratos de licenciamento e de transferência de tecnologia que extrapolam o objeto usual deste tipo de negócio jurídico e estruturam colaborações “capazes de criar verdadeira rede entre a licenciante e seus inúmeros licenciados, com inúmeras repercussões anticoncorrenciais, sobretudo sobre o mercado de inovação”<sup>405</sup>.

Apesar de a análise do CADE nos atos de concentração acima abordados ter sido focada, em grande parte, nos critérios de determinação do conhecimento de contratos de licenciamento, é possível extrair destes casos relevantes diretrizes que podem ser aplicadas pela autarquia em eventuais casos de colaboração entre concorrentes para a pesquisa e desenvolvimento de tecnologia. Neste contexto, percebe-se que, nos contratos que tenham relação ou possam afetar as taxas de inovação em determinado mercado, o CADE poderá caracterizar o acordo como anticompetitivo caso: (i) as partes possuam, conjuntamente, poder de mercado; e (ii) haja presença de condições contratuais que impeçam ou dificultem o desenvolvimento e utilização de tecnologias substitutas, sem que tais restrições tenham fundamento na criação de eficiências<sup>406</sup>. No caso dos contratos de licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PRO, o CADE interpretou que os incentivos financeiros conferidos às licenciadas

---

<sup>404</sup> Itens 21 e 22 do voto vogal proferido pelo Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no ato de concentração nº 08012.002870/2012-38.

<sup>405</sup> Item 5 da retificação de voto da Conselheira Ana Frazão no ato de concentração nº 08012.002870/2012-38.

<sup>406</sup> Interessante notar que, antes mesmo do julgamento do CADE acerca dos contratos de licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PRO, João Marcelo de Lima Assafim já chamava atenção para o risco de condições financeiras em contratos de licenciamento e transferência de tecnologia criarem distorções no processo competitivo. A preocupação do autor, no entanto, dizia respeito à possibilidade de royalties e pagamentos excessivos reduzirem os incentivos de atuação dos licenciados em diferentes territórios, causando uma divisão de mercado de fato. Nesse sentido, “no caso em que o licenciante tenha outorgado licenças a diversos licenciados, impondo-lhes quantias notoriamente exorbitantes e abusivas com relação aos benefícios, não se pode ignorar a ocorrência de um enfraquecimento da competitividade dos licenciados fora de seus territórios, o que, como consequência, acarreta um tipo de compartimentação do mercado” (ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 279).

teriam o propósito de criar dificuldades à entrada e utilização de tecnologias concorrentes<sup>407</sup>, fazendo com que seus efeitos econômicos líquidos fossem negativos.

Contratos de licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PRO foram, posteriormente, notificados ao CADE sem as cláusulas de incentivo financeiro consideradas pela autarquia como danosas à concorrência<sup>408</sup>.

A cooperação entre concorrentes para o estabelecimento de padrões tecnológicos também pode ser fonte de condutas anticompetitivas. Tanto no caso de práticas danosas coordenadas (como seria o caso, por exemplo, de fechamento de mercado com participação de dois ou mais agentes), como no caso de práticas unilaterais (por exemplo, por meio da adoção de comportamento oportunista), a infração terá alguma relação com a recusa de licenciamento de tecnologia em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (FRAND).

Nos Estados Unidos, os tribunais norte-americanos tiveram algumas oportunidades de avaliar a dinâmica concorrencial em processos de estabelecimento de padrões tecnológicos. No caso *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*<sup>409</sup>, analisou-se a alegação, por Broadcom, de que Qualcomm estaria adotando comportamento oportunista, ao recusar-se a licenciar, em termos FRAND, patente essencial ao padrão CDMA (sigla de “*code division multiple access*”), utilizado para garantir a interoperabilidade de componentes de hardware de celulares. Em sua decisão, o tribunal ressaltou a importância de padrões tecnológicos, que teriam como benefícios principais permitir a interoperabilidade, reduzir os custos de pesquisa e desenvolvimento (em termos relativos, em função do aumento da oferta proporcionado pelos ganhos de rede) e reduzir os custos dos consumidores para trocar de produto (“*switching costs*”)<sup>410</sup>. Com base neste entendimento, o tribunal determinou que a recusa em licenciar tecnologia essencial a padrão tecnológico em termos FRAND, especialmente nos casos em

---

<sup>407</sup> No mesmo sentido: “Ainda que não contenha cláusulas claras de exclusividade, portanto, o contrato analisado se estrutura de tal forma a elevar barreiras à entrada naquele mercado, sem uma justificativa econômica plausível que não a busca por lucros de uma empresa com amplo domínio de mercado” (LIMA, Pollyana Pacheco. Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROT.M. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, vol. 2, pp. 64-88, 2014. p. 86).

<sup>408</sup> Vide CADE, ato de concentração nº 08700.008301/2014-00, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 23 de outubro de 2014.

<sup>409</sup> *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F3d 297 (3d Cir 2007).

<sup>410</sup> Neste sentido, o tribunal afirmou que “Private standard setting advances this goal on several levels. In the end-consumer market, standards that ensure the interoperability of products facilitate the sharing of information among purchasers of products from competing manufacturers, thereby enhancing the utility of all products and enlarging the overall consumer market. [...] This, in turn, permits firms to spread the costs of research and development across a greater number of consumers, resulting in lower per-unit prices. [...] Industry-wide standards may also lower the cost to consumers of switching between competing products and services, thereby enhancing competition among suppliers”. Cf. *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F3d 297, 309 (3d Cir 2007).

que houve compromisso em garantir tal licenciamento previamente à consolidação do padrão tecnológico, pode configurar tentativa de monopolização ilegal<sup>411</sup>.

Embora o caso não tenha discutido especificamente a questão da colaboração entre concorrentes no estabelecimento de padrões tecnológicos, o precedente é relevante para demonstrar a importância da transparência durante o processo de estabelecimento do padrão. O não cumprimento do compromisso de licenciar tecnologia essencial – prática denominada de “*patent hold-up*” ou “*patent ambush*” – pode gerar danos relevantes à concorrência, como prejudicar investimentos específicos realizados por outros agentes econômicos e criar custos relacionados à busca de tecnologias alternativas (se elas existirem)<sup>412</sup>. Assim, ainda que a cooperação para negociação e estabelecimento conjunto de padrões tecnológicos e industriais seja benéfica, a falta de transparência e comportamentos oportunistas podem ser considerados ilegais.

Na experiência brasileira, não há casos nos quais o CADE tenha se dedicado à análise dos efeitos da colaboração entre concorrentes para o estabelecimento de padrões tecnológicos e industriais. No processo administrativo nº 08012.002474/2008-24<sup>413</sup>, a autarquia analisou a acusação de alguns produtores de cerveja de que a Ambev teria alterado o tamanho padrão das garrafas de vidro com o objetivo de aumentar o custo dos seus concorrentes.

No mercado de distribuição de cervejas, adotou-se tamanho padrão para garrafas de vidro, de forma a possibilitar o seu rápido reaproveitamento e, conseqüentemente, reduzir os custos de todos os agentes da indústria. Ao introduzir no mercado garrafas de 630ml, entretanto, a Ambev dificultou esta prática, já que toda a indústria já estava adaptada para o padrão de garrafas de 600ml<sup>414</sup>.

---

<sup>411</sup> “We hold that (1) in a consensus-oriented private standard-setting environment, (2) a patent holder’s intentionally false promise to license essential proprietary technology on FRAND terms, (3) coupled with an SDO’s reliance on that promise when including the technology in a standard, and (4) the patent holder’s subsequent breach of that promise, is actionable anticompetitive conduct”. Cf. *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F3d 297, 314 (3d Cir 2007).

<sup>412</sup> FARREL, Joseph; HAYES, John; SHAPIRO, Carl; SULLIVAN, Theresa. Standard setting, patents, and hold-up. *Antitrust Law Journal*, Washington, vol. 74, pp. 603-670, 2007. p. 616.

<sup>413</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.002474/2008-24, encerrado sem julgamento de mérito por meio de celebração de Termo de Compromisso de Cessação em 3 de novembro de 2010.

<sup>414</sup> Conforme relatado pelo Conselheiro Carlos Ragazzo em voto pela celebração do TCC, as representantes da denúncia alegaram que “a introdução da nova garrafa pela AmBev aumentaria artificialmente os custos de suas concorrentes, na medida em que agora seria necessário fazer uma separação entre as GARRAFAS DE 630 ml e as GARRAFAS COMUNS, nos pontos de venda, nas linhas de distribuição e nas linhas de produção, não sendo permitido aos concorrentes utilizar a GARRAFA DE 630 ml. Entretanto, continuaria sendo possível à AmBev utilizar a garrafa comum de seus concorrentes” (páginas 2 e 3 do voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo em CADE, requerimento nº 08700.001238/2010-57, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, homologado em 3 de novembro de 2010).

O CADE não julgou o mérito da questão, tendo sido celebrado um Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Não obstante, em caso semelhante julgado posteriormente<sup>415</sup>, referente à introdução, pela Ambev, de garrafa de 1 (um) litro (denominada “Litrão”), a autarquia determinou que a diferenciação poderia ser considerada uma inovação, a qual o órgão concorrential não deveria dificultar ou constranger. Desse modo, o CADE deixou claro que, embora possa investigar e punir condutas que potencialmente tenham como principal motivação o aumento dos custos de rivais, deixará de intervir com relação a práticas que possam decorrer do processo natural de inovação e tentativa de superação de concorrentes pela maior eficiência<sup>416</sup>.

---

<sup>415</sup> CADE, processo administrativo nº 08012.006439/2009-65, Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado em 23 de maio de 2012.

<sup>416</sup> Neste sentido, vide os itens 90 e 91 do voto condutor do Conselho Olavo Chinaglia no processo administrativo nº 08012.006439/2009-65: “[a] base da livre concorrência ampara-se na premissa e no desejo de que cada agente privado atuante em um mercado concorrential busque ser melhor que o outro, buscando ganhar mercado por meio de menores preços, melhores produtos, maior variedade, novas opções e outros fatores, no final em benefício dos consumidores. Qualquer intervenção que, equivocadamente, permita que um rival se aposse, sem esforço próprio, do empreendedorismo, das diferenciações, das estratégias comerciais bem-sucedidas de seu concorrente ou de suas eficiências, que beneficiem os consumidores por meio de preços mais baixos e maior variedade e qualidade de produtos, gera um incentivo contrário à competição e, portanto, contrário a iniciativas que tragam benefícios aos consumidores”.

## CONCLUSÃO

Viu-se ao longo do presente estudo que os contratos de colaboração entre concorrentes apresentam diversos desafios à política de defesa da concorrência. A sua multiplicidade de efeitos, que sempre ocorrem de forma simultânea e muitas vezes não tão evidentes, confere alto grau de complexidade à análise concorrencial.

O cartel, prática frequentemente apontada como a mais danosa ao mercado, aos consumidores e à concorrência, nada mais é do que um acordo entre agentes rivais. Esta constatação, embora verdadeira, não autoriza um tratamento excessivamente rígido aos contratos de colaboração entre concorrentes, muitos dos quais podem criar relevantes eficiências e benefícios.

Ao longo deste trabalho, buscou-se estabelecer critérios de legalidade extraídos da teoria e prática jurídica e econômica na área da defesa da concorrência, que poderão auxiliar na adequada avaliação dos efeitos líquidos gerados por contratos de colaboração entre concorrentes. Deste modo, cumpre sintetizar e sistematizar, em conclusão, estes critérios.

### Conclusões gerais

- (a) Ao estruturar uma parceria comercial com concorrentes, o agente econômico se depara com diversas opções em termos de governança. Neste sentido, os agentes rivais poderão celebrar contrato de longo prazo, constituir nova pessoa jurídica, ou ainda celebrar consórcio. A colaboração empresarial por meio do contrato encontra-se na gênese da pessoa jurídica moderna, que tem suas origens mais distantes nos contratos de comenda celebrados por comerciantes durante o período mercantilista que marcou os primeiros anos do capitalismo e evoluiu, posteriormente, para formas mais complexas de colaboração no período das explorações coloniais, por meio das companhias colonizadoras.
- (b) Como agentes racionais, os empresários pautam-se em critérios e incentivos econômicos para optar pela forma de governança adequada para as suas parcerias. A Nova Economia Institucional, representada principalmente por Oliver Williamson, demonstrou que os três fatores essenciais que caracterizam a transação serão

determinantes para definir a forma de governança mais adequada. Estes fatores são: (i) especificidade do ativo, como capital humano, capital físico, imóveis, marca, dentre outros necessários à parceria empresarial; (ii) imprevistos aos quais o negócio jurídico está sujeito; e (iii) frequência com a qual a transação ocorre. Assim, negócios jurídicos que envolverem ativos específicos (e, portanto, demandarem investimentos relevantes e recuperáveis apenas por meio da parceria), estiverem suscetíveis a imprevistos e a comportamentos oportunistas e forem realizados com frequência (isto é, caracterizarem como transações de longo prazo) serão complexos e demandarão formas de governança igualmente complexas. Nestes casos, as formas de governança mais adequadas serão o contrato de longo prazo e a integração societária.

- (c) Conforme demonstrado pelas teorias da Nova Economia Institucional, muitas das restrições concorrenciais estabelecidas em acordos de colaboração entre agentes rivais terão como fundamento a complexidade dos negócios que buscam estruturar. Neste sentido, cumpre ao direito concorrencial prover quadro normativo e teórico que permita o balanceamento dos efeitos negativos e positivos de uma cooperação horizontal, de modo a determinar os seus resultados líquidos.
- (d) O direito da concorrência deve adotar, como método, o balanceamento de efeitos (*trade off*), devendo ser afastadas quaisquer teorias ou modelos que busquem estabelecer presunções de ilegalidade ou de legalidade. A avaliação concorrencial deve ser feita caso a caso. Conforme demonstrou Robert Bork (e o arcabouço teórico da Nova Economia Institucional, de certa forma, confirmou), o estabelecimento de presunções de ilegalidade para restrições verticais gerou um “paradoxo”, no qual o direito concorrencial passou a prejudicar a própria concorrência.
- (e) O balanceamento de efeitos deve ser aplicado tanto em âmbito da aplicação preventiva do direito da concorrência (controle de estruturas), como da aplicação repressiva (investigação e punição de atos potencialmente anticompetitivos). A única diferença entre as duas formas de aplicação do direito concorrencial é o momento: no controle de estruturas, a análise é essencialmente prospectiva, pois o ato ainda não produziu efeitos (e não pode produzi-los, em razão do artigo 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011), enquanto que na atuação repressiva os efeitos já foram produzidos ou poderiam ter



sido produzidos. As teses que buscam aplicar, em âmbito repressivo, um método mais rígido de análise, que não contabilize eficiências, por exemplo, devem ser afastadas.

### **Conclusões específicas**

- (a) Os acordos de colaboração entre concorrentes produzem uma multiplicidade de efeitos econômicos e listar todos eles seria tarefa excessivamente difícil e pouco prática. A capacidade dos agentes em criar novas formas de organização torna pouco útil a tentativa de estabelecer regras rígidas no direito da concorrência. No entanto, é possível listar e estudar alguns dos efeitos mais recorrentes, cuja lógica pode, ainda, auxiliar no entendimento de outros efeitos que eventualmente possam ser gerados no caso concreto. Assim, cooperações entre agentes rivais geralmente produzirão eficiências associadas a: (i) redução de custos de transação e/ou assimetria de informações; (ii) obtenção de ganhos de escala ou racionalização da oferta e/ou demanda em determinado mercado; e (iii) compartilhamento de riscos na pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e serviços, ou estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais. Por outro lado, os danos geralmente associados aos acordos de colaboração entre concorrentes decorrem da: (i) facilitação do comportamento uniforme, especialmente no caso de acordos que envolvam troca de informações concorrencialmente sensíveis; (ii) restrição da oferta, aumento de preços ou limitação de investimentos sem justificção concorrencial; e (iii) criação de barreiras à entrada de novos rivais ou aumento dos custos de rivais.
- (b) A troca de informações pode ser o objeto principal ou acessório de acordos de colaboração entre concorrentes. De todo o modo, é razoável afirmar que a maior parte dos acordos entre rivais resultará em algum grau de troca de informações. Esta prática possui benefícios relacionados à redução da assimetria de informações, que mitiga problemas como seleção adversa, oportunismo contratual e comportamento irracional em razão de ausência ou insuficiência de dados adequados para que o agente tome uma decisão informada. Além disso, a disseminação de informações pode auxiliar o funcionamento dos mercados, racionalizando os níveis de oferta e demanda, assim como a precificação de ativos. Por outro lado, no entanto, o compartilhamento de

informações pode facilitar o paralelismo consciente entre agentes rivais, especialmente em mercados concentrados ou em mercados pulverizados nos quais o produto ofertado seja homogêneo (ou que apresente baixa diferenciação). Nestes casos, é possível que a troca de informações produza efeitos líquidos negativos, pois permite a uniformização de preços e/ou comportamentos. Em todo o caso, a forma de compartilhamento e a natureza das informações trocadas são essenciais na análise da legalidade da prática. Quanto menos específicas e mais antigas forem as informações, menor será a sua capacidade de influenciar a dinâmica concorrencial.

- (c) Concorrentes também cooperam para racionalizar a sua oferta ou demanda de produtos ou serviços. Este tipo de cooperação, embora possa permitir, em alguns casos, a uniformização de preços, pode possibilitar a utilização de capacidade ociosa presente no mercado e evitar a duplicação de infraestrutura. Além disso, pelo compartilhamento de custos e investimentos referentes a canais de revenda, distribuição, publicidade e marketing, os agentes são capazes de aproveitar ganhos de escala que não obteriam separadamente. Os acordos de aquisição conjunta também podem ser benéficos, na hipótese de formação de poder compensatório, quando a oferta de insumos, matérias-primas ou serviços é demasiadamente concentrada.
- (d) Acordos entre concorrentes podem ter relação também com diversos aspectos ligados à inovação, especificamente no caso de acordos conjuntos para pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias ou colaboração para o estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais. A cooperação no âmbito da pesquisa e desenvolvimento pode gerar benefícios relacionados ao compartilhamento de riscos e investimentos, assim como congregar ativos, tecnologias e *know-how* complementares. Os acordos de padronização, por sua vez, possibilitam a geração de ganhos de escala no consumo em mercados sujeitos a efeito de rede, além de assegurarem ao consumidor o atendimento de exigências mínimas de segurança e qualidade. Não obstante, estes acordos podem gerar distorções na concorrência ao concentrar, na propriedade de poucos, ativos que podem ser essenciais ao funcionamento de rivais, como, por exemplo, tecnologias patenteadas e padrões tecnológicos ou industriais. Por esta razão, é relevante que este tipo de colaboração seja realizado de forma transparente e, sempre que possível, com livre acesso a agentes econômicos que inicialmente não eram parte do acordo.

## Recomendações

Com base nas conclusões gerais e específicas formuladas a partir do presente trabalho, é possível estabelecer as seguintes recomendações:

- (a) A legalidade dos acordos de colaboração entre concorrentes deve sempre ser determinada com base nos efeitos econômicos gerados no caso concreto, realizando-se o seu balanceamento, de modo a obter-se o resultado líquido da prática sobre o bem-estar.
- (b) Em qualquer hipótese, não serão ilegais os contratos de colaboração cujos membros não possuam, conjuntamente, posição dominante no mercado relevante afetado, tendo em vista que a geração de efeitos negativos depende da existência de poder de mercado.
- (c) Devem ser afastadas quaisquer teorias que pretendam criar presunções de ilegalidade no direito concorrencial. Deste modo, cumpre reafirmar que práticas comerciais que afetem a concorrência devem ser analisadas a partir de seus efeitos econômicos líquidos.
- (d) Na análise de acordos de colaboração entre concorrentes, pode ser importante para a autoridade concorrencial levar em consideração as motivações dos agentes em optar pela via contratual. Em outras palavras, o aplicador da lei deve indagar e refletir acerca dos motivos pelos quais formas possivelmente menos restritivas, como *joint ventures* personificadas (*corporate joint ventures*), não tenham sido utilizadas.
- (e) Ainda que, em determinados casos, a quantificação dos efeitos econômicos possa ser demasiadamente difícil, a qualificação destes efeitos é possível e deve ser realizada, levando-se em consideração a doutrina jurídica e econômica concorrencial, assim como a jurisprudência e prática dos diversos órgãos de defesa da concorrência.
- (f) A estrutura dos mercados relevantes afetados pelo contrato de colaboração analisado no caso concreto deve ser analisada com cuidado. No caso de troca de informações ou

colaboração para a aquisição, distribuição, comercialização ou venda de produtos e serviços de forma conjunta, a concentração de mercado poderá ser essencial para determinar a legalidade do acordo.

- (g) Além da estrutura do mercado relevante, devem ser analisadas com cuidado, ainda, as características dos produtos e serviços dos mercados afetados. Muitas vezes, esta avaliação evidenciará distorções no mercado que os acordos horizontais buscam solucionar, como assimetria de informações, oferta e/ou demanda suprimida ou excessiva, alto risco de investimentos, dentre outras.

## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Nova Iorque, vol. 84, pp. 488-500, 1970.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A sociedade em conta de participação*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Mergers and acquisitions: understanding the antitrust issues*. 3. ed. Chicago, Illinois, 2008.

\_\_\_\_\_. *Joint Ventures: antitrust analysis of collaborations among competitors*. 2. ed. Chicago, Illinois, 2014.

ARROW, Kenneth J. *Risk allocation and information: some recent theoretical developments*. Disponível em <[https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978\\_gp3\(8\)\\_arrow.pdf](https://www.genevaassociation.org/media/217994/ga1978_gp3(8)_arrow.pdf)>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A relação entre os direitos dos bens imateriais e de defesa da livre concorrência – perspectiva e critérios. In: DEL NERO, Patrícia Aurélio (Coord.). *Propriedade intelectual e transferência de tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique de Andrade; DE PAULA, Germano Mendes. Joint ventures e a política antitruste brasileira. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 463-486, 2012.

BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BEBCHUK, Lucian A.; ROE, Mark J. *A theory of path dependence in corporate governance and ownership*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=202748>>. Acesso em 29 de novembro de 2015.

BESSEN, Stanley M.; FARREL, Joseph. Choosing how to compete: strategies and tactics in standardization. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, vol. 8, pp. 117-131, 1994.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation & private property*. 10. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2005.

BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. *Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation*. New York: Oxford University Press, Inc., 2012.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The Free Press, 1993

BRASIL. CADE, processo administrativo nº 08012.004712/2000-89, Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 3 de julho de 2002.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.003603/2000-55, Relator Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, julgado em 2 de julho de 2003.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.007515/2000-31, Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, julgado em 10 de setembro de 2003.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.024581/1994-77, Relator Conselheiro Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 3 de março de 2004.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.000001/2001-16, Relator Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, julgado em 16 de junho de 2004.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.003632/2001-97, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 29 de setembro de 2004.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.006539/1997-97, Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, julgado em 9 de março de 2005.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.002127/2002-14, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 13 de julho de 2005.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26 de abril de 2006.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.011750/2007-64, Relator Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, julgado em 9 de julho de 2008.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.005545/1999-16, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 28 de abril de 2010.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.006504/1997-11, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, julgado em 20 de outubro de 2010.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.002474/2008-24, encerrado sem julgamento de mérito por meio de celebração de Termo de Compromisso de Cessação em 3 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. CADE, requerimento nº 08700.001238/2010-57, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, homologado em 3 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.003509/2010-67, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, aprovado sem restrições em 8 de dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.008025/2010-12, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 15 de junho de 2011.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.005889/2010-74, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 14 de dezembro de 2011.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.012261/2011-14, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 8 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.000062/2012-36, Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julgado em 14 de março de 2012.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.006439/2009-65, Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado em 23 de maio de 2012.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.011050/2011-65, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 31 de outubro de 2012.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.008736/2012-92, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 5 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.001271/2001-44, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 30 de janeiro de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.006121/2012-80, Relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, julgado em 30 de janeiro de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.002467/2012-17, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.003745/2010-83, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, julgado em 20 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.011027/2006-02, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.003937/2012-01, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.002870/2012-38, Relator Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, julgado em 28 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.003065/2012-21, Relator Conselheiro Ricardo Ruiz Machado, julgado em 19 de fevereiro de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.007899/2013-39, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 9 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, consulta nº 08700.000207/2014-02, Relator Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, julgado em 2 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.008447/2011-61, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 6 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.013191/2010-22, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 6 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08012.008448/2011-61, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 6 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.007093/2014-21, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 26 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.008301/2014-00, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 23 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. CADE, ato de concentração nº 08700.006310/2015-47, aprovado sem restrições pela Superintendência-Geral em 15 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.002917/2002-91, Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 29 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. CADE, processo administrativo nº 08012.001591/2004-47, Relator Conselheira Ana Frazão, julgado em 29 de julho de 2015.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BUCHÉB, José Alberto. Parcerias empresariais (joint ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 143, pp. 156-178, 2006.

CARVALHO, Erik Leonardo Freire. A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, vol. 1, pp. 74-91, 2013.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 2015. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica (new series)*, Londres, vol. 4, pp. 386-405, 1937.

\_\_\_\_\_. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 3, pp. 1-44, 1960.



COATES, Kevin. *Competition law and regulation of technology markets*. Nova Iorque: The Oxford University Press, 2011.

COELHO, Gustavo Flausino. A Questão do Não-Conhecimento das Operações no Direito Antitruste Brasileiro. *Revista do IBRAC*, v. 18, p. 131-141, 2011.

\_\_\_\_\_; SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A obrigatoriedade de aprovação concorrencial para operações de cessão de direitos de exploração e produção de petróleo e gás e a Lei nº 12.529/2011. In: Renata Albuquerque Lima; Humberto Pereira Vecchio; Venceslau Tavares Costa Filho. (Org.). *Direito Empresarial*. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011. *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 22, pp. 307-330, 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Commission clears the creation of the Covisint Automotive Internet Marketplace*. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-1155\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1155_en.htm?locale=en)>. Acesso em 2 de novembro de 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia, processo nº T-34/92, Segunda Seção, julgado em 16 de março de 1994.

\_\_\_\_\_. Comissão Europeia, processo nº C-250/92, Quinta Seção, julgado em 15 de dezembro de 1994.

\_\_\_\_\_. Comissão Europeia, processo nº C-238/05, Terceira Seção, julgado em 23 de novembro de 2006.

CORDOVIL, Leonor. Buying group ou grupos de compra: a análise das experiências norte-americana e brasileira. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. (Org.). *Compêndio de direito da concorrência: temas de fronteira*. São Paulo: Migalhas, 2015.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DEPARTMENT OF JUSTICE. *National Cooperative Research and Production Act of 1993*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/national-cooperative-research-and-production-act-1993>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Request for business review advice - Fair Factories Clearinghouse*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-fair-factories-clearinghouses-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Response to Brochem Marketing, Inc.'s request for business review letter*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-brochem-marketing-incs-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Response to Institute of Electrical and Electronics Engineers, Inc.'s request for business review letter*. Disponível em <[http://www.justice.gov/atr/response-institute-electrical-and-electronics-engineers-incs-request-business-review-letter#N\\_42\\_](http://www.justice.gov/atr/response-institute-electrical-and-electronics-engineers-incs-request-business-review-letter#N_42_)>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Response to National Consumer Telecommunications Data Exchange request for business review letter*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-national-consumer-telecommunications-data-exchange-request-business-review-letter>>. Acesso em 26 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Response to National Elevator Industry, Inc.'s request for business review letter*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-national-elevator-industry-incs-request-business-review-letter>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Response to VMEbus International Trade Association (Vita)'s request for business review letter*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/response-vmibus-international-trade-association-vitas-request-business-review-letter>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition*. Disponível em <<https://www.ftc.gov/reports/antitrust-enforcement-intellectual-property-rights-promoting-innovation-competition-report>>. Acesso em 29 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Antitrust guidelines for collaborations among competitors*. Disponível em <<http://www.ftc.gov>>. Acesso em 8 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Antitrust policy statement on sharing of Cybersecurity information*. Disponível em <[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/297681/140410ftcdocyberthreatstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297681/140410ftcdocyberthreatstmt.pdf)>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Statements of antitrust enforcement policy in health care*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care>>. Acesso em 25 de outubro de 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897).

\_\_\_\_\_. *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898).

\_\_\_\_\_. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

- \_\_\_\_\_. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).
- \_\_\_\_\_. *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921).
- \_\_\_\_\_. *Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925).
- \_\_\_\_\_. *Standard Oil Company v. United States* 283 U.S. 163 (1931).
- \_\_\_\_\_. *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).
- \_\_\_\_\_. *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 U.S. 553 (1936).
- \_\_\_\_\_. *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).
- \_\_\_\_\_. *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).
- \_\_\_\_\_. *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).
- \_\_\_\_\_. *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery* 472 U.S. 284 (1985).
- \_\_\_\_\_. *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).
- \_\_\_\_\_. *California Dental Association. v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999).
- \_\_\_\_\_. *PolyGram Holding, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29. (D.C. Cir. 2005).
- \_\_\_\_\_. *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F3d 297 (3d Cir 2007).
- \_\_\_\_\_. *American Needle, Inc. v. National Football League* 560 U.S. (2010).

FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Economia institucional: custos de transação e impactos sobre a política de defesa da concorrência. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

FARREL, Joseph; HAYES, John; SHAPIRO, Carl; SULLIVAN, Theresa. Standard setting, patents, and hold-up. *Antitrust Law Journal*, Washington, vol. 74, pp. 603-670, 2007.

FIRST, Harry. *Online music joint ventures: taken for a song*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=508685>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993.

FREIRE, Maria Paulo dos Reis Vaz. *Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. *The essential Galbraith*. Boston: Houghton Mifflin Company, 2001.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006.

GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 94, pp. 691-719, 1986.

HART, Oliver; MOORE, John. *Agreeing now to agree later: contracts that rule out but do not rule in*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=517665>>. Acesso em 6 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Incomplete contracts and renegotiation. *Econometrica*, Nova Iorque, vol. 56, pp. 755-785, 1988.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Foundations of incomplete contracts. *The Review of Economic Studies*, Estocolmo, vol. 66, pp. 115-138, 1999.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Property rights and the nature of the firm. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 98, pp. 1119-1158, 1990.

HAYEK, Friedrich August von. The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 35, pp. 519-530, 1945.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust and the close look: transaction cost economics in competition policy*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1661993>>. Acesso em 7 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Coase, Institutionalism, and the origins of Law and Economics. *Indiana Law Journal*, Bloomington, vol. 86, pp. 499-542, 2011.

\_\_\_\_\_. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005.

\_\_\_\_\_. *Harvard, Chicago, and transaction cost economics in antitrust analysis*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1592476>>. Acesso em 8 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Intra-enterprise activity, joint ventures and sports leagues; identifying unilateral conduct under the antitrust laws*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1511170>>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Robert Bork and vertical integration: leverage, foreclosure, and efficiency. *Antitrust Law Journal*, Washington, vol. 79, pp. 984-1001, 2014.

JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. Innovation, cooperation and antitrust. *High Technology Law Journal*, Berkeley, vol. 4, pp. 1-112, 1989.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

KIMMEL, Sheldon. *How and Why the Per Se Rule Against Price-Fixing Went Wrong*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/eag/221879.pdf>>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

KNIGHT, Frank. H. *Risk, uncertainty and profit*. Disponível em <<https://mises.org/library/risk-uncertainty-and-profit>>. Acesso em 26 de julho de 2015.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

LESLIE, Christopher R. Rationality analysis in antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, vol. 158, pp. 261-353, 2010.

LIEBOWITZ, S. J.; MARGOLIS, Stephen E. *Path dependence, lock-in, and history*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1706450>>. Acesso em 29 de novembro de 2015.

LIMA, Pollyana Pacheco. Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROTM. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, vol. 2, pp. 64-88, 2014.

MASOUDI, Gerald F. *Efficiency in analysis of antitrust, standard setting, and intellectual property*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/file/519331/download>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e plus factors. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, vol. 2, pp. 41-64, 2011.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NEGRI, João Alberto de; LEMOS, Mauro Borges. *Avaliação das Políticas de Incentivo à P&D e Inovação Tecnológica no Brasil*. Disponível em <<http://www.abimaq.org.br/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

NUNES, A. J. Avelãs. *Economia política: a produção – mercados e preços*. Coimbra: Serviços de Acção Social da U.C., 2007.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2000.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition issues in joint ventures*. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2379097.pdf>>. Acesso em 6 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Competition policy and efficiency claims in horizontal agreements*. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/mergers/2379526.pdf>>. Acesso em 8 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Information exchanges between competitors under competition law*. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. *Trade associations*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

PAGE, William H.; LOPATKA, John E. *The Microsoft case: antitrust, high technology, and consumer welfare*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

PAPP, Florian Wagner-von. *Information Exchange Agreements*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2015674>>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

PIRAINO JR., Thomas A. reconciling competition and cooperation: a new antitrust standard for joint ventures. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 35, pp. 870-941, 1994.

POSNER, Richard. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

RÖLLER; Lars-Hendrik; TOMBAK, Mihkel M.; SIEBERT, Ralph. *Why firms form research joint ventures: theory and evidence*. Disponível em <<http://econpapers.repec.org/paper/cprceprdp/1654.htm>>. Acesso em 13 de dezembro de 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 141, pp. 7-30, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito concorrencial*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SAMUELSON, Paul. Some uneasiness with the Coase Theorem. *Japan and the World Economy*, Los Angeles, vol. 7, pp. 1-7, 1995.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *A desconstitucionalização do direito da concorrência*. Disponível em <[http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz\\_-\\_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em 15 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova Iorque: Routledge, 2003.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

SHAPIRO, Carl; KATZ, Michael. Network externalities, competition, and compatibility. *The American Economic Review*, Pittsburgh, vol. 75, pp. 424-440, 1985.

\_\_\_\_\_; WILLIG, Robert D. On the antitrust treatment of production joint ventures. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 4, pp. 113-130, 1990.

SILVA, Ricardo Villela Mafra da. Aplicação do direito da concorrência em mercados de alta tecnologia. *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 22, pp. 355-376, 2012.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, vol. 69, pp. 99-118, 1955.

STIGLER, George J. The economics of information. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 69, pp. 213-225, 1961.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 2006.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; MUELLER, Bernardo. Economia dos Direitos de Propriedade. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

TADELIS, Steven. *Complexity, flexibility and the make-or-buy decision*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=297666>>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

TASSEY, Gregory. *Standardization in technology-based markets*. Disponível em <<http://www.nist.gov/director/planning/upload/researchpolicypaper.pdf>>. Acesso em 22 de novembro de 2015.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*. Londres: The MIT Press, 1988.

TRAKMAN, Leon E.; SHARMA, Kunal. The binding force of agreements to negotiate in good faith. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, vol. 73, pp. 598-628, 2014.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações – introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1953. v. 1.

VARIAN, Hal R.; FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. *The economics of information technology: an introduction*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative Science Quarterly*, Ithaca, vol. 36, pp. 269-296, 1991.

\_\_\_\_\_. Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, Pittsburgh, Vol. 58, pp. 18-36, 1966.

\_\_\_\_\_. Economies as an antitrust defense revisited. *The University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, Vol. 125, pp. 699-736, 1977.

\_\_\_\_\_. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications, a study in the economics of internal organization*. New York: The Free Press, 1975.

\_\_\_\_\_. Markets, hierarchies, and the modern corporation: an unfolding perspective. *Journal of Economic Behavior and Organization*, North Holland, vol. 17, pp. 335-352, 1992.

\_\_\_\_\_. Por que direito, economia e organizações? In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

\_\_\_\_\_. The economics of antitrust: transaction cost considerations. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, vol. 122, pp. 1439-1496, 1974.

\_\_\_\_\_. The economics of governance. *American Economic Review*, Nashville, vol. 95, pp. 1-18, 2005.

\_\_\_\_\_. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, vol. 16, pp. 171-195, 2002.

\_\_\_\_\_. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 22, pp. 233-261, 1979.

\_\_\_\_\_. *Transaction cost economics: the natural progression*. Disponível em <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson\\_lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson_lecture.pdf)>. Acesso em 8 de setembro de 2015.

\_\_\_\_\_. The vertical integration of production: market failure considerations. *American Economic Review*, Nashville, vol. 61, pp. 112-123, 1971.

\_\_\_\_\_; TADELIS, Steven. *Transaction Cost Economics*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2020176>>. Acesso em 9 de setembro de 2015.



ZHU, Tian. Incentive intensity, forbearance law and the governance of transactions. *Industrial and Corporate Change*, Oxford, vol. 13(6), pp. 855-866, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, P. F.; SZTAJN, Rachel. Economia dos Contratos. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.