

Antitruste *Under Pressure*: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção

Antitrust Under Pressure: Sustainability and Competition Policy under Times of Crisis

VINICIUS MARQUES DE CARVALHO¹

Universidade de São Paulo (USP). São Paulo (SP). Brasil.

RESUMO: Em um cenário de crise conjuntural, torna-se necessária uma visão sistêmica para reinvenção do sistema econômico. Nesse contexto, há espaço para utilizar o conhecimento acumulado para entender como a Política de Defesa da Concorrência (PDC) pode amortecer os impactos dessas crises conjunturais. Para tanto, (i) inicia-se com uma caracterização do impacto da crise sobre em mercados, (ii) examinam-se as rotas de fuga e *safe-harbours* disponíveis (notadamente, as teorias da firma falimentar, de mercados em declínio e a cooperação de agentes econômicos) e (iii) delineiam-se os riscos da PDC se tornar uma política de baixa intensidade. Conclui-se pela necessidade de maleabilidade e pelo reforço do caráter instrumental da PDC. Por fim, aponta-se para o risco de perda implícita da capacidade de intervenção da PDC, que pode ser reduzido por meio do diálogo com as empresas e a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Crise; cooperação; instrumentalidade; antitruste; política de defesa da concorrência.

ABSTRACT: In a crisis scenario, it is essential to develop a systemic analysis to reinvent the economic system. In this context, there is room to use the acquired knowledge to understand how the Competition Policy (PDC) can soften the impacts of these crisis. For that, I (i) start by characterizing the crisis' impacts on markets; (ii) examine the escape routes and safe-harbors available (notably, the failing firm and declining markets theory and cooperation between players); and (iii) delineate the risks for PDC to become a low-intensity policy. I conclude for the necessity of malleability and for the enhancement of PDC's instrumental character. Lastly, I point out to the risk of implicit loss of PDC's intervention capacity, that may be reduced through the development of dialogue with companies and society.

KEYWORDS: Crisis; cooperation; instrumentality; antitrust; competition policy.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Crise econômica e impactos nas estratégias empresariais; 2 Caixa de ferramentas da PDC; 2.1 Teoria da firma falimentar (*failing firm*); 2.2 Mercados em declínio (*declining markets*); 2.3 Cooperação entre agentes econômicos; 3 PDC: conjuntura e história nas crises; Conclusão; Referências.

1 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-2642-0033>>.

INTRODUÇÃO

Momentos de crise são propícios para algumas constatações que, em situações normais, escapam aos olhares menos atentos ou mais embaçados por algum tipo de catarata ideológica. A primeira delas é perceber que a economia está inserida nas instituições, regras e estruturas legais em um fluxo de causalidade muito diferente do que se poderia supor. Os limites do mercado ficam muito mais claros, principalmente porque as causas desses limites também vêm à luz. Ou seja, vem à tona com nitidez o fato de os mercados resultarem da forma como o Estado estrutura a sua governança por meio do Direito. E, portanto, assim como tudo que envolve o Direito, essa organização e estruturação nada tem de natural².

De repente, e, de uma vez, a crise exige uma reorganização do aparato estatal que viabiliza, de um lado, a contenção do poder privado e, de outro, o exercício de direitos que o Estado delega ao privado para modular as relações econômicas. O Estado é chamado, nessas circunstâncias, para realocar esses direitos de criação, coordenação e distribuição de recursos³. A forma como isso acontece acaba reforçando a ideia de que o Direito não se expressa apenas como um autenticador de vontades manifestadas segundo algum procedimento requerido, mas como um programador e ordenador das decisões políticas do Estado sobre a distribuição do que antes era excedente e agora, com a crise, torna-se escasso⁴.

O modelo de recuperação das crises expressa normativamente essa capacidade. Os sistemas que conseguem se adaptar à mudança, por meio de uma agenda compreensiva, tendem a ser mais propícios a lidar com a crise do que aqueles que simplesmente tentam manter o *enforcement* da

2 O Direito, e em especial o Direito Econômico, vem sendo reconhecido como substrato para construção de arranjos institucionais voltados à perseguição de objetivos econômicos. Nesse sentido, Polanyi, por exemplo, cunhou o duplo movimento das instituições econômicas, marcado por dois princípios organizadores na sociedade, o primeiro baseado no *laissez-faire* e o *free trade*; o segundo, na proteção social e instrumentos de intervenção como seus métodos. Ver: POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2. ed. Boston, MA: Beacon Press, 2001. p. 138-139.

3 Sobre o tema, ver PISTOR, Katharina. *The code of capital: how the law creates wealth and inequality*. Princeton University Press, 2020.

4 Swedberg destaca o papel do Estado político como garantia para devido deslinde das ações econômicas. Weber, nesse mesmo sentido, propõe a visão do Direito como “complexo de motivações efetivas da atuação humana real”, de forma a centrar a análise do Direito em sua relação com a ação social econômica. Assim, as relações causais recíprocas entre normas jurídicas e ação social econômica colocam o Direito em papel central de estimulador de comportamento dos agentes e, portanto, instituição de administração da escassez econômica. Nesse sentido: SWEDBERG, R. (2005). *Max Weber e a ideia de sociologia econômica*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ. (Coleção Economia e Sociedade, v. 5); WEBER, M. (1964). *Economía y sociedad*. 2. ed. em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica (1. ed. em alemão: 1922).

lei inalterado. De todo modo, o fato é que, na ausência de uma agenda sistêmica de superação da crise, recai invariavelmente sobre as políticas microeconômicas a pressão para, ao menos temporariamente, apurar seus métodos e objetivos no sentido de absorver e legitimar comportamentos empresariais de adaptação aos – e contenção dos – efeitos da crise. Uma coisa é certa: depositar todas as expectativas no poder estabilizador de dotações institucionais pode sobrecarregar as políticas públicas responsáveis pela supervisão de comportamentos econômicos⁵.

A Política de Defesa da Concorrência (PDC) tem sido alvo desse impasse ao longo da crise. De um lado, pressionada a reconhecer as mudanças econômicas profundas – por exemplo, quando verifica a necessidade de validação dos assim chamados “cartéis de crise”⁶ –, e, de outro, instada a manter os seus padrões de análise sobre o comportamento empresarial – por exemplo, rechaçando o uso de teorias como a *failing firm* de forma muito expansiva –, a PDC se vê numa encruzilhada.

A capacidade de intervenção da PDC foi construída tendo por base a correção eventual e residual dos mercados, e não a construção e o direcionamento dos mercados para cumprir o desiderato de uma forma de crescimento econômico, social e politicamente pactuada. Mas isso não quer dizer que ela deve abstrair a existência dessa agenda, nem que seja neutra

5 Segundo Levy e Spiller, dotações institucionais são expressas em cinco elementos: (i) instituições legislativas e executivas; (ii) instituições judiciais; (iii) normas implícitas; (iv) capacidades administrativas; e (v) consciência social. A regulação do comportamento econômico é mais afeita às dotações (i) e (iv), de forma que respostas a crises também são esperadas a partir desses eixos. Inalteração das dotações de instituições legislativas e executivas em momentos de ruptura pode ter como efeito sobrecarga intensa na dotação de capacidades administrativas, a ponto de não mais permitir que o ente execute a tarefa a que é incumbido. Ver, nesse sentido: LEVY, B.; SPILLER, P. T. The institutional foundations of regulation commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 10, n. 2, p. 201-246, out. 1994.

6 O tema tem sido amplamente abordado por autoridades e por entidades transnacionais. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou duas notas sobre o tema por meio de sua Divisão de Concorrência. A segunda delas oferece diretrizes e comparações entre jurisdição no tema dos acordos de colaboração entre concorrentes (OCDE. Co-operation between competitors in the time of Covid-19. Maio 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/mais-noticias/divisao-de-concorrencia-da-ocde-divulga-nota-sobre-cooperacao-entre-concorrentes/co-operation-between-competitors-in-the-time-of-covid-19-1.pdf>>. Acesso em: jun. 2020). No âmbito das autoridades, a Comissão Europeia, por exemplo, publicou Framework temporário com orientações às empresas sobre cooperação em resposta a situações urgentes à pandemia de Covid-19 (EUROPEAN COMMISSION. Temporary Framework Communication (2020/C 116 I/02). Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408(04)&from=EN)>. Acesso em: jun. 2020). O Cade criou Grupo de Trabalho para elaboração de documento com orientações sobre colaboração entre concorrentes em contextos de crise (Portaria Cade nº 248, de 22 de junho de 2020) e autorizou a colaboração entre um grupo de empresas concorrentes nesse contexto, no âmbito do Processo nº 08700.002396/2020-51.

em relação a essa dimensão. Não só não é, como pode, desavisada ou conscientemente, agir no sentido contrário em relação a essa pactuação.

Em momentos de crise, é natural que uma visão sistêmica ganhe mais relevância e passe a ser condição essencial para a recuperação e a reinvenção do sistema econômico. As políticas públicas não podem se dar ao luxo sequer de autoproclamarem-se neutras em face da “forma” de recuperação escolhida. Como no Brasil estamos longe de ter uma estratégia sistêmica, é natural que a PDC se ancore ainda mais no pacto construído nos últimos 30 anos. Arriscar-se no mar revolto do caos político, econômico e social em que estamos nos afundando seria um suicídio institucional. Mas um eventual voluntarismo suicida ou a paralisia militante dos nossos *policy makers* não são (nem podem ser) as nossas únicas alternativas.

Há espaço para, mesmo sem uma concertação sistêmica em torno da agenda de enfrentamento da crise, ativarmos a criatividade institucional e, por meio do conhecimento acumulado nos últimos anos, oferecermos saídas viáveis às inquietações. Em resumo, o manejo da PDC, baseado no consenso hoje existente sobre a sua função e instrumentos, pode ser útil para o enfrentamento dos efeitos da crise, desde que se reconheça (pelo menos num grau mínimo) a não neutralidade das políticas públicas e assim se compreenda que eventuais flexibilizações do ponto de vista de *enforcement*, se alinhadas com objetivos mais amplos e coerentes de manutenção da própria PDC, são primordiais para sua sobrevivência e para o sucesso da própria agenda de desenvolvimento.

Esse é o exercício que se pretende aqui desenvolver. Com efeito, e em minha defesa, adianto que não se supõe um horizonte, hoje distópico e otimista, em que se identifica uma agenda sistêmica de desenvolvimento de longo prazo, nem muito menos é minha intenção avaliar os impactos dessa agenda sobre a conformação atual da PDC, incluindo variações substanciais mais amplas que poderiam demandar um redesenho institucional para ganhar efetividade.

Nesse caminho, e apenas para oferecer uma degustação da missão, deveria enfrentar a questão a respeito de como a PDC deveria reagir a – ou ser instrumentalizada por – uma agenda de desenvolvimento inclusivo e sustentável. A resposta habitual de neutralidade não é suficiente sem agregar uma segunda questão. Se entendermos neutralidade no sentido de pelo menos não atrapalhar, seria necessário um novo acordo político em torno da PDC. Qual seria? Apenas como exemplo, a análise de efeitos deveria

incorporar os impactos das condutas sobre outros *stakeholders*? O bem-estar do consumidor deveria incorporar essa dimensão mais ampla de sustentabilidade?⁷. A PDC operaria na socialização de eventuais custos? Ou seja, o *consumer welfare* seria substituído por um *global welfare* que abarcaria uma dimensão qualitativa de bem-estar? A PDC poderia impor obrigações de investimentos ligados a essa agenda mais ampla e mudar a forma de aferir eficiências específicas de estratégias empresariais? Nesse sentido, a noção de eficiência específica pode passar a se relacionar aos objetivos sistêmicos da PDC e não ao nexo de causalidade da operação?

Enfim, consensos sobre agenda sistêmica direcionam todas as políticas para uma mensuração de impacto das condutas reguladas no longo prazo e em face dos objetivos dessa agenda, além de reacender a disputa política em torno da PDC, desobstruindo alguns caminhos e fechando outros.

Feita essa digressão, reafirmo que o objetivo do presente artigo é mais tímido. Trata-se, então, de tentar entender como a PDC pode amortecer os impactos de uma crise conjuntural, cujos contornos e efeitos estruturais ainda são imprevisíveis, sem necessariamente fazer um *tour de force* nas suas estratégias, objetivos e desenho institucional atuais.

Para tanto, inicio com uma breve caracterização dos impactos da crise sobre os mercados com o objetivo de delimitar as possíveis estratégias empresariais que podem ser desenhadas para enfrentá-los. Em seguida me proponho a abrir a “caixa de ferramentas” da PDC para lidar com os desafios decorrentes dessas estratégias, ou seja, examinar as rotas de fuga e *safe harbours* disponíveis em relação às situações que idealmente podem surgir, destacando seus limites, suas potencialidades e eventuais necessidades de adequação. Por fim, sem pretensão, mas assumindo o risco de um certo alarmismo, acabo por delinear os riscos de a PDC se tornar uma política de baixa intensidade e o que isso significa afinal.

1 CRISE ECONÔMICA E IMPACTOS NAS ESTRATÉGIAS EMPRESARIAIS

No que diz respeito ao debate que pretendo aqui travar, a crise econômica atual, especialmente decorrente da pandemia de Covid-19, tem uma vantagem em relação às anteriores: suas causas são indiscutíveis.

7 KUHN, Tilman; CARVALHO, Vinicius Marques de. Sustentabilidade no *enforcement* antitruste do Brasil e da União Europeia. *Jota*, 28 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/sustentabilidade-no-enforcement-antitruste-do-brasil-e-da-uniao-europeia-28012021>>. Acesso em 14 mar. 2021>.

Em crises anteriores, como as de 1929 e 2008, embora as causas imediatas fossem óbvias, suas causas remotas são passíveis de intensos debates. Há várias visões em disputa entre, de um lado, quem joga luz sobre as falhas de mercado combinadas com falta de regulação e, de outro, quem aponta para falhas de governo com excesso de regulação. Há ainda visões que se digladiam sobre um excesso de concorrência ou uma falta dela como causa das crises⁸.

Independente do diagnóstico que prevalece, brotam dessas crises possibilidades de reorganizações drásticas da forma como o Estado intervé na economia. O Estado tende muitas vezes a se posicionar de maneira mais ativa, seja como produtor, financiador ou regulador. Em síntese, novos equilíbrios ou instabilidades emergem por conta da ação pública, que, por sua vez, ao editar novos marcos normativos, provoca limitações de comportamento e até alteração de valores. Novas estruturas de incentivos são criadas de cima para baixo para evitar comportamentos oportunistas dos agentes responsáveis pelas crises, lançando mão de ferramentas de controle e responsabilização.

É certo que essa crise ainda continuará impactando profundamente a economia, mas talvez a grande nuance seja a dimensão qualitativa desse impacto, impulsionada pela forma como e em que amplitude os comportamentos do consumidor (demanda) devem se alterar em face da aceleração de uma série de tendências. Ou seja, será importante avaliar a reação a uma antecipação do futuro para a qual talvez não estivéssemos preparados. Tentarei explorar consequências muito específicas de um processo que ainda se conhece pouco. Portanto, trata-se de um exercício especulativo que pode tanto se revelar inútil, quanto, com sorte, promissor.

Padrões de consumo se alteraram sensivelmente e de maneira assimétrica em relação a vários setores da economia. Não me refiro apenas às reduções e aos aumentos de demanda de alguns produtos ou serviços devi-

8 Joseph Stiglitz, por exemplo, apresentou severas críticas à atuação do Banco Central estadunidense como principal pivô na crise de 2008, a partir, principalmente, dos efeitos microeconômicos da assimetria de informação nos mercados financeiros. Defende, nesse sentido, que a crise de 2008 foi produto do comportamento dos bancos resultante de incentivos mal orientados e sem restrições por uma regulamentação bem implementada. (STIGLITZ, J. The anatomy of a murder: who killed America's Economy? *Critical Review*, v. 21, n. 2 e 3, 2009). Como explicações à crise de 1929, importante salientar a dicotomia entre keynesianos e monetaristas (Friedman e Schwartz, principalmente), em que os primeiros atribuíam à superprodução e falta de demanda agregada; os segundos, a erros de política monetária estadunidense. (SCHWARTZ, A. J.; FRIEDMAN, M. A monetary history of the United States, 1867-1960. NBER Books, *National Bureau of Economic Research*, 1963; KEYNES, John Maynard. The general theory of employment. *The Quarterly Journal of Economics*, n. 51, p. 209-237, fev. 1937).

do ao isolamento social, como o maior consumo de produtos de limpeza, ou a observação esporádica de picos de demanda por produtos específicos. Pretendo aqui enfatizar mudanças que, se não forem duradouras, provavelmente terão impactos mais relevantes por um período mais longo de tempo. Por exemplo, ao migrarem em escala considerável para o consumo virtual, as pessoas se tornam mais suscetíveis a estratégias de vendas baseadas na exploração de vieses já bastante discutidos pela economia comportamental. Segundo o Stigler Center Report⁹, as plataformas digitais são um ambiente mais suscetível aos vieses do consumidor, ainda que tais vieses sejam comuns de forma geral no dia a dia. O mais conhecido desses vieses é a chamada racionalidade limitada. Enquanto a economia tradicional e seus modelos de oferta e demanda se desenvolveram sempre presumindo que o consumidor sabe perfeitamente bem quais são suas preferências e como priorizá-las, a economia comportamental se voltou a demonstrar que isso nem sempre é verdade. Seja por conta das limitações de acesso à informação que o consumidor enfrenta, seja porque ele meramente não é capaz de absorver e processar todas essas informações, seja ainda porque ele valoriza incorretamente a variável tempo (dá excessiva importância ao presente em face do futuro), o consumidor, por vezes, não é capaz de tomar decisões que se alinhem perfeitamente à lógica de maximização de seu interesse individual.

Essa questão vem sendo estudada bem antes de o tema da economia digital ganhar relevância¹⁰. O argumento que vem sendo explorado mais recentemente, porém, diz respeito a como essas questões são mais sensíveis em mercados digitais. Se é verdade que o consumidor valoriza mais o presente que o futuro, ele não estaria particularmente propenso a ler com atenção políticas de privacidade, o que pode ir contra seus próprios interesses de longo prazo. Se não é prático e confortável pesquisar em vários *sites* e plataformas pelos preços de um produto, o consumidor pode acabar realizando todas as suas transações numa única plataforma e aumentando seus custos, ainda que objetivamente ele prefira pagar o menor preço por aquele bem. Em tese, esse tipo de movimento poderia levar a uma consolidação (ou

9 STIGLER CENTER. Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report. Set. 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report>>. Acesso em: jun. 2020.

10 Ver, por exemplo, SIMON, H. A. *Models of bounded rationality*. Capítulo IV.3. London: The MIT Press, 1982; SIMON, H. A. Rationality as process and as product of thought. *Richard T. Ely Lecture*, v. 68, n. 2, 1978; KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-292, 1979.

ao menos à dificuldade de contestação) do poder de mercado dos agentes econômicos já estabelecidos.

Por outro lado, o isolamento social, e o próprio ambiente virtual, pode levar o consumidor a rever os seus desejos de consumo; em outras palavras, utilidade e necessidade podem se aproximar. Um consumidor reflexivo pode se tornar um elemento catalizador de comportamentos no ambiente virtual – por exemplo, pode ocorrer um movimento mais significativo de valorização de produtos sustentáveis em determinados grupos sociais, ou mesmo uma pressão para que determinadas empresas passem a ofertar produtos e serviços de acordo com determinados anseios desse consumidor reflexivo, que externa uma demanda que ganha adesão de outros. Esse empoderamento pode apresentar importantes oportunidades de negócio, mas também pode solapar determinadas estratégias empresariais. Isso porque o ambiente virtual confere visibilidade às estratégias de voz (ou seja, na linguagem utilizada por Hirschman, permite que o consumidor vocalize suas insatisfações ou desejos e assim busque, de alguma maneira, influenciar a oferta de produtos e serviços), mas também permite que movimentos de saída tenham impactos meteóricos, em grande medida porque muitos mercados digitais, em particular aqueles que se organizam enquanto plataformas, são caracterizados pelo *market tipping*, por conta dos efeitos de rede típicos desses modelos. Esses movimentos de voz e saída podem acontecer ao mesmo tempo, não em sequência, e de maneira abrupta¹¹.

Um exemplo interessante é aquele que se verificou com o boicote de diversas empresas ao Facebook em decorrência do movimento Black Lives Matter nos EUA. A mobilização começou pelas mãos de organizações da sociedade civil, como a NAACP, que entendiam que a empresa não tem feito o suficiente para impedir o discurso de ódio e outras condutas difamatórias e ameaçadoras contra populações negras em suas redes¹². Diversas empresas que historicamente se associam a causas sociais, como Ben & Jerry's¹³, decidiram parar seus anúncios na rede social no mês de julho de 2020, para demonstrar solidariedade com a causa e também para buscar

11 Sobre o tema, ver HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, voice, and loyalty: responses to decline in firms, organizations, and states*. Harvard University Press, 1970.

12 NAACP. #StopHate coalition responds to Facebook's announcement about disinformation and political misinformation. *NAACP*, 26 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.naacp.org/latest/stop-hate-coalition-responds-facebooks-announcement-disinformation-political-misinformation/>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

13 BEN & JERRY'S. Ben & Jerry's Joins #StopHateForProfit Campaign, Puts Facebook Ads on Pause. *Ben & Jerry's*, 23 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.benjerry.com/about-us/media-center/stop-hate-for-profit>>.

instigar uma mudança de comportamento do próprio Facebook. É também verdade que o movimento provavelmente foi impulsionado pelo desejo dos anunciantes em demonstrar seu poder coletivo frente à rede social, mas o fato é que houve um impacto significativo aos rendimentos do Facebook com propaganda, e um impulso ainda maior em relação à regulação das plataformas digitais, inclusive no que diz respeito à sua responsabilização em relação a conteúdo de terceiros.

Gostaria de frisar, com essa observação, que a crise atual, provavelmente em grau superior em relação às anteriores, pode promover mudanças de valores de baixo para cima. Tal fenômeno não vai emergir apenas de uma reorganização de políticas regulatórias estatais, mas também de situações em que alterações de preferências passam a decorrer de reflexões dos consumidores em escala.

Diante do cenário apresentado acima e considerando, por óbvio, possíveis apostas do mercado sobre os efeitos passageiros e permanentes da crise, é natural nos aventurarmos a prever as reações das empresas.

Elas podem se dividir em estratégias de adaptação e estratégias de contenção. As primeiras, ao mesmo tempo em que reagem aos efeitos da crise, buscam sustentabilidade no longo prazo a partir de alguma visão (ainda que fosca) sobre o futuro. Esquemáticamente, e sem almejar esgotar o rol de estratégias possíveis, aqui se inserem as agendas de reorganização das cadeias de valor e nacionalização de centros decisórios e as estratégias de investimento para lidar com as tendências descritas de antecipação do futuro, envolvendo a transição dos setores tradicionais para o modelo de plataformas digitais.

O movimento de digitalização de setores tradicionais, inclusive, já pode ser observado na prática. No Brasil, isso ocorreu de forma muito acelerada no setor financeiro e, em particular, em meios de pagamento, talvez com maior ênfase no elo de credenciamento da cadeia. Houve uma expansão bastante significativa do número de atores econômicos operantes¹⁴ e também uma enorme diversificação de serviços ofertados, inclusive com

14 O Cade, ao expor as transformações do setor, atribuídas em parte às mudanças regulatórias realizadas, afirmou, em seu Caderno do Mercado de Instrumentos de Pagamento, que “essa regulação visou à adoção de modelo que incorporasse novas instituições aos arranjos de pagamento e também a necessidade de que houvesse uma atuação mais neutra dos agentes que participam desse mercado. [...] essas mudanças representaram uma nova fase no segmento de instrumentos de pagamento, com maior abertura do mercado no lado do credenciamento e, também, maior facilidade de acesso às bandeiras líderes da indústria” (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS (DEE) – CADE. Cadernos do Cade: Mercado de Instrumentos de Pagamento. Out.

movimentos das empresas do setor para agregação de novas funcionalidades. Para ficarmos em apenas um exemplo, a StoneCo adquiriu, em 2020, a Linx, com o objetivo de tornar-se uma provedora integrada de *software* empresarial e pagamentos¹⁵. Mais recentemente, o próprio Banco Central buscou, de alguma forma, atuar nesse cenário, instituindo o pix – que exigiu de determinadas empresas e ofertou a outras a entrada num sistema de transações digitais facilitadas e aceleradas.

Na saúde suplementar, essa digitalização, inclusive, foi acelerada por demandas sanitárias da pandemia. A telemedicina, tema que vinha engatinhando no Brasil e que encontrava barreiras regulatórias relevantes, de repente se tornou praticamente essencial para viabilizar o atendimento dos pacientes em condições de maior segurança. Igualmente, na educação, se antes o ensino a distância era visto com resistência, em 2020 ele se tornou uma realidade imposta a milhões de alunos em todo o mundo – e, hoje, debate-se como as ferramentas e os aprendizados da pandemia podem vir a ser melhor aproveitados nos sistemas de ensino daqui para frente¹⁶.

Já as estratégias de contenção buscam a sobrevivência das empresas em setores em que não se aposta em uma aceleração do futuro ou, ainda que se aposte, não há caminhos no curto prazo – inclusive apoio governamental – para investir nessa transição. Nesse caso, pode-se investir em busca de maior eficiência produtiva com inovações gerenciais, em redução da capacidade ociosa (quando viável), redução ou aumento no portfólio de produtos, reconversão industrial. Ou seja, novos modelos de produção e distribuição podem surgir e se perpetuar em decorrência da crise.

Claro que estratégias de contenção e adaptação podem muito bem se combinar para alterar tanto a estrutura dos mercados quanto a dinâmica competitiva, tudo isso por meio de uma reorganização das firmas. Essa realidade pode ser ilustrada pelo movimento feito pela Arábia Saudita em 2019. Em meio aos debates sobre práticas ESG (*Environmental, Social, and Governance*), o País, que é um dos principais produtores mundiais de petróleo e

2019. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/CadernoMercadodeinstrumentosdepagamento.pdf>>. Acesso em: jun. 2020).

15 Ver: LINX. Fato relevante – Novos termos da operação com a Stone e Fundadores da Linx. Disponível em: <<http://ri.linx.com.br/noticia/6537/>>. Acesso em: jun. 2020.

16 Cf. VIEIRA, Márcia de Freitas; SILVA, Carlos Manuel Seco da. A educação no contexto da pandemia de Covid-19: uma revisão sistemática de literatura. *Revista Brasileira de Informática na Educação*, [s.l.], v. 28, p. 1013-1031, 16 fev. 2020. Sociedade Brasileira de Computação – SB. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5753/rbie.2020.28.0.1013>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

cuja economia é fortemente dependente do combustível fóssil, implementou um programa chamado *Mtujadeda*, voltado para o desenvolvimento de energias renováveis. O projeto está oferecendo empréstimos a projetos focados no desenvolvimento de energias do tipo e aos produtores de componentes necessários ao desenvolvimento dessas mesmas iniciativas¹⁷.

Em linguagem que qualquer iniciado em direito concorrencial estará familiarizado: mudanças em variáveis como mercado relevante, escala mínima viável, padrão de substituição de produtos na dimensão da oferta e da demanda, barreiras à entrada, entre outras, acarretam impactos na identificação de poder de mercado e no dimensionamento de seus efeitos. Essas questões podem, inclusive, passar pelo crivo da autoridade concorrencial, na medida em que se apresentarem na forma de alianças estratégicas entre empresas, fusões e aquisições ou mesmo reorganização dos modelos de distribuição e precificação (rearranjos dos acordos verticais).

Estratégias de contenção ou adaptação podem, evidentemente, lançar mão de instrumentos jurídicos similares. A diferença reside nas análises sobre a forma como as autoridades concorrenciais irão mensurar os efeitos que essas estratégias podem produzir sobre a concorrência. Enquanto as estratégias de adaptação tendem a ser vistas com bons olhos, as estratégias de contenção, nem tanto. Elas tendem a receber um olhar mais cauteloso porque, ao contrário do que normalmente acontece com as de adaptação, frequentemente não estão fincadas em argumentos de transformação estrutural e disruptiva dos mercados em face de (r)evoluções tecnológicas. Pelo contrário, como o nome ressalta, as estratégias de contenção consistem em reações rápidas das empresas que visam, ao menos em um primeiro estágio, à proteção dos mercados e suas cadeias produtivas por meio de arranjos que tentam evitar a redução drástica da rentabilidade e, portanto, a quebra de algumas empresas.

Destaca-se que, em condições normais, essas quebras podem sugerir um processo de seleção natural típico de economias de mercado operando em algum nível de equilíbrio – que é precisamente aquilo que se considera saudável do ponto de vista da autoridade concorrencial. Nada mais distante do que ocorre em crises como a atual, no entanto. Quando um número significativo de empresas de um setor opera em níveis abaixo da escala

17 ARGAAAM. SIDF says Mtujadeda program has three main funding pillars. *Argaam*, 2 out. 2019. Disponível em: <<https://www.argaam.com/en/article/article/detail/id/1318265>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

mínima viável, há desestruturação das cadeias produtivas que pode levar a concentrações de mercado que se perenizam nos períodos posteriores à crise, por exemplo. Ou seja, não se trata de movimento natural de eliminação de concorrentes menos eficientes, pelo contrário. Em circunstâncias mais extremas, esse tipo de movimento pode acarretar até a extinção daquele mercado, do ponto de vista da oferta, durante um período de tempo razoável, o que implica perda razoável de bem-estar social.

A questão então é saber se a caixa de ferramentas da PDC dispõe de instrumentos analíticos para lidar com essas situações, quais instrumentos são esses e se devem sofrer mudanças.

2 CAIXA DE FERRAMENTAS DA PDC

Como dito, na medida em que pretendo analisar se a PDC possui instrumentos e mecanismos que a permitam adaptar-se ao contexto de crise e endereçar esse contexto de forma satisfatória, faço aqui uma breve explicação sobre o contexto geral de políticas de defesa da concorrência no mundo – e no Brasil – no que diz respeito à sua estabilidade e à sua intensidade.

As políticas públicas podem, de uma maneira geral, adquirir estabilidade em um ambiente de baixa ou de alta intensidade. Explico. Elas podem ser implementadas de forma razoavelmente homogênea e sem mudanças radicais de objetivos e métodos ao longo do tempo, seja porque há um acordo entre os campos políticos que disputam a agenda pública, no sentido de que essa política produz efeitos positivos para a sociedade e que, portanto, dados certos princípios gerais, deve ser preservada ao longo do tempo; seja porque, apesar de não haver acordo algum, a insignificância dos efeitos dessa política é fiadora da sua própria sobrevivência. No primeiro caso, refiro-me à estabilidade de alta intensidade e, no segundo, à de baixa intensidade.

Pretendo demonstrar que a PDC, em vários países do mundo, migrou, a partir do final da década de 1990, para esse padrão de política estável com alta intensidade. Há uma série de variáveis políticas (nacionais e internacionais), institucionais e econômicas que explicam esse processo¹⁸. No caso

18 A globalização do antitruste teve uma rápida ascensão dos anos 1980 aos anos 1990, tendo sido caracterizada pela percepção de que o *enforcement* de um só Estado seria insuficiente para endereçar problemas das empresas multinacionais. Não obstante, enquanto a economia era global, as regras eram nacionais, levando à necessidade da criação de *standards* mínimos de *enforcement* antitruste. Cf. MELAMED, A. Douglas. International antitrust in an age of international deregulation. *George Mason Law Review*, v. 6, n. 3,

brasileiro, apesar de a Lei nº 8.884/1994 começar a ensaiar esse processo, foi apenas a partir da implementação da Lei nº 12.529/2011 que se pode afirmar, sem receio, que se atingiu o padrão descrito acima.

Um dos elementos para garantir a estabilidade ao longo do tempo de uma política pública que se manifesta a partir da análise de comportamentos de atores específicos, construindo-se de maneira indutiva, é a presença de noções que sejam instrumentalizadas para lidar com camisas de força interpretativas (“rotas de fuga”) e hipóteses de incidência que configurem atalhos interpretativos (“safe-harbours”). A questão que será objeto de análise aqui é saber se elas asseguram a maleabilidade necessária para adaptações a mudanças no ambiente político e econômico.

Ocorre que crises econômicas podem transformar políticas com alta intensidade em políticas de baixa intensidade se (i) houver perda da capacidade de esses elementos (*rotas de fugas* e *safe harbours*) serem suficientes para calibrar e filtrar os estímulos vindos desse contexto e (ii) a PDC não criar novas rotas de fugas e *safe harbours*.

A PDC é uma política lastreada, em sua faceta de *enforcement*, em uma lógica de intervenção não constitutiva de mercados, ou seja, apresenta-se como delimitadora de comportamentos, mas não criadora direta de utilidade pública¹⁹. Por isso, normalmente, a sua alta intensidade está associada a esse escopo específico e sua capacitação não está vinculada a um conhecimento compreensivo dos mercados, mas sim ao domínio de um ou vários métodos de análise.

Simboliza assim uma intervenção estatal idealizada como típica de um Estado liberal, corretor e não criador de mercados, de um Estado que só intervém estruturalmente em momentos de crise. A questão é que, quando se imagina o Estado imergindo na vida econômica apenas de maneira eventual, a sua capacidade de conhecimento sobre essa realidade fica comprometida, o que seria essencial em momentos decisivos como o atual. As

p. 437-446, 1998; LANUCARA, Lucio. The globalization of antitrust enforcement: governance issues and legal responses. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 433-459, 2002.

19 Nesse sentido, Salomão Filho considera que o Direito exerce função ambivalente: valorativa, à medida que dá sentido e valor à norma, e define o seu conteúdo; e de instrumento de conhecimento da própria sociedade, ao permitir que a sociedade compreenda as relações que se deslindam em seu bojo. Assim, em referência ao direito da concorrência, explica que “a proteção da concorrência, permitindo a escolha, leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor concorrência influi, portanto, duplamente sobre a realidade, permitindo a cada indivíduo conhecê-la” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 113).

ferramentas disponíveis condicionam a política pública, que pode, por sua vez, restringir os próprios acordos políticos sobre as formas de agir.

Sendo assim, se tomarmos o desenho institucional existente como dado, as mudanças da política pública serão sempre incrementais nos limites dessas estruturas criadas. No caso da PDC, as crises podem renovar o acordo político e os critérios de implementação para o futuro, mas, em um primeiro momento, faz sentido avaliar se há mecanismos de reação baseados no *learn by doing* criado pela construção institucional mais recente.

As políticas de defesa da concorrência normalmente se estruturam em torno de um ou mais objetivos normalmente associados a evitar comportamentos empresariais que reduzam a oferta, bem como acarretem aumento de preços ou perda de qualidade dos produtos em um dado mercado. Esses objetivos, por sua vez, são alcançados por meio de algum tipo de equilíbrio entre a ação pública e os comprometimentos dos atores privados cujas condutas são disciplinadas por essa política. Quando a efetividade de uma política é mensurada pelo grau de comprometimento dos agentes a esses objetivos, essa adesão é mediada por procedimentos de aferição muitas vezes estruturados por regras de incidência materiais e procedimentais²⁰. O conjunto delas e sua forma de interação constitui o que se costuma chamar de desenho institucional da política.

Nesse cenário, a adesão do privado ocorre quando respeita os critérios de submissão de seus comportamentos à PDC ou quando, ainda que não precise submeter seu comportamento diretamente, consegue extrair das decisões públicas elementos suficientes para informar o dimensionamento de suas ações.

Desse modo, a PDC deve ser capaz de criar critérios de amostragem suficientemente eficazes para, simultaneamente, (i) construir capacidade cognitiva sobre a dinâmica competitiva dos mercados, (ii) incidir sobre

20 São inúmeros os exemplos que podem ser apresentados na defesa da concorrência desse tipo de regra. Entre eles, estão os critérios materiais de notificação obrigatória no controle de estruturas, em que, no Brasil, o faturamento do grupo empresarial determina a necessidade de engajamento com a autoridade concorrencial; e o patamar de presunção de posição dominante no controle de conduta, em que determinado nível de participação de mercado pode ser tomado como *proxy* para a existência ou não de capacidade de distorção de um mercado por um agente privado. Mais recentemente, especialmente no Direito antitruste comunitário europeu, vem sendo sedimentada a ideia de responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes. A partir desse critério, empresas com poder de mercado muito considerável (monopólio ou quase monopólio) são submetidas a tratamento mais rigoroso, devendo evitar qualquer prejuízo à concorrência genuína e não distorcida com condutas que não se enquadrem em uma competição no mérito – ainda que os termos dessa competição não estejam claramente definidos.

comportamentos supostamente impregnados de maior risco para o objetivo a que visa proteger e (iii) oferecer aos agentes econômicos alguma zona de conforto para o desenvolvimento de suas estratégias empresariais²¹.

Nem é preciso dizer que, em tempos normais, a modulação dessas variáveis já seria uma tarefa refinada e constante. Mesmo quando os objetivos não se alteram, os mercados evoluem. Apenas para exemplificar, o desenvolvimento tecnológico incide ressignificando a noção do que poderia ser um ativo econômico e criando modelos em que há indissociabilidade entre as eficiências e as barreiras à entrada criadas. A incidência de políticas estatais também pode interferir nesse balanço, ao alterar o aparato regulatório de um setor, modificar tarifas de comércio internacional ou, ainda, decidir criminalizar uma conduta como acordo entre concorrentes, sem deixar claro a que tipo de acordo se refere.

Um movimento que demonstra essa preocupação é a investigação das chamadas *killer acquisitions*, aquisições que seriam voltadas a impedir que empresas nascentes cheguem a ser rivais efetivas por conta de suas estratégias de inovação, levando a uma compra desses agentes econômicos em estágios iniciais de desenvolvimento de seus negócios. É um caso claro em que se busca verificar se alguma variável antes tida como inofensiva pode se constituir como barreira à entrada relevante no mercado. Investigações dessa natureza têm sido feitas em diversas jurisdições, inclusive no Brasil²², porém ainda sem conclusões empíricas sólidas. Há diversos autores que sustentam que o argumento genérico por trás do argumento dos defensores da teoria das *killer acquisitions* está longe de ser efetivamente comprovado, ainda que possa se sustentar em casos específicos. Afinal, não é

21 Pode ser citado o esforço da autoridade concorrencial brasileira em melhor definir as situações em que contratos associativos devem ser notificados previamente, a partir da conjugação de normativa com parâmetros objetivos sobre o assunto (Resolução nº 17/2016/Cade) e de conjunto de decisões com o objetivo de melhor delimitar o regime de notificação obrigatória desses contratos. Outro exemplo é a definição do cálculo de faturamento em operações envolvendo fundos de investimento, em que o esforço de sistematização se deu com a elaboração de Resolução nº 02/2012/Cade, e vem sendo discutido para melhor definição jurisprudencial desde então. No Direito antitruste estadunidense, é comum a definição de “safe harbors”, entendidos como “rules that preclude a finding of a competition infringement and/or make it unnecessary to assess market circumstances in order to find a conduct lawful if certain pre-determined conditions are met” (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Merger Guidelines. 1968. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf>>. Acesso em: jun. 2020).

22 Em julho de 2020, o Cade iniciou o Procedimento nº 08700.002785/2020-21, em que consultou 18 das principais empresas de tecnologia atuantes no Brasil acerca de todas as transações realizadas por elas nos últimos 10 anos. O objetivo da autarquia é de consolidar base de dados que permita ao julgador traçar perfil de operações que possam ser consideradas “killer acquisitions” e, a partir disso, concentrar os esforços em anúncios de fusões e aquisições vindouras que detenham esse perfil de possível anticompetitividade. Até a data de conclusão do presente artigo, nenhuma decisão ou publicação final havia sido disponibilizada pelo Cade.

possível afirmar que certas aquisições (como a da DoubleClick pelo Google, usualmente referida nesse tipo de contexto), se não tivessem sido levadas a cabo, teriam resultado em rivais efetivos no mercado.

Em geral, no cenário acima, por mais rápidas que sejam as transformações, a PDC tem autonomia suficiente para reavaliar a modulação existente e a governabilidade necessária para ordenar e dimensionar o ritmo das mudanças necessárias em sua agenda.

Reconhece-se, portanto, que a PDC é sensível a estímulos externos. Redesenho de outras políticas regulatórias, novas dotações institucionais e alterações no conhecimento econômico impactam a agenda antitruste. Mas não só; em situações normais, a PDC pode arbitrar sobre a forma de fazer eventuais mudanças com mais serenidade e maior abertura ao diálogo com a sociedade civil. A escolha pode ser endereçada por meio de alterações legais ou infralegais, elaboração de *guidelines* ou súmulas, reinterpretação de conceitos ou absorção de novas teorias (econômicas ou jurídicas) expressas em pareceres, votos e decisões em geral²³.

Em uma situação de crise econômica severa, no entanto, a PDC não pode se dar ao luxo de digerir esses estímulos de maneira gradual e ordenada por meio de edição comedida de novas orientações ou normas. Se o faz, muitas vezes, premida pela urgência, as medidas acabam sendo genéricas em demasia e, portanto, inúteis ou, pior, podem cair na armadilha de criarem exceções muito amplas que limitam sua capacidade de *enforcement* para muito além do recomendável. Ou seja, a maneira como se estruturam as regras substanciais ganha ainda mais relevância nesse contexto.

Para não ser levada de roldão por estratégias empresariais e medidas estatais que possam atingir seus alicerces, talvez o melhor caminho para a

23 Recentemente, no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90, que apura cartel em licitações no setor de componentes eletrônicos para telecomunicações, em seu voto-vista, o Conselheiro Sérgio Ravagnani apresentou novo posicionamento sobre a penalização de pessoas físicas em casos de cartel, defendendo que não há atualmente previsão legal para penalização de pessoas físicas não administradoras relacionadas a empresas investigadas. O Conselheiro o fez a partir de nova interpretação jurídica do texto dos incisos I e II do art. 37. No controle de estruturas, podem ser citadas as evoluções jurisprudenciais na definição de mercados relevantes, que, em muitas situações, absorvem teorias econômicas que até então não eram consideradas nas decisões. Um bom exemplo é a definição da dimensão geográfica de mercados relevantes em que a propensão de deslocamento do consumidor influi na área em que agentes podem ser considerados concorrentes, com a adoção de raios. No setor de saúde (ACs 08700.004030/2018-47, 08700.008061/2016-13, 08700.006574/2016-81, dentre outros), sedimentou-se regra de análise de fluxo em que se considera a área de influência de um agente a distância dentro da qual estão concentrados os endereços de 75% dos consumidores. Essa regra passou então a ser adotada em outros setores com características semelhantes, como o de varejo (AC 08700.007277/2018-15).

PDC seja demonstrar destreza e maleabilidade no manuseio da sua caixa de ferramentas interpretativa.

Como mencionei anteriormente, agrego essas ferramentas em dois grupos distintos: (i) hipóteses de incidência que configurem atalhos ou roteiros interpretativos (*safe-harbours*)²⁴ e (ii) noções que permitam fugir de camisas de força interpretativas (“rotas de fuga”). Ressalto que meu objetivo é apresentar tão somente aquelas noções ou teorias que podem, no meu entender, ser instrumentalizadas para enfrentar dilemas decorrentes da crise durante a análise de atos de concentração ou de condutas empresariais, dado o foco deste artigo. Tendo isto em vista, os instrumentos e as teorias a serem analisados são (i) teoria da firma falimentar (*failing firm*), (ii) mercados em declínio (*declining markets*) e (iii) cooperação entre agentes econômicos.

Todas elas permitem retirar da – ou inserir na – esfera de preocupação das autoridades concorrenciais estratégias empresariais com base em algum roteiro ou teste de incidência, estabelecendo, assim, presunções de legalidade, organizando a alocação de ônus da prova e, no fim, qualificando possíveis condutas dentro de uma estrutura específica da regra da razão²⁵.

2.1 TEORIA DA FIRMA FALIMENTAR (*FAILING FIRM*)

Nesta tentativa de apresentar ferramentas interpretativas desenvolvidas pela PDC que podem ser instrumentalizadas para endereçar os dilemas que emergem em situações de severa crise econômica, destaco, em primeiro lugar, a teoria da *failing firm*.

A teoria da *failing firm* ou *failing firm defense* encontra aplicação no âmbito do controle de atos de concentração. A partir da conjugação do

24 Sobre o tema de *safe-harbours* aplicado ao contexto norte-americano, ver EDWARDS, Lindsey M.; WRIGHT, Joshua D. The death of antitrust safe harbors: causes and consequences. *George Mason Law Review*, v. 23, p. 1205, 2015. Disponível em: <http://www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/WrightEdwards_ReadyforJCl.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

25 Nesse sentido, importante destacar a experiência acumulada das Cortes estadunidenses, que se baseiam em três métodos de análise para determinar se a conduta é anticompetitiva. Em geral, estes métodos enquadram-se num espectro baseado no nível de prova que um reclamante deve apresentar para comprovação de eventual ilegalidade de uma conduta. Estes métodos de análises são a (i) análise *per se*, (ii) a regra da razão abreviada e (iii) a regra da razão completa. A forma de análise utilizada por um tribunal depende em grande parte do tipo de conduta em questão. A análise pela regra da razão é utilizada por essas Cortes para uma gama mais ampla de condutas, contando geralmente com uma análise econômica mais detalhada. Para certas condutas semelhantes àquelas potencialmente ilegais *per se*, é possível a adoção de regra da razão abreviada, que implica aplicação de uma presunção refutável de dano concorrencial.

princípio da livre concorrência e o da preservação da empresa em crise²⁶, autoridades antitruste têm reconhecido que pode haver permissividade na ocorrência de significativas concentrações se verificado que os eventuais efeitos anticompetitivos associados à operação são superados pelo ganho social decorrente da permanência de uma determinada empresa no mercado. A aplicação dessa teoria realiza, portanto, uma ponderação relevante capaz de favorecer a aprovação da operação, partindo da premissa de que a intervenção da autoridade concorrencial – no sentido de reprovar a operação – é capaz de gerar mais prejuízos do que a aprovação do ato de concentração.

Em resposta aos estímulos exógenos gerados pela crise de 1929, a teoria da *failing firm* começou a ser moldada no Estados Unidos da América (EUA), em 1930, no julgamento realizado pela Suprema Corte estadunidense entre a *International Shoe Co.* e a *Federal Trade Commission* (FTC)²⁷. Nessa decisão, a Suprema Corte reverteu o julgamento do FTC e reconheceu que, apesar de se observar, em uma operação entre concorrentes, considerável nível de concentração de mercado, a aquisição de uma empresa em crise não violaria a legislação antitruste. Ao se debruçar sobre a operação que tratava da compra, pela *International Shoe Co.*, da maior parte do capital social da sua concorrente, a *W. H. Mc Elwain Company*, que estava em grave crise financeira, a Corte compreendeu que não havia a finalidade de diminuir a concorrência, e que a operação, na realidade, poderia atenuar os efeitos prejudiciais de eventual falência.

Nos anos que se sucederam à sua primeira utilização, a teoria da *failing firm* foi mobilizada em diversas outras oportunidades na jurisprudência estadunidense²⁸, sendo possível compreender que poucos casos efetiva-

26 A ProCade já se manifestou nesse sentido no Parecer ProCade nº 33/2011 no Ato de Concentração nº 08012.007520/2009-62 (Requerentes: Companhia Brasileira de Cartuchos e Amadeo Rossi S.A. Metalúrgica e Munições): “Há certo consenso entre os doutrinadores de que a aplicação da *failing firm theory* representa a inserção, na análise de concentrações econômicas, de outros valores que não meramente os de eficiência econômica pura. Richard Posner afirma que ‘*the defense is thus one of the clearest example in antitrust Law of a desire to subordinate competition to other values*’ (Posner, 1981, p. 472). O Professor Hovenkamp reforça a ideia, ao explicar que ‘*the history of failing company defense indicates that it was probably designed to protect the creditors, owners or stockholders and employees of small businesses*’ (Hovenkamp, 2005, p. 551)”.

27 US SUPREME COURT. *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

28 Uma reconstrução da jurisprudência norte-americana sobre a teoria da *failing firm* pode ser consultada em OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da *failing firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência. 2014. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/browse?type=author&value=Oliveira+J%C3%BAnior%2C+Ferna>

mente cumpriram os requisitos de sua aplicação. Dentre os julgados posteriores, o precedente *Citizen Publishing Co. v. United States*²⁹ nos oferece boas referências sobre o desenvolvimento dos critérios de aplicação dessa teoria. Nesse caso, a Suprema Corte analisou a formação de uma *joint venture* entre os dois maiores jornais de uma cidade, *The Citizen* e *The Star*, cujo período de duração seria de 25 anos, sob condições extremamente restritivas à concorrência. As requerentes alegavam que a operação estava amparada na teoria da *failing firm*, uma vez que o *The Citizen* passava por grave crise econômica. Contudo, ao examinar o caso, a Corte afastou a aplicação da teoria, dado que não restavam caracterizados os três requisitos necessários à sua aplicação:

*The requirements of the failing company doctrine were not met. (a) There is no indication that the Citizen's owners were thinking of liquidating the company or selling the newspaper, and there is no evidence that the agreement was the last straw at which the Citizen grasped. (b) The failing company doctrine can be applied only if it is established that the acquiring company is the only available purchaser. (c) The prospects for the failing company of reorganization through receivership or through Chapter X or Chapter XI of the Bankruptcy Act would have to be dim or nonexistent to make the failing company doctrine applicable. (d) The burden of proving that the requirements of the doctrine are met is on those who seek refuge under it, and that burden has not been satisfied here.*³⁰

Consolidando essa evolução jurisprudencial, o Guia de Análise de Concentrações Horizontais do *Department of Justice* (DOJ) e FTC, publicado em agosto de 2010, incorporou a *failing firm defense* aos parâmetros para avaliar o efeito líquido sobre o ambiente competitivo de determinada operação. Assim, a Seção 11 reconhece que “[...] uma concentração não é suscetível de reforçar o poder de mercado se a falência iminente, conforme definido a seguir, se uma das empresas envolvidas na concentração puder causar a saída dos ativos dessa empresa do mercado relevante”³¹.

ndo+Ant%C3%B4nio+Alves+de>. Acesso em: jun. 2020. No mesmo sentido, Athayde e Faria oferecem um breve histórico em ATHAYDE, Amanda; FÁRIA, Luísa. Antitruste diante de crises: um breve histórico da experiência norte-americana. *Jota*, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/antitruste-diante-de-criises-um-breve-historico-da-experiencia-norte-americana-27052020#_ftnref9>.

29 US SUPREME COURT. *Citizen Publishing Co. v. United States*, 394 U.S. 131 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/131/>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

30 *Ibidem*.

31 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. 2010, p. 35.

É explicado que se trata de circunstância excepcional, e sua aplicação só deve ser realizada nos casos raros em que for comprovado que, ao final, a não ocorrência daquela concentração específica terá consequências piores aos consumidores do que a sua ocorrência. Portanto, o Guia dispõe que, para que a teoria seja aceita, as companhias que pretendem realizar a concentração devem comprovar que a empresa supostamente em crise: (1) não seria capaz de cumprir com suas obrigações financeiras no futuro próximo; (2) não seria capaz de se reorganizar com sucesso por meio dos instrumentos previstos na legislação de falência e recuperação judicial; (3) tem feito esforços infrutíferos, de boa fé, para obter alternativas razoáveis que iriam manter seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado e que constituam um menor perigo para a concorrência do que a operação proposta.

Os critérios definidos para aplicação da teoria da *failing firm* na experiência estadunidense foram adotados em diversas outras jurisdições. Na União Europeia, por exemplo, foi desenvolvido o conceito de *rescue merger* aplicável a atos de concentração envolvendo companhias em crise. Apesar de não estar definida na legislação, a aplicação da teoria da *failing firm* está delineada no Guia de Análise de Concentrações Horizontais da Comissão Europeia³². O item VIII do referido Guia dedica-se ao tema e esclarece que a teoria da *failing firm* pode justificar a aprovação de uma operação potencialmente anticompetitiva envolvendo uma empresa em crise quando “a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração é causada pela concentração. É o que acontece quando a estrutura concorrencial do mercado se deteriora, pelo menos na mesma extensão, na ausência de concentração”³³. Há, assim, uma preocupação em se apurar se a estrutura competitiva do mercado seria prejudicada na mesma extensão caso a operação não fosse realizada. Para empreender tal análise, a Comissão elenca três critérios para verificar a aplicabilidade de teoria da *failing firm* em determinada operação:

Primeiro, a sociedade em falência poderia ser forçada a sair do mercado, em um futuro próximo, em razão de dificuldades financeiras, caso não seja adquirida por outra. Segundo, não existe uma alternativa menos anticompetitiva do que a compra apresentada. Terceiro, na ausência de fusão, os ativos da sociedade em falência poderiam sair, inevitavelmente, do mercado.

32 EUROPEAN COMMISSION. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. Fev. 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52004XC0205%2802%29>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

33 Ibidem, §89 (versão em português).

Esse critérios delineados no Guia direcionaram a aplicação da PDC pela Comissão Europeia e em precedentes emblemáticos como *Kali & Salz-case (Commission Decision 94/449/EC, datada de 14 de dezembro de 1993)*³⁴ e *BASF/Eurodial/Pantochim-case (Case M. 2314, com decisão da Comissão datada de 11 de julho de 2001)*³⁵, nos quais a aprovação das operações foi fundamentada pela teoria *failing firm*.

No âmbito nacional, a teoria da *failing firm* foi incorporada aos critérios de análise de atos de concentração. Na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), tanto sob a vigência da Lei nº 8.884/1994 quanto sob a lei atual (Lei nº 12.529/2011), a aplicação da teoria foi ponderada em diversas operações apreciadas pelo Conselho.

Recupera-se que a primeira discussão sobre aplicação da teoria *failing firm* ocorreu no Ato de Concentração nº 0016/1994, envolvendo a Siderúrgica Laisa S/A (Grupo Gerdau) e a Cia. Siderúrgica Pains (Grupo Korf GmbH). Ao articular os preceitos da teoria à luz dos critérios desenvolvidos no direito estadunidense, o Conselho entendeu que o argumento de que a empresa adquirida estaria passando por grande crise financeira não seria suficiente para justificar a aprovação sem restrições do ato de concentração.

A alegação de que a empresa se encontrava em estado próximo à insolvência, em razão das dificuldades financeiras enfrentadas pela sua controladora, não restou comprovada nos autos. O certo é que a Pains continua produzindo e, mesmo que se aceite a argumentação de que vinha carecendo de mais adequados investimentos para a sua expansão, não se pode inferir, tão e simplesmente, que a única alternativa viável para a sua sobrevivência seria a sua aquisição pelo Grupo Gerdau.

De forma análoga, em diversos outros precedentes julgados sob a égide da Lei nº 8.884/1994, o Cade adotou postura bastante rigorosa nos casos em que a *failing firm defense* era suscitada, compreendendo, na maior parte das vezes, que os requisitos para aplicação da teoria não estavam preenchidos³⁶. Contudo, posição dissonante pode ser observada no julgamento do

34 EUROPEAN COMMISSION. 94/449/EC: Commission Decision of 14 December 1993 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Case No IV/M.308 – Kali-Salz/MdK/Treuhand). 21 jul. 1994. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31994D0449>>.

35 EUROPEAN COMMISSION. Case No COMP/M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim. 11 jul. 2001. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2314_en.pdf>.

36 Nesse sentido, são destacáveis os Atos de Concentração nºs 0044/1995 (Cia. Belgo-Mineira – Mendes Júnior Siderurgia), 08012.000304/1998-81 (Taurus – Amadeo Rossi), 08012.007520/2009-62 (CBC – Amadeo Rossi), 0092/1996 (Celite – Incepa), 0084/1996 (Cofap Mahle – Metal Leve), 08012.007374/1997-34 (Baesa – Brahma) e 08012.005205/1999-68 (Casil – São Juliano Participações).

Ato de Concentração nº 08012.014340/2007-75 (Votorantim Metais Zinco S.A. e Massa Falida de Mineração Areinse S.A.). Nessa operação, a teoria foi uma das circunstâncias que fundamentaram a aprovação da operação sem restrições, muito embora não tenha havido grande aprofundamento da análise da sua incidência ao caso, conforme pode ser observado em trecho do voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos:

Considerando essas informações (baixas barreiras à entrada, rivalidade, possibilidade de importação e poder de barganha das siderúrgicas), *somado ao fato de se tratar de aquisição de direitos minerários de uma empresa em fase de liquidação judicial (teoria da failing company), e, em especial, no qual houve leilão judicial com proposta apenas da VMZ (fl.6)*, há de se considerar que é desnecessária a solicitação de maiores informações acerca do mercado, de modo que a operação deve ser aprovada sem restrições.

Outro importante elemento para análise do desenvolvimento da *failing firm* no Brasil é o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (Guia H) publicado pelo Cade em junho de 2016. O documento traz, no seu item 5, a possibilidade de aplicação da teoria da *failing firm* (também chamada na publicação de “teoria da empresa insolvente”) como argumento favorável para a efetivação da operação. De acordo com o Guia H, em linha com a jurisprudência internacional, a teoria somente poderá ser adotada nos casos em que as requerentes comprovem, cumulativamente, a satisfação dos seguintes requisitos:

- (i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras;
- (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico; e
- (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.³⁷

37 CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, p 54. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

Após a importante consolidação de critérios para aplicação da *failing firm* feita pelo Guia H, nos últimos anos, sob a égide da Lei nº 12.529/2011, podem ser destacados dois casos em que a teoria foi suscitada pelas partes como argumento para aprovação das operações. No julgamento do Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83 (Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda.) em outubro de 2017, o Conselho reconheceu que, a despeito dos argumentos apresentados pelas requerentes, não foram atendidos todos os requisitos para aplicação da teoria:

Assim, em relação aos requisitos para a aplicação da teoria da *failing firm defense*, resta demonstrado que as Requerentes não atenderam todos os requisitos. Nesse sentido, *não foi comprovado que a operação era absolutamente necessária para a manutenção dos ativos da Mataboi no mercado, bem como restou provado que o grupo JBJ não era o único interessado na operação e, ainda, que após a operação o grupo JBJ fechou a planta de Rondonópolis, o que é contra a lógica da failing firm defense, que pretende manter os ativos da empresa no mercado.* (grifos nossos)³⁸

Poucos meses depois, em fevereiro de 2018, a discussão sobre a aplicação da teoria da *failing firm* retornou ao Cade no julgamento do Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32, que envolveu o Grupo Petrote-mex S.A. e a Petrobras. A transação envolveu a compra, pela Petrote-mex, da companhia Petroquímica de Pernambuco e da Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco (Citepe), ambas subsidiárias da Petrobras. Ao longo da instrução do caso, as partes apresentaram argumentos de que a venda dos ativos era a única solução para manter as atividades desenvolvidas pelas empresas (fornecimento de PTA e resina PTE) e evitar prejuízos maiores aos consumidores. Em face dessas alegações, a Superintendência-Geral do Cade (SG) e o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) procuraram verificar se estavam preenchidos os três requisitos para aplicação da teoria da *failing firm*, consolidados no Guia H.

Após a análise empreendida pelas duas divisões, conclui-se que, apesar de se atestar o cumprimento de dois dos três requisitos previstos no Guia H, as partes não conseguiram comprovar que, em caso de reprovação, a empresa seria incapaz de manter suas obrigações financeiras ou que os ativos

38 Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83 (Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda.) de 20.10.2017.

deixariam o mercado³⁹. Contudo, é importante destacar que a análise dos efeitos líquidos não negativos não se encerrou no exame dos requisitos da teoria da *failing firm* apresentados acima. Nesse caso, a SG, acompanhada pela Conselheira relatora do caso, Cristiane Alkmin, empreendeu uma análise contrafactual para avaliar se a venda dos ativos para o outro agente interessado verificado nos autos seria mais ou menos prejudicial à concorrência do que a operação em questão. Após essa análise, prevaleceu no Conselho o entendimento de que a operação, apesar de gerar diversas preocupações concorrenciais, seria o resultado menos danoso para o mercado brasileiro. Essa conclusão foi fundamentada em dois pontos: o primeiro é que existiria probabilidade razoável de que a Petrobras não mantivesse os ativos das duas subsidiárias e descontinuasse a operação; já o segundo é que, caso os ativos fossem alienados para o outro agente interessado (M&G), a operação geraria efeitos mais negativos aos consumidores de um dos mercados relevantes afetados. Com base nesses fundamentos, o ato de concentração foi aprovado mediante a celebração de acordo. Vê-se, assim, que, apesar de afastar a aplicação dos requisitos da *failing firm*, nesse caso, a compreensão de que o cenário concorrencial seria mais gravemente afetado com a saída dos ativos ou alienação para outra agente econômico foi o argumento central para a aprovação da operação.

À luz da análise apresentada, observa-se que a aplicação da teoria da *failing firm* nas três jurisdições consideradas são similares e restritivas, baseadas no desenvolvimento pioneiro da ferramenta no Direito estadunidense para situações reconhecidas como excepcionais. A revisão da jurisprudência e dos três guias revela que cabe à empresa em crise a difícil

39 Conforme demonstrado no seguinte trecho do Parecer da SG (SEI nº 0414953): “*Há indícios nos autos que apontam para a existência dos dois primeiros pressupostos. Primeiramente, os dados financeiros apresentados pela Petrobras denotam que as Empresas-Objeto passam, de fato, por dificuldades financeiras. Ademais, a Petrobras, controladora, informa – e há informações públicas nesse sentido, que os desinvestimentos têm por objetivo permitir à empresa voltar o foco para suas atividades principais. Não obstante esses elementos, não é possível afirmar, de maneira peremptória, que em caso de uma reprovação a empresa seria incapaz de manter suas obrigações financeiras ou que os ativos deixariam o mercado. As partes não apresentaram informações suficientes no sentido de que a manutenção da operação seria inviável nas condições atuais. Ressalta-se que o posicionamento da SG foi acompanhado pelo Conselheiro João Paulo de Resende, em seu voto vogal pela reprovação da operação: A leitura da SG está, a meu ver, acertada. A teoria da *failling firm* defense não exige tão somente que se demonstre prejuízos acumulados, mas que a falência levaria a uma situação concorrencial pior que a concentração trazida pelo ato de concentração. Ou seja, a firma estar em crise é diferente de sua dificuldade financeira ser um problema concorrencial. É possível, por exemplo, que um agente externo (não o único concorrente atual) tivesse interesse em entrar no mercado, caso os ativos fossem vendidos a preços muito atraentes. A percepção de lucro ou prejuízo depende do valor do investimento pelo ativo produzido. No limite, um ativo adquirido a preço zero implica que qualquer resultado operacional positivo seria interessante do ponto de vista empresarial. Em outras palavras, o preço do ativo se ajusta para equilibrar o fluxo de caixa do projeto*”.

tarefa de provar que se esforçou para obter compradores alternativos. Além disso, também é desafiadora a determinação prevista nos guias de que a empresa vendedora deve comprovar, de forma irrefutável, que encerraria suas atividades caso a operação não se concretize. No caso brasileiro, um desafio adicional que se impõe a partir dos critérios definidos pelo Guia H é a demonstração, pelas requerentes, de que os efeitos líquidos do ato de concentração não são negativos⁴⁰.

Em conjunto, os aspectos mencionados podem ser tidos como obstáculos à aplicação da teoria da *failing firm* em cenários de grave crise econômica. Contudo, a partir do manejo dos próprios parâmetros construídos pela teoria, seria possível desenvolver uma resposta a curto prazo para as questões que emergem da crise. Nesse sentido, reconheço como ponto central para expandir a aplicabilidade da teoria *failing firm* a inversão total ou parcial do ônus da prova em relação ao cumprimento dos requisitos previstos pelas autoridades. Os órgãos antitruste dispõem de ferramentas eficientes de instrução, como o envio de ofícios e a elaboração de estudos econométricos, capazes de adequadamente avaliar se existem outros agentes econômicos interessados em adquirir os ativos das empresas em crise e sob quais condições isso ocorreria. Além disso, a experiência acumulada das autoridades permite que a avaliação dos efeitos líquidos da operação seja mais facilmente apurada pelos seus órgãos de instrução. Foi justamente o que ocorreu no caso Petrobras/Pretotemex, que, como visto, a partir de uma análise contrafactual, observou que a operação proposta apresentava os efeitos menos danosos ao ambiente concorrencial brasileiro.

Assim, considero que a aplicação da teoria da *failing firm*, a partir do manejo e da flexibilização de alguns dos seus critérios, pode se revelar como um instrumento útil à PDC para enfrentar um cenário de crise excepcional em que muitas empresas podem vislumbrar a venda de seus ativos para concorrentes como uma solução adequada e até mesmo necessária.

40 Ainda que esse requisito não seja exclusivo para o caso de aplicação da teoria de *failing firm*. Conforme a seguinte passagem do Guia: "Igualmente, aqui, o requisito de efeitos líquidos não-negativos deve ser preenchido. É dizer que o Cade deve concluir que os efeitos antitrustes decorrentes da reprovação da operação (e da, acredita-se, provável falência da empresa) seriam piores que a concentração gerada pela operação. O ônus da prova da existência desses elementos recai sobre as requerentes" (CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Jul. 2016, p. 55).

2.2 MERCADOS EM DECLÍNIO (*DECLINING MARKETS*)

Em um cenário de grandes choques econômicos, como a atual crise decorrente da pandemia da Covid-19, a situação de grave crise financeira pode não ser particular a determinado agente econômico, mas sim estendida a toda uma indústria, de modo que a teoria da *failing firm* não oferece parâmetros suficientes para analisar a questão⁴¹. Para enfrentar situações como essa, uma das ferramentas interpretativas desenvolvidas pela PDC é a teoria do *declining market/failing market*.

Podem ser reconhecidos como *declining markets* (ou mercados em declínio) aqueles em que é verificada uma restrição constante da demanda e a reversão dessa tendência é improvável, seja em razão da introdução de novas tecnologias, seja em razão de mudanças no comportamento do consumidor, ou quaisquer alterações da demanda de natureza perene. São excluídos dessa definição os mercados que passam por restrições sazonais, com possibilidade de recuperação⁴².

Ao longo das últimas décadas, desenvolveu-se o argumento de que, em atos de concentração realizados nesses mercados em declínio, autoridades concorrenciais devem empreender uma análise antitruste diferenciada, principalmente em termos de avaliação de níveis de concentração de mercado, tendo em vista que, em razão da crise estrutural observada no setor, qualquer exercício de poder de mercado torna-se improvável, pois condutas nesse sentido podem acelerar o processo de extinção de modelo de negócio das firmas existentes e, por conseguinte, do próprio mercado⁴³. Nesse sentido, são destacáveis as contribuições do trabalho de Malcom Coate e Andrew Kleit:

There are a number of reasons not to enforce a strict merger policy in a declining industry. First, firms may have no incentive to raise price after a merger.

41 "At first glance, it may appear that the failing firm defense should be sufficient for declining industries, because it creates no escape from the antitrust laws for firms in danger of business failure. This defense, however, is of little use when the problem involves the optimal approach to the removal of sets from an industry [...] If the failing firm is in immediate danger of closing and no alternative purchaser exists, the firms in a declining industry are likely to merely sit by and watch it exit. No firm will need to buy the business to close it down, because the forces are assumed to be leading to closing." (COATE, Malcolm B.; KLEIT, Andrew N. Antitrust policy for declining industries. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft*, v. 147, n. 3, p. 480, 1991. Disponível em: <www.jstor.org/stable/40751430>. Acesso em: 23 jun. 2020)

42 Voto Relator do ex-Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração nº 08012.007520/2009-62 (Requerentes: Companhia Brasileira de Cartuchos – CBC, Amadeu Rossi S.A. e Metal Craft Metalúrgica Ltda.).

43 Parecer da SG no Ato de Concentração nº 08700.012599/2015-33.

If firms do have the incentive to raise price, government attempts to force prices below their long run equilibrium may serve to capture short run benefits for consumers. In the long run, however, such a policy of expropriation is likely to raise the cost of capital to firms and therefore eliminate any short run benefits the policy may generate [...] Finally, recent game theory literature implies that important externalities from exit exist in declining industries. Given that the best method of internalizing these factors is by merger, a tight merger policy may result in inefficient exit from declining industries and thus higher long term prices to consumers.⁴⁴

Partindo dessas premissas, o Cade aplicou a teoria do *declining market* em pelo menos cinco oportunidades nos últimos anos. Nas análises empreendidas, a autoridade buscou compreender (i) se de fato tratava-se de um mercado em declínio; (ii) a partir dessa constatação, se, não obstante o aumento de posição dominante da parte adquirente, não seria provável o exercício de poder de mercado; (iii) se os efeitos líquidos da operação seriam socialmente desejáveis.

O ato de concentração precursor desse debate no Brasil foi a operação em que a empresa Amadeu Rossi S.A. vendeu seu negócio de armas para a empresa Munições Forja Taurus S.A.⁴⁵, julgada em 2008. Nessa oportunidade, o Conselheiro Relator, Olavo Chinaglia, destacou a baixa probabilidade de exercício de poder de mercado em um mercado em que se observava significativa retração de demanda:

O contexto, já mencionado, de retração da demanda, ao mesmo tempo em que torna a entrada de novos competidores altamente improvável, elimina qualquer incentivo para que as empresas estabelecidas exerçam o seu poder de mercado de forma abusiva [...]. [N]ão é razoável se supor que os ofertantes de tais bens estejam em condições de adotar estratégias de elevação supracompetitiva dos seus patamares de preços, seja qual for a sua participação de mercado.

Pouco tempo depois, o reconhecimento de que se tratava de um *declining market* foi aspecto central para a aprovação sem restrições de uma outra operação que consistia na celebração de um contrato de aluguel dos ativos no mercado de “espoletas Berdan” de uma das empresas envolvi-

44 COATE, Malcolm B.; KLEIT, Andrew N. Op. cit., p. 494.

45 Ato de Concentração nº 08012.008901/2008-88 (Requerentes Amadeu Rossi S.A. Munições Forja Taurus S.A.).

das⁴⁶. Neste caso paradigmático sobre o tema, relatado pelo então conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, decidiu-se pela aprovação sem restrições do ato de concentração que, muito embora estivesse possibilitando a monopolização de um mercado, apresentava características de uma indústria em declínio. Para fundamentar sua posição, o conselheiro relator destacou que:

Ao estabelecer uma política mais flexível para mercados que se encontram em situação de declínio, a autoridade estará permitindo uma melhor racionalização dos ativos e da produção naquele mercado. Essa racionalização pode ser materializada por meio da utilização dos ativos mais eficientes de ambas as requerentes, adequação de métodos produtivos, e outras adaptações que só poderiam ser alcançadas por meio da operação. Em síntese, indústrias em declínio e, conseqüentemente, com capacidades ociosas crescentes, permitem ajustes mais amplos do que em mercados estagnados ou com demanda crescente, pelo simples fato de que, nesses últimos, não há a possibilidade de, ao menos no curto prazo, abrir mão de ativos produtivos em favor de uma maior eficiência.

Na análise do caso, verificou-se que o mercado em questão estava enfrentando uma significativa e persistente redução da demanda, provavelmente em razão de mudanças de hábito dos consumidores e alterações legislativas. Somado a isso, observou-se a não ocorrência de entradas nos cinco anos anteriores. Desse modo, concluiu-se que se tratava efetivamente de um mercado em declínio, sendo afastada a hipótese de que a tendência de recessão seria temporária. O avanço da análise demonstrou que, ainda que a operação estivesse reforçando a posição dominante de uma das requerentes, não eram identificados incentivos (ou condições) para a imposição de um aumento de preços – conduta que somente aceleraria o processo de declínio do mercado. Além disso, a partir de uma análise contrafactual, extrapolando situações futuras do mercado com ou sem a operação, observou-se que o ato de concentração apresentava elementos que o tornavam socialmente desejável – manutenção dos ativos disponíveis no setor e conseqüentemente da capacidade instalada da indústria, aprimoramento das linhas de produção e melhor aproveitamento dos recursos –, ao passo que rejeição da operação poderia trazer prejuízos superiores que uma eventual aprovação.

46 Ato de Concentração nº 08012.007520/2009-62 (Requerentes: Companhia Brasileira de Cartuchos – CBC, Amadeu Rossi S.A. e Metal Craft Metalúrgica Ltda.).

Seguindo o mesmo raciocínio, em três atos de concentração aprovados pelo Cade em 2016, a teoria do *declining market* foi mobilizada pela autoridade na análise de operações nos mercados de (i) mídias físicas de entretenimento doméstico (e.g., DVDs e *blu-rays*)⁴⁷ e (ii) mídia física para jogos de *videogame*⁴⁸. Nesses três atos de concentração, que avaliaram efeitos de contratos associativos, constatou-se que tanto o mercado de mídia física para entretenimento doméstico quanto o mercado de mídia física para jogos de *videogame* estavam em consistente processo de declínio, em decorrência da introdução e consolidação de novas tecnologias. A SG partiu dessa constatação para opinar pela reduzida possibilidade de exercício de poder de mercado em razão da concretização das operações:

Assim como concluído nos Atos de Concentração nºs 08700.005689/2016-59 (WBHE/Sony DADC) e 08700.012599/2015-33 (WBHE/Sony DADC), pode-se dizer que a atual situação do mercado de distribuição de jogos em mídia ótica faz com que qualquer exercício de poder de mercado por parte da Sonopress-Rimo seja improvável, pois condutas nesse sentido podem acelerar o processo de extinção do modelo de negócio das firmas existentes no mercado e, por conseguinte, o próprio mercado.

Considerando a breve reconstrução dos fundamentos e a aplicação desse instrumento aqui apresentadas, podemos concluir que, no contexto da crise provocada pela pandemia de Covid-19, a teoria do *declining market* poderia ser aplicada em atos de concentração em mercados cujas condições de demanda foram afetadas de maneira significativa e não reversível a curto prazo em razão de mudanças de hábitos dos consumidores ou até mesmo em razão de restrições de natureza sanitária. Para que seja efetiva e abranja mercados afetados pela crise corrente, seria desejável que a avaliação sobre se estamos tratando de um mercado em declínio seja feita a partir de um recorte temporal mais reduzido, compreendendo, portanto, eventuais restrições da demanda associadas a mudanças abruptas provocadas pela Covid-19, que, embora só possam observadas por um curto

47 Ato de Concentração nº 08700.012599/2015-33 (Requerentes: Sony DADC Brasil Indústria Comércio e Distribuição Vídeo – Fonográfica Ltda. (“Sony DADC”); e Warner Bros. Home Entertainment Inc. (“WBHE”)), aprovado sem restrições em 12.02.2016.

48 Ato de Concentração nº 08700.005689/2016-59 (Requerentes: Warner Bros. Home Entertainment Inc. (“WBHE”) e Sony DADC Brasil Indústria Comércio e Distribuição Vídeo-fonográfica Ltda. (“Sony DADC”)), aprovado sem restrições em 15.09.2016; e Ato de Concentração nº 08700.006315/2016-51 (Requerentes: Warner Bros. Home Entertainment Inc. (“WBHE”) e Sonopress-Rimo Indústria e Comércio Fonográfica S.A. (“Sonopress-Rimo”)), aprovada sem restrições em 04.10.2016.

período imediatamente posterior à pandemia, podem afetar a dinâmica de determinado setor de forma permanente.

2.3 COOPERAÇÃO ENTRE AGENTES ECONÔMICOS

No contexto de grandes choques econômicos e alterações completas das condições concorrenciais, uma das alternativas encontradas pelos agentes econômicos é a adoção de estratégias cooperativas. Para uma devida análise dessas estratégias, é necessária a revisão das ferramentas interpretativas construídas pela PDC para lidar com as múltiplas formas de cooperação entre agentes. Assim, na busca de instrumentos que permitam a sustentabilidade a longo prazo de mercados impactados por crises econômicas severas, uma das questões que se impõe é compreender em que medida a cooperação entre agentes econômicos pode ser admitida.

No Direito antitruste, a temática das cooperações entre agentes econômicos está situada na fronteira entre o controle de condutas e o controle de atos de concentração. De um lado, estratégias cooperativas formalizadas sob a forma de contratos ou alterações societárias podem ser submetidas enquanto atos de concentração à autoridade, seja como *joint ventures*, seja como contratos associativos. No Brasil, ambas as operações estão previstas no art. 90 da Lei nº 12.529/2011. Na jurisprudência nacional, estão registrados casos de *joint ventures* que implicaram a formação de uma estrutura cooperativa com atenuação da concorrência entre seus integrantes, com o intuito de enfrentar situações adversas provocadas por mudanças em seus respectivos mercados, sendo um exemplo marcante o Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21, envolvendo as emissoras de televisão SBT, Record e Rede TV!.

De modo análogo, a própria evolução normativa dos elementos definidores dos contratos associativos tem estabelecido que esses arranjos necessariamente implicam a cooperação, entre agentes concorrentes, para desenvolvimento conjunto de atividade econômica. Desde 2016, a partir da vigência da Resolução Cade nº 17, existem dois critérios cumulativos para averiguar a obrigatoriedade de submissão à autoridade concorrencial brasileira de um contrato associativo: (i) vigência contratual igual ou superior a dois anos; (ii) estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica. Para o preenchimento desse segundo critério, as partes devem ser concorrentes no mercado relevante objeto do contrato e deve haver compartilhamento de riscos e resultados.

Paralelamente, estratégias cooperativas não formalizadas sob a estrutura de uma *joint venture* e/ou que não preenchem os requisitos estabelecidos para notificação de contratos associativos são usualmente analisadas pelo Direito antitruste pela ótica do controle de condutas. Nesses casos, a análise da evolução jurisprudencial das autoridades concorrenciais demonstra que prevalece o entendimento de que tais cooperações representam uma ameaça ao ambiente competitivo, sendo usualmente reconhecidas como cartéis. É majoritário, então, a compreensão de que o cartel é uma das piores ofensas à ordem econômica, uma vez que permite às empresas perpetradoras se apropriarem dos ganhos da ausência de competição em detrimento da base consumidora, principalmente sob a forma de preços mais elevados. Assim, em uma análise estática de um cenário de choque econômico, pode-se afirmar que a formação de um acordo entre concorrentes em um momento de crise não foge desse diagnóstico.

Contudo, nas discussões vistas a partir da expansão da crise provocada pela epidemia da Covid-19, observa-se a difusão do entendimento de que o desequilíbrio causado por um choque exógeno de tamanha magnitude no sistema econômico requer que as autoridades antitruste avaliem o processo competitivo sob uma perspectiva mais dinâmica e de longo prazo, revisando suas concepções sobre cartéis e outras medidas emergenciais. É nesse sentido a publicação de Jenny⁴⁹, Presidente do Comitê de Concorrência da OCDE, que ressalta que, diante da desestruturação de um número significativo de cadeias produtivas, é desejável que as autoridades de defesa da concorrência passem a adotar uma postura mais flexível em relação à análise de cooperação entre concorrentes.

Como dito, a crise atual desequilibrou, de forma grave, as condições de oferta e demanda e provavelmente irá gerar uma elevação substancial dos níveis de concentração. Assim, como efeito secundário, poderá ser observada uma alteração substancial das condições negociais das atividades econômicas. Particularmente, essas mudanças devem ocorrer de forma mais grave quando as relações econômicas forem estabelecidas não apenas entre duas empresas de porte equivalente, mas sim quando um dos polos é ocupado, por exemplo, por cooperativas e prestadores de serviços de plataformas digitais. Vê-se, assim, que a crise agrava um cenário de desequilíbrio já

49 JENNY, F. Economic Resilience, globalisation and market governance: facing the Covid-19 Test. 2020. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Economic-Resilience-Globalisation-and-Market-Governance-Facing-the-COVID-19-Test.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

em ascensão nos últimos anos associado a um processo de autonomização do trabalho. Esse diagnóstico reacende a controversa discussão no Direito antitruste sobre os limites da negociação coletiva e aplicabilidade da teoria do poder compensatório.

A acentuação da crise associada ao incremento do uso das *digital labor platforms*⁵⁰ pode tornar conveniente que o Direito antitruste reavalie sua resistência histórica em relação à licitude das negociações coletivas (sobretudo aquelas organizadas por empregados e profissionais autônomos)⁵¹ e passe a considerar em sua análise a teoria do poder compensatório. Sendo mais flexível, portanto, com iniciativas de coordenação entre agentes econômicos – sobretudo prestadores de serviço reunidos fora do âmbito dos sindicatos, profissionais autônomos e pequenas empresas – visando à adoção de práticas comerciais uniformes com o intuito de ampliar seu poder de barganha para obter melhores condições comerciais⁵². Uma possível ferramenta para aplicação desse teoria seria a mobilização dos critérios propostos por Furquim e Almeida⁵³ para avaliação de legitimidade do exercício do poder compensatório: (i) forte assimetria de negociação *ex ante* e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; (ii) coordenação horizontal que resulte em uma mudança no padrão de negociação, de descentralização para um barganha bilateral; e (iii) impossibilidade de que o poder compensatório inverta a relação assimétrica, que é o pressuposto para a sua tolerância.

Partindo para a perspectiva particular das firmas, uma série de variáveis concorrenciais chave para a tomada de decisão pelas empresas é alterada de maneira abrupta durante choques econômicos. Algumas dessas

50 Maiores descrições sobre o conceito de *digital labor platforms* podem ser consultadas em publicação da Organização Internacional do Trabalho. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world. 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

51 Nesse sentido ver, por exemplo, HOVENKAMP, H. Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930. *Texas Law Rev.*, v. 66, p. 919, 1987; CADE. Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71. Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN5pMJw2M-qAHVVMJ_mwsCZAesE-YYjQYvWhwysOm0oVZnJDI7HdhKeTlCdTxuK4HQBHZmPV8mHJJYyrqgL3bE08012.004276/2004-71>. Acesso em: 9 jul. 2020.

52 Para maiores discussões sobre poder compensatório, ver GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo americano: o conceito do poder compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008; FURQUIM, Paulo; ALMEIDA, Silva Fagá. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009; CADE. Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71. Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

53 FURQUIM, Paulo; ALMEIDA, Silva Fagá. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009.

alterações se tornam perenes e paradigmáticas, o que exige uma adequação à nova realidade. Outras mudanças, por outro lado, são passageiras, mas podem mesmo assim ter efeitos avassaladores que não refletem critérios de mérito concorrencial ou otimização normal de mercado. Em cenários como esse, a incerteza passa a permear todas ou quase todas as variáveis concorrenciais relevantes, existindo grande dificuldade de identificação de quais movimentos são transitórios e quais se consolidarão. Dentro desse quadro, é compreensível que as empresas busquem arranjos temporários de cooperação, em especial porque a redução das pressões competitivas lhes confere mais espaço para sobreviver em momentos de crise.

A adoção dessas estratégias pode ser positiva se a normalidade no nível de concorrência for retomando e se, por causa do acordo de crise, mais empresas conseguirem sobreviver ao choque, resultando em uma estrutura de mercado pós-crise mais pulverizada e competitiva. Em face dessa tendência, é necessário que a PDC maneje os seus instrumentos de análise para enfrentar a possível formação de acordos entre concorrentes durante períodos de crise. Nesse sentido, a adoção de uma postura permissiva em relação à cooperação entre concorrentes pode se mostrar um caminho mais frutífero se comparado com as alternativas clássicas, que consistem tipicamente em repreender *a posteriori* acordos entre concorrentes ou, no limite, em conviver com a saída de agentes econômicos do mercado, seja em razão de falências, seja em razão de consolidações via fusões e aquisições. Cumpre notar que a alternativa de saída de agentes do mercado, além de aumentar o nível de concentração, apresenta-se como um pacote indeterminado e fechado, envolvendo a totalidade das estruturas produtivas de cada empresa, e por isso apresenta baixa reversibilidade e controlabilidade.

Importantes referências para discussão sobre colaboração entre empresas concorrentes podem ser vistas em publicação OCDE⁵⁴ sobre cartéis de crise no cenário pós-crise financeira internacional de 2008-2009. De acordo com os parâmetros utilizados pelo estudo, o termo “cartel de crise” pode ser adotado em dois sentidos: (i) um acordo privado entre empresas concorrentes que não é aprovado por autoridade pública; (ii) ou um acordo entre empresas autorizado por uma autoridade pública durante período de depressão econômica. Após consultar uma série de países sobre o tema, a OCDE considerou ideal que eventuais cartéis de crise contem com estru-

54 OCDE. Crisis Cartels. *OECD Policy Roundtables*, Global Forum on Competition, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48948847.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2020.

ras públicas de governança prevendo pelo menos mecanismos de monitoramento, reavaliação e prazo de finalização, o que reduziria as assimetrias de informação e possibilidade de abuso. Como aspectos favoráveis a esse arranjo, destaca-se que, sob esse modelo, os cartéis de crise tornam-se mais sujeitos a controle, reversíveis e mais maleáveis. É possível a delimitação do período em que funcionará e de quais estruturas produtivas das empresas estarão envolvidas no acordo. Com a submissão do acordo à autoridade concorrencial, é possível analisar quais variáveis concorrenciais serão coordenadas para enfrentar a crise como, por exemplo, o compartilhamento de ativos.

Em linha com essas recomendações, em abril de 2020, a Comissão Europeia emitiu posicionamento sobre cooperação entre concorrentes em negócios impactados pela pandemia de Covid-19⁵⁵. Nessa comunicação, a autoridade reconhece que, em face das circunstâncias excepcionais provocadas pela crise econômico-sanitária, a cooperação entre concorrentes pode desempenhar um papel fundamental para assegurar os níveis produção e distribuição de produtos essenciais. No documento, demonstrou-se a preocupação da autoridade em possibilitar cooperações voltadas a enfrentar restrições excepcionais de oferta e níveis extraordinários de demanda de produtos essenciais, por meio da adoção de estratégias coordenadas de produção, distribuição, transporte, entre outros. Dentre as orientações, a Comissão apresentou parâmetros para o compartilhamento de informações comerciais, indicando, por exemplo, que poderiam ser estabelecidas trocas de informações voltadas a identificar variações nos níveis de capacidade de oferta, sem implicar troca de informações concorrencialmente sensíveis que excedam o necessário para a cooperação adotada. Para além de fixar espécie de *safe harbour* temporário com a fixação dos *standards* para a cooperação entre concorrentes no contexto da crise, a autoridade europeia propôs um procedimento especial para acompanhar o conteúdo de tais estratégias, de forma a oferecer às empresas uma “carta de conforto” *ad hoc*, para orientar os agentes sobre sua conformidade com a legislação antitruste, sem implicar, no entanto, uma isenção ampla da aplicação das normas concorrenciais.

55 EUROPEAN COMMISSION. Temporary framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current Covid-19 outbreak. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2020.

Iniciativa semelhante foi observada na jurisdição peruana. Em junho de 2020, a autoridade concorrencial do Peru declarou que são lícitos e prescindem de autorização prévia acordos que busquem maximizar a eficiência da produção, distribuição e comercialização de bens e serviços, principalmente no contexto excepcional da crise provocado pela crise associada à pandemia de Covid-19⁵⁶. Para alcançar esses legítimos objetivos, a agência reconhece que pode ser necessário que rivais somem suas produções, compartilhem canais de distribuição e facilitem o acesso a tecnologias de direitos de propriedade intelectual. Para dirimir eventuais questões que possam surgir na zona cinzenta desses acordos, a autoridade destacou que as empresas podem realizar consultas eletrônicas ao seu corpo técnico.

No âmbito nacional, emerge a questão se e como seria possível viabilizar esse tipo de acordo no atual regime concorrencial brasileiro, de modo a obter o máximo benefício no enfrentamento de grandes choques econômicos e minimizar eventuais consequências danosas ao consumidor. De um lado, considerando a urgência provocada pela crise, a autoridade concorrencial brasileira poderia optar por realizar o controle a *posteriori* das práticas, isto é, não autorizar nem desautorizar a prática no momento inicial, para depois proceder à sua análise e julgamento levando em consideração o cenário de crise, possivelmente por meio dos procedimentos ordinários para apuração de indícios de infração à ordem econômica⁵⁷. Contudo, a adoção dessa estratégia tem como aspecto negativo o aumento da insegurança jurídica, principalmente ao se reconhecer que os argumentos relacionados à formação de cartel de crise não têm bom histórico de aceitação nos julgados em que essa justificativa foi mobilizada, em contextos anteriores⁵⁸.

Além disso, para os arranjos cooperativos que preenchem os requisitos da Lei nº 12.519, é possível a notificação prévia como um ato de concentração, na forma de um contrato associativo ou ainda *joint venture*. Contudo, essa solução também apresenta desvantagem, na medida em que

56 Conforme informe no sítio oficial do Indecopi: INDECOPI. El Indecopi precisa que acuerdos de colaboración para asegurar abastecimiento de productos durante emergencia son lícitos de acuerdo a la Ley de Libre Competencia. Disponível em: <<https://www.indecopi.gob.pe/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d>>. Acesso em: 9 jul. 2020.

57 Previstos no art. 48 da Lei nº 12.529/2011.

58 Os principais casos em que o Cade enfrentou a questão foram o Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70, que versava sobre acordo de crise entre empresas aéreas e resultou na condenação da Tam, Vasp e Varig, e os Atos de Concentração nºs 8012.004117/1999-67 e 08012.002315/1999-50, que analisaram a formação de acordo na crise do setor de álcool carburante, com a fundação das empresas Brasil Álcool S.A. e da Bolsa Brasileira do Álcool Ltda., na ocasião vetadas e desconstituídas pelo Cade.

mesmo o procedimento mais sumário teria prazo provável de até 45 dias, e a complexidade dos casos poderia fazer esse horizonte se ampliar até o prazo máximo de 330 dias. Agravando esse quadro, legislação promulgada em junho de 2020 afasta a possibilidade de controle prévio do Cade sobre acordos cooperativos. Em 10 de junho de 2020, foi promulgada a Lei nº 14.010, que, ao dispor sobre Regime Jurídico Emergencial Transitório em virtude da pandemia de Covid-19, retirou temporariamente a eficácia do inciso IV do art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência. Desse modo, enquanto durar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia, não há obrigatoriedade de notificação perante o Cade de contratos associativos ou *joint venture*.

Observou-se, assim, que um dos pilares da política de defesa da concorrência brasileira, o controle prévio de atos de concentração, foi relativizado por uma solução exógena desenhada pelo Poder Legislativo sem um diálogo suficiente com a autoridade antitruste. Acredita-se que, para contornar esse cenário e inspirado nas soluções desenhadas pela Comissão Europeia, em junho de 2020, o Cade emitiu Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise do Covid-19⁵⁹. O documento, que pode ser visto como espécie de *guideline*, tem como objetivo fornecer orientações sobre procedimentos que podem ser utilizados pelos agentes econômicos na da adoção de estratégias cooperativas voltadas ao combate da crise e garantia de cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência. Em linha com as recomendações da OCDE apresentadas anteriormente e com a sua jurisprudência, busca-se traçar contornos sobre o escopo, duração e extensão territorial de eventuais estratégias cooperativas que eventualmente sejam adotados, de modo que os agentes econômicos disponham de diretrizes precisas e maior segurança jurídica.

Além de fixar diretrizes que devem nortear a estruturação dos referidos arranjos de colaboração, o Cade apresentou três procedimentos que podem ser adotados pelos agentes econômicos para obter um pronunciamento prévio da autoridade acerca do acordo. O primeiro deles é solicitação de pronunciamento preliminar da Superintendência-Geral via Canal de Comunicação aberto com o fim específico de endereçar dúvidas e questionamentos dos agentes, por meio do qual a divisão indicará a existência ou

59 CADE. Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise do Covid-19. Julho de 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

inexistência de indícios da ocorrência de infração à ordem econômica na estratégia sob a forma apresentada. Trata-se de pronunciamento preliminar e não vinculante.

Com um grau intermediário de formalidade, o segundo procedimento previsto é o exercício do direito de petição para obter pronunciamento escrito e não vinculante da SG/Cade e do Tribunal do Cade sobre a existência de indícios anticompetitivos no âmbito de estratégias que envolvam a colaboração entre empresas em situações específicas e concretas relacionadas ao impactos da crise provocada pela Covid-19. Definiu-se que, nesse procedimento, haverá pronunciamentos independentes da SG e do Tribunal do Cade, que, com base nos dados apresentados pelas partes, podem determinar: (i) o arquivamento do expediente, caso a análise demonstre que não existem indícios de infração à ordem econômica; (ii) abertura de procedimentos para apuração de infração à ordem econômica; ou (iii) a adoção de providências e requisição de informações consideradas necessárias para o adequado acompanhamento das atividades cooperativas descritas pelos agentes. A consolidação desse procedimento nas diretrizes para enfrentar os impactos da crise provocada pelo coronavírus representa uma importante evolução do Cade em relação ao instrumentos utilizados para o manejo de choques econômicos, inspirada em precedente recente em que o órgão referendou proposta de coordenação entre distribuidoras de combustíveis para garantir o abastecimento durante a greve dos caminhoneiros de 2018⁶⁰.

O terceiro expediente previsto pelo Cade é uma aplicação sumaríssima do procedimento da Consulta, previsto na Lei nº 12.529/2011 e regulamentado pela Resolução Cade nº 12, de 2015. Por essa via, agentes econômicos podem obter um pronunciamento vinculante do Tribunal do Cade quanto à aplicação da legislação concorrencial naquela situação concreta, descrita e comprovada pelos documentos encaminhados pelas partes. Tendo em vista a urgência necessária, as consultas submetidas no ano de 2020 e diretamente relacionadas ao enfrentamento dos efeitos provocados pela pandemia serão analisadas de forma mais célere.

Entre as alternativas de permanecer inerte diante de medidas estatais que podem atingir os alicerces da PDC do Brasil, ou adotar uma postura de

60 CADE. Petição nº 08700.003483/2018-56. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/mo-dulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxA01tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcUdx91nsVvb_ZBGYzi6W0nj6oZVSJ0QX Pnife11Gq7p>. Acesso em: 8 jul. 2020.

repressão *a priori* de colaborações entre concorrentes, a autoridade antitruste deu um importante passo na evolução dos seus instrumentos para enfrentamento de grandes choques econômicos. Na crise atual, ao lidar com uma questão localizada na fronteira entre a análise de estruturas e condutas, o Cade ofereceu *standards* para o desenvolvimento de estratégias cooperativas e mobilizou procedimentos já existentes para conferir, de forma célere, maior segurança jurídica aos agentes que precisam se coordenar com concorrentes para enfrentar a crise.

3 PDC: CONJUNTURA E HISTÓRIA NAS CRISES

A instrumentalização das noções descritas acima visa absorver os impactos da crise atual sobre as empresas sem alterar substancialmente o acordo político a respeito da implementação da PDC no Brasil.

Considero esse exercício relevante porque ele permite demonstrar que há espaço para a PDC lidar com as estratégias que as empresas podem lançar mão para enfrentar a crise sem ameaçar a estabilidade de alta intensidade vigente há alguns anos nessa política pública.

Apesar de isso ter um valor em si, no cenário atual, pode ser essencial para a própria sobrevivência da PDC por dois motivos. Em primeiro lugar, porque não há uma agenda governamental explicitamente coordenada para lidar com os efeitos econômicos da crise e que reservasse à PDC algum tipo de função, interiorizasse alguns de seus valores, ou ao menos, como era de se esperar, oferecesse uma orientação mínima. Com base nesse diagnóstico, seria muito temerário a PDC tomar a dianteira, soltar ou prender as rédeas para além dos limites do acordo atual, e com isso correr o risco de não ter o suporte necessário para voltar ao acordo anterior. Em segundo lugar, porque, ao demonstrar alguma maleabilidade para lidar com a crise, a PDC reforça a sua legitimidade, resguarda suas competências e, se for bem-sucedida, evita ataques à sua autonomia funcional e ao seu espaço de incidência.

Mas, antes de discutir essas possibilidades de redução desse espaço, gostaria de indicar que a suposta timidez da agenda aqui desenhada deve ser contextualizada na conjuntura atual em que se destaca a ausência de uma agenda sistêmica de recuperação e até reestruturação do papel de algumas políticas e na importância que visualizo em garantir o acordo político existente sobre a PDC, por menos audacioso que seja.

É preciso então reconhecer que, se a conjuntura é essa, a história revela outras possibilidades. Vamos a elas brevemente.

Nos EUA, durante a crise de 1929, a PDC foi instrumentalizada de maneira completamente oposta em um espaço de tempo pequeno. Em um primeiro momento, o diagnóstico de que o excesso de concorrência foi um dos elementos catalizadores da crise prevaleceu. Contribuições teóricas agregavam em torno da noção de *ruinous competition* o caráter desestabilizador da competição, na medida em que aumentava a propensão ao risco e, invariavelmente, levava as empresas à falência. Nota-se que a crítica não se direcionava à atuação das Cortes na aplicação das leis concorrenciais, mas eminentemente à dinâmica competitiva dos mercados. A partir dessa lógica, foram estruturadas medidas de exceção à aplicação da lei concorrencial para alguns comportamentos empresariais e também, pressupondo a desconfiança nos mecanismos de mercado, surgiram políticas regulatórias mais ostensivas, contando, inclusive, com instituições responsáveis pela sua aplicação.

Depois das inconstitucionalidades decretadas pela Suprema Corte a respeito de boa parte dessas medidas, o governo Roosevelt percebeu que a PDC poderia condensar um acordo que abrigaria um vasto espectro das forças políticas. As linhas gerais desse acordo perduraram por muitos anos e consistem em assumir que o antitruste é uma intervenção que deve ser construída em torno da noção de *workable competition*. Essa expressão concilia a necessidade de permitir o desenvolvimento de setores industriais que demandam elevados custos fixos e possuem elevadas economias de escalas com a necessidade de preservar a robustez do processo competitivo e o controle do abuso do poder de mercado. Encontra-se o consenso – *political bargain*, na definição de J. Baker⁶¹ – pelo caminho do meio. Em um primeiro momento, a escola estruturalista de Harvard, municiada das contribuições do nascente campo da organização industrial, simbolizou esse consenso, afastando da política econômica visões mais vinculadas ao *laissez faire* ou a políticas de cunho mais estatizantes.

61 Trata-se de definição oferecida em BAKER, Jonathan B. Competition policy as a political bargain. *Antitrust Law Journal*, v. 73, n. 2, p. 483-530, 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103518>, ao afirmar: "*Competition policy in the U.S. may be understood as a self-enforcing political bargain emerging from a repeated political interaction between two large and diffuse interest groups, termed consumers and producers*".

Na Europa, a defesa da concorrência nasce do projeto de reconstrução institucional do continente no pós-guerra. A construção de um mercado comum, alicerçado na liberdade de fluxos comerciais, exigia regras concorrenciais uniformes e regramentos para ajudas estatais passíveis de revisão para evitar desequilíbrios. Mas não só: o diagnóstico de que a concentração de poder econômico na Alemanha foi essencial para a ascensão do nazismo abriu espaço para teorias econômicas⁶² que em nada escondiam suas predileções valorativas – de economia política, portanto – a favor de um mercado menos concentrado que, simultaneamente, contivesse as pressões do poder econômico sobre a política e valorizasse as opções de escolha do consumidor como fontes primárias de conhecimento.

Meu objetivo com essa breve descrição é mostrar que a PDC, além de nunca ter sido abrasiva ao que acontecia no seu entorno, nas crises econômicas pode tornar-se ainda mais permeável, a ponto de incorporar princípios e objetivos que extravasam o momento de reação à crise e se agregam como constitutivos de sua própria essência futura. Isso reforça sua feição de política econômica e seu caráter regulatório em sentido amplo. A autópsia do anti-truste sepulta a sua suposta neutralidade e ressuscita seu caráter instrumental.

No caso brasileiro, ao contrário do caso europeu ou norte-americano, o antitruste não se estruturou e nem sofreu reformas nos seus paradigmas em resposta a crises econômicas. A despeito de ser responsiva ao manejo da política econômica, seria preciso fazer longa e distorcida uma história curta e quase sem percalços para tentar conferir alguma centralidade à PDC nas estratégias de desenvolvimento nacionais, para além de artefato simbólico. É exatamente essa faceta que permitiu o acordo político-institucional que, como afirmei antes, assegurou certa estabilidade e autonomia ao longo dos anos, um avanço gradualista com alguns saltos institucionais e a construção de um referencial de aprimoramento muito mais lastreado na busca de ali-

62 Refiro-me às escolas austríaca e ordoliberal. O ordoliberalismo (liberalismo constitucional), desenvolvido nas décadas de 1930 e 1940 na Alemanha por pensadores da Escola de Freiburg, baseava-se na necessidade da construção de um panorama institucional para proteger a concorrência de sua força autodestrutiva. Em termos concorrenciais, baseava-se na ideia de “ordem concorrencial” e em seis princípios constitucionais: (i) estabilidade do nível de preço; (ii) abertura de mercados; (iii) direitos de propriedade privada; (iv) liberdade de contatar; (v) responsabilidade; e (vi) constância da política econômica. Estes eram interdependentes com quatro princípios regulatórios, quais sejam, (i) luta proativa contra monopólios, (ii) política de rendimentos, (iii) internalização de efeitos externos e (iv) anomalias na oferta de trabalho. A escola ordoliberal se contrapunha à escola austríaca, que defendia um liberalismo de livre mercado com a abordagem clássica de *laissez-faire*. A escola austríaca foi liderada por August von Hayek, que consolidou a ideia de concorrência como um *discovery procedure* (em contraposição a um equilíbrio inato) e que, portanto, não deveria ser objeto de um forte *enforcement* público. (BUDZINSKI, Oliver. Monoculture versus diversity in competition economics. *Cambridge Journal of Economics*, v. 32, n. 2, p. 295-324, 2007)

nhamento com as “melhores práticas” internacionais do que algum tipo de acoplamento às instituições e políticas já estabelecidas.

Antes de abordar se esse pacto velado de não agressão à PDC está sob ameaça e, eventualmente, pode ser reconfigurado em um momento de crise, é preciso explorar suas entranhas.

Existe uma vasta literatura sobre as razões da implantação de autoridades de concorrência no mundo a partir da década de 1990. Interessa aqui o argumento de dotação institucional⁶³. Ele reside na ideia de que a PDC, devido à sua dimensão intersetorial e horizontal e ao seu embasamento na teoria econômica neoclássica, seria capaz de ajudar no processo de reformas das políticas intervencionistas anteriores, contaminando as políticas públicas com medidas lastreadas nas ideias de neutralidade da ação estatal e *level playing field* e viabilizando a transição para uma economia de mercado mais desregulada.

O acordo político em torno da PDC, que foi se aperfeiçoando ao longo dos anos, teve início como uma sinalização às demandas da globalização econômica e ocorreu de fora para dentro. Ele não resultou de um debate entre as forças políticas e sociedade sobre os possíveis efeitos positivos ou negativos do poder econômico, considerando as dinâmicas e estruturas dos mercados e o papel do Estado na sua constituição no Brasil. Nem muito menos se baseou em uma reflexão profunda decorrente de uma crise econômica de grandes proporções que exigisse uma reavaliação das formas de controle do poder econômico privado.

A questão é saber como e se é possível um estranho no ninho ser integrado à comunidade, a influenciar, mas não ser influenciado por ela. Enfim, como uma política concorrencial inserida em um cenário repleto de instituições construídas, ainda que imperfeitamente, para dar vazão a políticas intervencionistas, seria primordialmente transmissora de valores e não receptora? A resposta baseada na lógica das dotações institucionais é

63 O paradigma de dotação institucional considera os elementos institucionais como pré-requisitos capazes de assegurar resultados sociais econômicos satisfatórios. Este paradigma é também associado às teorias de convergência dos modelos e objetivos legais-institucionais, frente à intensidade do comércio internacional. Por sua vez, a dotação institucional, que pressupõe um modelo de “boas práticas” internacionais, é contraposta ao paradigma das “variedades institucionais”. Neste modelo, defende-se uma interconexão mútua e dinâmica entre as instituições (como a lei) e seus elementos circundantes. Neste sentido, instituições são compreendidas não como externas ao ambiente social, mas são construídas e constroem preferências e valores sociais (CARVALHO, Vinicius Marques de. Brazil: competition policy five years later – Still in search of better practices? *Revue des Droits de la Concurrence (Competition Law Review)*, n. 3, p. 1-9, 2017).

simples: com assepsia e imunização institucional. O acordo político de implementação da PDC no Brasil seguiu essa trilha.

A função da PDC no Brasil consistiu primordialmente na busca por garantir a sua imunização parcial, em um primeiro momento, e total, se é que é possível usar essa expressão, em um segundo⁶⁴. Proteger-se e construir uma agenda de *enforcement* na área de atos de concentração e condutas anticompetitivas tornou-se a prioridade número um, de modo que mesmo as interlocuções e agendas de cooperação com outros órgãos foram empreendidas com a finalidade de consolidar sua autonomia e suas competências. Não é por acaso que o pacote completo envolveu a criação de uma agência com autonomia funcional e orçamentária, mandato para as autoridades e funcionamento colegiado com feição de tribunal aplicador de uma lei que delimita comportamentos empresariais passíveis de validação ou punição pela autoridade.

Mas será que contaminar as outras políticas públicas e agendas regulatórias ficou mais no campo simbólico? Aqui é importante um esclarecimento. Seria injusto afirmar que a PDC no Brasil se resumiu à agenda de *enforcement* sem fazer algumas qualificações.

A lei que institui a PDC no Brasil, como em outros países, estabelece competências para que as autoridades concorrenciais exerçam um papel consultivo perante outras políticas regulatórias e o processo de produção legislativa. Trata-se essencialmente da tarefa de emissão de pareceres e participação de grupos de trabalhos sobre atos normativos com o objetivo de influenciar a incorporação de uma lógica concorrencial. Aqui pode se abrir uma agenda imensa de interlocução, cuja efetividade depende e muito da qualidade e receptividade das contribuições, porque não há possibilidade de imposição. Essa atividade pode se configurar, desse modo, tanto pela

64 O Decreto-Lei nº 4.137/1962 sinalizou a construção de uma política industrial de proteção ao mercado interno frente às grandes multinacionais da época, sucedendo o movimento de instrumentalidade do antitruste para desenvolvimento nacional e enquanto caminho para o progresso da economia, que ocorreram através do Decreto-Lei nº 869/1938 e do Decreto-Lei nº 7.666/1945 (Lei Malaia). Entretanto, na segunda onda do antitruste brasileiro, a Lei nº 8.884/1994 simboliza a liberalização do mercado brasileiro com o Estado, passando a exercer a função típica de regulador residual da concorrência, mas com a introdução do controle de atos de concentração, ainda que *ex post*. Entretanto, é com a agenda do início do século XXI que se reestruturam algumas formas de intervenção do Estado na economia, culminando na Lei nº 12.529/2011 e com o fortalecimento do Cade a partir da união da Superintendência Geral, do Tribunal do Cade e da extinta Secretaria de Direito Econômico em um só órgão e com a introdução de critérios de notificação obrigatória de atos de concentração antes de sua consumação. Cf. CABRAL, Mario André Machado. Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil. Dissertação (Doutorado em Direito Econômico e Economia Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 246-260.

defesa de regulações neutras, que estabeleçam assimetrias regulatórias apenas na medida necessária para garantir o chamado *level playing field*, como pela defesa de regras – comportamentais ou estruturais – que criem incentivos pró-competitivos em detrimento de regras de controle mais rígidas e também, no limite, pelo suporte a medidas desregulatórias voltadas para introdução de padrões de mercado, reduzindo a intervenção estatal.

Outra forma de avaliar essa contaminação é identificar como outras políticas públicas incorporam nos seus objetivos e traduziram em seu desenho institucional competências voltadas para introduzir concorrência nos setores por elas regulados e em que medida, efetivamente, se dedicaram a esse empreendimento.

Nota-se que a PDC pode contaminar as políticas setoriais por meio da própria atividade de análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas. Isso se faz de dois modos. O primeiro decorre da análise dos mercados que a autoridade faz para tomar decisões. Ao diagnosticar o padrão competitivo em um determinado mercado, a autoridade operacionaliza uma série de variáveis que criam uma percepção sobre as empresas e o setor que podem ser utilizadas pelos órgãos reguladores. Além disso, muitas vezes, a autoridade, ao analisar um caso, faz recomendações sobre revisões regulatórias que seriam desejáveis do ponto de vista concorrencial.

Por último, há uma forma de contaminação mais sutil, via *leverage* regulatório na aplicação de remédios concorrenciais em casos concretos. Há vários tipos de *leverage*⁶⁵, mas nos interessam aqui duas situações muito próximas. A primeira é aquela em que a autoridade concorrencial extravasa os limites donexo de causalidade entre a estratégia empresarial analisada e os efeitos anticompetitivos específicos que ela acarreta, com o objetivo de

65 Para Kovacic, "*leveraging*" refere-se à exploração por um agente de uma posição de poder para obter uma vantagem sobre uma contraparte. Assim, descreve que "*private sector leveraging occurs when a firm uses market power over Product A to distort rivalry for sales of Product B*". Por outro lado, defende que também o setor público e, em especial, as agências reguladoras podem recorrer a expedientes semelhantes com o objetivo de atingir determinados resultados, a partir da manipulação de seu poder de *gatekeeper*, como na situação em que determinada conduta ou serviço só pode ser implementada após autorização prévia por parte da autoridade. Trata-se do chamado *leverage* regulatório. Nesse sentido, explica que "*regulatory leveraging enables the agency to secure results that it might not have been able to achieve otherwise. In others, leveraging permits the agency to attain those results without recourse to other policy tools that the agency regards as more costly or risky to use*" (KOVACIC, W. E.; HYMAN, D. A. Regulatory leveraging: problem or solution? 2016. GWU Law School Public Law Research Paper, No. 2016-41, GWU Legal Studies Research Paper No. 2016-41. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2817339>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2817339>>. Acesso em: jun. 2020).

infiltrar obrigações concorrenciais mais amplas⁶⁶. A segunda está associada ao uso pelas autoridades de seu poder de barganha para impor às empresas obrigações que visam atingir objetivos alheios àqueles consagrados na legislação concorrencial.

Pode se discutida uma série de implicações dessas abordagens, entre elas: (i) a força que esse tipo de ação pode adquirir como precedente e, por consequência, a dependência da trajetória que isso gerará; (ii) a autoridade pode se tornar uma via para onde deságuam inúmeras demandas de naturezas mais diversas (trabalhistas, ambientais e sociais), cuja capacidade de filtrar e gerar propostas coerentes da PDC pode ser limitada; (iii) assimetrias regulatórias desproporcionais, já que as medidas acabam sendo impostas apenas às empresas cujo comportamento está sob escrutínio da autoridade.

Reconheço que nesse ponto há certamente espaço para muita polêmica, pois considerar algo extravagante aos objetivos da PDC ou fora dos limites da zona de segurança imposta pela noção denexo de causalidade significa o acatamento de uma série de pressupostos sobre a PDC que são, por si só, passíveis de questionamento.

Por enquanto, interessa-nos ressaltar que, no caso brasileiro, se isso acontece, fica no lusco fusco das noções e teorias do dano que ganham sentido em casos concretos por meio do filtro do conhecimento econômico e permitem matricular e articular algumas questões como concorrenciais. Ou seja, não se vai encontrar, até o momento, uma decisão do Cade em que não tenha sido feito um esforço interpretativo, pelo menos quando não era óbvio o enquadramento, para demonstrar que o arcabouço interpretativo mobilizado não estourava a bolha da PDC.

Desse modo, minha hipótese consiste em assumir que, embora haja uma contaminação recíproca entre a PDC e outras políticas, ela é suave. Isso porque, em primeiro lugar, do ponto de vista institucional, houve uma separação da PDC em dois ramos que, ao longo dos anos, foram se afastando cada vez mais. Um ramo regulatório (*advocacy*), submetido primordial-

66 Por vezes, a atuação do Cade incorpora também outros objetivos mais amplos do que a aplicação estrita de objetivos entendidos como eminentemente concorrenciais. Serve de exemplo o TCC celebrado com a Petrobras, em que foi negociada a alienação de oito refinarias de petróleo, incluindo ativos de transporte de combustível, para que fosse encerrado o Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22 (Ver CABRAL, M. Abuse of dominant position and cease-and-desist agreements: risks to Brazilian competition policy arising from the atypical case of Petrobras' Refineries. GRUR International, 2020). Também pode ser citado o TCC celebrado com a Petrobras para encerramento do Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30 e do Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82, considerado pela empresa estatal como uma "iniciativa para abertura do mercado de gás", conforme Fato Relevante disponível em: <<https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/petrobras-acelera-iniciativas-para-abertura-do-mercado-de-gas.htm>>.

mente às agendas do Ministério da Economia; e um ramo de *enforcement*, muito mais insulado, vinculado à atuação incidental do Cade. Em segundo lugar porque, do ponto de vista substancial, a atividade do Cade empacota suas ações dentro do âmbito razoavelmente seguro da noção de nexo de causalidade, aproveitando suas maleabilidades, como vimos acima. E isso, há de se reconhecer, conferiu a resiliência necessária para garantir a legitimação PDC no Brasil.

É natural que, em um momento de crise econômica, haja algum nível maior de perturbação desse equilíbrio. Como vimos acima, a PDC, no seu braço de *enforcement*, pode articular e, eventualmente, redimensionar suas rotas interpretativas para absorver comportamentos empresariais de reação à crise como legítimos do ponto de vista concorrencial. A elasticidade dessas regras de incidência acaba sendo uma garantia de sobrevivência considerando o desenho institucional da PDC, na medida em que permitem recuos e avanços estratégicos em momentos de estresse econômico. Não se pode subestimar o impacto potencial de uma política pública que dá a palavra final sobre a conformação de estruturas de mercado, como acontece, por exemplo, na análise de atos de concentração, nem muito menos o tipo de reação que pode se seguir a uma resistência considerada desproporcional à absorção de argumentos baseados nos efeitos da crise para justificar determinadas estratégias.

Evidentemente, trata-se de um teste de estresse. A questão impossível de ser respondida é se o desenho atual da PDC será suficiente para aplacar os ataques para tirá-la de cena, ainda que parcialmente, até porque isso também depende em parte dos efeitos da própria crise, que podem, de fato, exigir intervenções mais drásticas. Em suma, o pacote desenhado acima não é, e nem tem a pretensão de ser, infalível e, na minha opinião, não deveria ser.

O ponto é que ele permite absorver o impacto da crise sem descalibrar uma política que vem apresentando resultados positivos, ao menos dentro do escopo do acordo político construído nos últimos anos e tomando como critério de comparação outras políticas econômicas regulatórias.

Sendo assim, talvez seja útil identificar algumas estratégias que, apropriadamente ou não, podem incorporar o argumento da crise, comprometendo o espaço de atuação da PDC e pervertendo o acordo político desenhado nas últimas décadas.

O primeiro conjunto de medidas caracteriza-se por uma intervenção estatal com efeitos indiretos sobre o espaço de atuação da PDC. Trata-se de

situações em que, por meio de atos normativos, o Estado neutraliza variáveis concorrenciais, regulando preços, qualidade ou quantidade ofertada de determinados produtos ou serviços. Embora o Cade tenha uma interpretação mais elástica⁶⁷ possível da sua competência em face de limites regulatórios à sua atuação, o fato é que, em relação a regras que tabelam preço, por exemplo, só cabe a ele a atividade preventiva de *advocacy* e, se não obtiver êxito, lamentar publicamente e reconhecer a redução de seu espaço de incidência, além, claro, de poder atuar como *amicus curiae* em alguma ação judicial pela inconstitucionalidade do ato⁶⁸.

Há também possíveis casos de intervenção estatal com efeitos diretos sobre a PDC. Esse tipo de situação ocorre quando há alteração da própria lei concorrencial, ou de leis setoriais, que excluem explicitamente a competência da autoridade antitruste para avaliar algumas estratégias empresariais⁶⁹.

CONCLUSÃO

Todo o percurso realizado neste artigo ressalta que algum nível de maleabilidade é demandado da PDC com o objetivo de tornar-se mais permeável em tempos de crise a ponto de incorporar novos princípios e obje-

67 A elasticidade da interpretação da competência do Cade frente à regulação é exemplificada pelos processos contra o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). No primeiro caso, em 2013, o ECAD e associações de representantes de titulares de direitos autorais (com direito a voto no órgão) foram condenadas por formação de cartel, além de abuso de poder dominante no caso do ECAD, com multas chegando a cerca de R\$ 38 milhões. A condenação foi motivada pelo fato de que a Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610/1998) confere ao ECAD o controle da atividade de arrecadação e distribuição dos direitos autorais, mas não o tabelamento de seus preços. O processo contra a OAB tem escopo semelhante, voltado à apuração de indício de cartel nas receitas das seccionais do órgão. A averiguação foi iniciada em 2005 por denúncia do Ministério Público de Minas Gerais e ainda não foi concluída. Ver CADE. Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83. Representadas: ABTA, ECAD, UCB, SOCIMPRO, ABRAMUS, AMAR, SBACEM, SICAM. Data do julgamento: 20.03.2013; CADE. Processo Administrativo nº 08012.006641/2005-63. Representada: Conselho Federal da OAB.

68 Nesse sentido, servem de exemplo a Nota Técnica nº 21/2020/DEE/Cade, no bojo do Processo nº 08027.000294/2020-35, que analisa os efeitos concorrenciais dos arts. 17 e 18 do PL 1.179/2020, que instituiu normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de direito privado em virtude da pandemia da Covid-19; a Nota Técnica nº 17/2020/DEE/Cade, no Processo nº 08700.002018/2020-12, que avalia potenciais efeitos concorrenciais da imposição de descontos nas mensalidades de contratos de prestação de serviços educacionais, no contexto da pandemia; e a Nota Técnica nº 19/2020/DEE/Cade, no Processo nº 08012.000908/2020-48, em que a autarquia alertou que a adoção de preço máximo para a revenda do gás liquefeito de petróleo (GLP) na pandemia conforme sugerido pelo Procon/SP pode acarretar prejuízos à concorrência e aos consumidores, entre outros.

69 No bojo do referido Projeto de Lei nº 1.179/2020 (atual Lei nº 14.010/2020), que estabelece alterações emergenciais e transitórias para regular relações jurídicas de direito privado em virtude da pandemia do Covid-19, foi determinada a suspensão da eficácia dos incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, além de prever que o Cade deve considerar as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia na análise de condutas anticompetitivas. Já o PLS 350/2015 estabelece as competências do Cade e do Banco Central na atuação relacionada ao setor bancário; tal delimitação, contudo, se deu por meio de Memorando de Entendimentos assinado entre as duas autarquias em 28.02.2018.

tivos, reforçando sua feição de política econômica e seu caráter regulatório em sentido amplo. Igualmente, aponta para o afastamento da falsa concepção de neutralidade para enfatizar o caráter instrumental da política.

Todos os exemplos relatados acima, juntamente com as tendências já delineadas por mim recentemente a respeito da ascensão das tensões políticas em torno dos objetivos do antitruste⁷⁰, podem aguçar os sentidos dos responsáveis pela PDC e certamente demandam atenção na forma como reação aos estímulos da atual conjuntura.

Contudo, como se trata de medidas explícitas e expressamente desenhadas para enfrentar os efeitos da crise sanitária, são de fácil monitoramento e há argumentos mais do que suficientes para sustentar a sua revogação no dia seguinte. Claro que nem isso está dado, a inércia, entrelaçada aos interesses beneficiados, sempre pode contribuir para eternizar as medidas. Não seria a primeira e, certamente, a última vez que a exceção se normaliza nessas paragens.

Mas isso não é o que mais deveria preocupar os agentes encarregados da PDC. O maior risco consiste na perda implícita da capacidade de intervenção da PDC. Trata-se de um risco de difícil detecção e reparação porque ele decorre da inobservância velada das regras concorrenciais pelas empresas.

Por sorte, esse é um risco, ao contrário dos anteriores, que a PDC pode reduzir ao abrir-se para o diálogo com as empresas e a sociedade, se absorver aspectos legítimos das demandas atuais por meio de sua caixa de ferramentas e se fizer as minirreformas procedimentais necessárias para dar rapidamente as respostas rápidas.

Do contrário, a PDC pode perder perenemente um espaço precioso da atuação para políticas governamentais de salvamento de empresas, quando poderia regular o processo de sobrevivência das empresas modulando a aplicação da teoria da *failing firm* ou monitorando as cooperações entre empresas ou, ainda, perder espaço para uma agenda de regulação porque não reavaliou suas formas de aplicação da teoria de *state action*.

70 Trata-se do artigo de CARVALHO, V. M. Convergence in the Time of cholera: what lies ahead for the International Antitrust Agenda. *Competition Policy International*, 2020. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/convergence-in-the-time-of-cholera-what-lies-ahead-for-the-international-antitrust-agenda/>>. Acesso em: jul. 2020.

E o principal – muitas empresas vão fazer o que for necessário para sobreviver. Se a PDC não acolhe, ela não vai saber o que não vê. E isso sim pode acarretar um decréscimo de legitimidade enorme. Se o mercado estabilizar uma visão de futuro de que a autoridade concorrencial é um leão com dentes, porém míope, vai ser difícil provar que o milagre de Jericó pode acontecer, novamente.

REFERÊNCIAS

- ARGAAM. SIDF says Mtujadedda program has three main funding pillars. *Argaam*, 2 out. 2019. Disponível em: <<https://www.argaam.com/en/article/articledetail/id/1318265>>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- ATHAYDE, Amanda; FARIA, Luísa. Antitruste diante de crises: um breve histórico da experiência norte-americana. *Jota*, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/antitruste-diante-de-crises-um-breve-historico-da-experiencia-norte-americana-27052020#_ftnref9>.
- BAKER, Jonathan B. Competition Policy as a Political bargain. *Antitrust Law Journal*, v. 73, n. 2, p. 483-530, 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103518>.
- BEN & JERRY'S. Ben & Jerry's Joins #StopHateForProfit Campaign, Puts Facebook Ads on Pause. *Ben & Jerry's*, 23 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.benjerry.com/about-us/media-center/stop-hate-for-profit>>.
- BUDZINSKI, Oliver. Monoculture versus diversity in competition economics. *Cambridge Journal of Economics*, v. 32, n. 2, p. 295-324, 2007.
- CABRAL, M. Abuse of dominant position and cease-and-desist agreements: risks to Brazilian competition policy arising from the atypical case of Petrobras' Refineries. *GRUR International*, 2020
- CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Jul. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: jun. 2020.
- _____. Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise do Covid-19. Jul. 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2020.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. Brazil: Competition policy five years later – Still in search of better practices? *Revue des Droits de la Concurrence (Competition Law Review)*, n. 3, p. 1-9, 2017.
- _____. Convergence in the time of cholera: what lies ahead for the International Antitrust Agenda. Competition Policy International. 2020. Disponível em: <<https://>>

www.competitionpolicyinternational.com/convergence-in-the-time-of-cholera-what-lies-ahead-for-the-international-antitrust-agenda/. Acesso em: jul. 2020.

COATE, Malcolm B.; KLEIT, Andrew N. Antitrust Policy for Declining Industries. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft*, v. 147, n. 3, 1991. Disponível em: <www.jstor.org/stable/40751430>. Acesso em: 23 jun. 2020.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS (DEE) – CADE. Cadernos do Cade: Mercado de Instrumentos de Pagamento. Out. 2019. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/CadernoMercadodeinstrumentosdepagamento.pdf>>. Acesso em: jun. 2020.

EDWARDS, Lindsey M.; WRIGHT, Joshua D. The Death of Antitrust Safe Harbors: causes and consequences. *George Mason Law Review*, v. 23, p. 1205, 2015. Disponível em: <http://www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/WrightEdwards_ReadyforJCI.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. Temporary Framework Communication (2020/C 116 I/02). Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408(04)&from=EN)>. Acesso em: jun. 2020.

_____. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. Fev. 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52004XC0205%2802%29>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. 94/449/EC: Commission Decision of 14 December 1993 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Case No IV/M.308 - Kali- Salz/MdK/Treuhand). 21 jul. 1994. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31994D0449>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Case No COMP/M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim. 11 jul. 2001. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2314_en.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

FURQUIM, Paulo; ALMEIDA, Silva Fagá. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009.

GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo americano: o conceito do poder compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008.

HIRSCHMAN, Albert O. *Exit, voice, and loyalty: responses to decline in firms, organizations, and states*. Harvard University Press, 1970.

HOVENKAMP, H. Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930. *Tex. L. Rev.*, v. 66, p. 919, 1987.

INDECOPI. El Indecopi Precisa que Acuerdos de Colaboración para Asegurar Abastecimiento de Productos durante Emergencia son Lícitos de Acuerdo a

la Ley de Libre Competencia. Disponível em: <<https://www.indecopi.gob.pe/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d>>. Acesso em: 9 jul. 2020.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world. 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

JENNY, F. Economic resilience, globalisation and market governance: facing the Covid-19 Test. 2020. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Economic-Resilience-Globalisation-and-Market-Governance-Facing-the-COVID-19-Test.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-292, 1979.

KEYNES, John Maynard. (1937). The general theory of employment. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 51, p. 209-237, February 1937.

KOVACIC, W. E.; HYMAN, D. A. Regulatory leveraging: problem or solution? 2016. *GWU Law School Public Law Research Paper*, No. 2016-41, *GWU Legal Studies Research Paper*, No. 2016-41. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2817339>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2817339>>. Acesso em: jun. 2020.

KUHN, Tilman; CARVALHO, Vinicius Marques de. Sustentabilidade no enforcement antitruste do Brasil e da União Europeia. *Jota*, 28 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/sustentabilidade-no-enforcement-antitruste-do-brasil-e-da-uniao-europeia-28012021>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

LANUCARA, Lucio. The globalization of antitrust enforcement: governance issues and legal responses. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 433-459, 2002.

LEVY, B.; SPILLER, P. T. The institutional foundations of regulation commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 10, n. 2, p. 201-246, out. 1994.

LINX. Fato relevante – Novos termos da operação com a Stone e fundadores da Linx. Disponível em: <<http://ri.linx.com.br/noticia/6537/>>. Acesso em: jun. 2020.

MELAMED, A. Douglas. International Antitrust in an Age of International Deregulation. *George Mason Law Review*, v. 6, n. 3, 1998, p. 437-446;

NAACP. #StopHate Coalition Responds to Facebook's announcement about disinformation and political misinformation. NAACP. 26 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.naacp.org/latest/stophate-coalition-responds-facebooks-announcement-disinformation-political-misinformation/>>. Acesso em: 3 mar. 2021.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da *failing firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência. 2014. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/browse?type=author&value=Oliveira+J%C3%BAnior%2C+Fernando+Ant%C3%B4nio+Alves+de>>. Acesso em: jun. 2020.

OCDE. *Crisis Cartels*. OECD Policy Roundtables, Global Forum on Competition, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48948847.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. Co-operation between competitors in the time of Covid-19. Maio 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/mais-noticias/divisao-de-concorrenca-da-ocde-divulga-nota-sobre-cooperacao-entre-concorrentes/co-operation-between-competitors-in-the-time-of-covid-19-1.pdf>>. Acesso em: jun. 2020.

POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2. ed. Boston, MA: Beacon Press, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHWARTZ, A. J.; FRIEDMAN, M. A monetary history of the United States, 1867-1960". NBER Books, *National Bureau of Economic Research*, 1963.

SIMON, H. A. *Models of bounded rationality*. Capítulo IV.3. London: The MIT Press, 1982.

_____. Rationality as process and as product of thought. *Richard T. Ely Lecture*, v. 68, n. 2, 1978.

SWEDBERG, R. (2005). Max Weber e a ideia de sociologia econômica. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ. (Coleção Economia e Sociedade, v. 5.)

STIGLER CENTER. Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report. Set. 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report>>. Acesso em: jun. 2020.

STIGLITZ, J. The Anatomy of a Murder: Who Killed America's Economy? *Critical Review*, v. 21, n. 2 e 3, 2009.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Merger Guidelines. 1968. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf>>. Acesso em: jun. 2020.

_____; FEDERAL TRADE COMMISSION. Horizontal Merger Guidelines. 2010, p. 35

US SUPREME COURT. Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/131/>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

VIEIRA, Márcia de Freitas; SILVA, Carlos Manuel Seco da. A Educação no contexto da pandemia de Covid-19: uma revisão sistemática de literatura. *Revista Brasileira de Informática na Educação*, [s.l.], v. 28, p. 1013-1031, 16 fev. 2020. Sociedade Brasileira de Computação – SB. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5753/rbie.2020.28.0.1013>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

WEBER, M. (1964). *Economía y sociedad*. 2. ed. em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica (1. ed. em alemão, 1922).

ATOS NORMATIVOS E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DO CADE

Atos de Concentração nº 0044/1995 (Cia. Belgo-Mineira – Mendes Júnior Siderurgia).

Ato de Concentração nº 08012.000304/1998-81 (Taurus – Amadeo Rossi).

Ato de Concentração nº 08012.007520/2009-62 (Requerentes: Companhia Brasileira de Cartuchos – CBC; Amadeu Rossi S.A.; e Metal Craft Metalúrgica Ltda.).

Ato de Concentração nº 0092/1996 (Celite – Incepa).

Ato de Concentração nº 0084/1996 (Cofap Mahle – Metal Leve).

Ato de Concentração nº 08012.007374/1997-34 (Baesa – Brahma).

Ato de Concentração nº 08012.002315/1999-50.

Ato de Concentração nº 8012.004117/1999-67.

Ato de Concentração nº 08012.005205/1999-68 (Casil – São Juliano Participações).

Ato de Concentração nº 08012.008901/2008-88 (Requerentes Amadeu Rossi S.A. Munições Forja Taurus S.A.).

Ato de Concentração nº 08012.007520/2009-62 (Requerentes: Companhia Brasileira de Cartuchos e Amadeu Rossi S.A. Metalúrgica e Munições).

Ato de Concentração nº 08700.012599/2015-33 (Requerentes: Sony DADC Brasil Indústria Comércio e Distribuição Vídeo – Fonográfica Ltda. (“Sony DADC”); e Warner Bros. Home Entertainment Inc. (“WBHE”)), aprovado sem restrições em 12.02.2016.

Ato de Concentração nº 08700.008061/2016-13.

Ato de Concentração nº 08700.006315/2016-51 (Requerentes: Warner Bros. Home Entertainment Inc. (“WBHE”) e Sonopress-Rimo Indústria e Comércio Fonográfica S.A. (“Sonopress-Rimo”)), aprovada sem restrições em 04.10.2016.

Ato de Concentração nº 08700.005689/2016-59 (Requerentes: Warner Bros. Home Entertainment Inc. (“WBHE”) e Sony DADC Brasil Indústria Comércio e

Distribuição Vídeo-fonográfica Ltda. (“Sony DADC”), aprovado sem restrições em 15.09.2016.

Ato de Concentração nº 08700.006574/2016-81.

Ato de Concentração no 08700.007553/2016-83 (Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda.).

AC 08700.007277/2018-15.

Ato de Concentração nº 08700.004030/2018-47.

CADE. Portaria Cade nº 248, de 22 de junho de 2020.

CADE. Resolução nº 02/2012/Cade.

CADE. Resolução nº 17/2016/Cade.

Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22.

Petição nº 08700.003483/2018-56.

Procedimento nº 08700.002785/2020-21.

Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70.

Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.006641/2005-63. Representada: Conselho Federal da OAB.

Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83. Representadas: ABTA, ECAD, UCB, Socimpro, Abramus, AMAR, Sbacem, Sicam. Data do julgamento: 20.03.2013.

Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30.

Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82.

Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90.

Processo nº 08700.002018/2020-12.

Processo nº 08027.000294/2020-35.

Processo nº 08012.000908/2020-48.

Processo nº 08700.002396/2020-51.

LEIS E PROJETOS DE LEIS

BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. PLS 350/2015. Altera a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para definir, como competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, a defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121667>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

Sobre o autor:

Vinicius Marques de Carvalho | *E-mail:* viniciusmca@usp.br

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2001). Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2007). Doutorado em Direito Comparado – Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne (2007). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) do Governo federal de 2006 a 2016. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) de 2012 a 2016 e Yale Greenberg World Fellow em 2016. Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo. Sócio do Escritório VMCA.

Data de submissão: 08 de junho de 2021.

Data de aceite: 16 de junho de 2021.