



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE
APLICADOS PELO CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA
DA LEI 12.529/2011

THAIANE VIEIRA FERNANDES DE ABREU

Brasília

2017

BRASÍLIA –2017

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

THAIANE VIEIRA FERNANDES DE ABREU

ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS PELO
CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em Direito pela Universidade de
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Doutor Paulo Burnier da Silveira

BRASÍLIA –
2017

Abreu, Thaianie Vieira Fernandes.

Análise dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011/ Thaianie Vieira Fernandes de Abreu – Brasília, 2017.
68f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor Paulo Burnier da Silveira.

1. Os remédios antitruste.
2. Diretrizes aplicadas aos remédios antitruste.
3. Aplicação dos remédios antitruste pelo Cade – análise de dados (2012 a 2017).
4. Evolução na aplicação de remédios antitruste pelo Cade.

THAIANE VIEIRA FERNANDES DE ABREU

**ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS PELO
CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título
de bacharel em Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Banca examinadora:

Prof. Paulo Burnier da Silveira (Orientador)
Doutor
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Eric Hadmann Jasper
Mestre
Universidade de Brasília - UnB

Noemy Cabelereira de Araujo de Castro Melo
Doutora
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Adriana, ao meu pai, Aginaldo, e aos meus
irmãos, Beatriz e Matheus.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais pelo incansável apoio durante a minha trajetória. Obrigada por acreditarem sempre que sou capaz de realizar todos os meus sonhos, muitas vezes até antes de mim mesma.

Aos meus irmãos: vocês me ensinaram que o mais importante é seguir nossas paixões e talento, mesmo que a trajetória pareça difícil. Bia, obrigada por sua generosidade infinita e por compartilhar os seus talentos culinários comigo, principalmente nos meus dias mais difíceis. Matheus, obrigada por mesmo longe, estar sempre perto.

À Carolina, Renata, Mariana, Marcello, Wilson, Letícia, Gabriel, Clóvis, Yan, Felipe, João, Agnes, Ale e a todos os amigos e colegas do Direito: esses cinco anos, que passaram em um instante, não seriam os mesmos sem vocês. Se a minha jornada jurídica daqui para frente tiver vocês por perto, tenho certeza que estarei no caminho certo.

A todos os amigos e colegas de Veirano: os dois últimos anos com vocês me fizeram crescer, seja no Direito ou como pessoa. Vocês são um exemplo para mim, e cada dia com vocês traz consigo um aprendizado.

Aos amigos do Rebelo de Sousa: obrigada por despertarem em mim o amor ao Direito da Concorrência em tão pouco tempo. Vocês fazem parte de uma época muito bem vivida e que guardo com imenso carinho.

À Noemy: obrigada pelos ensinamentos e paciência em todas as fases deste trabalho, desde a minha mais inicial insegurança, até a conclusão. Sou muito grata em ter aceitado este projeto de co-orientadoria.

Finalmente, um agradecimento ao meu orientador: Paulo, obrigada por estar presente em praticamente toda a minha história acadêmica. Desde os primeiros ensinamentos de Direito Privado, passando pelas orientações de projeto de pesquisa e dicas quanto ao meu intercâmbio em Lisboa, e terminando esta graduação como meu orientador de monografia. Obrigada por ser este professor tão exemplar e motivo de orgulho da Universidade de Brasília.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo examinar a aplicação de remédios antitruste pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a partir da vigência da Lei n. 12.529/11. O novo arcabouço legal introduziu o sistema de controle de concentrações prévio na política de concorrência brasileira, substituindo o regime da antiga Lei da Concorrência n. 8.884/94. Busca-se avaliar se a instituição deste novo sistema modificou a instituição de remédios concorrenciais pela agência da concorrência brasileira. Para tanto, serão abordados conceitos teóricos sobre estes institutos, assim como diretrizes que norteiam sua aplicação. No intuito de examinar as medidas antitruste instituídos pelo Cade após a vigência da nova Lei, será elaborada pesquisa sobre os remédios aplicados de maio de 2012 a maio de 2017, a fim de indicar se as críticas dirigidas à prática do Cade foram corrigidas, principalmente no que tange à efetividade.

Palavras-chave: Remédios antitruste. Sistema de controle de concentrações. Lei n. 12.529/2011. Efetividade.

ABSTRACT

This research aims to analyze the application of merger remedies by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) since Law No 12,529/11 came into force. The new legal framework introduced the pre-merger review system in Brazil and replaced the former regime under Law No. 8,884/94. Thus, it is sought to evaluate if the institution of this new system has modified the application of merger remedies by the Brazilian agency. To do so, an initial approach to both theoretical concepts on merger remedies and related guidelines will be carried out. In order to examine merger remedies instituted by CADE after the Law No. 12,529/11 came into force, this research will assess merger remedies applied from May 2012 to May 2017, in order to indicate whether the effectiveness criticisms directed at CADE's practice have been corrected.

Keywords: Merger remedies. Merger review system. Law No. 12,529/11. Effectiveness.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACC – Acordo em Controle de Concentrações

APRO – Acordo de Preservação em Reversibilidade de Operação

Art. – Artigo

Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – *Competition Commission*

DOJ – *Department of Justice*

FTC – *Federal Trade Commission*

ICC – *International Competition Network*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência

SG – Superintendência-Geral

TCD – Termo de Compromisso de Desempenho

SUMÁRIO

Introdução	11
I. Os remédios antitruste.....	14
I.1 Remédios estruturais.....	20
I.2 Remédios comportamentais.....	22
I.3 Vantagens e desvantagens: estruturais x comportamentais.....	25
I.4 Panorama mundial da aplicação dos remédios.....	27
II. Diretrizes aplicadas aos remédios antitruste.....	30
II.1 Diretrizes iniciais da ICN e OECD	30
II.2 Diretrizes da doutrina	32
II.3 Princípios.....	33
II.3.1 Efetividade	34
II.3.2 <i>Tailored to harm</i>	35
II.3.3 Transparência.....	36
II.4 Monitoramento	37
II.5 Cooperação internacional.....	38
III. Aplicação dos remédios antitruste pelo Cade (2012-2017)	40
III.1 A redução do número de casos notificáveis ao Cade e de atos de concentração com restrições	40
III.2 Principais remédios em atos de concentração aplicados pelo Cade.....	44
III.3 O aumento de casos com a instituição de <i>trustees</i>	51
IV. Evolução na aplicação de remédios antitruste pelo Cade.....	53
IV.1 As críticas direcionadas ao sistema de controle de concentração brasileiro foram sanadas?	55
Conclusão	61
Referências bibliográficas.....	63

INTRODUÇÃO

A Lei 12.529/2011 é considerada como um avanço na política de concorrência brasileira, aproximando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) com as melhores práticas e recomendações gerais de agências da concorrência mais experientes. Isto pode ser observado com o desenho institucional mais eficiente do SBDC, e também em diversas questões substanciais associadas à sua atuação, como o exercício da advocacia da concorrência, a análise de condutas e o sistema de controle de concentrações.

A modernização do sistema de controle de estruturas indica uma maior preocupação com a eficiência da atuação estatal no que tange aos resultados dos atos de concentração instaurados. Isso porque com a alteração do sistema de análise de atos de concentração posterior para prévio, o Brasil busca sanar as ineficiências causadas pelo antigo sistema, que é visto pelas melhores práticas como ineficaz do ponto de vista econômico e na proteção do interesse público¹.

Examinando-se o procedimento de análise de estruturas sob o regime da antiga Lei de Concorrência n. 8.884/94, diversas críticas relacionavam a ineficiência do sistema brasileiro com a baixa efetividade na aplicação dos remédios antitruste pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar os tipos de remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011.

Na sistemática da nova Lei, a Superintendência-Geral ficou responsável pela análise de Atos de Concentração, cabendo a ela a emissão de pareceres. De acordo com o art. 57 da nova Lei, a SG deve recomendar: (i) a aprovação do ato de concentração sem restrições; (ii) a aprovação com restrições; (iii) a reprovação; ou (iv) concluir pela ausência de elementos conclusivos quanto aos efeitos da operação no mercado². Nestas últimas três hipóteses, a SG oferecerá impugnação ao Tribunal, o qual decidirá sobre a matéria. Em casos em que a primeira hipótese ocorra, a aprovação do ato de concentração

¹ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada**. Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

² BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso de 20 de maio de 2017.

sem restrições, o parecer da SG será a definitiva autorização do SBDC para a realização da operação.

Nesse sentido, como todos os atos de concentração aprovados condicionados a Acordo em Controle de Concentrações (ACC), com restrições ou reprovados passam pelo Tribunal Administrativo do Cade, foram examinadas as atas das Sessões de Ordinárias e Extraordinárias de Julgamento, a partir da vigência da Lei 12.529/11, datada de 29 de maio de 2012.

Desta maneira, foram estudadas as 105 (cento e cinco) atas de julgamento das Sessões Ordinárias do Cade³, além da ata de julgamento da única Sessão Extraordinária ocorrida após a nova Lei⁴ e limitou-se todos os atos de concentração cujas decisões do Tribunal Administrativo não foram no sentido de aprovar a operação como foi apresentada. Ou seja, foram separados os atos de concentração nos quais as decisões finais tiveram o cunho de (i) reprovação; (ii) aprovação condicionada a ACC; e (iii) aprovação com restrições⁵.

No que tange ao condicionamento das operações a ACC, estes são acordos negociados pelo Cade para garantir que “os objetivos e eficiências levados em consideração para aprovação do ato de concentração serão efetivamente atingidos após a decisão do Cade”⁶. Em outras palavras, o ACC estabelecerá metas de cunho qualitativo e quantitativo que deverão ser cumpridas pelas partes requerentes da operação.

Aqui, abre-se um parêntese para justificar a escolha da autora no intuito de analisar efetivamente os atos de concentração submetidos e julgados pelo Cade sob à luz da Lei n. 12.529/2011, mais especificamente sobre o novo sistema de controle prévio de concentrações. Na pesquisa das atas de julgamento do Tribunal, foram identificados e excluídos casos cuja análise foi feita sob o âmbito da antiga Lei 8.884/94, tendo em vista que suas respectivas notificações foram anteriores à vigência da nova Lei⁷.

³ Disponíveis em < <http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/pautas-das-sesoes-ordinarias-1>> Acesso em 20 de maio de 2017.

⁴ Esta Sessão Extraordinária de Julgamento ocorreu no dia 29 de maio de 2012. Disponível em < http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/sesoes-pasta-geral/atas-de-sesoes-extraordinarias-de-julgamento_> Acesso em 20 de maio de 2017.

⁵ Cumpre-se destacar que não foram analisados os Termos de Controle de Desempenho (TCD) aplicados pelo Cade, mesmo após a vigência da Lei 12.529/11. Isso porque a aplicação destes significa que o ato de concentração notificado foi submetido à análise em âmbito da Lei 8.884/94. Como o objetivo deste estudo é a aplicação dos remédios antitruste relacionados com a Lei 12.529/11, estes institutos foram descartados da análise.

⁶ CASTRO, Bruno Braz de. **Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama**. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) Remédios Antitruste. São Paulo: Singular, 2011. p. 47

⁷ Como o art. 54, §4º, da Lei 8.884/94 estabelecia que as operações de concentração econômica poderiam

Observa-se que muitos casos foram enquadrados neste parâmetro, principalmente nos primeiros anos da vigência da nova Lei, haja vista que o antigo arcabouço legal não estabelecia prazo formal para a autoridade antitruste brasileira inspecionar as operações protocoladas. Desta forma, apesar de devidamente delimitados, os casos de aprovação com restrições analisados pela antiga Lei, não serão incluídos na análise efetiva de mérito quanto à aplicação de remédios antitruste pelo Cade após a vigência da nova Lei⁸.

Antes da apresentação da pesquisa de análise de dados, primeiramente, será apresentada a revisão da doutrina nacional e internacional sobre o tema. Em seguida, no Capítulo II, examinar-se-á as diretrizes e princípios estabelecidos para a aplicação dos remédios, observadas pela doutrina e por organizações internacionais.

O Capítulo III deste estudo apresenta a pesquisa descritiva sobre os remédios antitruste aplicados pelo Cade nestes últimos cinco anos, sob o regime da Lei n. 12.529/11. Finalmente, o Capítulo IV contém um exame final sobre os remédios instituídos pelo Cade. Busca-se, mais especificamente, verificar se as críticas dirigidas ao sistema de controle de estruturas brasileiro e, conseqüentemente, à aplicação de remédios antitruste, foram sanadas com a modificação da análise de controle de estruturas pela nova Lei de Concorrência. Leva-se em conta, principalmente, o relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborado em 2010, que versa sobre os principais problemas enfrentados pelo Cade quando a lei vigente era a Lei n. 8.884/94.

Convém destacar aqui que alguns trabalhos similares a este já foram elaborados no intuito de observar a evolução dos remédios aplicados pelo Cade, como o de Patrícia Cabral que, em 2014, propôs pesquisa semelhante entre os anos de 1994 a 2013. Entretanto, no âmbito do presente trabalho, a intenção não é somente examinar os dados obtidos. O que se pretende é refletir se nos dados coletados desde a vigência da Lei 12.529 até 29 de maio de 2017, ou seja, um quinquênio completo com o novo sistema de controle prévio de atos de concentração do SBDC, houve alguma mudança efetiva após a mudança do sistema de controle brasileiro de concentrações. Por fim, busca-se ponderar se as críticas dirigidas ao antigo sistema foram sanadas com o cenário atual.

ser notificadas ao Cade em até 15 (quinze) dias úteis após sua realização, muitos casos foram apresentados já na vigência da Lei 12.529/11, mas analisados pela antiga Lei.

⁸ Os casos assim verificados não serão analisados detidamente sob o ponto de vista da aplicação dos remédios pela nova Lei, mas serão utilizados para observações pontuais sobre cláusulas de não-concorrência, como se verá adiante.

I. Os Remédios antitruste

As práticas concentracionistas no mercado tendem a ser vistas como motivo de preocupação concorrencial, porque, no geral, possuem uma predisposição em diminuir o grau de competição no mercado, atribuindo um maior poder econômico às empresas remanescentes. Com isso, muitas vezes tem-se a redução de estímulos ao corte de preços, à inovação⁹, ao incremento de qualidade, e entre outras características que a competição pode gerar no mercado.

Entretanto, também pode-se afirmar que, em certas hipóteses, a concentração econômica gera benefícios aos consumidores finais. Isso porque o objetivo das empresas ao se concentrarem corresponde, normalmente, à expectativa de crescimento da eficiência decorrente da coligação, que poderá ocorrer tanto pela diminuição dos custos, como pela elevação dos rendimentos e melhoria de qualidade¹⁰. Em alguns casos, a operação também pode acarretar em maior diversidade de produtos, introdução de uma tecnologia melhor, dentre outros efeitos positivos¹¹. Seja qual for o motivo por trás da concentração, o papel das autoridades antitruste consiste em verificar se tal operação acarretará em preocupações concorrenciais.

Trazendo-se tal discussão para o cenário brasileiro, o Cade é responsável por verificar o efeito líquido não-negativo¹² resultante das operações que preenchem os requisitos do art. 88 da Lei de Concorrência¹³, e são obrigatoriamente notificadas à

⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 398-399.

¹⁰ BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. São Paulo: Editora Atlas, 1996. p. 23.

¹¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016, p.8.

¹² Idem.

¹³ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00

autoridade. Em outras palavras, o Cade pondera os efeitos negativos e positivos de uma operação e, caso conclua que o resultado líquido dos impactos for positivo para os consumidores, a autoridade poderá aprovar este ato de concentração.

Entretanto, em casos em que os efeitos negativos superem as eficiências trazidas pela operação, existem dois caminhos a se seguir. Nos casos onde há preocupações concorrenciais, a autoridade definirá as medidas a serem adotadas para que se eliminem tais preocupações com o intuito de que a operação seja aprovada condicionada a restrições. Todavia, ressalta-se que em atos de concentração em que os efeitos negativos não possam ser sanados de nenhuma forma, a autoridade reprovará a operação.

Ao analisar uma operação de concentração econômica, a autoridade da concorrência irá analisar a ocorrência de possíveis efeitos negativos, que são basicamente entendidos como sobreposições horizontais ou integrações verticais. Existem, ainda, algumas autoridades antitruste, como a Comissão Europeia, que entendem as concentrações em duas grandes categorias distintas: as concentrações horizontais e as não-horizontais. Neste último grupo, constam como efeitos as integrações verticais e efeitos conglomerais¹⁴.

As sobreposições horizontais acarretam na justaposição das atividades de empresas que atuam no mesmo nível de uma cadeia produtiva. Ou seja, as sociedades da operação econômica operam no mesmo mercado relevante. A principal preocupação é que tal efeito negativo resulta em uma criação ou reforço de uma posição dominante em

(sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

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

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

[...]

¹⁴ Comissão Europeia. **Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.** Jornal da União Europeia, 2008, p.2.

determinado mercado relevante, considerado como um dos principais prejuízos à livre concorrência¹⁵.

Para que estas sobreposições sejam comprovadas, o Cade, em seu Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, estabelece as etapas principais para análise das concentrações econômicas. A primeira delas consiste na definição dos mercados relevantes decorrentes da operação e se há, de fato, uma justaposição das atividades.

Esta delimitação de mercado relevante é vantajosa para as primeiras identificações dos efeitos competitivos decorrentes da operação. De acordo com o Cade, consiste em um:

“processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidades (entre outras) da empresa da operação”¹⁶.

A partir daí, há uma análise do nível de concentração horizontal decorrente da transação e se há condições para que a corporação resultante do negócio possa exercer seu poder de mercado. Caso seja possível, o Cade irá avaliar a probabilidade deste exercício de poder de mercado advindo da transação, considerando variáveis como barreiras de entrada e o nível de rivalidade de mercado. Por fim, serão considerados outros elementos como o poder de compra existente neste mercado e as eficiências constantes ao ato de concentração sob análise¹⁷.

Cabe mencionar que mesmo que haja concentrações mais elevadas no mercado relevante, esta não é uma condição *per se* para exercício de poder de mercado pela empresa resultante da operação.

Quanto ao segundo e terceiro efeitos negativos que podem vir a decorrer de uma operação, a integração vertical e o efeito conglomeral, estes não ocorrem no mesmo mercado relevante e, por isso, são chamados de efeitos não-horizontais.

A integração vertical sucede quando há o envolvimento de companhias operando em diferentes níveis da cadeia de distribuição de um determinado serviço ou produto.

¹⁵ Comissão Europeia. **Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.** Jornal da União Europeia, 2004, p.2.

¹⁶ Cade, 2016, op cit, p. 9.

¹⁷ Idem.

Como exemplo clássico, cita-se uma operação entre fabricante de um determinado produto, também chamado de empresa *upstream* ou à montante, com um de seus distribuidores, a empresa *downstream* ou à jusante¹⁸.

As concentrações conglomeradas ocorrem entre empresas que não mantêm relações verticais ou horizontais, mas possuem atividades em mercados estritamente relacionados. O exemplo deste efeito é a integração entre empreendimentos cujas atividades se realizam em mercados relacionados, como no caso de fornecedores de produtos complementares ou substitutos¹⁹.

Importante ressaltar que tais efeitos negativos não são excludentes entre si. Na verdade, uma operação pode criar tanto consequências horizontais como não horizontais, as quais serão analisadas sob seus próprios aspectos, seguindo o entendimento da agência da concorrência onde a operação for notificada.

A doutrina majoritária entende que as concentrações não-horizontais, no geral, são menos prejudiciais à concorrência. Isso porque, ao contrário das sobreposições horizontais, as integrações verticais e os efeitos conglomerados não eliminam a concorrência diretamente e no mesmo mercado relevante. A preocupação com estes efeitos deriva do fato de que podem criar ou reforçar uma posição dominante. Apesar disto, existem circunstâncias em que tais efeitos poderão acarretar em diversos ganhos de eficiência no empreendimento resultante da operação²⁰.

O presente trabalho focará nas situações em que os efeitos negativos trazidos pela operação poderão ser suprimidos por algumas restrições, sejam estas impostas pela autoridade antitruste ou negociadas entre esta e as requerentes da operação. São estes os chamados remédios antitruste.

Segundo Patrícia Cabral²¹, “os remédios antitruste são intervenções realizadas por autoridades da defesa da concorrência para contrabalancear efeitos anticompetitivos de um ato de concentração”. Estes instrumentos são considerados soluções intermediárias²²

¹⁸ Comissão Europeia, 2008, op cit, p.1.

¹⁹Bundeskartellamt. **Guidance on Substantive Merger control.** 2012. Disponível em <<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?blob=publicationFile&v=6>> Acesso em 24 de maio de 2017.

²⁰ Comissão Europeia. 2008, op cit, p. 2-3.

²¹ CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios em atos de concentração: uma análise prática do CADE.** IX Prêmio SEAE, 2014, p.5.

²² Idem.

entre a aprovação sem restrições de um ato de concentração em que os efeitos negativos não superariam as eficiências trazidas, e a total reprovação de um ato, quando não há a possibilidade de reverter os efeitos negativos decorrentes da operação.

Em outra vertente de análise dos remédios antitruste, Amanda Oliveira²³ os considera como instrumentos previstos em lei, tendo como objetivo sanar dano a bem jurídico através da conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos. Por tal bem jurídico descrito, revela-se o princípio constitucional da livre concorrência, que, no cenário brasileiro, tem como protetor o Cade.

Nesta perspectiva mais focada no cenário do direito antitruste brasileiro, os remédios antitruste precisam estar alinhados com as bases do sistema capitalista e ação limitada do Estado na economia dispostos na Constituição Federal. Em outras palavras, tais instrumentos concorrenciais funcionam como medidas cuja

“principal função (é) sanar afrontas à livre concorrência, retificar comportamentos, condutas e atos, de forma a preservar a livre concorrência e o mercado, conter abusos de poder econômico, e tão somente isso. Utilizar-se dos remédios antitruste para um escopo mais abrangente do que essas funções importa em desvirtuar-lhe a existência e não encontra amparo na Constituição Econômica brasileira”²⁴

Seja qual for a definição dada aos remédios antitruste, estes são entendidos como ferramentas que possuem o condão de eliminar problemas concorrenciais derivados da nova operação, e restaurar as condições anteriores relativas ao bem-estar do consumidor. Assim, por serem intervenções para encerrarem preocupações concorrenciais concernentes a operações específicas, os remédios antitruste são aplicados caso a caso, levando em conta as características de cada ato de concentração.

Como ilustra o Conselheiro Paulo Burnier em seu voto-vogal no Ato de Concentração n. 08700.004211/2016-10²⁵, no que tange à identificação de um problema concorrencial, “trata-se do diagnóstico do problema/doença, para em seguida pensar na forma apropriada e proporcional para remediá-lo”.

Para a *International Competition Network (ICN)*²⁶:

²³ OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 19

²⁴ Idem.

²⁵ Ato de Concentração n. 08700.004211/2016-10. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: João Paulo de Resende. Decisão em 08/03/2017. Publicação em 14/03/2017. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier.

²⁶ International Competition Network. **Merger remedies guide**. ICN Merger Working Group, 2016, p.2.

“o grande propósito dos remédios é “gerar um resultado modificado ao AC que restaure ou mantenha a concorrência ao mesmo tempo que permita a realização dos benefícios relevantes, alcançando, portanto, um resultado melhor que decisões que aprovem ou rejeitem integralmente a fusão (tradução livre)”.

Em termos de classificação dos remédios concorrenciais, a doutrina majoritária divide estes instrumentos como estruturais e comportamentais. Além da doutrina, importantes organizações internacionais como a ICN e a OCDE, e autoridades antitruste mais experientes, como a Comissão Europeia e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ), optam por utilizar tal classificação.

Há, entretanto, outras categorizações menos tradicionais, como a proposta por François Lévêque²⁷, que divide os remédios conforme dois fundamentos: (i) seus alvos; e (ii) os mecanismos de ação. Quanto ao critério referente a alvos, os remédios são separados naqueles que são projetados para a produção da empresa, como regulação de preços, qualidade ou quantidade de produtos, ou para a organização da companhia, como organização interna ou tamanho da companhia. Já em relação aos mecanismos de ação, Lévêque entende que os remédios são diferenciados em *command-and-control*, no sentido de a autoridade antitruste impor regras desenhadas para o comportamento da empresa, ou em incentivos, ou seja, a autoridade pensa em um remédio que incentive a companhia a adotar os comportamentos que acredita serem socialmente desejáveis.

Ressalta-se que esta catalogação de remédios concorrenciais de Lévêque permite uma análise mais detida quanto o princípio da efetividade dos custos administrativos que a autoridade antitruste precisa ter para monitorar a aplicação dos remédios. Tal princípio será analisado no próximo capítulo.

Ainda neste âmbito de categorização, cabe mencionar que a classificação tradicional entre medidas estruturais e comportamentais recebe diversas críticas. Isso porque, normalmente, a operação concreta exige a aplicação de ambos os remédios para que sejam apaziguadas as preocupações concorrenciais geradas. Ainda, argumenta-se que certas medidas ocasionalmente aplicadas não se encaixam nesta divisão de maneira satisfatória, como as medidas restritivas dos direitos de propriedade intelectual²⁸.

Independentemente de haver outras classificações quanto aos tipos de remédios antitruste existentes, e críticas quanto ao método tradicional, o presente trabalho focará

²⁷ LÉVÊQUE, François. **A Preliminary assessment of Merger Remedies in the EU Electricity Sector**. Paris: Ecole des Mines, 2001.

²⁸ OLIVEIRA, 2011, op cit, p. 21

na rotulação clássica para fins de pesquisa, até mesmo porque o entendimento do Cade está alinhado com as denominações majoritárias.

Por fim, mesmo que haja pequenas diferenças no que tange à compreensão de remédios comportamentais e estruturais por parte da doutrina majoritária e das diversas jurisdições internacionais antitruste, abordar-se-á aqui a definição básica de cada um destes tipos, seguida por contribuições interessantes a respeito dos elementos desta bifurcação.

I.1. Remédios estruturais

Por remédios estruturais, pode-se entender como “*one-time remedies*”, ou seja, soluções pontuais e únicas destinadas a manter ou restaurar a estrutura concorrencial do mercado²⁹. Existe uma percepção de que medidas estruturais são “simples, relativamente fáceis para administrar e certos para preservar a concorrência” (tradução livre)³⁰.

Geralmente, estão associados com a venda de uma ou mais empresas, bens físicos ou outros direitos que abordem diretamente o prejuízo concorrencial, seja por fortalecimento de um competidor já existente, pela criação de um novo competidor neste mercado relevante, ou até por uma mistura destas duas alternativas³¹. Segundo o Cade, medidas estruturais têm por objetivo o restabelecimento da dinâmica concorrencial nos mercados relevantes da operação em questão, “eliminando a necessidade de controles futuros”³².

Tais medidas propiciam a empresas competidoras incentivos para maximizar seus lucros separadamente das partes envolvidas na concentração, a fim de manter a concorrência no mercado. Os remédios estruturais, ao serem bem desenhados para a operação em que são negociados ou impostos, são capazes de preservar algumas das eficiências que uma fusão proposta oferece³³.

Os tipos mais comuns de remédios estruturais são as alienações, ou seja, transferência de ativos a outro competidor. Para a aplicação efetiva destes instrumentos, a autoridade antitruste deve estudar um comprador adequado para estes ativos, a fim de

²⁹ ICN, 2016, op cit, p. 8.

³⁰ United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 331 (1961).

³¹ Estados Unidos da América. **Department of Justice: policy guide to merger remedies**. 2011, p. 6. Disponível em < <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf> >. Acesso em: 20 de abril de 2017.

³² Cade, op cit., p. 57.

³³ ICN, 2016, op cit., p. 9.

manter ou restaurar a estrutura do mercado em questão. Além disso, ao aplicar um tipo de alienação como remédio estrutural, esta deve incluir todos os ativos, sejam estes tangíveis ou não, mas necessários para que o comprador possa competir eficazmente com a entidade resultante da operação³⁴.

De fato, uma das maiores agências da concorrência do mundo, o *Department of Justice* (DOJ) dos Estados Unidos, possui em seu guia de remédios antitruste, divulgado em 2011, uma lista dos principais remédios estruturais aplicados por sua *Antitrust Division*. Dentre eles, foram citados: (i) alienação de todos os ativos necessários para que o comprador seja um concorrente efetivo e de longo prazo; (ii) alienação de uma entidade comercial já existente; e (iii) desinvestimento ou licenciamento de direitos sobre ativos intangíveis críticos (tradução livre)³⁵.

O maior objetivo da alienação de todos os ativos necessários para que o comprador seja um competidor efetivo e de longo prazo consiste em preservar a competição no mercado relevante. Assim, há que se investigar claramente os ativos necessários para que um competidor possa competir efetivamente. Nesse sentido, estes recursos podem ser tangíveis, intangíveis ou combinados³⁶³⁷.

Para que seja efetiva, a alienação deve superar os obstáculos que levaram os concorrentes, na ausência desta alienação, a não serem capazes de aproveitarem seu poder de mercado para ganharem *market share*. Ainda, tais recursos devem ser substanciais para permitir que o concorrente comprador os utilize em prol do seu poder neste mercado relevante, sendo improvável que ele os liquide ou reimplante. A alienação de entidades comerciais já existentes ocorrem quando a autoridade antitruste percebe que tal unidade industrial possui habilidade suficiente para competir no mercado relevante da sobreposição³⁸.

Por fim, o terceiro tipo de medida estrutural corresponde ao licenciamento ou desinvestimento de direitos sobre ativos críticos intangíveis. Tal medida relaciona-se a

³⁴ United Kingdom Competition Commission. **Merger Remedies: Competition Commission Guidelines**. 2008, p. 18.

³⁵ DOJ, 2011, op cit, p.7.

³⁶ Por ativos tangíveis, pode-se entender como os bens classificados como capital físico e financeiro da empresa, ou seja, imóveis, máquinas, estoques, entre outros. Já os ativos intangíveis são entendidos como incorpóreos representados por bens e direitos associados a uma organização, como por exemplo suas marcas, direitos de patentes, recursos humanos, *know-how*, etc.

³⁷ Comissão Europeia. **Merger Remedies Study**. DG COMP, European Commission, 2005, p. 80-81.

³⁸ Bundeskartellamt. **Guidance on Remedies in Merger Control**. 2017, p. 20-21. Disponível em <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20on%20Remedies%20in%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=3>

direitos de propriedade intelectual, principalmente quando as empresas requerentes da operação possuem patentes alternativas sobre o mesmo produto final³⁹.

Cabe mencionar que a autoridade antitruste deve analisar se irá obrigar a empresa resultante da fusão a alienar as patentes ou licenciá-las. De acordo com o DOJ, permitir que a companhia resultante continue com acesso à patente pode representar um risco anticoncorrencial futuro, tendo em vista que o comprador dos direitos irá iniciar sua produção com aquele direito de propriedade intelectual em face à empresa resultante, tornando-se uma força competitiva bem menor do que aquela⁴⁰.

Em estudo da *Federal Trade Commission* (FTC) sobre desinvestimentos⁴¹, a aplicação destes remédios, a alienação de entidades comerciais já existentes possui uma taxa de sucesso mais alta do que desinvestimentos de ativos pré-selecionados. O DOJ acredita que tal fato é explicado porque, normalmente, as unidades industriais possuem todos os recursos físicos e intangíveis (recursos humanos, listas de clientes, informações sobre sistemas, etc.), além da infraestrutura necessária para produção e distribuição eficientes do produto em questão.

Por estes motivos, no que tange aos remédios estruturais, diz-se que a preferência é pelo desinvestimento de unidades industriais já existentes. Todavia, esta inclinação a tais medidas não significa que sejam as mais apropriadas no caso concreto.

Esta subclassificação do DOJ apresentada acima quanto os tipos de remédios estruturais (assim como a subclassificação sobre remédios comportamentais que será explanada no próximo subtópico) é importante, porque será uma das bases para os critérios analisados na pesquisa quantitativa apresentada no terceiro Capítulo deste trabalho.

Na classificação tradicional dos remédios antitruste ora apresentada, além das medidas estruturais acima expostas, também existem os remédios comportamentais.

I.2. Remédios comportamentais

Os remédios comportamentais, também chamados de condutas ou não-estruturais, são considerados como instrumentos em andamento, cujo objetivo é modificar ou restringir o comportamento futuro da empresa resultante da concentração econômica. Diferentemente dos estruturais, procuram mudar o comportamento do mercado para

³⁹ DOJ, 2011, op cit., p. 15.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Federal Trade Commission and Staff of the Bureau of Competition. **A study of the Commission's Divesture Process.** § II.B.3 (1999).

encorajar a concorrência, através de restrições ou condutas que impeçam a entidade resultante da concentração econômica de minar a concorrência⁴².

Tais medidas são capazes de assumir diversas formas para corrigir os efeitos anticoncorrenciais de maneira eficaz, ao contrário dos estruturais que giram em torno de alienações ou desinvestimentos de patentes. Normalmente, tais instrumentos são aplicados quando as eficiências prováveis resultantes da concentração são significativas, e a autoridade permite que estes benefícios sejam mantidos para o bem dos consumidores finais⁴³.

No mais, também são impostos quando se espera que os danos competitivos sejam limitados em questões temporais, seja devido a mudanças tecnológicas, ou outros fatores que só necessitem um remédio por tempo limitado. Entende-se também que, muitas vezes, os comportamentais são complementares aos estruturais, como medidas provisórias até que as medidas estruturais possam ser completadas⁴⁴.

Consideram-se estas medidas condutoras como efetivas, principalmente ao lidar com concentrações verticais. Quanto a sobreposições horizontais, podem ser eficazes quando impostas conjuntamente com remédios estruturais⁴⁵.

Em linha com a lista dos mais comuns remédios estruturais divulgada pelo DOJ em seu guia sobre remédios concorrenciais, há também as indicações quanto aos remédios comportamentais. Foram enunciados os seguintes: (i) disposições de *firewall*; (ii) disposições de não-discriminação; (iii) disposições de licenciamento obrigatórias; (iv) disposições de transparência; (v) disposições antirretaliação; e (vi) proibições sobre certas práticas de contratação⁴⁶.

As disposições de *firewall* são comumente utilizadas para evitar a disseminação de informações dentro da companhia resultante da concentração econômica. Este remédio comportamental é aplicado, principalmente em operações que resultem em integração vertical, pois há a preocupação da autoridade antitruste de compartilhamento de informações que facilitem práticas anticompetitivas. Nesse sentido, ao aplicar disposições de *firewall*, dever-se-á avaliar quais são os potenciais tipos de informações sensíveis e, a partir daí, elaborar o remédio⁴⁷.

⁴² CC, 2005, op cit, p. 27.

⁴³ ICN, 2016, op cit p. 9.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ OCDE, 2011, op cit, p.1.

⁴⁶ DOJ, 2011, op cit., p. 13.

⁴⁷ CC, 2005, op cit, p. 27.

No que tange às provisões de não-discriminação, entende-se que estes remédios devem respeitar os conceitos de igualdade, seja quanto aos acessos, esforços e termos. Como exemplo, o DOJ coloca sua preocupação quando um monopolista ao se associar com uma empresa de mercado *downstream* com três competidoras, poderá ter um incentivo para favorecer esta empresa adquirida, seja para oferecer condições menos vantajosas aos competidores desta empresa adquirida, seja para recusar a vender para estas⁴⁸.

Disposições de licenciamento obrigatório são relacionadas com liquidação de determinadas tecnologias ou outros bens. Este tipo de remédio comportamental está relacionado com preocupações concorrenciais que precisam permitir aos concorrentes se ajustarem à mudança de propriedade de um insumo chave necessário para preservar efetivamente a concorrência⁴⁹.

As disposições de transparência costumam ser associadas como soluções para integrações verticais. Tais cláusulas obrigam a empresa resultante da concentração a fornecer certas informações à autoridade regulatória que normalmente não seriam requisitadas. Esse tipo de remédio comportamental pode auxiliar a autoridade da concorrência a evitar que a empresa cometa alguma prática anticoncorrencial, por exemplo. Já as provisões de não-retaliação podem assumir diversas formas, mas todas estas objetivam que a entidade resultante da operação não restrinja a concorrência de forma irrazoável⁵⁰.

Por fim, como remédios comportamentais existem os tipos de proibição de práticas restritivas em relação à entidade concentrada. Sobre estas soluções comportamentais, diz o DOJ⁵¹:

“contratos exclusivos ou restritivos podem ser competitivamente neutros, pró-competitivos ou anticoncorrenciais, dependendo de vários fatores. Em algumas situações, uma entidade resultante da fusão poderá utilizar contratos restritivos ou exclusivos para bloquear o acesso dos concorrentes a uma entrada vital.” (tradução livre)

⁴⁸ DOJ, 2011, op cit., p. 13.

⁴⁹ Bundeskartellamt, 2017, op cit, p. 29; 47.

⁵⁰ DOJ, 2011, op cit., p. 17.

⁵¹ Ibidem, p. 18.

Conforme exposto, acredita-se que as proibições de práticas sejam efetivas em integrações verticais nas quais a entidade controlará uma entrada que seus competidores devem acessar para permanecerem viáveis.

Há que se ressaltar que este rol apresentado acima não é taxativo, e representa, na verdade, os tipos de remédios comportamentais mais comumente aplicados. Não obstante, existem diversas outras modalidades de soluções não-estruturais, como por exemplo: notificações de fusões de forma “*non-reportable*”, contratos de fornecedores e restrições de reaquisição de recursos humanos escassos⁵².

A classificação entre comportamentais e estruturais possui a maior quantidade de estudos relativos a remédios concorrenciais. Como será explanado no próximo tópico, cada uma destas medidas possui vantagens e desvantagens e, por isso, a autoridade da concorrência deve estudar caso a caso, a fim de aplicar o remédio ideal à operação.

I.3. Vantagens e desvantagens: estruturais x comportamentais

Diversas jurisdições concorrenciais pelo mundo possuem a crença de que remédios estruturais são preferíveis em termos de eficiência e custos administrativos das autoridades, relativos ao acompanhamento do cumprimento das decisões. Isso porque, com a aplicação de “*one-off remedies*”, a autoridade não precisará mais se preocupar com o monitoramento a longo prazo do ato de concentração⁵³.

Ressalta-se que, em operações cuja a preocupação gira em torno de concentrações horizontais, a concepção de que remédios estruturais são preferíveis é quase que unânime⁵⁴. Em termos gerais, tal preferência é relacionada a diversos benefícios, como por exemplo: (i) abordagem direta na causa dos prejuízos concorrenciais; (ii) impacto duradouro, seja pela criação de novo concorrente ou um mais competitivo; (iii) tendência a serem autofiscalizadores e, por isso, não incorrem em muitos custos de monitoramento; (iv) são considerados como simples, fáceis de administrar, prontamente exigíveis e podem ser aplicados em curto prazo⁵⁵.

De qualquer forma, o fato de os remédios estruturais serem preferíveis sob o ponto de vista de baixos custos administrativos para monitorá-los, não exclui a aplicação dos remédios comportamentais como os mais indicados para alguns tipos de casos.

⁵² DOJ, 2011, op cit., p. 17.

⁵³ OECD, 2011, op cit, p. 12.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ ICN, 2016, op cit, p.10.

Sobre este assunto, o Grupo de Trabalho da ICN⁵⁶ quanto à concentração econômica identificou três situações em que, apesar desta convicção de que estruturais são mais efetivos, os remédios comportamentais são os mais adequados. São elas: (i) quando uma alienação não é viável ou está sujeita a riscos inaceitáveis, como a ausência de compradores adequados, e a proibição também não é exequível, devido a restrições multijurisdicionais, por exemplo; (ii) quando se espera que os prejuízos competitivos sejam limitados em duração devido à rápida mudança tecnológica ou outros fatos; e (iii) em alguns casos de concentração vertical, quando os benefícios da fusão são significativos, os remédios comportamentais são substancialmente mais eficazes.

É importante considerar que, ao aplicar os remédios antitruste em uma concentração econômica, as autoridades da concorrência devem levar em conta o mercado relevante em suas dimensões em que há os potenciais riscos concorrenciais. Nesse sentido, no que tange à uma alienação estrutural⁵⁷, por exemplo, quando não existem compradores adequados, seja porque a natureza consolidada de certas indústrias exclui a consideração de algumas empresas, seja por circunstâncias em que não haja nenhum comprador interessado, a autoridade da concorrência deve pensar na aplicação de remédios comportamentais para que a operação não seja reprovada.

Além disso, faz-se mister notar que o fato de os remédios comportamentais e estruturais serem tratados como dicotômicos na maioria das vezes, não quer dizer que sejam instrumentos mutuamente excludentes. Isso significa que, em alguns casos, para que a autoridade antitruste possa eliminar totalmente as preocupações concorrenciais decorrentes de um ato de concentração, terá que aplicar conjuntamente uma série de remédios comportamentais e estruturais.

Algumas autoridades antitruste denominam este conjunto de estruturais e comportamentais como remédios híbridos⁵⁸. Normalmente, estas medidas são aplicadas em três tipos de situações: (i) operações que envolvam preocupações concorrenciais em diversos mercados relevantes, e em cada um exija-se um tipo de remédio antitruste diferente para apaziguar os problemas identificados; (ii) operações em que a preocupação concorrencial só será mitigada com a aplicação conjunta de estruturais e comportamentais e; (iii) quando há a necessidade de instituir medidas comportamentais para auxiliar e garantir o sucesso da alienação⁵⁹.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ OECD, 2011, op cit p.20.

⁵⁸ DOJ, op cit., p. 18.

⁵⁹ Idem.

É nesse sentido que existe o entendimento de conceituação dos remédios *quasi-structural*, que se revelam dentro do intervalo existente entre os estruturais e comportamentais. A vantagem de serem utilizados, segundo a *Israeli Antitrust Authority* (Agência da Concorrência de Israel)⁶⁰, consiste na inclusão de transferência de informações, por exemplo, a revelação de fórmulas de fabrico e o uso de direitos legais, por exemplo, a alteração de acordos legais. Esses recursos podem ser aplicados quando a preocupação competitiva suscitada por uma fusão é criada como resultado dos direitos legais que são detidos pelas partes na fusão.

Por fim, outra consideração importante feita pelo DOJ refere-se às concentrações econômicas em mercados regulados. Em casos em que isto ocorre, a agência da concorrência deve sempre considerar as normas regulatórias referente ao mercado em questão, além, é claro, de analisar as preocupações concorrenciais decorrentes da operação.

Situações como essa exigem que a autoridade da concorrência trabalhe com a colaboração da agência reguladora do mercado específico para que sejam analisadas as melhores práticas. Ao agir com conjunto, tais agências evitam disposições inconsistentes com o mercado em questão, além de garantir que remédios antitruste sejam aplicados da maneira mais eficaz. Ademais, um regime regulatório pode proporcionar um monitoramento adequado e eficiente quanto aos remédios antitruste aplicados.

Apesar das recomendações da doutrina, organizações internacionais e agências da concorrência mais experientes, é importante ter em mente que cada autoridade possui uma percepção diversa quanto à aplicação de remédios antitruste, seja devido à legislação vigente na jurisdição, seja por entendimento já consolidado dos julgadores.

I.4. Panorama mundial da aplicação dos remédios

Quanto aos remédios concorrenciais, é importante atentar para a experiência de outras autoridades antitruste pelo mundo, principalmente no que tange às mais experientes, como o DOJ e a Comissão Europeia.

A Comissão Canadense atesta que, entre 1995 a 2006, quase 87% das condições impostas por ela continham remédios estruturais⁶¹, enquanto que de 2006 a 2011, este

⁶⁰ OECD, 2011, op cit, p.124.

⁶¹ Competition Bureau of Canada. **Merger Remedies Study**. 2011, p. 4. Disponível em <[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf/\\$FILE/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf/$FILE/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf)> Acesso em 31 de maio de 2017.

número continuou próximo aos 80%. No entanto, cumpre ressaltar que a *bureau* canadense não possui diferenciação de aplicação de medidas quanto aos problemas concorrenciais. Ou seja, preocupações referentes a sobreposições horizontais ou integrações verticais são tratadas da mesma forma, pelos critérios das seções 92 e 93 de seu *Competition Act*⁶².

A Comissão Europeia acredita que o maior propósito dos compromissos consiste em assegurar as estruturas concorrenciais dos mercados. Por isso, entende que os remédios devem ser estruturais por sua natureza, e complementados com remédios comportamentais quando for necessário⁶³.

O DOJ tem como maior princípio a efetividade deve reger a aplicação de remédios em atos de concentração. Sob à luz desta diretriz, entende que em operações onde não haja medidas capazes de mitigar todos os problemas concorrenciais de maneira efetiva, deve-se reprová-la ao invés de instituir remédios com baixo êxito⁶⁴.

Por fim, o *Bundeskartellamt*, agência antitruste alemã, não possui um entendimento quanto aos remédios tão restrito quanto às medidas comportamentais. Considera estas como medidas complexas quanto ao desenho e implementação, condicionando sua efetividade como mais incerta, ao se comparar com medidas estruturais. Neste contexto, o *Bundeskartellamt* possui instruções claras de rejeitar remédios comportamentais quando estes envolvem monitoramento permanente por parte da agência⁶⁵.

Outro tópico interessante a se analisar são alguns institutos utilizados por autoridade internacionais. Primeiramente, cumpre-se destacar os “*fix-it-first remedies*” aplicados pela agência norte-americana. Estes são considerados como soluções estruturais implementadas pelas partes de uma operação, cuja aprovação pode ser ou não concedida pela Divisão Antitruste do DOJ. Ressalta-se que o objetivo deste instrumento é evitar as preocupações concorrenciais e reprimir que um procedimento seja iniciado⁶⁶ e, nesse sentido, a autoridade não aceita que tais instrumentos precisem de monitoramento.

Neste contexto, tal alternativa mostra-se como interessante para ambos os lados. Para a Autoridade, os *fix-it-first remedies* são recursos inovadores, pois têm o condão de

⁶², 2011, op cit p. 50.

⁶³ Ibidem, p. 235.

⁶⁴ DOJ, 2011, op cit, p. 3.

⁶⁵ Bundeskartellamt, 2017, op cit, p. 3.

⁶⁶ DOJ, 2011, op cit., p. 22.

preservar a competição no mercado de modo eficiente e ágil. Ainda, ajudam a poupar os recursos do Poder Público, que não precisarão iniciar um procedimento administrativo para impor remédios concorrenciais a partes que já tomaram tal iniciativa. Para as empresas requerentes da operação, referido instrumento serve para flexibilização quanto à alienação, seja no sentido de quais serão os ativos alienados, seja quem serão os compradores.

É importante ressaltar que a Divisão Antitruste analisará o remédio escolhido pelas partes com o mesmo rigor de um procedimento administrativo. Apesar disto, não haverá a necessidade de abertura de um processo, sendo somente necessária uma investigação suficiente para determinar a natureza e extensão do dano concorrencial causado⁶⁷.

Outro instituto utilizado por agências da concorrência internacionais são as disposições “*crown jewel*”, largamente empregadas pela Divisão Antitruste americana e pela Comissão Europeia. Tais provisões consistem em pacotes de ativos expandidos ou alternativos caso as partes requerentes da operação não consigam encontrar um comprador apropriado no período de tempo negociado⁶⁸.

Em outras palavras, estas disposições aumentam a probabilidade de interesse para um comprador apropriado. A *Bureau* canadense acredita que tais disposições podem ser necessárias em certos casos a fim de garantir a efetividade dos remédios empregados⁶⁹.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ KATZ, Elai; PERLGUT, Lauren. **Appraising Crown Jewel Provisions in the United States, Canada, and Europe**. *The Threshold*: Volume X, Number 1, Fall 2009, p.2.

⁶⁹ Canadian *Bureau. Information Bulletin on Mergers in Canada*. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>> Acesso em 30 de maio de 2017.

II. Diretrizes aplicadas aos remédios antitruste

A aplicação de remédios antitruste é alvo de diversos estudos no que se referem aos seus princípios balizadores. Em âmbito internacional, duas importantes organizações internacionais, a ICN e OCDE, dedicam-se ao estudo do direito da concorrência, com contribuições significativas em relação aos remédios antitruste. Em especial, divulgam as principais diretrizes quanto à instituição de medidas antitruste.

Além de tais organizações, a doutrina também é bastante expressiva no que se refere aos fundamentos principais para aplicação de remédios antitruste de forma exitosa. No entanto, há que se ter em mente que a doutrina, na maioria das vezes, baseia-se em autoridades da concorrência específicas, ou seja, em quadros jurídicos particulares. Assim, mesmo que tais agências estejam atentas às recomendações internacionais e majoritárias, podem ter um entendimento próprio sobre a aplicação destes institutos.

Com isto em mente, o intuito do presente capítulo é indicar as diretrizes gerais apontadas pela ICN e OCDE, além das recomendações da doutrina nacional e internacional. Por fim, discorre-se sobre os princípios considerados mais importantes, além de orientações sobre monitoramento e cooperação internacional, tidas como úteis para a implementação efetiva destes institutos.

II.1. Diretrizes iniciais da ICN e OCDE

A *International Competition Network* (ICN) consiste em um fórum internacional virtual de discussão sobre temas relacionados ao direito da concorrência⁷⁰. Em declaração de sua missão, a ICN indica a adoção de procedimentos de alta qualidade no que tange à política da concorrência no mundo, assim como a adoção em convergência processual a fim de facilitar a cooperação internacional, em prol de seus membros, consumidores e economias pelo mundo⁷¹.

Dentre seus grupos de trabalho, encontra-se o *ICN Merger Working Group* (MWG), cujo trabalho consiste em promover a implementação das melhores práticas referentes à análise de atos de concentração econômica, “para (i) aumentar a eficácia dos mecanismos de revisão de fusão de cada jurisdição; (ii) facilitar a convergência

⁷⁰ OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende; SILVEIRA, Paulo Burnier. **A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da concorrência na diversidade**. Revista de Defesa da Concorrência, n. 1, Maio 2013, pp. 4-15.

⁷¹ Disponível em < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>> Acesso em 04 de junho de 2017.

processual e substantiva; e (iii) reduzir o tempo e o custo público e privado nas revisões de fusões em âmbito multijurisdicional⁷².

Em 2016, foi publicado o *Merger Remedies Guide*, com o objetivo de realizar considerações sobre a aplicação dos remédios antitruste. Dentre elas, estão os princípios considerados pela ICN como os basilares no processo de instituição de compromissos às operações. São eles: (i) *need for remedy*; (ii) *tailored to harm*; (iii) princípio da eficácia; e (iv) transparência e consistência.

Logo na introdução do Guia, atribui-se a responsabilidade às agências da concorrência de garantirem que os remédios sejam “necessários, claros, exequíveis, efetivos, suficientes e capazes de implementação em um curto espaço de tempo” (tradução livre)⁷³. Cabe aqui ressaltar que as considerações inseridas neste Guia já foram citadas no julgamento de atos de concentração recentes no Cade, ao se discorrer sobre a importância da busca por remédios simples e adequados às operações⁷⁴.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também possui interesse na aplicação dos remédios antitruste. Tal instituição possui como missão a melhoria em políticas públicas que possam melhorar o bem-estar social e econômico no mundo⁷⁵, com foco em pesquisas e estudos chamados de *peer review*.

Dentre os diversos assuntos em que atua, a OCDE possui um comitê relacionado à fomentação da concorrência (*Competition Committee*), abordando tópicos como cartéis, abuso de dominância, reformas pró-competitivas e concentrações econômicas. Em seu documento intitulado *Remedies in Merger Cases*, destacou-se a importância: (i) da cooperação internacional para todas as fases da aplicação dos remédios; e (ii) o monitoramento dos compromissos elaborados.

II.2. Diretrizes da doutrina

Dentre os diversos trabalhos sobre remédios antitruste disponíveis, um dos primeiros que se destaca quanto ao estabelecimento de princípios é o estudo de Lévêque⁷⁶, o qual estabeleceu quatro diretrizes principais sobre as medidas antitruste: (i) efetividade para restaurar a competitividade do mercado antes da operação; (ii) minimização dos

⁷² Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/merger.aspx>> Acesso em 04 de junho de 2017.

⁷³ ICN, 2016, op cit, p. 1.

⁷⁴ Ato de Concentração n. 08700.004211/2016-10, op cit. Voto vogal do Conselheiro Paulo Burnier.

⁷⁵ Disponível em <<http://www.oecd.org/about/>> Acesso em 04 de junho de 2017.

⁷⁶ LÉVÊQUE, 2001, op cit.

custos administrativos quanto ao desenho e a aplicação do remédio; (iii) minimização de perda das eficiências decorrentes da operação; e (iv) realocação efetivos de ativos.

Em adição às diretrizes de Lévêque, Balto⁷⁷ indica que a operação não deve reduzir a competição em grande medida. Enquanto que Jenny⁷⁸ afirma que são três os princípios primordiais para a instituição de remédios antitruste: (i) devem ser formulados de maneira não-ambígua; (ii) o controle de sua implementação deve ser fácil; e (iii) devem mitigar as preocupações concorrenciais no menor custo social possível.

No que tange ao procedimento de negociação dos remédios, Oldale⁷⁹ acredita que os princípios que devem governar esta fase são a transparência e *accountability*. Argumenta ainda que na negociação das medidas, as partes devem ter uma declaração de objeções e a autoridade deverá sempre justificar suas decisões ao rejeitar uma proposta de remédios feita pelas partes.

Davies e Lyons⁸⁰ consideram que o princípio da proporcionalidade não possui uma definição clara na doutrina. No entanto, sugerem dois tipos de definição à esta diretriz: (i) análise do custo-benefício do risco de perda de concorrência *versus* ganho de eficiências ou liberdade de contratar; ou (ii) ponderação entre o risco de perda de concorrência em face do risco de fracasso do remédio aplicado, sem levar em conta as eficiências geradas.

Tais autores, ao fazerem uma análise da literatura sobre remédios antitruste, acreditam que os quatro princípios citados por Lévêque, em sua obra, são os mais adequados para indicar as questões-chave acerca deste assunto, adicionando a transparência como um quinto princípio à esta lista⁸¹.

Trazendo a discussão de princípios para o contexto brasileiro, importante destacar as elucidações de Amanda Oliveira⁸². Para a autora, a aplicação de remédios antitruste pondera alguns direitos fundamentais apoiados na Constituição. Isso porque, de um lado estão o direito à propriedade e o direito de contratar e, de outro, está o da livre concorrência. Como nenhum destes configura-se como direito fundamental absoluto, faz-

⁷⁷ BALTO, D.A. **Lessons from the Clinton Administration: the evolving approach to merger remedies.** The George Washington Law Review, 2001, pps. 952-977.

⁷⁸ JENNY, Frederic. **Design and Implementation of Merger Remedies in High-Technology Industries.** In: Merger Remedies in American and European Competition Law, ed. François Lévêque and Howard Shelanski, 160-171. Cheltenham, UK, 2003.

⁷⁹ Oldale, A., (2002). "Fixing remedies in European merger control", NERA Competition Policy Insights, July/August, pps. 1-5.

⁸⁰ DAVIES, Stephen; LYONS, Bruce. **Mergers and merger remedies in the EU.** P.12

⁸¹ Idem.

⁸² OLIVEIRA, 2011, op cit, p. 21.

se imprescindível a ponderação entre eles, observando-se os parâmetros de proporcionalidade.

Assim, Oliveira define que tais instrumentos concorrenciais, como medidas de intervenção estatal na economia, e figuras limitadoras de direitos fundamentais, precisam observar três subprincípios da proporcionalidade, sob pena de serem vistos como ilegítimos⁸³:

“Somente se admite, no âmbito da ordem constitucional de 1998, remédios que se mostrem necessários, adequados e proporcionais ao dano à concorrência verificada no caso concreto”.

Por fim, César Mattos⁸⁴ indica um total de doze princípios derivados de documentos das organizações internacionais ICN e OCDE, além das diretrizes de agências antitruste experientes como o DOJ, FTC e Comissão Europeia: (i) nexos causal entre o dano à concorrência e o ato de concentração; (ii) os remédios não devem gerar efeito líquido negativo sobre a economia; (iii) devem ser consistentes com o dano concorrencial gerado pela concentração; (iv) devem ser suficientes para endereçar todos os problemas concorrenciais gerados pela operação; (v) o ônus gerado às requerentes pela intervenção deve ser proporcional ao dano resultante da concentração; (vi) o remédio escolhido deve ser a opção menos restritiva ou onerosa para a parte disponível à agência; (vii) não devem objetivar regulação ou planejamento setorial; (viii) os efeitos positivos devem ter elevada probabilidade de ocorrer; (ix) os remédios devem ter implementação prática, com possibilidade de monitoramento e que proporcionem à autoridade da concorrência a garantir seu cumprimento às partes; (x) a implementação e o efeito esperado dos remédios devem ocorrer em curto período de tempo; (xi) os remédios devem ser transparentes; e (xii) as medidas aplicadas não podem criar problemas concorrenciais em outros mercados.

II.3. Princípios

Atentando-se à doutrina e experiência das agências e organizações internacionais, foi possível selecionar os mais importantes princípios levados em conta na instituição de remédios antitruste pelas autoridades.

⁸³ Idem.

⁸⁴ MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: a experiência e o Brasil**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, pp. 64 e 65.

II.3.1 Efetividade

A efetividade na aplicação de remédios antitruste, independentemente do tipo de sistema de concentração econômica ou do caso concreto em si, é avaliada por diversos elementos, quais sejam, o seu impacto competitivo, duração, praticidade e risco⁸⁵.

O impacto competitivo traduz-se pela necessidade de desenhar um remédio conforme a preocupação concorrencial decorrente da operação para, assim, restaurar a concorrência no mercado pós-fusão. Quanto à duração estabelecida, atentar-se-á para as mudanças que a operação trará à estrutura do mercado. Isto posto, remédios que asseguram a competição no mercado de maneira rápida são preferíveis se comparados às medidas que produzam efeitos a longo prazo⁸⁶.

A praticidade dos remédios antitruste pode ser observada na medida em que seja possível a detecção de possível descumprimento pelas partes do que foi acordado ou imposto para a aprovação da operação. A praticidade também é demonstrada pela descrição clara e simples do remédio na *remedy order* ou, no caso brasileiro, no Acordo em Controle de Concentração (ACC).

Por fim, o quarto e último elemento consiste no risco inerente a qualquer imposição ou negociação de remédio por uma agência da concorrência, mas caberá a cada jurisdição estabelecer os seus parâmetros de tolerância aos riscos. Segundo a ICN⁸⁷, os principais riscos estão relacionados (i) à adequação dos ativos a serem alienados quando o remédio for estrutural ou às condições ou proibições estabelecidas no que tange às medidas estruturais; (ii) à identificação de um comprador apropriado quando a solução concorrencial for a alienação de recursos; e (iii) ao potencial fracasso na implementação efetiva dos remédios, seja por culpa das partes da operação ou de outros fatores do mercado.

Cita-se, também, contribuição importante do DOJ sobre a efetividade dos remédios antitruste. Para a agência da concorrência americana, a eficiência se traduz pela “velocidade, certeza, custo e eficácia da medida aplicada” (tradução livre)⁸⁸. Dessa maneira, muitas vezes explica-se a preferência das autoridades em empregarem estruturais com mais frequência.

⁸⁵ ICN, 2016, op cit., p. 4.

⁸⁶ CC, 2005, op cit, p. 6.

⁸⁷ ICN, 2016, op cit., p. 4.

⁸⁸ Estados Unidos da América. **Department of Justice policy guide to merger remedies**, 2004, p. 7. Disponível em < <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/16/205108.pdf>> Acesso em 09 de junho de 2017.

No que tange à efetividade dos remédios propostos, deve-se considerar também os custos e encargos para as requerentes, a autoridade da concorrência e também para a sociedade. Assim, deverão ser analisadas as vantagens da fusão e outros benefícios pró-competitivos nos mercados relevantes, os custos de impacto e implementação dos remédios⁸⁹.

Nestes dois últimos casos, os custos de impacto são as possíveis consequências indesejáveis que o remédio poderá introduzir no mercado, como distorções ou ineficiências. Tais resultados são mais prováveis em caso de utilização de medidas comportamentais por um longo período de tempo⁹⁰.

Já os custos de operação são os derivados da fase de implementação dos remédios, seja para as partes ou para a agência da concorrência. Importante destacar que dependendo do tipo de medida utilizada para mitigar as preocupações concorrenciais, os custos de operação serão significativos em alguns, mas irrisórios em outros, dependendo da natureza do remédio e da extensão de seu monitoramento⁹¹.

II.3.2 *Tailored to harm*

O princípio *tailored to harm* indica que as autoridades da concorrência devem aplicar um remédio que seja direcionado e proporcional ao dano concorrencial decorrente da operação. Isso se faz necessário porque os tipos de operações são muito diversos quanto suas formas e intensidades⁹².

Segundo a ICN, deve-se basear a aplicação de remédios na análise econômica e jurídica da fusão em questão a fim de que mitigue as preocupações competitivas de maneira efetiva⁹³.

Quando a agência da concorrência estuda um remédio e o aplica conforme os parâmetros da operação, tal medida tem o condão de ser menos intrusiva. No entanto, não é sempre que as autoridades podem elaborar um remédio efetivo e que inclua apenas os danos concorrenciais derivados da concentração. Nestes casos, é comum que as agências antitruste apliquem medidas mais abrangentes, seja em produtos ou em áreas geográficas⁹⁴.

⁸⁹ ICN, 2016, op cit., p. 6.

⁹⁰ CC, 2005, op cit, p. 6.

⁹¹ ICN, 2016, op cit., p. 6.

⁹² DOJ, 2004, op cit., p. 2.

⁹³ ICN, 2016, op cit., p. 7.

⁹⁴ Idem.

Em casos de operações multijurisdicionais, é comum que haja diferentes situações jurídicas ou econômicas para cada autoridade, resultando em níveis de preocupação diferentes. Assim, cada jurisdição irá exigir que os remédios aplicados no caso concreto sejam direcionados a solucionar os problemas concorrenciais encontrados em seu território.

Neste sentido, é possível identificar três premissas para que os remédios sejam *tailored to harm*: (i) a autoridade deve focar na preservação efetiva da concorrência a fim de criar medidas apropriadas; (ii) os remédios devem ser interpostos para manter ou restaurar a concorrência, e nunca para proteger concorrentes individuais; e (iii) a agência da concorrência deve estudar cuidadosamente os princípios legais e econômicos da operação em questão⁹⁵.

II.3.3 Transparência

A ICN destaca a importância das agências da concorrência serem transparentes na proposta, discussão e adoção de remédios antitruste, para o reforço da legitimidade, equidade e efetividade da aplicação destas medidas. Nesse sentido, a autoridade antitruste deve ser aberta e transparente com as partes sobre questões substantivas e procedimentais durante todo o processo de aplicação dos remédios antitruste⁹⁶.

O princípio da transparência é fundamental para as partes da operação, pois indica uma maior previsibilidade e consistência na construção dos remédios para o caso concreto. Ademais, a publicação de guias ou outros documentos que descrevam os critérios aplicados pela autoridade sobre as medidas geralmente aplicadas em certos tipos de casos promovem a transparência e tem o condão de tornar o processo de análise dos remédios mais eficiente⁹⁷.

Por fim, considera-se que o diálogo constante e desde o início da notificação entre as partes e a agência da concorrência facilitam na resolução do processo de instituição das medidas antitruste. Em âmbito de operações multijurisdicionais, a interação entre as autoridades da concorrência pode facilitar na convergência de aplicação de remédios consistentes, eficientes e em curto período de tempo⁹⁸.

Além dos princípios balizadores da aplicação dos remédios antitruste, o monitoramento e a cooperação internacional também são notáveis para o êxito na

⁹⁵ DOJ, 2011, op cit., p. 2.

⁹⁶ ICN, 2016, op cit., p. 6.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

implementação e *enforcement* destes institutos. A seguir, serão expostas considerações sobre estes elementos.

II.4. Monitoramento

O monitoramento sobre o cumprimento dos remédios antitruste é indispensável para garantir a efetividade quanto à aplicação destas medidas, seja esta estrutural ou comportamental⁹⁹. A ICN entende que esta fiscalização deve ser conduzida de maneira proativa e não apenas quando a autoridade da concorrência seja instada a se manifestar quando há descumprimento do acordado¹⁰⁰.

É importante ressaltar que os incentivos para a entidade resultante da operação no que tange ao estrito cumprimento dos remédios que foram estabelecidos com a agência da concorrência, estão intimamente ligados aos custos e riscos de descumprimento. Assim, quando tal empresa percebe que não há monitoramento firme e constante sobre as medidas antitruste aplicadas, seus incentivos para cumprir o que foi negociado diminuem¹⁰¹.

Assim, a autoridade da concorrência possui diversos benefícios ao incumbir a fiscalização do cumprimento a *trustees*, tendo em vista o conhecimento especializado destes nas questões concretas e também aliviam os recursos da autoridade a serem utilizados em cada concentração econômica a ela notificada. Esta fiscalização pode ser realizada de várias formas em diversas fases de implementação do remédio antitruste, podendo o *trustee* ser nomeado para o monitoramento, desinvestimento ou para gerenciar de maneira independente os ativos a serem desinvestidos.

Ademais, o *trustee* de monitoramento poderá ser nomeado para facilitar no acompanhamento de compromissos comportamentais, sejam estes provisórios a fim de garantir condições para uma alienação ou medidas contínuas. A autoridade antitruste dará ao *trustee* as funções que achar necessárias, podendo incluir até a interpretação da aplicação dos compromissos, com poderes vinculativos ou não. Sua principal função consiste na apresentação de relatórios periódicos sobre o andamento do remédio. Empresas ou indivíduos com experiência em auditoria e contábeis, ou bancos de investimento são geralmente selecionados para tal função¹⁰².

⁹⁹ OECD, 2011, op cit, p.12.

¹⁰⁰ ICN, 2016, op cit., p. 25.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Bundeskartellamt, 2017, op cit, p. 71-73.

Os *trustees* também podem ser invocados para o monitoramento dos desinvestimentos, supervisionando todo o processo de alienação do pacote previamente ajustado entre as partes e a autoridade da concorrência. Para esta função, comumente são indicadas pessoas ou empresas com experiência na análise financeira de ativos¹⁰³.

Por fim, o *operating trustee*¹⁰⁴ incumbido com o gerenciamento de maneira independente os ativos a serem desinvestidos tem funções para administrar operações do dia-a-dia do negócio a ser alienado, com o intuito de manter sua independência e competitividade, preservando a efetividade deste remédio¹⁰⁵.

A OCDE também indica que para aliviar nos custos de monitoramento, algumas autoridades da concorrência fazem o uso de cláusulas arbitrais, através das quais as partes da operação ou terceiros interessados poderão submeter possíveis litígios referentes à implementação dos remédios antitruste¹⁰⁶.

Em algumas situações, terceiros participantes do mercado podem ter o interesse em garantir o cumprimento do remédio e constituem uma boa alternativa para consultoria. Isso porque os clientes e concorrentes são relativamente bem informados e podem ser beneficiários deste remédio. Todavia, a autoridade da concorrência deve estar atenta às informações providas e avaliá-las criticamente¹⁰⁷.

Espera-se que o monitoramento de um remédio estrutural seja mais intenso até a concretização do desinvestimento, enquanto que de remédios comportamentais será contínuo até o fim da vigência da *Remedy order* ou, no caso brasileiro, do ACC. Quanto a estes compromissos, deverá estar claro no acordado entre as partes quais informações que deverão ser providas à agência antitruste e a frequência dos relatórios encaminhados.

Outro tópico importante que auxilia as autoridades antitruste na aplicação de remédios de maneira efetiva consiste cooperação entre jurisdições. Tal tópico será abordado a seguir.

II.5. Cooperação internacional

A cooperação internacional pode ser muito útil no que tange a operações multinacionais, especialmente quando há preocupações comuns decorrentes de tal transação. Isto pode ocorrer tanto em casos onde há problemas concorrenciais

¹⁰³ ICN, 2016, op cit., p. 6

¹⁰⁴ DOJ, 2011, op cit., p. 26.

¹⁰⁵ ICN, 2016, op cit., p. 24.

¹⁰⁶ OECD, 2011, op cit p.14.

¹⁰⁷ Idem.

identificados em regiões específicas, como mercados regionais ou fronteiriços, ou quando os remédios aplicados poderão afetar outras jurisdições¹⁰⁸.

Importante ressaltar que a cooperação poderá variar de intensidade de acordo com o caso concreto. Ou seja, em algumas situações a colaboração menos intensa poderá ocorrer só com troca de informações mútua sobre as etapas das investigações. Já em casos mais extensivos, poderá envolver enfáticas discussões sobre detalhes das operações, além de coordenação de desenho e implementação de remédio conjunto.

Por fim, cumpre-se mencionar que a cooperação internacional é obtida mediante mútua confiança e entendimento de que cada agência antitruste possui marcos legais e processos de investigação diferentes, além, é claro, dos diferentes objetivos de cada autoridade.

Após as considerações expostas nestes primeiros dois capítulos referentes à conceituação e diretrizes dos remédios antitruste, passa-se para a apresentação dos dados obtidos por meio da averiguação das decisões do Cade, a partir da vigência da Lei n. 12.529/11.

¹⁰⁸ Disponível em < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1031.pdf>>
Acesso em 30 de maio de 2017.

III. Aplicação dos remédios antitruste pelo Cade – análise de dados (2012 a 2017)

Com o intuito de organizar melhor os dados obtidos e as conclusões feitas por meio destes, o presente capítulo será estruturado da seguinte maneira. Na primeira parte, abordar-se-á uma visão geral dos dados obtidos referentes ao período de vigência da Lei n. 12.529/11. Já na segunda seção, foram dispostos os dados sobre os tipos de remédios aplicados. Por fim, encontra-se o tópico sobre a instituição de *trustees*.

Como visto, a presente pesquisa selecionou os atos de concentração que foram condicionados a ACC, aprovados com restrições, ou reprovados por decisão do Tribunal Administrativo do Cade, sob regime da Lei n. 12.529/11.

Reitera-se que o intuito desta pesquisa é verificar se críticas ao antigo sistema de controle de concentrações econômica brasileiro de maneira posterior estão sendo ou já foram sanadas pelo novo sistema de controle prévio, e eventuais análises de casos pela antiga Lei poderiam ter o condão de adulterar os dados obtidos.

Dando seguimento, em cada um dos atos de concentração selecionados, o presente trabalho analisou as seguintes variáveis: (i) tipo de preocupação concorrencial encontrada na operação (sobreposição horizontal, integração vertical ou ambas); (ii) o tipo de remédio concorrencial aplicado (estruturais, comportamentais ou ambos); (iii) as subcategorias das medidas aplicadas, de acordo com a categorização apresentada no primeiro capítulo; e (iv) se houve a previsão de um *trustee*.

III.1. A redução do número de casos notificáveis ao Cade e de atos de concentração com restrições

Na análise das atas de julgamento desde a vigência da nova Lei, foi encontrado um total de 130 casos cujas decisões finais do Tribunal aplicaram algum tipo de restrição, condicionaram a aprovação ao ACC ou TCD, ou foram reprovadas. Destas decisões do Tribunal, 2 foram em sede de Revisão de Ato de Concentração¹⁰⁹, 1 em Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração¹¹⁰ e as outras 127 foram proferidas em Atos de Concentração.

Não obstante, em relação a averiguação preliminar destes 130 casos, apenas 9 operações foram conhecidas e reprovadas pela autoridade antitruste brasileira nestes últimos cinco anos, representando 6,92% dos casos levados ao Tribunal em que não foi

¹⁰⁹ Revisão de Ato de Concentração n. 08012.001015/2004-08 e 08700.010688/2013-83.

¹¹⁰ Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n. 08700.011836/2015-49.

possível obter uma solução intermediária, demonstrando a clara preferência por soluções intermediárias, onde o Cade não conseguiu conciliar todos os interesses.

Em seguida, dos 121 atos de concentração que foram aprovados com condicionados a TCD/ACC ou restrições impostas pelo Cade, um total de 36 operações que tiveram sua restrição relacionada somente a algum tipo de revisão nas cláusulas de não-concorrência, seja alteração, readequação, supressão, ou restrição desta, totalizando 29,75% das restrições feitas pela autarquia em atos de concentração.

Um detalhe importante a se ressaltar é que a maioria das transações cuja decisão do Cade girou em torno da cláusula de não-concorrência ocorreu nos primeiros anos de vigência da nova Lei. Os últimos dois atos de concentração com restrições feitas somente no que tange à esta cláusula foram no ano de 2013¹¹¹. Tal observação é importante, pois mostra que a jurisprudência da autoridade brasileira está pacificada e as empresas e seus representantes legais já se adequaram a tal posicionamento.

Ainda no âmbito das cláusulas de não-concorrência, frisa-se que apenas 3 atos de concentração tiveram restrições somente quanto a estas disposições em âmbito da nova Lei. Isso demonstra que a nova Lei reduziu exponencialmente o número de casos em que o Tribunal Administrativo teve que julgar operações de cuja preocupação concorrencial era somente a cláusula de não-concorrência.

Entretanto, como o principal intuito da presente pesquisa é a análise dos remédios antitruste aplicados pela Lei n. 12.529/11, foram excluídos os casos que foram julgados nos moldes da Lei n. 8.884/94. Além destes, foram descartadas 7 operações nas quais as aprovações foram condicionadas a ACC¹¹², cujo objeto era somente a infração ao art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011¹¹³. Por fim, também foram retirados os 2 processos de Revisão de Ato de Concentração¹¹⁴.

¹¹¹ No entanto, houve caso cuja decisão final do Cade do condicionou sua aprovação a ACC, mas também indicou restrição à cláusula de não-concorrência (Bromisa Industrial/ICL Brasil/Fosbrasil), cujo julgamento foi em dezembro de 2014.

¹¹² Atos de Concentração n. 08700.011836/2015-49, 08700.000137/2015-73, 08700.010394/2014-32, 08700.002285/2014-41, 08700.008289/2013-52, 08700.008292/2013-76 e 08700.005775/2013-19.

¹¹³ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

[...]

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

¹¹⁴ Conforme dito acima, o Ato de Concentração n. 08700.010688/2013-83, conforme dito acima, teve sua revisão decretada pelo Cade. Em decisão na 93ª Sessão Ordinária de Julgamento, o Tribunal decidiu pela

Restaram, então, 26 casos cuja decisão final do Tribunal foi no sentido de restringir ou condicionar as operações, ou seja, onde de fato foram aplicados ou impostos os remédios antitruste, nos moldes da nova Lei de Concorrência.

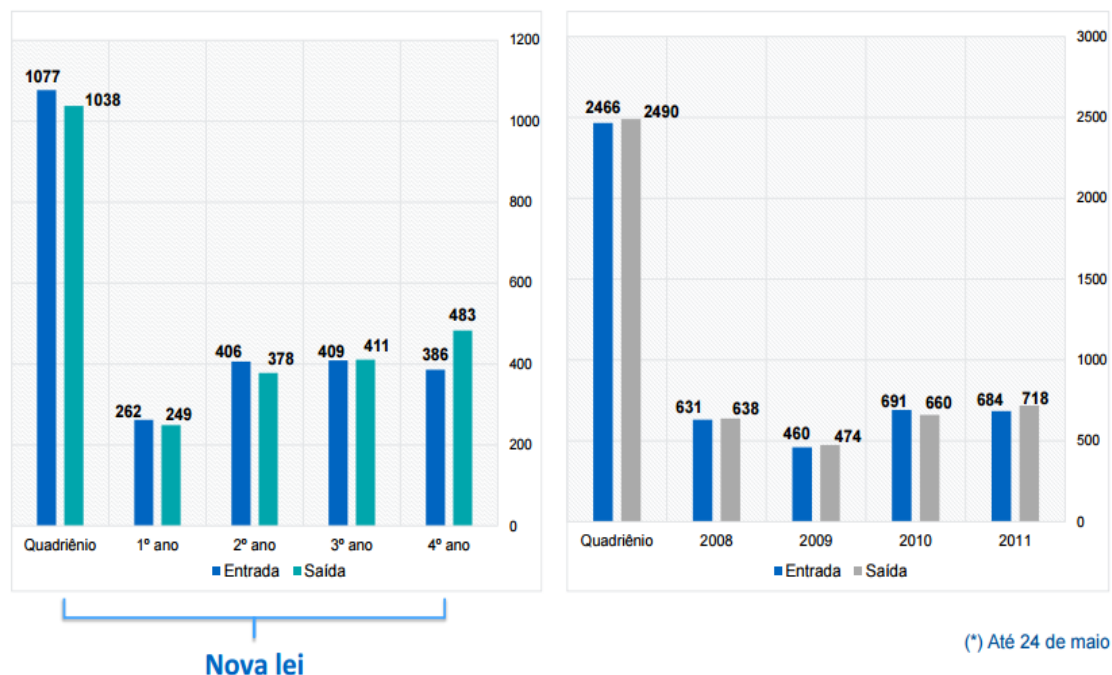
Algumas considerações preliminares devem ser feitas antes de se passar para a análise da aplicação dos remédios antitruste pelo Cade após a vigência da nova Lei de Concorrência. Isso porque este novo arcabouço legal trouxe novos parâmetros para a apreciação das concentrações econômicas. Dentre tais fatores, os principais foram a mudança dos critérios de faturamento das empresas para valores maiores do que antigamente, e a alteração do sistema de controle de concentrações para prévio.

Estas substituições estão intimamente ligadas com duas transformações observadas durante este quinquênio da vigência da nova Lei, que foram a redução dos atos de concentração julgados pela agência antitruste brasileira, e a drástica diminuição dos casos que tiveram restrições ou foram condicionados a Acordo de Controle de Concentração.

O Balanço Geral do Cade de 4 anos da nova Lei, publicado em 2016 compara os números de casos julgados pelo Cade nos primeiros quatro anos da vigência da nova Lei e os últimos quatro anos da Lei n. 8.884/94¹¹⁵.

imposição de penas pecuniárias às empresas da operação por descumprimento do ACC. Por terem sido mantidas as cláusulas do ACC anteriormente assinado entre as requerentes e o Cade, a presente pesquisa só contabilizou os remédios aplicados uma única vez. Já a Revisão n. 08012.001015/2004-08 foi submetida aos moldes da antiga Lei.

¹¹⁵ Disponível em < <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf>>



Fonte: Gráfico elaborado pelo Cade no “Balanço 4 anos da Lei 12.529/11”.

O gráfico acima revela uma redução de mais de 50% de casos notificáveis ao Cade durante os quatro primeiros anos das novas mudanças no SBDC. Atualmente, com esta redução e com a mudança de competência da análise exclusiva das operações onde não haja preocupações concorrenciais significativas para a Superintendência-Geral, o Tribunal pode se concentrar na análise de cartéis e condutas exclusionárias que possuem o condão de prejudicar muito mais a livre concorrência.

Ainda, no que tange à aplicação de restrições ou condicionamento a ACC para aprovação de operação, na vigência da nova Lei, estes casos diminuíram significativamente. Nesta parte, foram analisados todos os casos que tiveram restrições (incluindo as referentes às cláusulas de não-concorrência), tendo sido excluídos somente aqueles condicionados ao ACC que só versasse sobre *gun jumping*, ou seja, a infração constante no art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011.

Assim, o gráfico abaixo faz uma análise da relação entre o total de casos julgados pelo Cade anualmente com os casos cuja aprovação teve restrições ou foi condicionada à assinatura de ACC¹¹⁶. Ressalta-se que os últimos cinco anos foram avaliados a partir de 29 de maio de cada ano para que se avaliasse um ano completo do regime da nova lei.

¹¹⁶ Os dados dos quatro primeiros anos foram obtidos de maneira secundária. Explica-se: o total de casos julgados foi obtido por meio do Balanço Geral do Cade referente aos quatro anos da Lei n. 12.529/11. Já os casos onde houve restrição ou condicionados a ACC/TCO, foram retirados da pesquisa de Patrícia Cabral, p. 36.



Fonte: elaboração própria, com base nos dados obtidos no “Balanço 4 anos da Lei 12.529/11” e no sítio eletrônico do Cade.

Uma das causas atreladas à esta redução consiste na redução de restrições feitas por cláusulas de não-concorrência. Isso porque, no antigo sistema de controle de concentrações misto, mesmo com a jurisprudência pacificada e sumulada pelo Cade desde 2009, as empresas não viam a aprovação do Cade como um empecilho para suas transações.

Após estes esclarecimentos, passa-se aos dados referentes aos remédios aplicados durante estes últimos cinco anos, sob o regime da nova Lei n. 12.529/2011.

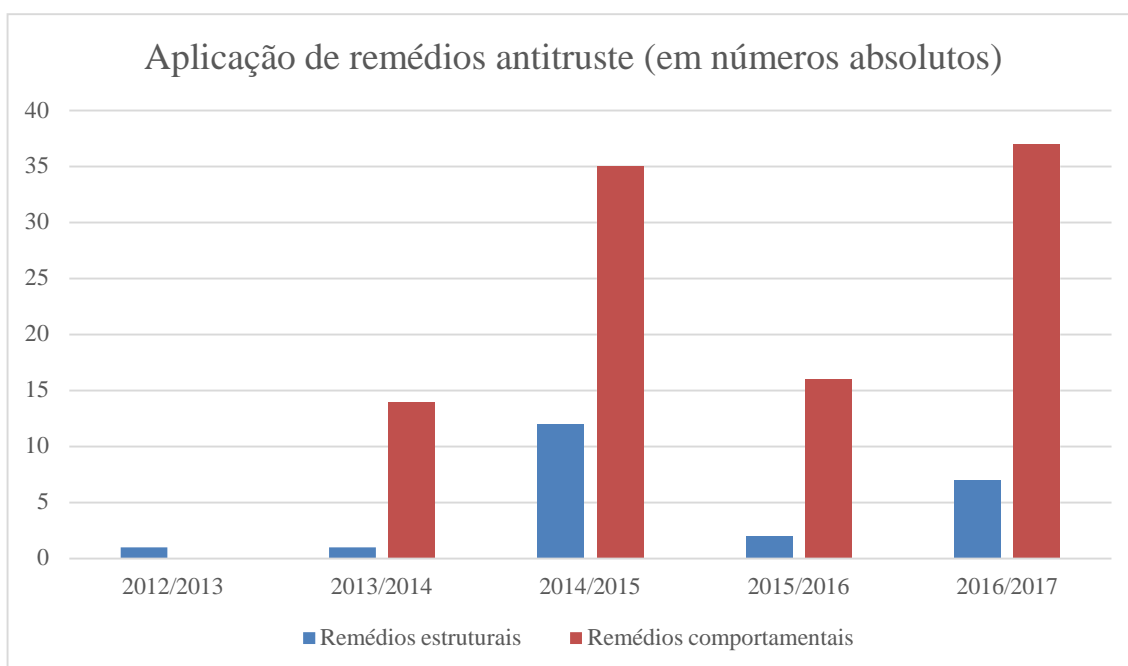
III.2. Principais remédios em atos de concentração aplicados pelo Cade

Para realizar classificações quanto aos remédios, utilizou-se a dicotomia mais tradicional de remédios estruturais e comportamentais já mencionada nos capítulos anteriores. Desta maneira, foram contabilizados 125 remédios antitruste aplicados pelo Cade, desde à vigência da Lei 12.529/11¹¹⁷.

Optou-se por dividir a aplicação dos remédios de acordo com os anos de regime da nova lei, para que seja possível a comparação posterior com os dados obtidos pela OCDE e pela pesquisa de Cabral.

Em números absolutos, observa-se que os remédios comportamentais são prevaletentes na conduta do Cade. Dos 125 remédios aplicados no período estudado, apenas 23 deles foram considerados como remédios estruturais.

¹¹⁷ Ressalta-se que só foram obtidas as informações públicas disponibilizadas pelo Cade. Assim, eventuais medidas aplicadas em âmbito restrito não foram possíveis de serem analisadas.



Fonte: elaboração própria, com base nos dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Os remédios comportamentais são quatro vezes mais aplicados do que os remédios estruturais neste período de cinco anos da nova lei. Apenas no primeiro ano, no qual foi aplicado um único remédio estrutural, é que houve mais estruturais do que comportamentais. Em todos os outros anos, estas últimas medidas equivalem a mais que o dobro dos estruturais.

Tal dado é contundente com os números obtidos por Cabral¹¹⁸, cuja pesquisa sobre a aplicação de medidas pelo Cade demonstrou que, em números absolutos, apenas em 1998 e 2003 os remédios estruturais ultrapassaram os comportamentais.

Isso não significa, em análise mais aprofundada, que o Cade ainda possui uma preferência por remédios comportamentais. Na verdade, existem diversos fatores para que o número absoluto de medidas comportamentais seja muito maior.

Primeiramente, observa-se que quando não há a aplicação de remédios estruturais, ou seja, quando a autoridade entende pela aplicação de somente medidas comportamentais, é comum a aplicação de diversos remédios em conjunto. Em outras palavras, quando se opta pela não aplicação de estruturais, percebe-se que os ACCs condicionam as operações nestas situações em um número mais elevado de remédios.

¹¹⁸ CABRAL, 2014, op cit, p. 46.

Com base no período estudado por esta pesquisa, a média geral de remédios por ato de concentração, considerando todos os 26 atos de concentração condicionados ao ACC ou a restrições aqui investigados, foi de 4,84 remédios por ato de concentração. Entretanto, quando analisamos estes números em atos de concentração condicionados a apenas medidas comportamentais, o número médio de remédios por ato de concentração foi elevado para 6,33.

Além disso, há que se considerar que nem sempre os remédios estruturais serão os mais adequados para uma operação. Isto já foi discutido em capítulos anteriores, principalmente ao abordar operações que resultem em integração vertical. Geralmente, de acordo com a doutrina, há que se preservar as eficiências trazidas por tais transações e, assim, aplicar somente os remédios comportamentais.

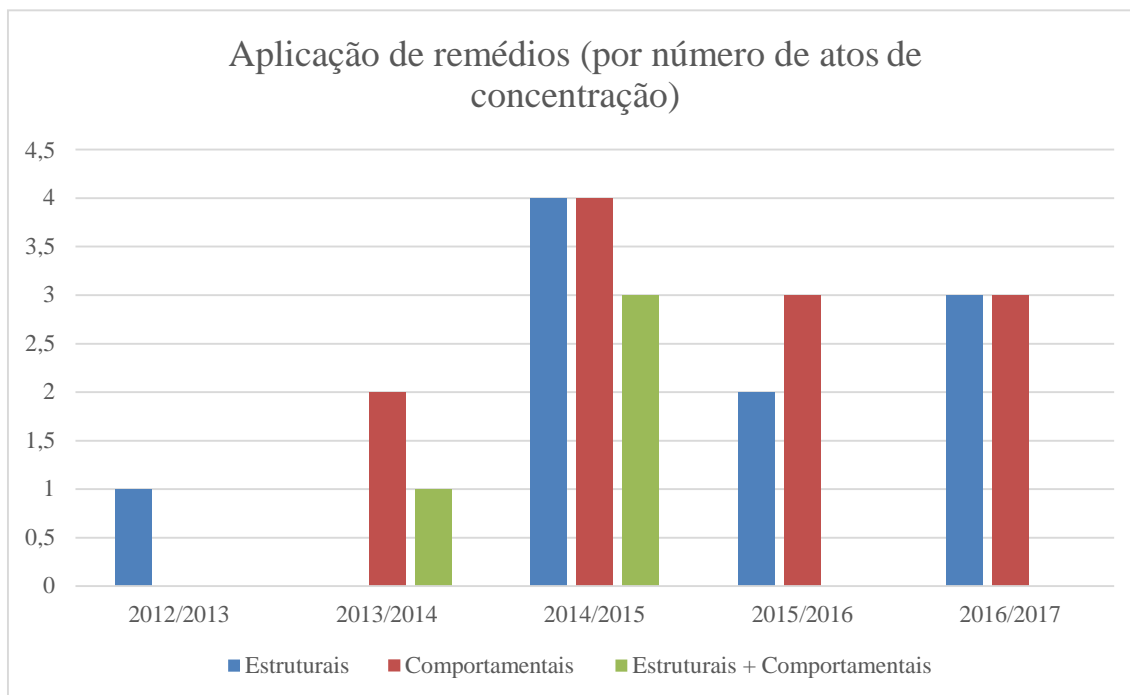
Por fim, a maioria das operações cuja sobreposição horizontal pode ser mitigada por uma alienação no intuito de que seja criado um concorrente efetivo. O princípio *tailored to harm*, nesta via, oferece a possibilidade às autoridades da concorrência a submeterem as partes da operação a certos tipos de obrigações comportamentais que complementam os desinvestimentos feitos pelas empresas.

É neste sentido que se acredita que o mais consistente seja uma análise da aplicação dos remédios antitruste sob outros moldes que não aqueles em números absolutos, a fim de se obter um estudo mais preciso do condicionamento das operações a tais medidas.

Assim, foi feita uma análise da aplicação de remédios por ato de concentração. Conforme gráfico seguinte, observa-se que uma equilibrada aplicação dos dois tipos de remédios antitruste. Entre os anos de 2013/2014 e 2015/2016, foi constatada a interposição de remédios comportamentais mais acentuada do que as outras duas formas de aplicação, só estruturais e “estruturais + comportamentais”¹¹⁹.

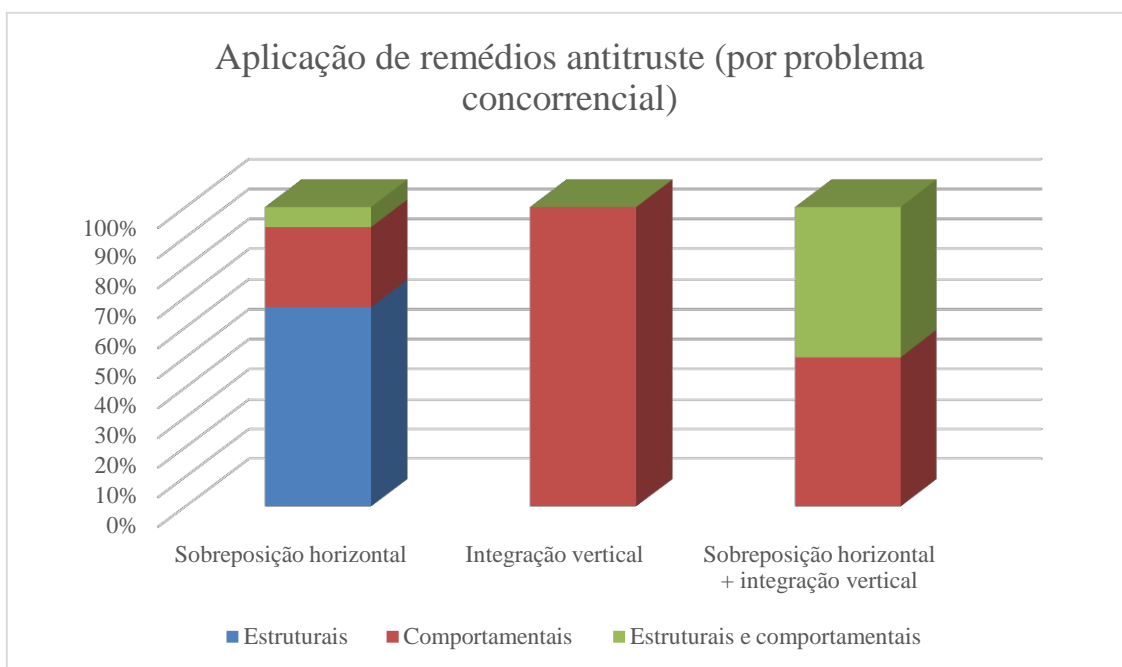
¹¹⁹ No que tange às operações condicionadas a remédios puramente estruturais, a presente pesquisa também enquadró nestes casos as concentrações em que foram inseridas obrigações e compromissos das requerentes unicamente no intuito de preservar a viabilidade econômica do desinvestimento. Como exemplo, pode-se citar o caso mais recente julgado pelo Cade, o ato de concentração n. 08700.005937/2016-61 (Dow/Dupont), cujo ACC prevê obrigações de não adquirir partes do negócio desinvestido e compromissos para não aliciar o pessoal transferido com os negócios. Já no que tange aos casos classificados como “estruturais + comportamentais”, indica-se o ato de concentração n. 08700.009732/2014-33 (Telefônica/GVT/Assicurazioni/Vivendi), cuja decisão final do Cade ordenou tanto a alienação de ações da Telefônica por parte da Assicurazioni, quanto provisões de *firewall* e obrigações de manutenção dos planos e ofertas oferecidos pelas requerentes.

Isso demonstra que, apesar de serem aplicados em maior número absoluto, a instituição de remédios puramente comportamentais não corresponde à maioria dos casos condicionados a ACC ou com restrições analisados pela nova Lei.



Fonte: elaboração própria, com base nos dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Foi analisado também o tipo de aplicação dos remédios antitruste, levando em consideração os diferentes problemas concorrenciais derivados das operações julgadas pelo Cade nestes últimos anos. Neste sentido, no gráfico a seguir, examinou-se os tipos de remédios aplicados referentes às preocupações concorrenciais decorridas das operações (sobreposição horizontal, integração vertical ou sobreposição horizontal + integração vertical).



Fonte: elaboração própria, com base nos dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Esta análise da aplicação dos remédios antitruste feita com base nos problemas concorrenciais gerados pelas operações consiste no melhor modo de investigação da aplicação das medidas pelo Cade. Isso porque revela quais são as escolhas da autoridade da concorrência brasileira em face dos “prós e contras” de cada ato de concentração.

Nesse sentido, observa-se que a escolha por remédios puramente estruturais só é feita quando a operação só gera efeitos de sobreposição horizontal. Não foram encontrados remédios estruturais em sentido estrito em mais nenhum tipo de operação.

No que tange às operações cuja preocupação concorrencial gira em torno de integração vertical, só houve a aplicação de remédios comportamentais nestes casos. Aqui, conclui-se pelo entendimento de que o Cade possui prevalência por remédios comportamentais no âmbito de integrações verticais.

Por fim, quando há os dois tipos de problemas concorrenciais, sobreposição horizontal e integração vertical que ensejem a preocupação do Cade, 50% dos remédios aplicados foram puramente comportamentais, enquanto os outros 50% foram uma combinação de remédios estruturais e comportamentais.

Quanto à última parte desta análise descritiva, foi elaborada investigação das subcategorias de remédios antitruste aplicados pela agência brasileira neste período de cinco anos. Conforme já mencionado, optou-se por utilizar a classificação do DOJ, agência da concorrência americana, tendo em vista sua simplicidade.

Nesse sentido, os remédios estruturais foram classificados da seguinte maneira: (i) alienação de todos os ativos para o comprador tornar-se um concorrente efetivo; (ii) alienação de uma unidade industrial ou fabril; (iii) alienação de ativos intangíveis; e (iv) outros.

Dos 23 remédios estruturais aplicados nestes cinco anos, 39% deles foram relacionados a alienações de todos os ativos para tornarem o comprador como um concorrente efetivo. Aqui, foram inseridos os desinvestimentos de marcas, como ocorrido no ato de concentração n. 08700.003462/2016-79 (Hypermarcas/Reckitt), no qual foi decidido pela alienação da marca KY, e no caso n. 08700.008607/2014-66 (GSK/Novartis), onde ficou estabelecida a venda de todos os ativos relacionados à Terapia de Substituição de nicotina.

No que tange à alienação de unidades fabris ou industriais, 5% dos remédios estruturais foram classificados deste modo. A respeito desta subcategoria, encontram-se medidas aplicadas na operação n. 08700.007621/2014-24 (Holcim/Lafarge), onde foram desinvestidas quatro fábricas da empresa requerente Lafarge, e na concentração n. 08700.009882/2012-35 (Munksjo/Ahlstrom), na qual foi vendida uma unidade de negócios.

Por fim, os últimos 8% foram classificados na categorias “Outros”. Foi subcategorizado nesta seção o fornecimento temporário de *slot* à empresa concorrente no caso n. 08700.004211/2016-10 (Tam/British/Iberia) e a alienação da integralidade de ações da Telefônica detidas pela Vivendi no ato de concentração n. 08700.009731/2014-49 (Telefônica/Vivendi/GVT).

Os remédios comportamentais, por sua vez, foram classificados em: (i) *firewalls*; (ii) disposições de não-discriminação; (iii) disposições sobre transparência; e (iv) compliance; (v) licenciamento de tecnologias; (vi) proibições de determinadas práticas restritivas à concorrência ou contendo exclusividade; e (vii) outros.

Analisando as medidas comportamentais aplicadas pelo Cade, 71% delas foram consideradas na subcategoria “Outros”. 3% foi enquadrado em disposições de não-discriminação; 2% como firewall; 0,9% como licenciamento; 11,7% como disposições de transparência; e 10,7% como proibições de determinadas práticas restritivas à concorrência ou contendo exclusividade.

Como *firewall*, foram enquadradas medidas comportamentais como as do ato de concentração n. 08700.009732/2014-33 (Telecom/GVT/Assicurazioni/Vivendi), onde foram aplicadas medidas para que a Vivendi não interferisse nas deliberações de órgãos

corporativos da Telecom, e que não acessa informações sensíveis das subsidiárias da Telecom.

No que tange às disposições de licenciamento, a operação entre Videolar e Petrobrás, n. 08700.009924/2013-19, foi condicionada ao compromisso de licenciamento não-exclusivo e gratuito de patentes no mercado de monômero de estireno e poliestireno registradas no Brasil, por um prazo de cinco anos.

Quanto às proibições quanto a práticas restritivas à concorrência ou contendo exclusividade, o ato de concentração n. 08700.004957/2013-72 (Monsanto/Bayer) foi aprovado com restrições no intuito de serem excluídas e substituídas 7 cláusulas contratuais que continham disposições de exclusividade.

Medidas impondo não-discriminação foram observadas no caso n. 08700.009363/2015-10 (Itaú/Mastercard), cuja *joint venture* criada foi submetida à obrigação de não-discriminação.

As disposições de transparência são as mais utilizadas pelo Cade quanto à esta classificação tradicional. No caso n. 08700.005719/2014-65 (Rumo/All América), a *joint venture* criada deveria apresentar critérios de transparência referentes à oferta, contratação e operação de todas as atividades que implicassem integração vertical dos mercados atingidos pela operação. Outro caso onde houve este compromisso foi o n. 08700.009363/2015-10 (Itaú/Mastercard), onde as requerentes concordaram em divulgar a todo o mercado as taxas únicas praticadas e o valor da parcela referente à taxa de intercâmbio repassada ao emissor do cartão.

A subcategoria “Outros” também foi segmentada para que fosse melhor explorada a aplicação desse tipo de remédio. Cerca de 14,7% foram compromissos de metas de qualidade, investimento, produção ou outras¹²⁰; outros 9,8% são referentes a limitações de precificação, expansão ou oferta e capacidade¹²¹; e 2,9% foram cláusulas impondo obrigação de notificar¹²². Também foram identificados 5% relacionados a obrigações quanto *joint ventures*, seja quanto duração ou objeto social¹²³. Também foram observados

¹²⁰ No caso n. 08700.010688/2013-83 (JBS/Rodopa), foi instituída meta de manutenção dos níveis de abate nas unidades industriais adquiridas por um período de 3 anos.

¹²¹ Como exemplo, no ato de concentração n. 08700.005719 (Rumo/All América), as requerentes assinaram o ACC que estabelecia critérios de precificação.

¹²² Foi imposta obrigação de notificação ao Cade sobre qualquer alterações de firma no caso n. 08700.006723/2015-21.

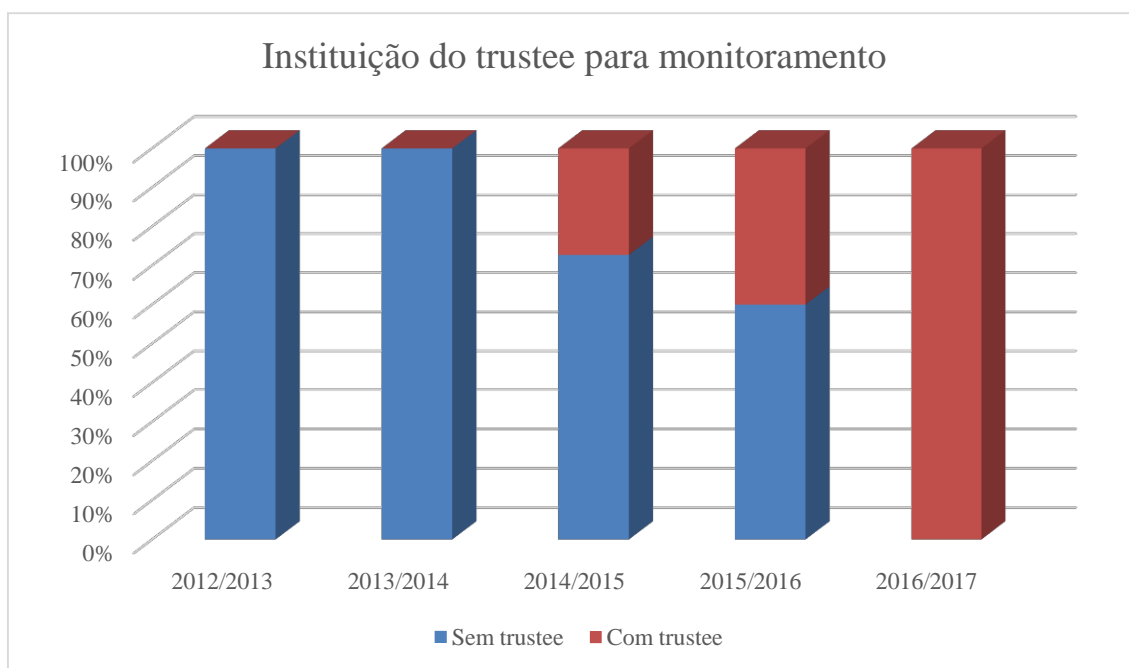
¹²³ O Ato de Concentração n. 08700.006723/2015-21 também estabeleceu prazo de duração da *joint venture* e obrigações quanto ao objeto social.

diversos outros tipos de medidas imputadas às operações, como adesão ao *compliance*¹²⁴, e obrigações para preservar a viabilidade econômica de negócios desinvestidos¹²⁵.

III.3. O aumento de casos com a instituição de *trustees*

Por fim, uma das maiores mudanças percebidas por esta pesquisa refere-se à aplicação de *trustees* nos atos de concentração que foram aprovados com restrição ou condicionados ao ACC. Isso porque com durante a evolução do regime da Lei n. 12.529/11, foi possível identificar a exponencial aplicação dos *trustees* pelo Cade.

De acordo com o gráfico abaixo, revela-se que nos primeiros anos desta lei, o cumprimento dos Acordos de Controle de Concentração e restrições foram instituídos com o monitoramento feito pelo Cade. Com o passar dos terceiros e quarto anos, é possível observar que houve a instituição dos *trustees* como ferramentas hábeis para avaliar o cumprimento das decisões tomadas pela autoridade da concorrência brasileira, em cerca de 36% e 40%, respectivamente. Por fim, no quinto ano de vigência do novo arcabouço legal, há a percepção da aplicação destes institutos em todas as operações que foram condicionadas ao ACC.



Fonte: elaboração própria, com base nos dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

¹²⁴ Ato de Concentração n. 08700.0010790/2015-41.

¹²⁵ Ato de Concentração n. 08700.005937/2016-61.

Curioso ressaltar também que a aplicação de *trustees* pelo Cade era mais comum em atos de concentração onde a preocupação concorrencial consistia em sobreposição horizontal e os remédios aplicados restringiam-se aos estruturais¹²⁶. Já no ano seguinte, também foram utilizados *trustees* em casos onde os remédios estruturais eram os remédios principais, com a complementação de medidas comportamentais para que fossem garantidas as efetividades dos estruturais¹²⁷.

Por fim, cumpre mencionar que os atos de concentração cujo ACC aplicou remédios comportamentais, só tiveram *trustees* instituídos no quinto e último ano de análise da presente pesquisa. É interessante observar que, normalmente, conforme entendido por diversas autoridades da concorrência, as medidas comportamentais são justamente aquelas que demandam mais atenção quanto ao monitoramento e são as que derivam altos custos de monitoramento.

O presente dado demonstra que o Cade está cada vez mais preocupado com a eficiência no que tange ao cumprimento de suas decisões. Tal argumentação deriva de discussões do próprio Tribunal Administrativo que, no julgamento do Ato de Concentração n. 08700.004860/2016-11 (CETIP/BOVESPA), externou sua preocupação com os remédios que aplicaria, levando em conta que alguns deles seriam difíceis de se monitorar, seja com a instituição de um *trustee*, seja com o monitoramento da Procuradoria junto ao Cade.

Assim, acredita-se que o Cade, ao observar cada vez mais as melhores práticas de aplicação de remédios antitruste, tanto as autoridades mais experientes quanto as organizações internacionais que se dedicam a estudar o tema, continuará mantendo a instituição dos *trustees* para aliviar sua Procuradoria, e para que seja este monitoramento cada vez mais eficiente.

Após esta exposição dos dados obtidos, o próximo capítulo possui o intuito de avaliar a evolução da instituição de remédios em atos de concentração pelo Cade e se as críticas ao sistema de controle de estruturas brasileiro foram corrigidas neste quinquênio de vigência da Lei n. 12.529/11.

¹²⁶ Atos de concentração n. 08700.004185/2014-50 e 08700.008607/2014-66, julgados respectivamente em janeiro e fevereiro de 2015.

¹²⁷ Ato de concentração n. 08700.006567/2015-07, julgado em dezembro de 2015.

IV. Evolução na aplicação de remédios antitruste pelo Cade

O Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDC) passou por mudanças recentes em seu arcabouço legal. Com a entrada da Lei n. 12.529/2011 em 29 de maio de 2012, houve a modificação do sistema de controle de concentrações econômicas de misto para prévio. Importante ressaltar que até 2011, o Brasil, juntamente com Egito e Paquistão, apresentava-se como um dos três únicos países em face a 90 nações com algum tipo de controle de atos de concentração, com um sistema de análise posterior¹²⁸.

Uma das principais características da concorrência brasileira sob a égide da Lei n. 8.884/94, era a possibilidade de apresentação do ato de concentração tanto de maneira prévia quanto no prazo máximo de 15 dias úteis após sua realização, conforme seu artigo 54, §4º¹²⁹.

No entanto, cumpre-se dizer que poucos foram os casos submetidos previamente no regime da antiga lei. O então Conselheiro Fernando Furlan¹³⁰, ao analisar os impactos do projeto da nova Lei de Defesa da Concorrência, afirma que essa utilização de modo esparsos de maneira prévia já demonstrava uma necessidade de reformulação do sistema.

O regime antitruste brasileiro pela lei 8.884/94 conferia às empresas uma maior liberdade em contratar e consumir a operação, já que as entidades não eram obrigadas a aguardarem o aval do Cade para executarem suas fusões. Assim, Pagotto e Maggi¹³¹ consideram que o antigo sistema evitava prejuízos para as empresas em caso de atraso na análise das operações.

Por outro lado, o sistema de controles de atos de concentração misto brasileiro trazia uma grande insegurança jurídica para as empresas da operação. Com o poder do Cade em analisar as fusões após a consumação destas, em casos de rejeição, as empresas requerentes não conseguiam recuperar seus investimentos iniciais. Costa acredita que este

¹²⁸ MARTINEZ, Ana Paula. **Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil**. In *Temas Atuais de Direito da Concorrência*, São Paulo: Singular, 2012, p. 58.

¹²⁹ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

[...]

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.

¹³⁰ FURLAN, Fernando de Magalhães. **Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica**. In *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011. Pp. 171

¹³¹ PAGOTTO, Leopoldo. MAGGI, Bruno Oliveira. *A nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/2011*. In **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 55. Jan/2012. Pp. 5

tenha sido um dos principais motivos para investidores relacionarem o Brasil como país pouco atrativo¹³².

Em casos onde o Cade acreditava haver problemas concorrenciais, tinha a opção de restringir a consumação da operação por meio da celebração dos Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação (APROs) ou por medidas cautelares. Tais medidas objetivavam evitar a consolidação das concentrações em questão, restringindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação na estrutura do caso concreto¹³³.

No entanto, muitas vezes verificava-se a impossibilidade de reversão de uma transação, já que as empresas poderiam ter cometido atos de difícil reversão, como a demissão de funcionários, alienação de plantas industriais ou marcas, dentre outras decisões¹³⁴.

Com a aprovação da Lei n. 12.529/11, observou-se a instituição do sistema de controle prévio, assim como a proibição instituída em lei da consumação das concentrações econômicas antes do aval da autarquia. O artigo 108 do Regimento Interno do Cade, inclusive, salienta que as partes devem manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, assim como a transferência de influência e a troca de informações concorrencialmente sensíveis¹³⁵.

O ex-Conselheiro Fernando Furlan¹³⁶ acredita que há uma inversão de incentivos com relação à decisão final do Cade, tendo em vista que as empresas requerentes passam a ser as interessadas pela celeridade. Aduz também que há um maior encorajamento para que as partes da operação forneçam informações mais críveis e em maior velocidade.

Os primeiros anos da Lei n. 12.529/11 já trouxeram alguns pontos positivos à política de concorrência brasileira. Diversos estudos revelaram que a nova estrutura concedida ao SBDC conferiu ao Cade um maior enfoque quanto aos casos mais

¹³² COSTA, Cláudia. **Economia incentivos à competição – vai começar a discussão da nova lei de defesa da concorrência.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

¹³³ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 28 do Cade, de 24 de julho de 2002.**

¹³⁴ CHIARO, José Del. PEREIRA JR., Ademir Antonio. **O Desenvolvimento da Defesa da Concorrência: do Controle Posterior ao Controle Prévio de Atos de Concentração.** In A Nova Lei do CADE. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. Pp. 70.

¹³⁵ A troca de informações concorrencialmente sensíveis é exposta no Guia de *Gun Jumping* do Cade abordando algumas situações que configuram a consumação antecipada da operação. Ali, fala-se que a troca não será considerada ilegal caso sejam informações estritamente necessárias para a celebração do instrumento formal que vincula as partes.

¹³⁶ FURLAN, 2011, op cit, p. 173.

importantes, dispensando o Tribunal de analisar de forma mais detida os casos com poucas chances de impacto concorrencial¹³⁷.

IV.1. As críticas direcionadas ao sistema de controle de concentração brasileiro foram sanadas?

Como visto, a Lei n. 12.529/11 importou em algumas mudanças no que tange ao sistema de controle de concentração brasileiro. Conforme será analisado adiante, este novo arcabouço legal também modificou a prática do Cade quanto à aplicação de remédios antitruste.

Neste contexto, pode-se observar o relatório *peer review* da OCDE referente ao estágio de desenvolvimento da política antitruste brasileira, publicado em 2010. Em suma, o documento revela um suposto “excesso” de aplicação de medidas comportamentais pelo CADE. Como forma de recomendação, foi aconselhado à autoridade antitruste brasileira que aplicasse, preferencialmente, medidas estruturais nos atos de concentração por ela analisados.

Para a OCDE, esta conclusão estava intimamente ligada com o sistema de controle dos atos de concentração *a posteriori* que era estabelecido pela Lei n. 8.884/1994. Com isso:

“[...] o Sistema continua padecendo da ausência de notificações prévias. O resultado são longos períodos de análise de atos de concentração sujeitos ao procedimento ordinário e maiores obstáculos para a imposição de remédios estruturais pelo CADE quando as fusões forem consideradas anticoncorrenciais”¹³⁸

Assim como alguns estudos supramencionados, o exame da OCDE atribuiu ao sistema de controle misto como o “vilão” de algumas implicações pouco eficientes da política brasileira de concorrência. A primeira consequência consistia no tempo longo de análise das operações notificadas ao Cade. O SBDC não possuía nenhum prazo formal para a decisão final quanto às concentrações, o que acarretava na diminuição de incentivos das partes em proverem informações rápidas e consistentes¹³⁹.

¹³⁷ NOVIS, Maria Eugênia; VERISSIMO, Marcos Paulo. **Controversial issues in merger review: practical aspects**. In: Overview of Competition Law in Brazil, São Paulo, 2015. pp. 60-75

¹³⁸ OCDE/BID. **Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares**. 2010, p. 36.

¹³⁹ Idem.

Uma segunda consequência decorrente deste sistema antigo consistia no estreitamento de possibilidades de remédios para as operações. Isso porque o Cade, ao constatar a ilegalidade de uma operação, deparar-se-ia com uma provável consumação da mesma, já que as partes não eram obrigadas legalmente a aguardar uma decisão final da autarquia. Com isso, o poder do Cade em reprovar tais concentrações ou condicioná-las a remédios antitruste era dificultado, tendo em vista a complexidade de ordenar o desfazimento de uma operação.

Adentrando-se no mérito dos remédios antitruste, a OCDE concluiu que o Cade possuía uma taxa elevada de atos de concentração aprovados com restrição. Tal número, entretanto, era derivado da expressiva quantidade de operações com cláusulas de não-concorrência, cujo conteúdo não estava de acordo com o entendimento da agência de concorrência brasileira. Verificou-se que cerca de 40% a 78% das restrições feitas pelo Cade giravam somente em torno das cláusulas de não-concorrência¹⁴⁰.

As cláusulas de não-concorrência consistem em disposições acessórias onde o alienante compromete-se a não concorrer com o adquirente no mercado afetado por um período de tempo. A finalidade desta disposição consiste em conferir ao comprador as condições necessárias para que este usufrua integralmente dos benefícios diretos e indiretos da transferência¹⁴¹.

O Cade possui um entendimento há muito pacífico sobre estas cláusulas, reconhecendo a validade destas. No entanto, devem ser (i) acessórias ao negócio principal; (ii) apresentarem limitação temporal de cinco anos, comportando casos excepcionais; (iii) abrangência territorial equivalente ao mercado relevante geográfico da operação; e (iv) for diretamente relacionada com a viabilidade do negócio¹⁴². Inclusive, é alvo de súmulas do Cade desde 2009¹⁴³.

Relevante notar que o atual Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade mantém o entendimento anterior da autarquia quanto à cláusula de não-concorrência.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴¹ Ato de Concentração n. 08012.001409/2001-13. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: Roberto Pfeiffer. Data de julgamento: 24/10/2001.

¹⁴² Ato de concentração n. 08012.003267/2007-14. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: Carlos Ragazzo. Decisão em publicada em 28/07/2008.

¹⁴³ **Súmula números 4 e 5.** Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Publicação no D.O.U. em 09/12/2009.

Apesar desta opinião do Cade ser expressada desde 2001¹⁴⁴, Patrícia Cabral afirma que cerca de 60%, ou seja, um total de 284 dos atos de concentração aprovados com restrição de 1994 a 2013, estavam relacionados às cláusulas de não-concorrência¹⁴⁵. Com a adoção da nova Lei em 2012, foi visto na presente pesquisa apenas 3 casos que versavam exclusivamente sobre cláusulas de não concorrência durante estes cinco anos.

No que tange a este assunto, percebe-se que a mudança do sistema de controle de concentrações para prévio resultou em uma drástica redução dos casos relacionados a estas disposições. Um dos motivos a que se atribui esta evolução consiste no próprio conceito do sistema posterior de controle de estruturas.

Anteriormente, a Lei n. 8.884/94 não proibia a consumação das concentrações antes de uma decisão final do Cade. Somente em casos excepcionais haveria a reprovação das operações ou mesmo a instituição de medidas preventivas ou APROs. Logo, muitas das empresas requerentes insistiam em cláusulas consideradas ilegais pelo Cade, tendo em vista que uma eventual decisão quanto à esta disposição não prejudicaria a consumação da transação.

A partir de 2012, as operações notificáveis submetidas ao regime da nova lei passaram a necessitar do aval do Cade para sua consumação, sob pena de multa por *gun jumping*. Por isso, disposições de não-concorrência que ultrapassassem o entendimento da autarquia consolidado desde 2001, foram reduzidas drasticamente ao ponto que a última restrição referente somente à esta cláusula ocorreu no ano de 2013.

Assim, demonstra-se que o novo sistema de controle de estruturas teve o condão de restringir os casos julgados pelo Tribunal Administrativo a apenas àqueles com efeitos econômicos negativos.

A segunda implicação importante feita pela OCDE consistia no fato de que a autoridade antitruste brasileira aplicava um número alto de medidas comportamentais em casos onde havia séria preocupação concorrencial. Para tal afirmação, utilizou-se os números absolutos de remédios comportamentais e estruturais nos anos de 2007 e 2008, onde as medidas comportamentais foram superiores.

¹⁴⁴ Ato de Concentração n. 08012.001409/2001-13. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, op cit.

¹⁴⁵ CABRAL, 2014, op cit, p. 33.

Tabela 4. Distribuição de remédios comportamentais e estruturais, em 2007 e 2008

	2007	2008	Total
Comportamentais	8	10	18
Estruturais	4	8	12

Importante ressaltar que, ainda em 2006, a então Conselheira Lúcia Helena Salgado já fazia significativas ponderações sobre a prevalência dos remédios estruturais aos comportamentais, relacionando critérios como custos privados, custos públicos e benefícios públicos, no âmbito do Ato de Concentração n. 0083/96¹⁴⁶. Para ela, medidas estruturais exigiam altos custos privados, normalmente atingindo o próprio investimento realizado pelas partes, mas também proporcionavam altos benefícios públicos, por proporcionarem uma resolução definitiva ou pelo menos de longo prazo.

Já as medidas comportamentais traziam baixos custos privados para as partes, já que se relacionam com as condutas das partes da operação. Entretanto, requeriam altos custos públicos, principalmente no que tange ao monitoramento do cumprimento das exigências impostas.

É interessante notar que a ideia de eficiência no âmbito de aplicação de remédios concorrenciais está, muitas vezes, associada com o pensamento de que só se impõe à concentração econômica remédios comportamentais, quando os estruturais não apaziguam satisfatoriamente as preocupações concorrenciais.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou verificar se a aplicação de remédios antitruste pelo Cade continua nos mesmos moldes concluídos pela OCDE ou se há uma mudança de comportamento na aplicação de medidas concorrenciais nos atos de concentração analisados.

Primeiramente, cumpre observar que mesmo após a adoção do sistema de controle de concentrações prévio, o Cade continua impondo um número de remédios comportamentais muito maior do que o de estruturais quando são comparados os números absolutos. Entretanto, esta abordagem não parece ser a correta para este tipo de avaliação por uma série de fatores.

Isso porque nem sempre os remédios estruturais serão os mais indicados para a solução de um problema concorrencial. Como visto, em casos de integração vertical, as

¹⁴⁶ Ato de Concentração 0083/96. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheira Relatora: Lúcia Helena Salgado. Publicado no DOU em: 27.06.1997.

recomendações de boas práticas indicam que a aplicação de medidas comportamentais são as indicadas para mitigar este problema concorrencial.

Além disso, em diversos casos analisados, observou-se uma imposição de remédios comportamentais e estruturais simultaneamente. Foram verificados dois tipos de situações: nas primeiras, medidas comportamentais foram aplicadas em complementação às estruturais, com o intuito de garantir que as últimas tivessem sucesso¹⁴⁷; nas segundas, as duas medidas foram aplicadas em igual forma¹⁴⁸.

Tendo isto em mente, como visto no capítulo anterior, apenas no quarto ano de vigência da nova Lei (2015-2016), foi observada uma maior aplicação pura de remédios comportamentais quando comparada às aplicações de somente remédios estruturais ou de estruturais somados aos comportamentais. Em todos os outros anos, a soma da instituição de remédios puramente estruturais e da instituição de estruturais somados aos comportamentais foi maior do que a de remédios puramente comportamentais.

Ademais, acredita-se que a avaliação de eficiência pelo número absoluto de remédios aplicados não é a mais indicada pelo fato de que as medidas comportamentais, ao serem impostas, são aplicadas em conjunto. O que se quer dizer é que compromissos não são aplicados isoladamente, ou seja, são feitos conjuntos de medidas comportamentais, aumentando-se, assim, o número absoluto destas medidas. Ao contrário, os remédios estruturais são comumente aplicados de maneira única.

Assim, para se ter uma ideia mais adequada da evolução da aplicação de remédios antitruste, os dados obtidos por esta pesquisa devem ser comparados com aqueles obtidos pela pesquisa de Cabral, que também avaliou as medidas impostas pelo Cade por atos de concentração e por problema concorrencial identificado.

Como visto, no que tange aos remédios antitruste aplicados por número de casos nos cinco anos da Lei n. 12.529, apenas em 2013/2014 e 2015/2016 o número de concentrações com remédios puramente comportamentais foi maior do que puramente estruturais e estruturais + comportamentais. Já na pesquisa de Patrícia Semensato Cabral, de 1995 a 2013, na maioria dos anos houve aplicação de remédios puramente comportamentais superior do que as outras duas possibilidades¹⁴⁹.

¹⁴⁷ O recente caso n. 08700.005937/2016-61 (Dow/Dupont) é um exemplo onde foram alienados ativos para criação de concorrentes efetivos em cinco mercados relevantes, mas também foram aplicadas medidas comportamentais para complementar os desinvestimentos.

¹⁴⁸ Como por exemplo, no Ato de Concentração n. 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera).

¹⁴⁹ Nos anos de 1995 a 1997, 1998, 2001, 2004, 2006 a 2008, 2010 e 2013, a aplicação de remédios puramente comportamentais superou a de remédios puramente estruturais ou a combinação entre

Quanto à análise por problemas concorrenciais, fica clara a preferência do Cade no que se refere a integrações verticais. Isso porque, desde 1995, a agência antitruste brasileira ao examinar operações somente com este tipo de preocupação, aplica somente medidas comportamentais¹⁵⁰. Isso foi corroborado com a presente pesquisa, que também só observou a aplicação destas medidas no que tange às integrações verticais.

Em relação às concentrações apenas com sobreposições horizontais, Patrícia Cabral observa que 63% dos casos foram condicionados a remédios comportamentais; 26% com remédios estruturais; e 11% foram impostas combinações entre comportamentais e estruturais¹⁵¹. Já no período de vigência da nova Lei, 26% das medidas foram comportamentais; 13% combinações entre estruturais e comportamentais; e 60% somente estruturais.

Isto dá base para concluir que houve uma inversão da prática do Cade no que tange a operações com sobreposição horizontal. Entre os anos de 1995 e 2013, mais de 60% dos casos foram aplicados somente comportamentais, enquanto que, de 2013 a 2017, 60% das operações tiveram medidas somente estruturais.

Em outras palavras, com a vigência da nova Lei 12.529/11, o Cade passou a impor, em sua maioria, os tipos de remédios considerados como preferíveis pela doutrina e pelas agências antitruste mais experientes no que tange às sobreposições horizontais.

Além disso, um outro dado importante a se observar é a evolução do Cade na delegação do monitoramento do cumprimento dos ACCs. Patrícia Cabral afirma que apenas 23% dos casos analisados por ela tiveram a instituição de um *trustee*. Sob o regime da nova Lei, a contratação de *trustees* cresceu exponencialmente, de tal forma que o último ano contou com 100% de casos com a previsão deste tipo de monitoramento.

Diante do exposto, há que se constatar pela busca do Cade no que tange à efetividade da aplicação de remédios antitruste, seja por uma mudança do arcabouço legal que rege o sistema de controle de concentrações brasileiro, seja por uma nova prática do Tribunal Administrativo.

comportamentais e estruturais.

¹⁵⁰ CABRAL, 2014, op cit, p. 47.

¹⁵¹ Idem.

Conclusão

O presente trabalho procurou analisar a aplicação dos remédios antitruste pelo Cade após a vigência da Lei n. 12.529/2011. Como visto, tal norma legal introduziu inúmeras mudanças ao Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, como a mudança do sistema de controle de concentrações misto para prévio.

Em *peer review* feita pela OCDE sobre o sistema brasileiro de concorrência sob o regime da antiga Lei de Concorrência – n. 8.884/94, foi indicado que um dos motivos de pouca efetividade dos remédios aplicados pelo Cade seria o seu sistema de controle de concentrações posterior, que dificultava a aplicação de remédios estruturais, resultando numa demasiada imposição de medidas comportamentais ineficientes.

Assim, foi realizada a conceituação dos remédios antitruste. Também foi apresentada a classificação majoritariamente mais aceita, as vantagens e desvantagens de cada tipo de medida e, por fim, um panorama mundial da imposição dos remédios antitruste.

Ademais, foram expostas as diretrizes da doutrina, das principais organizações internacionais e recomendações quanto à aplicação de remédios antitruste, além da utilização de *trustees* como forma de monitoramento e gerência de maneira independente, e a importância da cooperação internacional no que tange às fusões multijurisdicionais.

Quanto à apresentação da pesquisa central deste trabalho, foram observados diversos progressos. Primeiramente, observou-se uma diminuição relevante no número de casos total analisados pela autarquia. Ainda, relevante notar que, anteriormente, a maior parte dos casos que possuíam algum tipo de restrição no regime da antiga lei de concorrência, estavam relacionados somente às disposições de cláusula de não-concorrência, mesmo com o entendimento do Cade já pacificado e sumulado desde 2009. Com a mudança do sistema de controle de concentrações para prévio, somente 3 operações foram restringidas por conta desta disposição. Este dado demonstra uma clara eficiência do novo sistema.

No que tange aos remédios antitruste aplicados durante estes cinco anos, em números absolutos, existe a predominância de medidas comportamentais. Essa superioridade de instituição de remédios comportamentais é observada desde 1995, como visto na pesquisa de Patrícia Semensato Cabral.

Não obstante, ao se analisar o número de remédios aplicados por ato de concentração, verificou-se que somente no segundo e quarto ano de vigência da nova Lei, 2013-2014 e 2015-2016, o número atos de concentração que tiveram a imposição de remédios puramente comportamentais foi menor do que a soma de atos de concentração cujas medidas foram somente estruturais ou estruturais em conjunto com

comportamentais.

Sob a ótica do problema concorrencial identificado em cada operação, constatou-se que em casos com integração vertical, o Cade aplicou somente remédios comportamentais desde 1995. Apesar de algumas jurisdições aplicarem nestas situações remédios estruturais, a ICN, a OCDE e o DOJ também entendem estes problemas necessitam de medidas comportamentais a fim de garantir as eficiências decorrentes pela operação.

Nos casos com sobreposição horizontal, observou-se uma inversão da aplicação de remédios. Isso porque, de 1995 a 2013, cerca de 60% dos atos de concentração somente com este tipo de problema tinham compromissos essencialmente comportamentais. Por outro lado, sob o regime da Lei n. 12.529, o Cade inverteu estes dados e instituiu em 60% das concentrações, remédios puramente estruturais.

Outro dado relevante na aplicação de remédios antitruste, foi o aumento exponencial da instituição de *trustees* nos ACCs anualmente, chegando no patamar de 100% dos casos com monitoramento de 2016 a 2017. Como visto, a aplicação de *trustees* possui o condão de diminuir os gastos da agência da concorrência no que tange ao monitoramento do cumprimento dos ACCs.

Por fim, algumas considerações importantes foram observadas na elaboração do presente trabalho. Primeiramente, ressalta-se que o Cade ainda não possui um guia sobre remédios antitruste. Atualmente, somente é disponível o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Um Guia sobre as preferências do Cade ensejaria uma maior transparência da autarquia quanto o procedimento de negociação de ACCs, conforme é mencionado em recomendações de organizações internacionais.

Entretanto, mister concluir que o Cade, sob o regime da nova Lei n. 12.529/11, aplica remédios antitruste de uma maneira mais efetiva e com olhos nas melhores práticas de autoridades antitruste como o DOJ e a Comissão Europeia, além de estar atento para as recomendações de organizações internacionais como a ICN e a OCDE.

Referências Bibliográficas

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. Revista dos Tribunais, 2012.

Ato de Concentração 0083/96. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheira Relatora: Lúcia Helena Salgado. DOU 27/06/1997.

Ato de Concentração n. 08700.004211/2016-10. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: João Paulo de Resende. Decisão em 08/03/2017. Publicação em 14/03/2017. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier.

Ato de Concentração nº 08012.001409/2001-13. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: Roberto Pfeiffer. Decisão em 24/10/2001.

Ato de concentração n. 08012.003267/2007-14. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselheiro Relator: Carlos Ragazzo. Decisão em publicada em 28/07/2008.

BALTO, D.A. **Lessons from the Clinton Administration: the evolving approach to merger remedies.** The George Washington Law Review, 2001, pps. 952-977.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso de 20 de maio de 2017.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste.** São Paulo: Editora Atlas, 1996.

BUNDESKARLTELLAMT. **Guidance on Remedies in Merger Control**. 2017. Disponível em < [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf? blob=publicationFile&v=6](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?blob=publicationFile&v=6)> Acesso em 15 de junho de 2017.

BUNDESKARLTELLAMT. **Guidance on Substantive Merger control**. 2012. Disponível em <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20on%20Remedies%20in%20Merger%20Control.pdf? blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20on%20Remedies%20in%20Merger%20Control.pdf?blob=publicationFile&v=3)> Acesso em 15 de junho de 2017.

CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios em atos de concentração: uma análise prática do CADE**. IX Prêmio SEAE, 2014.

Canadian Competition *Bureau*. **Information Bulletin on Mergers in Canada**. Disponível em <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>> Acesso em 30 de maio de 2017.

Canadian Competition *Bureau*. **Merger Remedies Study**. 2011, p. 4. Disponível em <[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf/\\$FILE/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf/$FILE/cb-merger-remedy-study-summary-e.pdf)> Acesso em 31 de maio de 2017.

CASTRO, Bruno Braz de. **Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama**. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 47

Comissão Europeia. **Merger Remedies Study**. DG COMP, European Commission, 2005. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf> Acesso em 27 de abril de 2017.

Comissão Europeia. **Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.** Jornal da União Europeia, 2004.

Comissão Europeia. **Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.** Jornal da União Europeia, 2008.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal.** Brasília, 2016.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 28 do Cade, de 24 de julho de 2002.** Disponível em < <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-28-de-24-de-julho-de-2002.pdf/view>> Acesso em 01 de junho de 2017.

COSTA, Cláudia. **Economia incentivos à competição – vai começar a discussão da nova lei de defesa da concorrência.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 09 de junho de 2017.

DAVIES, Stephen; LYONS, Bruce. **Mergers and merger remedies in the EU.** P.12

DEL CHIARO, José; PEREIRA JR., Ademir Antônio. **O Desenvolvimento da Defesa da Concorrência: do Controle Posterior ao Controle Prévio de Atos de Concentração.** In A Nova Lei do CADE. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. Pp. 70.

Estados Unidos da América. **Department of Justice policy guide to merger remedies.** 2011. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>> Acesso em: 19 de abril de 2017.

Estados Unidos da América. **Department of Justice policy guide to merger remedies**, 2004. Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/16/205108.pdf> Acesso em 09 de junho de 2017.

Federal Trade Commission and Staff of the Bureau of Competition. **A study of the Commission's Divestiture Process**. § II.B.3 (1999).

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 398-399.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica**. In *Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração*. São Paulo: Editora Singular, 2011. Pp. 171-173.

International Competition Network. **Merger Remedies Guide**. ICN Merger Working Group, 2016. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf> Acesso em 18 de abril de 2017.

JENNY, Frederic. **Design and Implementation of Merger Remedies in High-Technology Industries**. In: *Merger Remedies in American and European Competition Law*, ed. François Lévêque and Howard Shelanski, 160-171. Cheltenham, UK, 2003.

KATZ, Elai; PERLGUT, Lauren. **Appraising Crown Jewel Provisions in the United States, Canada, and Europe**. *The Threshold: Volume X, Number 1, Fall 2009*, p.2.

LÉVÊQUE, François. **A Preliminary assessment of Merger Remedies in the EU Electricity Sector**. Paris: Ecole des Mines, 2001.

MARTINEZ, Ana Paula. **Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil**. In Temas Atuais de Direito da Concorrência, São Paulo: Singular, 2012, p. 58.

MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: a experiência e o Brasil**. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.). Remédios antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2011, pp. 64 e 65.

NOVIS, Maria Eugênia; VERISSIMO, Marcos Paulo. **Controversial issues in merger review: practical aspects**. In: Overview of Competition Law in Brazil, São Paulo, 2015. pp. 60-75.

OECD. **Remedies in Merger Cases**. OECD, 2011. Disponível em < <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf> > Acesso em: 24 de abril de 2017.

OECD/BID. **Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares**. 2010, p. 35-36. A OCDE atribui o elevado número de remédios comportamentais ao fato de o SBCD lidar com fusões *ex post*.

OLDALE, A., (2002). “Fixing remedies in European merger control”, NERA Competition Policy Insights, July/August, 1-5.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 19

OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende; SILVEIRA, Paulo Burnier. **A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da concorrência**

na diversidade. Revista de Defesa da Concorrência, n. 1, Maio 2013, pp. 4-15.

PAGOTTO, Leopoldo. MAGGI, Bruno Oliveira. **A nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/2011.** In Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 55. Jan/2012. Pp. 5.

Súmulas números 4 e 5. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Publicação no D.O.U. em 09/12/2009.

United Kingdom Competition Commission. **Merger Remedies: Competition Commission Guidelines.** 2008. Disponível em <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Guia_remedios_Competition_Commission-UK.pdf> Acesso em 22 de maio de 2017.