

FUNÇÃO DO CADE NO CONTROLE DE ESTRUTURAS: UMA ANÁLISE DOS ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO

Maria Gabriela Castanheira Bacha

Resumo: Para verificar a função do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ao intervir na economia, mais especificamente quando o órgão antitruste verifica problemas concorrenciais derivados de Atos de Concentração e decide pela aprovação mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentração (ACC), o presente trabalho analisou todos os Atos de Concentração aprovados mediante celebração de ACC entre abril de 2015 e abril de 2017. Foi verificado que, no geral, foram estabelecidos remédios comportamentais de difícil monitoramento, o que é incompatível com as atribuições do órgão de defesa da concorrência.

Palavras-chave: CADE, Concorrência, Concentração, Regulação, Remédios.

Key-words: CADE, Competition, Concentration, Regulation, Remedies.

1. Introdução

Quando se fala de intervenção estatal na economia, a linha é tênue entre as competências dos órgãos reguladores e do órgão de defesa da concorrência. Evidentemente, todas as intervenções estatais devem ser realizadas com a finalidade de aumentar o bem-estar social. No entanto, enquanto o órgão de defesa da concorrência visa preservar e/ou fomentar a competição por meio de ação sobre o poder de mercado dos agentes, o órgão regulador pode ter outros objetivos a serem perseguidos.

Ainda assim, inexistente uma “isenção antitruste” do ponto de vista legal. Isso porque a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não estabelece isenção setorial para a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), bem como artigo 31 dessa lei, ao estabelecer sobre quais agentes a lei de defesa da concorrência se aplica, apresenta ampla redação, incluindo até mesmo atividades monopolizadas. Adicionalmente, o princípio da livre concorrência é amparado constitucionalmente como princípio da ordem econômica (art. 170, IV, Constituição Federal). Nesse sentido, é permitido legalmente ao CADE intervir

em qualquer âmbito econômico, incluindo setores regulados, com a finalidade de preservar e/ou fomentar a concorrência.

Contudo, o que vem sendo verificado recentemente – principalmente após a introdução do controle prévio de estruturas pela Lei nº 12.529/2011 – é a interferência cada vez mais proativa do CADE na economia. Essa atuação é mais proeminente no controle de estruturas, mais especificamente quando o órgão antitruste verifica problemas concorrenciais derivados da operação e decide pela aprovação mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentração (ACC). Com a finalidade de atestar qual função o CADE vem exercendo nesses casos, o presente trabalho analisou todos os Atos de Concentração condicionados a ACCs em um período de dois anos (entre abril de 2015 e abril de 2017¹) e verificou que a autoridade antitruste vem impondo a adoção de remédios comportamentais de difícil implementação e monitoramento, agindo como verdadeira reguladora da atividade econômica, o que é incompatível com suas atribuições.

O trabalho é dividido em três outras seções, além desta introdução. Na próxima seção, serão tratados os conceitos de regulação econômica e defesa da concorrência a serem utilizados. A segunda seção tratará do controle de estruturas pelo CADE, mais especificamente explicando brevemente o que são ACCs e quais são os tipos de remédios antitruste que podem ser previstos nos acordos. A seção seguinte se ocupará da análise dos Atos de Concentração aprovados mediante celebração de ACC entre abril de 2015 e abril de 2017 com a finalidade de verificar a natureza dos remédios negociados e a função da atuação do CADE nesses casos. A última seção apresentará as conclusões.

2. Regulação econômica e defesa da concorrência

A regulação compreende qualquer forma de atuação ou intervenção estatal sobre o domínio econômico que não envolve a exploração direta de atividade econômica em regime de mercado, abrangendo, assim, atividades como coordenar, dirigir, fiscalizar, incentivar, fomentar, coibir, desincentivar, planejar e organizar condutas, dentre outras (MARQUES NETO, 2005, p. 31). O uso desses diferentes mecanismos de intervenção pode ser mais ou menos intenso a depender das preferências do governo à época, podendo deixar maior ou menor nível de liberdade aos agentes econômicos.

¹ Em 11 de maio de 2016, na 85ª Sessão Ordinária de julgamento do Tribunal do CADE, houve a aprovação, com restrições, do Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 – Itáú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda, o qual não foi incluído na presente análise por não se tratar de ACC.

A finalidade da regulação econômica, mais especificamente, é normatizar o exercício das diversas atividades pelos particulares de modo a promover os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, presentes no *caput* e no inciso IV do art. 170 da CF, em especial o cenário de concorrência perfeita, quando este não se estabelece pelas próprias características do mercado ou do sistema produtivo para o bem em questão (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 102). Assim, a implementação da regulação econômica justifica-se pela impossibilidade de os mercados e seus agentes, por meio da sua livre atuação, se comportarem em uma determinada estrutura de mercado de modo a promover a concorrência perfeita.

A relação “agente-principal” pode ser utilizada para se entender a necessidade da regulação econômica. Enquanto os reguladores são os principais, os regulados são os agentes, cujos comportamentos não necessariamente se conciliam com os objetivos buscados pelo regulador de maior eficiência e bem-estar. Nesse contexto, surge a necessidade de construção de uma estrutura de incentivos de baixo custo e fácil implementação para alinhar as condutas dos agentes, ou regulados, com os objetivos buscados pelo principal, ou regulador (VIEGAS; MACEDO, 2010, p. 102).

A defesa da concorrência, por sua vez, é o conjunto de regras jurídicas designadas a prevenir, apurar e reprimir as diversas formas de abuso de poder econômico, com o objetivo de obstar a monopolização de mercados e propiciar a livre iniciativa em favor da coletividade (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 29).

Enquanto o objetivo da regulação econômica tradicional seria substituir os mecanismos de mercado diante de falhas consideradas insuperáveis pela própria atuação dos agentes, a defesa da concorrência visaria tão somente proteger esses mecanismos. Assim, ao passo que a atividade regulatória pressuporia uma determinada estrutura de mercado, a defesa da concorrência atuaria sobre essa estrutura para prevenir configurações anticoncorrenciais, tornando prescindível a própria regulação (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 138).

As competências da autoridade antitruste e do regulador foram delimitadas em quatro elementos diferenciadores principais por Oliveira e Rodas (2004, p. 139):

a) No que diz respeito ao objetivo, a defesa da concorrência tem seu âmbito mais restrito, focando sempre na reversão dos benefícios ao consumidor. A regulação, por sua vez, incorpora um conjunto maior de preocupações, como universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente.

b) Sobre o método de trabalho, a autoridade antitruste utiliza os próprios mecanismos de mercado, enquanto o regulador tende a substituí-los.

c) Em relação ao momento de atuação, a autoridade concorrencial tenderia a agir a posteriori (com exceção nos controles de ato de concentração), enquanto o regulador estabelece regras a priori que devem ser seguidas pelos regulados.

d) A autoridade antitruste deveria ter preferência por remédios estruturais que resolvessem definitivamente o problema concorrencial. A autoridade regulatória, por poder substituir os mecanismos de mercado, tenderia a utilizar remédios comportamentais.

A autora francesa Marie-Ane Frison Roche (2005, p. 208), por sua vez, esclarece que o direito da concorrência, na medida em que sanciona os comportamentos anticoncorrenciais, não adota uma perspectiva de regulação, dado que está apenas reconduzindo, casuisticamente, condutas contrárias à livre concorrências. Por outro lado, ao construir e manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes por sua própria força, o direito da concorrência também se constitui de mecanismos regulatórios (FRISON ROCHE, 2005, p. 208).

Nesse sentido, o presente trabalho busca verificar eventual proeminência da atividade regulatória por parte do CADE quando da aplicação de remédios em ACCs celebrados no âmbito de Atos de Concentração.

3. O controle de estruturas pelo Cade

3.1. Acordos em Controle de Concentrações (ACCs) e remédios antitruste

O Acordo em Controle de Concentrações (ACC) é um acordo celebrado entre o CADE e as partes requerentes de um Ato de Concentração que objetiva estabelecer uma solução intermediária entre a aprovação incondicional e a reprovação total de determinada operação que gera efeitos anticompetitivos (CABRAL; MATTOS, 2016, p. 58). Assim, o ACC estipula remédios antitruste que deverão ser implementados pelas partes requerentes (chamadas no âmbito do ACC de “compromissárias”) como condição para a aprovação do Ato de Concentração, de modo que determinadas eficiências decorrentes da operação sejam preservadas, ao mesmo tempo que os problemas concorrenciais identificados sejam endereçados (CABRAL; MATTOS, 2016, p. 58).

Nesse sentido, o ACC pode ser entendido como um provimento administrativo que tem por função primordial assegurar a obtenção de eficiências suficientes para a aprovação de um Ato de Concentração (CARVALHO; CASTRO, 2013, p. 103). Não obstante, os remédios a serem estabelecidos por um ACC devem seguir alguns princípios. Primeiramente, o remédio deve ser efetivo, de modo que atinja o objetivo para o qual foi estabelecido. Em segundo lugar, tanto na perspectiva da autoridade antitruste quanto na das empresas envolvidas, os custos administrativos devem ser os mínimos necessários. Por fim, o remédio deve ser proporcional, sendo limitado ao problema concorrencial identificado, incluindo apenas medidas estritamente necessárias para resolvê-lo (CABRAL; MATTOS, 2016, p. 60). Tais princípios, se não respeitados, levam o CADE a extrapolar sua competência.

Os remédios passíveis de serem estabelecidos em ACCs são usualmente classificados em dois tipos: estruturais e comportamentais. O remédio estrutural consiste em medidas imediatas e definitivas, com realocação de direito de propriedade para terceiros, e tem por objetivo manter o mercado afetado pela operação com uma estrutura competitiva (PEREIRA NETO; AZEVEDO, 2015, p. 224). Geralmente, o remédio estrutural se dá por meio de um desinvestimento, ou seja, alienação de um pacote de ativos para outro competidor já estabelecido no mercado ou para um entrante. O pacote a ser desinvestido pode ser constituído por ativos tangíveis e/ou intangíveis, e pode consistir em um negócio total em andamento ou um conjunto parcial de ativos. O importante é que o pacote seja capaz de reforçar a posição de um concorrente ou facilitar a entrada de um novo competidor (PEREIRA NETO; AZEVEDO, 2015, p. 224). Já o remédio comportamental consiste no disciplinamento do comportamento das compromissárias, e geralmente se materializa na imposição de uma restrição ao direito de livre iniciativa das partes.

Apesar de implicarem na alteração da estrutura das empresas requerentes e, por isso, serem mais custosos a estas, os remédios estruturais são considerados mais eficazes por serem mais simples de serem monitorados. Os remédios comportamentais, por sua vez, são mais difíceis de terem seu cumprimento verificado, dado que a estrutura, recursos e expertise da autoridade antitruste, diferentemente de um órgão regulador, são mais apropriados para o controle *ex post*, e não ao acompanhamento em tempo real das atividades econômicas, tornando mais difícil o monitoramento da imposição e manutenção das restrições comportamentais pelas empresas (PEREIRA NETO; AZEVEDO, 2015, p. 224). Dessa forma, o estabelecimento de remédios comportamentais pode extrapolar a competência do CADE como órgão antitruste para órgão regulador caso eles não obedeçam aos princípios de simplicidade, objetividade e proporcionalidade, o que inclui em grande parte sua facilidade de monitoramento.

Com a finalidade de verificar qual função o CADE vem desempenhando no controle de estruturas e a compatibilidade com sua estrutura e recursos, passa-se à análise dos ACCs celebrados pela autoridade antitruste no período considerado (abril de 2015 a abril de 2017).

4. Aspectos da função do Cade diante dos remédios impostos em ACCs

Entre abril de 2015 e abril de 2017, 9 (nove) ACCs foram celebrados pelo CADE como requisitos para aprovação de Atos de Concentração.

Pela análise desses casos, é possível observar que, no geral, a percepção do CADE é a de que ele não agiu como regulador da atividade econômica nos ACCs celebrados. Na análise da *joint venture* formada entre SBT, Record e RedeTV², por exemplo, o Conselheiro Alexandre Cordeiro, em seu Voto-Vista, expressou entendimento de que um remédio só seria entendido como regulador da atividade caso fosse aplicável a todos os agentes mercado. Assim, a despeito de o ACC ter previsto diversos remédios comportamentais de difícil monitoramento³, como as obrigações foram elaboradas única e exclusivamente para o caso concreto e vinculavam tão somente as partes e condicionavam unicamente a *joint venture*, o acordo não tinha por escopo ou efeito a regulação de segmento sob competência da Anatel ou da Ancine.

Ademais, de acordo com o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos quando da análise da combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e

² Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 – TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. (“SBT”); Rádio e Televisão Record S.A. (“Record”); e TV Ômega Ltda. (“RedeTV”). Trata-se de constituição de uma *joint venture* entre SBT, Record e RedeTV destinada a atuar, principalmente, no licenciamento do sinal digital de seus canais de programação para prestadoras de serviços de televisão por assinatura. A operação foi julgada em maio de 2016 e aprovada pelo Tribunal do CADE mediante assinatura e cumprimento de ACC.

³ O ACC (i) estabeleceu qual deveria ser o objeto social da *joint venture* (e a necessidade de solicitar autorização do CADE para sua alteração), (ii) limitou o prazo máximo de duração da *joint venture* – e consequentemente do ACC – a 6 (seis) anos, condicionando a prorrogação à apreciação do CADE como novo ato de concentração, (iii) determinou a aplicação de percentual significativo de receitas no desenvolvimento de produtos e serviços para televisão por assinatura e outras mídias, tanto pela *joint venture* quanto pelas empresas individualmente, (iv) vinculou a forma de cobrança da *joint venture* pelo licenciamento dos sinais de seus canais de televisão aberta ao porte do licenciante, estabelecendo tratamento diferenciado para pequenas e médias operadoras, e (v) condicionou a incorporação de novos sócios à análise do CADE.

Cetip⁴, na hipótese de o órgão regulador *stricto sensu* estar entorpecido ou dormente, o CADE estaria dentro de suas competências caso optasse por remédios de cunho regulatório. De acordo com o Conselheiro, os órgãos reguladores e o órgão de defesa da concorrência exercem funções complementares, sendo o CADE chamado a atuar na omissão ou na falha do regulador. Dessa forma, a despeito da omissão do Conselheiro em relação à forma pela qual o CADE deveria monitorar esses remédios, estaria dentro das atribuições do órgão a possibilidade de negociar ACCs com função regulatória.

Não obstante a percepção do CADE sobre sua própria atuação, diversos exemplos de remédios em ACCs celebrados no período analisado são ilustrativos da atuação regulatória da autoridade antitruste. Primeiramente, em alguns casos, o CADE determinou ou impediu a celebração de determinados tipos de contratos por parte das compromissárias, por um determinado período de tempo.

Na fusão entre a Dabi e a Gnatus⁵, por exemplo, ao proibir às compromissárias a celebração de novos compromissos de exclusividade com distribuidores, representantes comerciais e/ou prestadores de serviços de assistência técnica pelo período de 5 (cinco) anos, o CADE impôs remédio regulatório com alto custo de monitoramento, principalmente diante do fato de não ter previsto mecanismo concreto de fiscalização – o ACC apenas estabelece a previsão genérica de que “o CADE poderá, a qualquer tempo, solicitar que as

⁴ Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 – BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BM&FBOVESPA”) e CETIP S.A. (“Cetip”). Trata-se de combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e Cetip, aprovada pela maioria dos Conselheiros do Tribunal do CADE mediante a celebração de ACC em março de 2017.

⁵ Ato de Concentração nº 08700.001437/2015-70 – Dabi Atlante S/A Indústrias Médico Odontológica (“Dabi”) e Gnatus Equipamentos Médico Odontológicos Ltda. (“Gnatus”). Trata-se de fusão entre Dabi, empresa atuante nos mercados de fabricação e comercialização de produtos odontológicos, e Gnatus, atuante nos mercados de pesquisa, desenvolvimento e comercialização de equipamentos odontológicos, médicos e para podologia, julgada em novembro de 2015. A fim de sanar os problemas concorrenciais identificados decorrentes da sobreposição horizontal no mercado de produtos odontológicos, as empresas celebraram ACC com o CADE pelo qual se comprometeram a: (i) alienar todas as marcas de titularidade da Gnatus; (ii) revogar quaisquer cláusulas e/ou acordos de exclusividade que tenham sido assinados com quaisquer distribuidores, representantes comerciais e/ou prestadores de serviços de assistência técnica; e (iii) não assinar novos contratos de exclusividade com essas partes por um prazo de 5 (cinco) anos.

Compromissárias apresentem dados e informações que julgar necessárias relativas às obrigações previstas neste ACC”.

De modo similar, o ACC celebrado pelo CADE com Tam, Iberia e British⁶ estabeleceu, como requisito para a aprovação do *Joint Business Agreement* entre as companhias aéreas, que as compromissárias formalizassem um acordo de *interline* (ou SPA – *Special Prorate Agreement*) com potencial companhia aérea entrante na rota São Paulo-Londres, de modo a facilitar o escoamento dos passageiros que entram na Europa por Londres, mas que tenham outra cidade deste continente como destino final, bem como dos passageiros que entram no Brasil a partir de São Paulo, mas que tenham outra cidade do país como destino final. O próprio CADE reconheceu a dificuldade de implementação e monitoramento desse remédio – de acordo com o Conselheiro João Paulo Resende, relator do caso, tratava-se de “um remédio de maior dificuldade de monitoramento, tendo em vista que envolve a assinatura de um contrato entre as Requerentes e um rival, e os detalhes das condições exigidas por ambas as partes podem acabar levando à não efetivação do acordo”. No entanto, ainda assim foi estipulada multa pelo descumprimento da obrigação, o que demonstra o papel regulador exercido pelo órgão da concorrência nesse caso.

Situação diversa ocorreu na análise da aquisição da Rexam pela Ball⁷, na qual o remédio comportamental estabelecido no ACC ficou dentro das atribuições do CADE. O ACC determinava a celebração de contratos de fornecimento de tampas de maneira a suprir a necessidade produtiva das plantas desinvestidas e de seus respectivos contratos por um período mínimo de 4 (quatro) anos. Nesse caso, o compromisso comportamental (celebração de contratos de fornecimento) estava intrinsecamente relacionado à obrigação estrutural (desinvestimento de unidade fabris), não havendo assim função regulatória da autoridade antitruste. A despeito de o dever de monitoramento

⁶ Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10 – TAM Linhas Aéreas S.A. (“Tam”), Ibérica Líneas Aéreas de España (“Iberia”), British Airways Plc. (“British”). Trata-se de um acordo de negócio conjunto (Joint Business Agreement ou “JBA”) entre a Tam, de um lado, e a Iberia e a British, do outro, segundo o qual todos os produtos e serviços seriam comercializados pelas empresas como se fossem ofertados pelas próprias malhas aéreas de cada uma delas, independentemente de qual operador ou vendedor, e todos os benefícios econômicos resultantes de tal cooperação seriam compartilhados de forma equitativa.

⁷ Ato de Concentração nº 08700.006567/2015-07 – Ball Corporation (“Ball”) e Rexam PLC (“Rexam”). Trata-se da aquisição da Rexam pela Ball, ambas fabricantes de latas metálicas para bebidas, em âmbito mundial, julgada pelo Tribunal do CADE em dezembro de 2015.

também ter sido genérico (“o CADE monitorará o cumprimento dos termos e condições previstos neste ACC”), a manutenção dos contratos de fornecimento de tampas era essencial à viabilidade da planta desinvestida, razão pela qual o comprador dos ativos teria interesse na sua concretização e também atuaria como agente fiscalizador, retirando esse ônus da autoridade antitruste.

Em segundo lugar, apesar de o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos na análise da combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e Cetip⁸ ter reconhecido a “inadequação da determinação e/ou regulação de preços de um mercado específico como medida ou remédio derivado da constatação de estruturas concentradas ou de condutas impróprias dos agentes em âmbito concorrencial”, houve casos em que o CADE chegou a determinar como deveria ser a formação do preço a ser cobrado pela entidade resultante do Ato de Concentração.

Na *joint venture* entre Saint Gobain e Sicbras⁹, por exemplo, o ACC estabeleceu que o preço de venda dos produtos da *joint venture* às compromissárias seria equivalente ao custo de produção acrescido de um percentual para formação de reserva para a sustentabilidade da *joint venture*. Nesse caso, houve o estabelecimento de medida de controle de preços, de caráter eminentemente regulatório, a qual, de acordo com o ACC, deveria perdurar pelo tempo que durasse a operação conjunta da *joint venture*, a despeito de o monitoramento pelo CADE por meio de auditor independente ter sido estabelecido pelo período de apenas 5 (cinco) anos.

Já na constituição de *joint venture* entre SBT, Record e RedeTV¹⁰ para atuar no licenciamento do sinal digital de seus canais, houve situação similar à regulação de preços, porém peculiar: estabelecimento de obrigações específicas de investimento pela entidade resultante do Ato de Concentração e pelas requerentes. Um dos remédios previstos no ACC celebrado com o CADE estabelecia a retenção de parcela da receita líquida da *joint venture* e das receitas líquidas distribuídas a cada compromissária para investimentos

⁸ Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 – BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BM&FBOVESPA”) e CETIP S.A. (“Cetip”).

⁹ Ato de Concentração nº 08700.010266/2015-70 – Saint Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. (“Saint Gobain”) e SiCBRAS Carbetos de Silício do Brasil Ltda. (“Sicbras”). Trata-se de compra, pela Saint Gobain, de 50% das ações relativas a uma fábrica de produção de carbetos de silício (SiC) localizada no Paraguai, até aquele momento pertencente à Sicbras, o que resultou em uma *joint venture* entre as requerentes.

¹⁰ Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 – TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. (“SBT”); Rádio e Televisão Record S.A. (“Record”); e TV Ômega Ltda. (“RedeTV”).

específicos no desenvolvimento de produtos e serviços para televisão por assinatura e outras mídias, com a finalidade de aprimoramento da oferta e qualidade do conteúdo já oferecido. O ACC também estabeleceu a apresentação, detalhada, das metas de investimento, prazos e alocação de recursos. É evidente a extrapolação das competências da autoridade antitruste nesse caso, e o dispêndio de recursos necessários para seu monitoramento.

Em terceiro lugar, houve caso em que as compromissárias assumiram obrigações de transparência e qualidade na comunicação de seus serviços e de aprimoramento no atendimento a clientes, funções típicas de um órgão regulador. No ACC celebrado como condição à aquisição do HSBC pelo Bradesco¹¹, as requerentes assumiram uma série de obrigações visando aprimorar os procedimentos de portabilidade, implantar maior transparência na comunicação dos serviços e estimular os clientes pessoas físicas do HSBC a migrarem para outra instituição financeira, além de capacitar seus funcionários por meio de treinamentos e adotar medidas para aprimorar a qualidade do atendimento, reduzindo os índices de reclamações. Interessante notar que o Conselheiro Relator João Paulo Resende, ao justificar o remédio de “não-comprar” assumido por parte do Bradesco (abster-se de realizar quaisquer atos de concentração suscetíveis de aumentar o poder de mercado do Bradesco nos mercados exclusivos de instituições financeiras, pelo prazo de 30 meses), esclareceu que o CADE teve cuidado em resguardar as competências do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central, este como autoridade regulatória setorial, de zelar pela solidez e liquidez do Sistema Financeiro Nacional, porém não teceu comentário algum sobre o possível conflito de competência em relação aos remédios comportamentais mencionados acima.

Por fim, no período analisado há exemplos de ACCs celebrados pelo CADE em que as compromissárias se comprometeram com a implementação de um novo serviço, ou com a implementação de metas para o aumento de serviço já oferecido. O primeiro caso pôde ser verificado no Ato de Concentração envolvendo as companhias aéreas Tam, Iberia e British¹², as quais, para terem seu *Joint Business Agreement* aprovado, tiveram que se

¹¹ Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41 – Banco Bradesco S.A. (“Bradesco”), HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. (“HSBC”). Trata-se da aquisição de 100% do capital social do HSBC pelo Bradesco, aprovada pelo CADE em junho de 2016 mediante a celebração de ACC, após a constatação de que a operação estava inserida em um ambiente concorrencial caracterizado por elevada concentração, alto nível de rentabilidade e limitado grau de concorrência.

¹² Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10 – TAM Linhas Aéreas S.A. (“Tam”), Ibéria Líneas Aéreas de España (“Iberia”), British Airways Plc. (“British”).

comprometer a ofertar duas novas rotas, com frequências mínimas de três vezes por semana, entre o Brasil (não podendo envolver São Paulo ou Rio de Janeiro) e o continente europeu, pelo prazo de 7 (sete) anos. Já o segundo exemplo foi verificado na formação de *joint venture* entre Bradesco, BB, Santander, CEF e Itaú para a criação de um *bureau* de crédito¹³, no qual o ACC estabeleceu aos bancos, dentre outros vários remédios comportamentais, metas envolvendo o cadastro positivo, mais especificamente os níveis predeterminados que o total de adesões ao cadastro positivo deveria atingir ao longo do período de vigência do ACC. Apesar de as metas específicas e os prazos terem ficado confidenciais em relação ao público, não é atribuição do órgão da concorrência regular a evolução do mercado de cadastro positivo.

Em suma, com exceção de poucos casos – como a aquisição do negócio de preservativos masculinos e lubrificantes íntimos da Hypermarchas pela Reckitt Benckiser que foi aprovada mediante o desinvestimento da marca KY¹⁴ –, o CADE, no geral, incluiu condições nos ACCs que possuem natureza eminentemente comportamental e regulatória e que vão além das medidas simples e de fácil implementação que a comunidade antitruste e o próprio CADE disseminam como sendo desejáveis.

Um exemplo claro em que o Tribunal do CADE agiu contrariamente à situação considerada “ideal” por um dos Conselheiros foi o Ato de Concentração envolvendo o *Joint Business Agreement* entre Tam, Iberia e

¹³ Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47 – Banco Bradesco S.A. (“Bradesco”), Banco do Brasil S.A. (“BB”), Banco Santander S.A. (“Santander”), Caixa Econômica Federal (“CEF”) e Itaú Unibanco S.A. (“Itaú”). Trata-se de formação de *joint venture* entre Bradesco, BB, Santander, CEF e Itaú para a criação de um *bureau* de crédito (Gestora de Inteligência de Crédito – “GIC”). Os *bureaux* de crédito, basicamente, auxiliam as entidades concedentes de crédito a verificar a capacidade de endividamento de quem solicita o crédito por meio de uma ampla base de dados construída a partir da compilação e organização de informações de diferentes agentes do mercado, como instituições financeiras e prestadoras de serviços. Tais informações podem ser de caráter negativo – dados referentes aos inadimplimentos obrigacionais que são excluídos após suas quitações – ou positivo – histórico financeiro geral do agente.

¹⁴ Ato de Concentração nº 08700.003462/2016-79 – Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. (“Reckitt”) e Hypermarchas S.A. (“Hypermarchas”). Trata-se da aquisição do negócio de preservativos masculinos e lubrificantes íntimos da Hypermarchas pela Reckitt Benckiser, julgada pelo Tribunal do CADE em julho de 2016 e aprovada mediante a alienação da marca KY no Brasil para um agente econômico com as condições necessárias para rivalizar com a empresa fusionada no mercado de lubrificantes íntimos.

British¹⁵. Nesse caso, o Conselheiro Paulo Burnier, em seu Voto-Vogal, reconheceu a importância da busca de soluções estruturais definitivas que pudessem ser implementadas facilmente em curto espaço de tempo, dado que as autoridades da concorrência deveriam buscar criar condições para que o mercado se reacomode no cenário pós operação, e não exercer uma função de regulação sobre o mercado. Assim, apesar de ter havido o reconhecimento por parte do Conselheiro de que remédios comportamentais de difícil monitoramento pela autoridade antitruste não são desejáveis pois a equiparam a um órgão regulador, o ACC do caso específico contendo diversos remédios comportamentais duvidosos acabou sendo aprovado pelo Tribunal do CADE e imposto às compromissárias.

De modo similar, no Ato de Concentração envolvendo a combinação das atividades entre BM&FBOVESPA e Cetip¹⁶, o Conselheiro Alexandre Cordeiro, em seu Voto-Vogal, rejeitou remédios levados pela Conselheira Relatora que condicionavam a aprovação da operação à regulação dos preços pelo CADE, imposição de adoção de autorregulação e também metodologia detalhada de como a BM&FBOVESPA deveria conceder acesso aos serviços de depósito para terceiros, por considerar que tais exigências estavam além da competência do CADE. De acordo com o Conselheiro, o acesso ao segmento de organização de mercado de valores já era regulado, por lei, pela Comissão de Valores Mobiliários, razão pela qual não caberia ao CADE impor condições específicas de cunho regulatório, ainda que tais medidas, a princípio, tivessem por objetivo facilitar a competição no mercado de bolsa de valores. Não obstante, o ACC no caso específico foi aprovado pelo Tribunal do CADE contendo diversos remédios comportamentais complexos¹⁷.

¹⁵ Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10 – TAM Linhas Aéreas S.A. (“Tam”), Ibérica Líneas Aéreas de España (“Iberia”), British Airways Plc. (“British”).

¹⁶ Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 – BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (“BM&FBOVESPA”) e CETIP S.A. (“Cetip”).

¹⁷ O ACC estabeleceu (i) que as requerentes deveriam submeter suas “Regras de Acesso ao Mercado de Bolsa e Balcão” a consulta pública, ponderar cada uma das sugestões, e depois submeter à CVM para aprovação, (ii) a criação um Comitê de Produtos e de Precificação, que teria a atribuição de apoiar e contribuir ativamente para as deliberações do Conselho de Administração da BM&FBOVESPA no que se referisse às discussões sobre políticas de preços e políticas comerciais e do qual fariam parte membros externos que não fossem administradores ou funcionários da BM&FBOVESPA, assegurando a representatividade de clientes pertencentes a diferentes segmentos, (iii) regras de governança de modo que uma parcela mínima de membros do Conselho de Administração da BM&FBOVESPA fosse composta por pessoas que tivessem vínculo com clientes da própria BM&FBOVESPA e que as deliberações relativas a diretrizes de preços fossem sujeitas à aprovação por quórum

5. Conclusões

A despeito de ser lícito à autoridade antitruste intervir ativamente na economia, inclusive em mercados regulados, o que vem sendo verificado, principalmente após a introdução do controle prévio de estruturas pela Lei nº 12.529/2011, é a atuação mais proeminente do CADE em estabelecer remédios comportamentais de difícil implementação e monitoramento em ACCs, se aproximando de um órgão regulador da economia.

Enquanto a finalidade da regulação econômica é normatizar o exercício das diversas atividades pelos particulares, de modo a promover o cenário de concorrência perfeita quando este não se estabelece pelas próprias características do mercado ou do sistema produtivo, a defesa da concorrência, por sua vez, é o conjunto de regras jurídicas designadas a prevenir, apurar e reprimir as diversas formas de abuso de poder econômico, com o objetivo de obstar a monopolização de mercados e propiciar a livre iniciativa em favor da coletividade (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 139).

A despeito de ser possível, em certa medida, delimitar as competências da autoridade antitruste e do regulador (por exemplo, enquanto a defesa da concorrência tem seu âmbito mais restrito, focando sempre na reversão dos benefícios ao consumidor, a regulação incorpora um conjunto maior de preocupações, como universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente) (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 139), a autora francesa Marie-Ane Frison Roche (2005, p. 208) entende que o direito da concorrência, ao construir e manter organizações econômicas não espontâneas e não perenes por sua própria força, também se constitui de mecanismos regulatórios. Nesse sentido, o presente trabalho buscou verificar qual função o CADE vem exercendo quando da aplicação de remédios em ACCs negociados no âmbito de Atos de Concentração.

ACCs são acordos celebrados entre o CADE e as partes requerentes de um Ato de Concentração com potencial concorrencialmente lesivo que objetiva estabelecer uma solução intermediária entre a aprovação incondicional e a reprovação total da operação. Eles estabelecem remédios a serem observados pelas partes, os quais podem ser estruturais ou comportamentais. Os primeiros

qualificado elevado, de tal modo que os conselheiros minoritários teriam, na prática, direito de veto sobre este assunto, (iv) e, em caso de fracasso nas negociações para a contratação de serviços prestados pela depositária da BM&FBOVESPA, foi estabelecido mecanismo arbitral que poderia ser acionado pelo potencial entrante, devendo ser constituído um tribunal arbitral com poderes para definir o preço e as regras de acesso do contrato, com base nas regras procedimentais previstas no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

são preferíveis em relação aos segundos por serem mais simples de serem monitorados e mais compatíveis com a estrutura, recursos e expertise do CADE, que, em tese, não é um órgão regulador. O presente trabalho analisou todos os Atos de Concentração aprovados mediante celebração de ACC pelo Tribunal do CADE no período de abril de 2015 a abril de 2017. Nove ACCs foram analisados e algumas conclusões foram alcançadas.

Primeiramente, a percepção do CADE é a de que ele não agiu como regulador da atividade econômica nos ACCs celebrados, entendendo que os órgãos reguladores e o órgão de defesa da concorrência exercem funções complementares, sendo o CADE chamado a atuar na omissão ou na falha do regulador.

Em segundo lugar, diversos exemplos de remédios em ACCs celebrados no período analisado foram ilustrativos da atuação regulatória da autoridade antitruste, como: (i) determinação ou impedimento para a celebração de determinados tipos de contratos por parte das compromissárias, por um determinado período de tempo, (ii) determinação de como deveria ser a formação do preço a ser cobrado pela entidade resultante do Ato de Concentração, (iii) estabelecimento de obrigações de transparência e qualidade na comunicação dos serviços por parte das requerentes e de aprimoramento no atendimento a clientes, e (iv) obrigatoriedade de implementação de um novo serviço, ou implementação de metas para o aumento de serviço já oferecido.

Com exceção de poucos casos em que o ACC negociado se limitou a remédios estruturais, o CADE, no geral, incluiu condições nos ACCs que possuem natureza regulatória. Em casos específicos, no entanto, foi reconhecida a importância da busca de soluções estruturais definitivas que pudessem ser implementadas facilmente em curto espaço de tempo, dado que o CADE não deveria exercer uma função de regulação sobre o mercado, e que o CADE deveria se abster de impor condições específicas de cunho regulatório em mercados já regulados, pois isso estaria além da sua competência. Mesmo nesses casos, contudo, o resultado final do julgamento do Tribunal do CADE foi pela celebração do ACC contendo remédios comportamentais complexos.

Uma possível razão que explicaria esse padrão na atuação do CADE é o aumento no poder de barganha da autoridade antitruste advindo do controle prévio de estruturas estipulado pela Nova Lei de Defesa da Concorrência. O sistema de notificação *a posteriori*, previsto na Lei nº 8.884/1994, possuía limites que impediam uma atuação mais incisiva por parte do CADE, em que se assegurasse pleno *enforcement* da defesa da concorrência no controle de estruturas. Apesar de o sistema de análise prévia de atos de concentração ter trazido mais segurança jurídica ao evitar que uma operação prejudicial à concorrência fosse consumada e tivesse que ser revertida *a posteriori*, a Lei nº 12.529/2011, ao prever a necessidade de as empresas aguardarem a decisão do

CADE para o fechamento da operação, aumentou o poder de barganha da autoridade na imposição de remédios que lhe parecessem mais apropriados, tornando as partes mais susceptíveis a aceitar remédios mais custosos em benefício do tempo de análise.

Contudo, essa forma de atuação recente do CADE pode apresentar riscos à realização dos objetivos da defesa da concorrência, pois, como a autoridade antitruste não possui a expertise nem recursos necessários ao monitoramento dos remédios comportamentais, os ACCs, que seriam essenciais para garantir condições de concorrência nos mercados atingidos por Atos de Concentração com efeitos potencialmente anticompetitivos, podem acabar por não serem implementados na prática.

6. Referências

CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE. *Revista de Defesa da Concorrência – RDC*, Vol. 4, nº 1, Maio 2016, pp. 57-94.

CADE. Ato de Concentração nº 08700.001437/2015-70. Requerentes: Dabi Atlante S/A Indústrias Médico Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico Odontológicos Ltda. Brasília: Cade, 29 nov. 2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006567/2015-07. Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC. Brasília: Cade, 9 dez. 2015.

_____. Ato de Concentração nº 08700.010266/2015-70. Requerentes: Saint Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SiCBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda. Brasília: Cade, 13 abr. 2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Requerentes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A., e TV Ômega Ltda. Brasília: Cade, 11 mai. 2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. Brasília: Cade, 8 jun. 2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.003462/2016-79. Requerentes: Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e Hypermarchas S.A. Brasília: Cade, 14 jul. 2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Santander S.A., Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco S.A. Brasília: Cade, 9 nov. 2016.

_____. Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de Espana e British Airways Plc. Brasília: Cade, 8 mar. 2017.

____. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. e CETIP S.A. Brasília: Cade, 22 mar. 2017.

CARVALHO, Vinícius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros de. Acordo em controle de concentração: possibilidades, conveniência e diálogo social. *Direito Econômico Concorrencial*. Organizadores: Mario Gomes Schapiro, Vinícius Marques de Carvalho e Leonor Cordovil. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12802>>. Acesso em: 02.05.2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OLIVEIRA, Gerner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. Organizador: Vinicius Marques de Carvalho. São Paulo: Singular, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Ignácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, São Paulo, V.12. 1, jan-abr 2016, pp. 13-48.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controle. *Direito Econômico Regulatório*. Coordenador: Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Saraiva, 2010.