

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 1 - 2021

ISSN 1517-1957

STANDARDS ANTITRUSTE NO CASO UNITED STATES V. APPLE: FUNDAMENTOS DA DECISÃO E A REALIDADE BRASILEIRA

Daniela Copetti Cravo

Fernando Amorim

Resumo: O artigo analisa a decisão contra a Apple no mercado de livros digitais (e-books) pelo prisma antitruste. A empresa foi condenada a partir de seu comportamento colusivo com as maiores editoras no mercado, conduta que foi avaliada pelo *standard* da regra *per se*. Mediante o método indutivo, partiu-se de uma decisão judicial estadunidense para discutir os fundamentos teóricos da regra da *per se*. Utilizando este plano teórico, examinou-se o *standard* aplicado vis-à-vis um dos vetores da regra da razão: a teoria da ilicitude pelo objeto, atentando-se ao contexto brasileiro.

Palavras-chave: Antitruste; Caso Apple; Regra da Razão; Regra Per Se; Ilicitude pelo Objeto

Keywords: Antitrust; Apple Case; Rule of Reason; Per Se; Restrictions “by object”

1. Introdução

O presente trabalho traz uma análise do caso *United States v. Apple Inc*¹, relativo ao preço de e-books, avaliado pelo poder judiciário estadunidense. Trata-se de caso de relevância particular para o Direito Antitruste tanto no tocante às condutas colusivas quanto às condutas unilaterais.

Conforme será esclarecido ao longo do trabalho, a Apple teria praticado condutas anticompetitivas com um teor de colusão com agentes que não estavam na mesma cadeia produtiva. Em outras palavras, teria

¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2nd US Circuit Court of Appeals. *Apple v. USA*. June 2015.

ocorrido uma conduta horizontal com a atuação de um agente (a Apple) que não era, efetivamente, uma concorrente no mercado relevante.

Partindo especialmente do método indutivo, o trabalho buscou inferir conclusões sobre o caso particular em análise para contribuir com o estudo dos *standards* antitruste no Brasil. Dito isso, o artigo foi dividido em quatro pontos.

Na sequência desta introdução (primeiro ponto), o ponto dois apresenta os elementos centrais sobre o caso em análise. Nesse ponto, são examinados os fundamentos subjacentes à decisão que levou à punição da empresa pela atuação coordenada com as maiores editoras no mercado relevante. No mesmo sentido, são discutidas as razões que levaram à aplicação da regra *per se* no caso. Ato contínuo, no ponto três, o trabalho coloca luzes sobre as distinções entre a regra *per se* e um dos vetores da regra da razão: a ilicitude pelo objeto.

Para tal tarefa, são esclarecidos os conceitos essenciais das condutas horizontais, notadamente, o cartel. Com isso, são apresentados os elementos doutrinários e jurisprudenciais em que a autoridade antitruste brasileira se valeu dos *standards* estudados. Por fim, no ponto quatro, são apresentadas as considerações finais.

2. Caso dos e-books contra a Apple

Em 2010, a Apple, na sequência do lançamento do Ipad tablet, deu início à venda de e-books eletrônicos. No entanto, à época, a Amazon representava um grande desafio, em termos de rivalidade, já que essa empresa, além de ter introduzido satisfatoriamente em caráter pioneiro o Kindle, que é um leitor de *e-book*, em 2007, fixava livremente os preços de revenda dos livros, os quais eram considerados extremamente baixos, numa considerada *classic loss-leading strategy* (ela precificava em 9,99 dólares).

Neste toada, além de a Amazon representar um desafio à entrante Apple, ela também estava na mira do “Big Six” *publishers*, quais sejam, Hachette, HarperCollins, Macmillan, Penguin, Random House, and Simon & Schuster, que dominavam a indústria editorial

estadunidense, contabilizando mais de 90% do mercado relevante do New York Times bestsellers. Esses viam os preços de e-books da Amazon como uma grave ameaça ao seu modo de fazer negócios. Mais fundamentalmente, eles temiam que os consumidores se acostumassem com o chamado *wretched \$9.99 price point*.

Como se não bastasse, o *Big Six* acredita que seu problema com a Amazon era coletivo, concluindo a editora Penguin que eles deveriam desenvolver uma estratégia comum em face da Amazon, no intuito de forçá-la a aumentar os seus preços.

Foi aí que o lançamento do Ipad veio ao encontro dos interesses do *Big Six*, uma vez que aquele tablet seria acompanhado por modelo de negócios de ebook, nomeadamente o iBook-store. Nesse sentido, a Apple anuiu com o *Big Six* no sentido de vender ebooks por preços mais elevados do que 9,99 dólares, conquanto a Amazon também aumentasse seus preços, em níveis comparáveis. A proposta ficou em 14,99 dólares.

Analisando o poder de barganha do *Big Six*, que depositavam sua esperança na Apple, já que, com a entrada dessa no mercado, esses teriam uma boa alavancagem na negociação com a Amazon, para que essa aumentasse seu preço, a Apple decidiu propor um modelo de agência, como uma alternativa. Nesse modelo, a editora estabelece um preço que o consumidor irá pagar para cada ebook, sujeito a um teto negociado, e paga ao varejista uma comissão fixa por cada venda. Para dar certo, o *Bix Six* deveria passar a operar com todos distribuidores de e-book no modelo de agência, especialmente com a Amazon.

Alguns problemas começaram aparecer, tais como, a impossibilidade jurídica de executar judicialmente esses contratos de agência. Para isso, a Apple apresentou como alternativa a utilização do sistema da Cláusula da Nação Mais Favorecida, em analogia ao Sistema de Comércio Internacional. Por meio dessa, se exigiria de cada editora que fixasse para a iBookstore o preço para qualquer livro no montante igual ou menor que o preço mais baixo oferecido por qualquer outro vendedor, inclusive a Amazon.

Essa alternativa, por um lado, levaria as editoras a perder dinheiro, por outro, era a única forma de assumir o controle sobre os preços.

No entanto, caso a Amazon não aderisse ao modelo de Agência, e continuasse com o preço de 9,99 dólares, as editoras estariam obrigadas a oferecer esse preço à Apple, por causa da incidência da Cláusula da Nação Mais Favorecida.

Algumas editoras estavam um pouco incertas quanto ao teto e quanto à adesão, até que durante a inauguração do Ipad, Steve Jobs manuseou a iBookstore e comprou um ebook pelo preço de 14,99 dólares. Indagado por um jornalista sobre porque alguém compraria um ebook por 14,99 dólares, quando se poderia comprar por 9,99 dólares na Amazon, Steve Jobs respondeu que o preço seria o mesmo.

Ato contínuo, as editoras se anteciparam o máximo possível para negociar com a Amazon o modelo de agência. A Amazon se opôs à proposta num primeiro momento, mas considerando que ela não teria como fazer face à ação conjunta das principais editoras, acabou concordando em negociar os termos da agência. Durante esse processo, as editoras negociaram e escolheram, entre as propostas, aquela que mais lhes beneficiaria.

Como resultado disso tudo, os preços dos e-books aumentaram significativamente no mercado. Em abril de 2012, o governo dos Estados Unidos (EUA) entrou com um processo judicial acusando a Apple e cinco das editoras (pois apenas um dos Big Six ficou de fora do acordo). Ademais, trinta e três Estados federados do EUA ajuizaram ação civil com o mesmo objeto.

2.1. Fundamentos da decisão da Corte Distrital

Após densa instrução probatória, a Corte Distrital condenou os réus por violar o Sherman Act, entendendo existir evidências substanciais da ocorrência da prática ilícita. Tendo em vista que essa configura uma conduta horizontal de fixação de preços, caberia a incidência da regra *per se*.

No entanto, complementou a Corte que a conduta configuraria um ilícito mesmo se analisada à luz da regra da razão. A conduta perpetuada teve o efeito de destruir a competição na venda de e-books,

impactando num aumento de preços *across-the-board*. Ainda, não teria restado comprovado qualquer efeito pró-competitivo da conduta. Os benefícios invocados quanto ao lançamento da iBookstore e às novidades do Ipad, evidentemente não têm o condão de afastar a ilicitude da conduta.

2.2. *O standard analítico antitruste*

Tal decisão foi confirmada pela Corte de Apelação (2nd US Circuit Court of Appeals). Essa Corte também consignou que a questão não deve ser analisada sobre a Regra da Razão, pois não se tratava, como sustentava a Apple, de um acordo vertical entre empresas de diferentes níveis da cadeia de e-book, os quais em regra seriam sujeitos à regra da razão. Pelo contrário, a Corte visualizou que se tratava de um acordo horizontal que a Apple organizou com as editoras para aumentar o preço dos e-books, situação essa que seria um exemplo arquetípico de um ilícito *per se* de restrição ao comércio.

Apple recorreu dessa decisão da Corte de Apelação afirmando que haveria uma divergência jurisprudencial se comparada com as outras decisões do circuito ao tratar o caso de um cartel vertical como uma violação *per se* do Sherman Act. Basicamente, quando se trata de condutas horizontais, a questão é observada com base da regra da ilicitude *per se*. Quando, por outro lado, é uma restrição vertical implementada por meio de acordo, o caso é julgado por meio da regra da razão.

Como bem explicitou a Corte de Apelação, essa divergência não existiu no caso, já que, de forma acertada, reconheceu que a Apple participou ativamente na conduta horizontal, trabalhando de forma conhecida e ativa na conspiração horizontal. Portanto, a única conclusão possível seria que a Apple era mais que um mero inocente *bystander*.

As fundamentações do julgamento lançam reflexões interessantes. A Corte confirma, como bem documentado no precedente *Leegin v.*

PSKS (2007)², que a norma trazida na Seção 1 do Sherman Act não tem o condão de proibir qualquer tipo de contrato ou combinação restritiva ao comércio, mas somente aqueles que restrinjam desarrazoadamente a norma, após um *factfinder* que pondere os efeitos pró e anticompetitivos (regra da razão³).

No entanto, prossegue a Corte alertando que a regra da razão não governa todos os tipos de restrições que afetem o mercado. Alguns tipos de acordos, como se retira do precedente do caso Khan (1997)⁴, são tão anticompetitivos que demandam um tratamento de ilicitude *per se*. O maior exemplo disso são os acordos horizontais para fixação de preços, que ameaçam o sistema nervoso central da econômica, razão pela qual Sherman Act “*places all such schemes beyond the pale*”, conforme consignado no precedente Socony-Vacuum Oil (1979)⁵.

Como Apple não faz parte do mercado relevante de editoras, essa insistia que sua conduta estava atrelada a um acordo vertical e por isso não poderia estar sujeita à regra *per se*. Rebatendo isso, a Corte menciona que a regra da razão e a *per se* são meios de avaliar quando uma restrição é desarrazoada e não a razoabilidade do papel desempenhado no esquema por uma das partes, como seria o caso da Apple. Ademais, para se determinar se a regra *per se* é apropriadamente invocada, a corte deve

² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 885-886 (2007).

³ Como indica Hovenkamp, “*Under the rule of reason, the plaintiff must show that the defendants have market power, which generally refers to the power held by the organization as a collective. For example, if traditional market share measurements are used, the relevant share is usually the sum of the shares of the individual members of a joint venture or other organization whose conduct is in issue*”. (HOVENKAMP, Herbert. *The Rule of Reason. Florida Law Review*, v. 70, 2018, p.154). Tradução livre: “Pela regra da razão, o autor deve demonstrar que os réus têm poder de mercado, o que geralmente se refere ao poder da organização como coletivo. Por exemplo, se forem utilizadas medidas tradicionais de participação de mercado, a participação relevante é geralmente a soma das participações dos membros individuais de uma joint venture ou outra organização cuja conduta está em questão”.

⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 10 (1997).

⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 221, 224 n.59 (1940).

examinar a natureza da restrição e não a identidade de cada parte que integra o cartel para aplicar ou não a regra.

Concluiu, pois, que o fato de a Apple estar em uma relação vertical frente aos demais integrantes do cartel não altera a conclusão. Ainda, a corte rechaça a hipótese de ser o presente caso uma situação excepcional, tais como a de outros precedentes extremos, em que não se aplicou a regra *per se*, já que demonstrado que sem o acordo haveria a impossibilidade absoluta de produção do produto.

Assim, entendeu a Corte que a Apple não mostrou, nem comprovou, que a criação e desenvolvimento de um mercado de revenda de e-book só seria possível se as editoras participassem de um acordo coordenado de preços entre si. Em adição, destaca que apesar do grande esforço da Apple em evidenciar a natureza revolucionária do iPad, que de fato gerou benefícios aos consumidores, esses benefícios de maneira alguma são decorrentes do acordo objeto da ação. A iBookstore foi uma adição de “última hora” no iPad, restando bem claro que o iPad iria ao mercado com ou sem o iBookstore.

Como arremate final, a Corte firma o convencimento de que a Apple e as editoras apenas desejavam reduzir a posição dominante da Amazon no mercado de e-book, não introduzindo novos produtos ou políticas de preços que os consumidores iriam achar mais atrativas que as da Amazon, mas, sim, aumentado o preço. Neste sentido, assim concluiu a Corte: “competition is not served by permitting a market entrant to eliminate price competition as a condition of entry, and it is cold comfort to consumers that they gained a new e-book retailer at the expense of passing control over all e-book prices to a cartel of book publishers”.

Diante dessa decisão, a Apple recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos⁶. No entanto, a Suprema Corte declinou e não conheceu o apelo da Apple.

Analisando o caso, percebe-se que o ponto fulcral reside no enquadramento da conduta da Apple como uma ilicitude *per se*. Assim,

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Apple v. USA*. Petition denied, Mar. 7 2016.

indaga-se: o que seria tal categoria de ilícito? E no que essa se diferencia do ilícito pelo objeto? No Brasil, há aplicação dessa categoria?

3. Distinções entre a regra *per se* e a ilicitude pelo objeto

3.1 Panorama doutrinário

Conforme o paradigmático precedente estadunidense no caso do cartel implementado no mercado de e-books, perpetuado pela Apple e as cinco maiores editoras dos Estados Unidos, a ilicitude *per se*, diferentemente da regra da razão, não permite a análise de possíveis eficiências ou efeitos pró-competitivos provenientes da conduta, a fim de que essas possam romper a ilicitude.

Apesar desse precedente, não é menos verdade afirmar que definir a regra *per se*, até mesmo para aqueles que a criaram, não é um trabalho fácil, e há muito representa um desafio para a doutrina estadunidense. Robert H. Bork⁷, em 1966, assinalou que a falta de definição no âmbito da regra *per se*, em termos de bem-estar do consumidor, pode ser a responsável pela marcante incapacidade da Corte, até o momento, em descrever os contornos da regra *per se* satisfatoriamente.

Comparando o panorama pretérito com o atual, Thomas B. Nachbar⁸ informa que a regra *per se* ocupou um desconfortável lugar no Direito Antitruste nas últimas décadas, a qual sofreu uma dramática redução de seu objeto, isto é, várias práticas deixaram de ser analisadas sob essa ótica. No mesmo sentido, Randal C. Picker⁹: “*We know that the set of activities that are treated as being per se illegal has shrunk over time*”¹⁰.

⁷ BORK, Robert H. The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II. *The Yale Law Journal*. Vol. 75, p. 373-475. 1966, p. 378.

⁸ NACHBAR, Thomas B. The Antitrust Constitution. *Public Law and Legal Theory Research Paper*. 2013, p. 62.

⁹ PICKER, Randal. Take Two: Stare Decisis in Antitrust/The Per Se Rule Against Horizontal Price-Fixing. *ABA Spring Antitrust Meeting*. February 13, 2008. p. 9.

¹⁰ Tradução Livre: “Nós sabemos que o conjunto de atividades que são tratadas como ilicitude *per se* diminuiu ao longo do tempo.”

Dando um cessar-fogo à controvérsia, Thomas B. Nachbar¹¹ resume a regra *per se* como um atalho para decidir a legalidade de uma restrição que iria, de qualquer forma, após receber o tratamento completo da regra da razão, ser julgada ilícita.

Nesse ponto, não se pode deixar de fixar a diferença entre a ilicitude pelo objeto e a regra *per se*, que são e devem ser tratadas como institutos distintos. No ilícito pelo objeto dispensa-se a análise quanto ao poder de mercado e os efeitos concretos ou potenciais no mercado. Por outro lado, não afasta a análise quanto a possíveis eficiências geradas pela prática, que podem vir a excluir a ilicitude da conduta.

Perceba-se que a regra da ilicitude *per se* e a regra da razão dizem respeito à possibilidade das eficiências afastarem a ilicitude da conduta, de maneira que a prática não restrinja de forma não razoável a concorrência. A diferença é que na primeira essa possibilidade não existe, salvo raras exceções; já a segunda, é pautada nessa possibilidade.

Por essa visão, não se dispensa na regra *per se* a análise do mercado, ponto fulcral também de divergência com a ilicitude pelo objeto. Por isso, assim expressou a Corte estadunidense: “Muitas vezes não há uma linha clara separando a análise *per se* da *rule of reason*, já que uma investigação sobre as condições de mercado deve ser feita antes de se aplicar qualquer condenação *per se*”¹².

Em última análise, quando se diz que a conduta está sendo analisada como um ilícito pelo objeto, se entende que não será necessária a investigação quanto à potencialidade ou à efetiva ocorrência de efeitos negativos ao mercado, mas essa não impede que seja feita uma análise quanto às eficiências geradas pela conduta, que poderão vir a romper o

¹¹ NACHBAR, Thomas B. The Antitrust Constitution. *Public Law and Legal Theory Research Paper*. 2013, p. 62.

¹² Tradução livre. No original: “There is often no bright line separating *per se* from *Rule of Reason* analysis, since considerable inquiry into market conditions may be required before the application of any “so-called” *per se* condemnation is justified.” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *California Dental Assn. v. FTC*, (1999), citado por AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert. *Fundamentals of Antitrust Law*. Wolters Kluwer, 2012, p. 20-30.

nexo de causalidade. Trata-se da *redeeming virtue*, conceituada por Phillip Areeda¹³ como:

Quando as partes alegam outros fins que não a supressão da concorrência por si só, nós devemos perguntar se o objetivo é legítimo e se a supressão à concorrência de fato ajuda a atingir esse objetivo, bem como se esse não poderia ser obtido de uma maneira menos restritiva ao livre mercado. Apenas um objetivo legítimo pode justificar uma restrição à concorrência e a legitimidade reside na sua consistência com o direito em geral e com as premissas do direito antitruste em particular (tradução livre).

Assim, a análise da *redeeming virtue* só se opera com a *rule of reason*, que é a regra no processo brasileiro¹⁴. Completa esse entendimento Wish e Baley¹⁵, ao afirmar que, mesmo na infração que seja classificada como ilícito pelo objeto, não haverá a configuração do ilícito caso se possa demonstrar condições satisfatórias decorrentes da conduta.

Na mesma linha, Bruno Maggi¹⁶ arremata a questão: “[a]s hipóteses consideradas ilícitos *per se*, portanto, não são objeto de qualquer cogitação de eventuais efeitos pró-competitivos, como ocorre na aplicação da mencionada regra da razão”. A ICN (International Competition Network)¹⁷ também elucida que na abordagem *per se* não se admite que as partes aleguem justificativas de eficiência.

¹³ AREEDA, Phillip. “*The Rule of Reason*” in *Antitrust Analysis: General Issues*. Washington. D.C.: Federal Judicial Center, 1981, p. 8.

¹⁴ Flávia dos Santos nos informa que a Resolução do CADE, n.º 20/1999, no seu Anexo I, recomenda a aplicação do princípio da razoabilidade na análise das infrações concorrenciais, o que se assemelha à regra da razão no direito estadunidense. Cf. SANTOS, Flávia Chiquito. *Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 15.

¹⁵ WISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.39.

¹⁶ MAGGI, Bruno. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.p. 61.

¹⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK . *Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties*. Germany: 2005, p. 14.

Vejam como essas categorias (ilícitos per se e ilícito pelo objeto) são aplicadas aos cartéis, conduta objeto do caso analisado no presente artigo (Apple e os e-books).

3.2 Cartel: definições e tipologia

Segundo Diogo Thomson de Andrade¹⁸, o combate aos cartéis já era prioridade da antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, restando hoje consolidada como a principal prioridade da política de defesa da concorrência no Brasil, “ou ao menos, aquela em que se investe de maneira mais intensiva”.

Os cartéis, na lição de Connor e Lande¹⁹, possuem a aptidão de produzir ineficiência alocativa, por meio do peso morto no bem-estar, ineficiência produtiva, com o aumento de preço pelos demais concorrentes que sequer integram o cartel, que é o nomeado efeito guarda-chuva, e ineficiência estática, com a redução da inovação e desenvolvimento tecnológico. Sobre o aumento de preço, assim relatam Connor e Lande²⁰, em estudo específico: “cartéis sempre foram a principal preocupação do antitruste. Eles sobretaxam os consumidores vários bilhões de dólares todos os anos e há um forte consenso que eles deveriam ser sancionados

¹⁸ ANDRADE, Diogo Thomson. A Lei 12.529/2011 e o Combate a Cartéis no Brasil: Avanços e Perspectivas. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, p. 272.

¹⁹ CONNOR, John; LANDE, Robert. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1029755> >. Acesso em 1 de setembro de 2016.

²⁰. “Cartels have always been the highest concern of antitrust. They overcharge consumers many billions of dollars every year and there is a strong consensus that they should be sanctioned heavily. Our most recent compilation from scholarly publications found 1,517 useful estimates of cartel overcharges or undercharges in more than 200 publications that analyzed cartels that operated in 381 markets.” (CONNOR, John; LANDE, Robert. *Cartels as Rational Business Strategy*. *Cardozo Law Review*. Vol. 34:427, p. 427 – 489, 2012, p. 428).

pesadamente”. Vinicius Marques de Carvalho, Amanda Athayde Linhares Martins e Bernardo Becker Fontana²¹ complementam:

O cartel prejudica seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Além disso, tal conduta limita artificialmente a concorrência e traz prejuízos à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. O resultado é a perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, a perda da competitividade da economia nacional. Os objetivos primordiais da persecução de cartéis são, assim, a cessação da conduta, a compensação das vítimas e a dissuasão de práticas similares no futuro.

Tendo-se em vista os riscos ao ambiente competitivo, como se pode definir os cartéis? Para Juliana Domingues e Eduardo Gaban²², o cartel é “um conluio ou atuação comercial uniforme é um acordo empresarial cujo objetivo é elevar os preços ao comprador [...] ou reduzir ao máximo os preços dos vendedores de insumos”. Nas palavras de Flávia Chiquito dos Santos²³, cartéis são:

acordos, ajustes, combinações ou manipulações entre concorrentes, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção, distribuição e divisão territorial, com o objetivo de alterar artificialmente as condições de mercado em relação a bens e serviços, restringindo ou eliminando a concorrência. Em outras palavras, cartel é, essencialmente, um grupo de vendedores ou compradores de bens ou serviços que, em vez de competirem

²¹ CARVALHO, Vinicius Marques; MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FONTANA, Bernardo Becker. Cartéis Internacionais e Defesa da Concorrência no Brasil. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência: Estudos e Votos*. p.69-92. São Paulo: Editora Singular, p.70.

²² DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.207.

²³ SANTOS, Flávia Chiquito. *Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 15.

livremente, unem-se para tentar eliminar a concorrência, visando maximizar seus lucros.

Vinicius Marques de Carvalho, Amanda Athayde Linhares Martins e Bernardo Becker Fontana²⁴ apresentam a seguinte definição:

Cartel é um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar preços e/ou quotas de produção e dividir clientes ou mercados de atuação. Trata-se, portanto, de qualquer ato que tenha por objeto ou efeito limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a concorrência ou a livre-iniciativa.

Uma definição jurisprudencial de cartel foi dada pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Jr. no Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18, conhecido como o caso das mangueiras marítimas:

Um cartel é um acordo entre empresas pretensamente concorrentes para estabelecer níveis de produção ou fixar preços, quantidades, clientes, fornecedores, regiões, entre outras características enumeradas pelo art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11. O acordo possibilita às empresas terem lucros de monopólio, ou seja, comportarem-se como se houvesse um só vendedor no mercado. [...] O cartel tem como objetivo precípua eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica, isto é, a vontade de todos os participantes é tão unificada que eles se comportam como se fossem um só agente; perdem sua individualidade e se comportam como um conglomerado sob o ponto de vista comercial. Por isso, a atividade de cartel é a antítese da “livre interação das forças competitivas”, de modo que o combate a cartéis é a pedra angular da política de defesa da concorrência. Caso seja provada a existência da

²⁴ CARVALHO, Vinicius Marques; MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FONTANA, Bernardo Becker. Cartéis Internacionais e Defesa da Concorrência no Brasil. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência: Estudos e Votos*. São Paulo: Editora Singular, p.69.

formação de cartel – com a consequente fixação de preços ou divisão do mercado, a prática deve ser condenada.

Apesar de a legislação Brasileira não fazer expressa menção aos cartéis e sua classificação, há consenso, como bem pontuou o Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no Processo Administrativo n.º 08700.005326/2013-70, que cartel seria composto por três componentes básicos: (i) acordo, (ii) entre concorrentes, e (iii) para restringir a concorrência. Em geral, divide-se, segundo a ICN25, os cartéis em quatro categorias, quais sejam, “fixação de preços, restrições de oferta, divisão de mercados e cartel em licitações”.²⁶ E a par dessas quatro categorias, a doutrina estadunidense classifica os cartéis como de tipo I ou de tipo II. Vejamos:

a primeira categoria de acordos de conluio envolve mecanismos para controlar o comportamento dos membros do cartel a si mesmos - o acordo olha para dentro. Uma segunda categoria geral de conluio consiste em acordos para agir em conjunto para prejudicar rivais que não são parte da colusão. O cartel pode direcionar os concorrentes ou potenciais concorrentes de uma forma que, posteriormente, os infratores podem aumentar seus preços ou lucros.

²⁵ ICN. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, vol. 1. Bonn, 2005.

²⁶ Além disso, o ex-conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no processo 08700.005326/2013-70 enfatizou que configura cartel tanto a conduta de fixar preço, quanto a conduta de criar barreira à entrada dos concorrentes: “Faço a ressalva de que o art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11 (correspondente ao revogado art. 21, inciso I, da Lei 8.884/94) não menciona explicitamente a conduta de “cartel” como ilícito antitruste, mas sim se refere a diversos tipos de acordos anticompetitivos. No entanto, sob o meu ponto de vista, qualquer combinação entre concorrentes que tenham por objeto ou por efeitos quaisquer dos itens previstos no art. 36, caput, da Lei 12.529/11 (correspondente ao revogado art. 20, caput, da Lei 8.884/94) é sim um cartel, o qual deve ser punível com maior rigor pela autoridade antitruste. Nesse sentido, não importa se o instrumento do cartel foi a fixação de preços, divisão de mercado, criação de barreiras à entrada e/ou qualquer outra prática comercial que possa ser implementada – de modo lícito ou ilícito. O que me faz concluir pela existência de um cartel é o comportamento de concorrentes como se fossem uma vontade só e que atuam de forma coordenada para impedir que outros ameacem essa posição dominante unificada.”

As empresas podem, em primeiro lugar, reduzir as receitas dos seus rivais através de táticas tais como boicotes ou preços predatórios. Quando eficazes, estas práticas causam a saída dos rivais do mercado ou diminuem a sua competitividade. Após as vítimas terem sido eliminadas ou intimidadas, os predadores são capazes de aumentar os seus preços, presumivelmente através de um acordo entre si mesmos²⁷.

De maior facilidade são os acordos *lato senso* que se realizam de forma explícita. Nesses casos, há a materialidade da conduta devidamente comprovada, atendendo aos princípios e garantias que regem o processo administrativo sancionador, os quais são os mesmos do direito penal, guardadas, evidentemente, certas peculiaridades. A esse respeito, disserta Fábio Medina Osório²⁸ que o *ius puniendi* do Estado é uno, desdobrando-se em diferentes ramos de normas de direito público, mas conjugando uma série de princípios e garantias comuns. É o que ocorre com o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, que compartilham princípios e postulados comuns.

Maior dificuldade, no intuito de se respeitar o devido processo legal, diz respeito aos cartéis tácitos, ou de paralelismo consciente. Isso porque as vezes a própria estrutura do mercado contribui para a obtenção de efeitos coordenados, muito embora não haja conduta direcionada a esse fim, no sentido de prática concertada, isto é, há uma justificativa econômica racional para que os agentes tenham tomado unilateralmente a decisão. Sobre o paralelismo consciente, ressalta Dandara Perassa Coelho²⁹:

Essa conduta paralela por si só não tem relevância no âmbito concorrencial, muito menos indica a existência de acordo, pois é fruto da racionalidade econômica individual de cada um dos agentes naquele

²⁷ LANDE, Robert; MARVEL, Howard. The Three Types of Colussion. *Wisconsin Law Review*, vol. 2000, 941, p. 2.

²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria do Poder Administrativo Sancionador do Estado*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 121.

²⁹ COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em torno das Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. *RDC*, Vol. 4, n. 1, maio 2016, p. 173.

mercado (como o *price leadership*). Seriam, assim, reações idênticas de agentes econômicos concorrentes quando deparados com um mesmo conjunto de fatos econômicos. Esse fenômeno recebe o nome de paralelismo consciente, e ocorre com maior frequência em um mercado com menor número de agentes.

Assim, para haver condenação, conforme leciona Ivo Gico Junior³⁰, não basta a existência de comportamentos paralelos, pois esses por si só não constituem qualquer evidência de acordo, “a não ser que fatos adicionais demonstrassem que a racionalidade da conduta está intrinsecamente vinculada à adoção da mesma conduta pelos demais”. Assim, eis que surge a doutrina do paralelismo *plus*, a qual exige a comprovação do fator adicional para a condenação por cartel³¹, cujo aprofundamento iria além do escopo deste estudo³².

3.3 O caso brasileiro

Conceitualmente falando, a prática de cartel pode receber o tratamento como ilícito pelo objeto. Porém, com base na experiência estadunidense, a conduta também pode ser concebida como um ilícito *per se*. Assim, imperioso se torna diferenciar a ilicitude *per se* do ilícito pelo objeto, especialmente no tocante à experiência brasileira.

Um bom ponto inicial de referência sobre a discussão no âmbito do CADE acerca do ilícito pelo objeto pode ser retirado do Voto-Vista do Conselheiro Luis Fernando Schuartz no Processo Administrativo nº08012.00459911999-18, conhecido como Cartel das Vitaminas. Na oportunidade, assim explanou o Conselheiro:

³⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel* – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 310.

³¹ Como precedentes emblemáticos no contexto do CADE, conferir: Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48; Voto do Conselheiro Thompson Andrade; Processo Administrativo n.º 08012.000677/1999-70; Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. 25.

³² Para maiores informações sobre o tema, cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.227 ss.

Como já tive a oportunidade de afirmar em outros julgados, o *caput* do art. 20 da Lei 8.884/94, que expressa juridicamente o conceito de infração à ordem econômica, articula esse conceito *de modo dual*: a infração se caracteriza pela presença *seja* (i) do *propósito "objetivamente visado"* de que se produza algum dos efeitos listados nos seus incisos 1 a IV; *seja, ainda*, (ii) da *elevada probabilidade* de que se produza algum desses efeitos. No primeiro caso, predomina *o caráter intencional* da realização de uma finalidade por meio da conduta; no outro, *o risco objetivo*, a ela associado, de causação de um efeito.

Nesse sentido, sustenta-se que a norma concorrencial capitulou dois tipos de infrações à ordem econômica, quais sejam, aquelas que possuem objeto lícito, mas potencialidade lesiva, e as que possuem objeto ilícito. Quando o órgão antitruste, pois, estiver diante de uma conduta de objeto ilícito, não será necessária para a condenação a análise dos efeitos da prática e do mercado relevante.

Na sequência do que foi estabelecido pelo Conselheiro Luis Fernando Schuartz, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo n.º 08012.006923/2002-18, em Voto-Vista, abordou e desdobrou ainda mais a temática da estrutura normativa da norma concorrencial, complementando com o seguinte: “[a] caracterização da ilicitude pelo objeto, que consiste simplesmente em acatamento de uma categoria criada expressamente pela lei brasileira com inspiração no regime europeu, independe, pois, de qualquer elemento subjetivo, e é aferida, como a própria lei indica, objetivamente.”

Consoante apontam a doutrina e a jurisprudência administrativa, uma dessas condutas que são abordadas como ilícito pelo objeto é o cartel, discutida no ponto anterior e que é considerada como a conduta mais

perniciosa à economia e à sociedade³³. Na experiência estrangeira, Guillermo Cabanellas de las Cuevas³⁴ aponta:

La figura de acciones concertadas reviste gran importância em el Derecho de defensa de la competencia. Las acciones concertadas configuran los casos más evidentes e indefendibles de violación del Derecho de defensa a la competencia. Restringen antieconómicamente la oferta y aumentan los precios, sin ventaja contrapuesta alguna em términos de mayores eficiencias o de integración económica entre las empresas ompetidoras.

Em sequência aos desdobramentos apresentados pelos Conselheiros Luis Fernando Schuartz e Marcos Paulo Veríssimo, tanto a Superintendência do Cade quanto o Tribunal vêm aplicando a interpretação da norma concorrencial no sentido de ela prever dois tipos de infrações à ordem econômica, quais sejam, aquelas que possuem objeto lícito, mas potencialidade lesiva, e as que possuem objeto ilícito³⁵.

³³ CARVALHO, Vinicius Marques; MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FONTANA, Bernardo Becker. Cartéis Internacionais e Defesa da Concorrência no Brasil. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência: Estudos e Votos*. São Paulo: Editora Singular, p.70.

³⁴ CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta, 2005, p. 359.

³⁵ A esse respeito, merece destaque o Voto do ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, no Processo Administrativo n.º 08012.000030/2011-50: “As dimensões do prejuízo e o nível de probabilidade de sua ocorrência justificam forma especial de julgamento da conduta de cartel, quando comparada à metodologia aplicada a outros tipos de infração à ordem econômica. Isto acontece no Brasil e também em jurisdições antitruste com maior experiência acumulada. (...) O regime europeu fez de modo diferente, classificando as infrações em dois grandes grupos, aqueles de infrações pelo objeto – não apenas cartéis - e o de infrações pelos efeitos. A infração pelo objeto é aquela cuja finalidade visada é limitar ou eliminar concorrência no mercado; a pelos efeitos é aquela que, independente da finalidade, tenha efeitos líquidos anticompetitivos e por isso também devem ser evitadas. A Orientação Europeia para a aplicação do item 3 do art. 101 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia esclarece que, no caso de acordos horizontais “as restrições da concorrência por objectivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes”. O regime é aplicado, ainda, a acordos de restrição vertical como “imposição de preços fixos e mínimos de revenda e as restrições que conferem

Portanto, reconhece-se que o *standard* da ilicitude pelo objeto dispensa o Cade de desdobrar as circunstâncias econômicas do mercado e a potencialidade de ocorrência de efeitos nesse. Isso não afasta, por outro lado, o eventual levantamento e ponderação da possível ocorrência de eficiências compensatórias à concorrência, que tenham condão de apresentar um resultado líquido positivo à sociedade, já que ilicitude pelo objeto não é sinônimo de regra *per se*.³⁶

E é essa é, portanto, a maior diferença entre ilicitude pelo objeto e ilicitude *per se*. Na primeira dispensa-se o levantamento da potencialidade dos efeitos e o poder de mercado detido, mas se analisam as

proteção territorial absoluta, incluindo restrições em matéria de vendas passivas”. Igualmente, também ponderou o ex-Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71: “A lei de defesa da concorrência fixou duas modalidades de condutas anticompetitivas (art. 20 da Lei nº 8.884/1994, cujo conteúdo foi replicado no art. 36 da Lei nº 12.529/2011) a serem punidas por esse Conselho [...]. Conforme ressaltado pelo então Conselheiro Alessandro Octaviani em voto vogal no Caso do Cartel de Cargas Aéreas, a “utilização do disjuntivo ‘ou’ no texto legal torna clara a previsão de dois tipos diferentes de infração: (i) atos que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, bem como dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou, ainda, exercer de forma abusiva posição dominante; e (ii) os atos que podem alcançá-lo de forma direta ou indireta em seus efeitos, ainda que tal não ocorra [...] Importante fixar que, em se tratando de ilícitos por objeto, a análise antitruste acerca da referida conduta dispensa a consideração de elementos adicionais, tais como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado, dado que a potencialidade lesiva é presumida do próprio objeto anticompetitivo, decorrendo da comprovação de materialidade da conduta. Assim sendo, a própria racionalidade da conduta colusiva conduz à conclusão pela existência de posição dominante.”

³⁶ Neste sentido, “[a] teoria da ilicitude pelo objeto, entendida como um *standard* interpretativo capaz de inverter o ônus probatório ao Administrado, não se confunde com a regra *per se* – que pode ser entendida como a ilicitude por sua própria essência. Assim, afasta-se a alegação de ‘condenação sem efeitos’ no caso de condutas ilícitas pelo objeto, já que teria sido a própria empresa condenada que não foi capaz de demonstrar que o objeto da prática era dotado de uma racionalidade econômica lícita. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero “regra da razão”, com legitimidade oriunda nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011” (AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência* (RDC), vol. 5, n. 2, p. 75-102, 2017, p.97).

eficiências geradas. Já na ilicitude *per se*, as eficiências não são consideradas e, portanto, não rompem onexo de causalidade.

4. Conclusões

O artigo trouxe um panorama sobre o caso contra a Apple envolvendo e-books, focando no *standard* analítico aplicado pelas cortes estadunidense, qual seja, o ilícito *per se*. Em seguida, foram apresentados os principais pontos teóricos e dogmáticos sobre a regra *per se*, ressaltando-se a distinção desse parâmetro em relação à ilicitude pelo objeto.

A análise do caso trouxe apontamentos interessantes sobre os limites da aplicação dos *standards* antitruste. Historicamente, as condutas horizontais, especialmente os carteis *hardcore*, têm sido analisadas, pelas cortes e autoridades antitruste estadunidenses, pelo prisma da regra *per se*. O caso Apple trouxe uma condenação de uma empresa que, embora não estivesse atuando no mercado relevante como *player* direto (isto é, não era um concorrente), sofreu o mesmo critério rigoroso das práticas colusivas.

Como visto, a regra *per se* parte da existência de presunções absolutas, ausentes no ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, a solução para analisar as condutas anticompetitivas de maior gravidade, como é o caso do cartel, é a ilicitude pelo objeto. Esse regime de inversão do ônus tem sido aplicado pelo CADE sem maiores objeções. No entanto, condutas complexas que atravessam as regras sobre as condutas horizontais e verticais, como o caso dos e-books discutido no artigo, ainda são um desafio tanto para autoridade antitruste brasileira quanto para os demais estudiosos na área.

Referências Bibliográficas

AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, p. 75-102, 2017.

ANDRADE, Diogo Thomson. A Lei 12.529/2011 e o Combate a Cartéis no Brasil: Avanços e Perspectivas. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. p. 271-286. São Paulo: Editora Singular, 2015.

AREEDA, Phillip. *“The Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues*. Washington. D.C.: Federal Judicial Center, 1981.

AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert. *Fundamentals of Antitrust Law*. Wolters Kluwer, 2012.

BORK, Robert H. The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II. *The Yale Law Journal*, vol. 75, p. 373-475, 1966.

CARVALHO, Vinicius Marques; MARTINS, Amanda Athayde Linhares; FONTANA, Bernardo Becker. Cartéis Internacionais e Defesa da Concorrência no Brasil. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência: Estudos e Votos*. São Paulo: Editora Singular, 2015.

COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em torno das Evidências: O Valor Probatório dos Índícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Cartéis. *RDC*, vol. 4, n. 1, maio 2016.

CONNOR, John; LANDE, Robert. Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1029755>. Acesso: 19.09.2020.

CONNOR, John; LANDE, Robert. Cartels as Rational Business Strategy. *Cardozo Law Review*, vol. 34:427, p. 427-489, 2012.

CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competência*. Buenos Aires: Heliasta, 2005

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2nd US Circuit Court of Appeals. *Apple v. USA*. June 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 885-886 (2007).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 10 (1997).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Apple v. USA*. Petition denied, Mar. 7 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 221, 224 n.59 (1940).

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel – Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. The Rule of Reason. *Florida Law Review*, v. 70, 2018.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN. Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, vol. 1. Bonn, 2005.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN. *Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties*. Germany: 2005.

LANDE, Robert; MARVEL, Howard. The Three Types of Colussion. *Wisconsin Law Review*, vol. 2000, n. 941, 2000.

MAGGI, Bruno. *O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NACHBAR, Thomas B. The Antitrust Constitution. *Public Law and Legal Theory Research Paper*. 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria do Poder Administrativo Sancionador do Estado*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

PICKER, Randal. Take Two: Stare Decisis in Antitrust/The Per Se Rule Against Horizontal Price-Fixing. *ABA Spring Antitrust Meeting*. 13 fev. 2008.

SANTOS, Flávia Chiquito. *Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.