

Economic Analysis of Law Review

Os Efeitos Coordenados nas Análises de Atos de Concentração Pelo Cade

Coordinated Effects in Cade's Analysis of Acts of Concentration

Luis Guilherme Alho Batista ¹
Universidade de Brasília (UnB)

Márcio de Oliveira Júnior ²
Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

RESUMO

Os eventuais efeitos anticompetitivos de atos de concentração podem se manifestar por meio de abuso de poder de mercado unilateral ou coordenado. Este trabalho tem o objetivo de verificar se decisões recentes do Cade sobre efeitos coordenados têm se baseado em uma metodologia de análise que considera uma lista de características dos mercados afetados (“check list”) por um ato de concentração que podem favorecer a coordenação. Assim sendo, estuda-se, via uso de uma “check list”, os casos analisados pela autarquia sob a vigência da Lei 12.529/2011 em que foi constatada a presença de efeitos coordenados. Essa “check list” foi construída a partir de critérios dispostos nos guias de autoridades antitruste e da literatura sobre efeitos coordenados em atos de concentração. Após a análise jurisprudencial, verificou-se que o Cade vem usando a “check list” para investigar a probabilidade de efeitos coordenados em atos de concentração, o que tem levado a análises elaboradas sobre o tema, que não se baseiam somente no grau de concentração dos mercados envolvidos.

Palavras-chave: Efeitos Coordenados. Atos de Concentração. Antitruste. Metodologia de “check list”.

JEL: A1; G18; G28.

ABSTRACT

Anti-competitive effects of mergers manifest themselves through unilateral or coordinated effects. This paper aims at verifying whether CADE's recent decisions regarding coordinated effects in merger and acquisition (M&A) cases have been based on a methodology that considers a list of market features (checklist methodology) that may be conducive to coordination. Therefore, this paper investigates whether CADE has been relying on the checklist methodology when assessing coordinated effects in M&A cases since the Law 12.529/2011 came into force. The elements included in the checklist are based on criteria set out in the main antitrust authorities' merger guidelines and on the academic literature about coordinated effects. After examining CADE's decisions on merger and acquisition cases from 2014 on, the paper concludes that CADE has been using the checklist methodology to investigate coordinated effects in merger cases. Such a choice has led to more sophisticated analyses, which are not based solely on market concentration indexes.

Keywords: Coordinated Effects. Mergers. Antitrust. Checklist Methodology.

R: 05/06/21 **A:** 15/12/21 **P:** 30/04/22

¹ E-mail: lgabatista@gmail.com

² E-mail: marciodeoliveirajr@gmail.com

1. Introdução

Os eventuais efeitos anticompetitivos de um ato de concentração (AC) consistem no possível abuso de poder de mercado da empresa resultante da operação. Esse abuso pode ocorrer pela ação unilateral da empresa resultante ou pela ação coordenada, tácita ou explícita, das empresas atuantes no mercado (Hovenkamp, 2005).

Nesse último caso, tem-se os chamados efeitos coordenados de um ato de concentração (AC), caracterizados pela formação/reforço de estruturas de mercado que favorecem a colusão, que pode ser explícita ou tácita (Tirole, 1990; Motta, 2009; Conselho Administrativo de Defesa Econômica [Cade], 2016).

A análise *ex ante* de fusões e aquisições pode prevenir os efeitos coordenados (Motta, 2009), por exemplo, pela adoção de remédios que reduzam a probabilidade de sua ocorrência. Por isso, os efeitos coordenados têm sido objeto de atenção das principais autoridades de concorrência do mundo e constam em seus *Guidelines* para análise de atos de concentração (Hovenkamp, 2005).

Nesse contexto, é importante analisar como o Cade vem enfrentando a questão de efeitos coordenados em atos de concentração. Investigar-se-á se o Cade vem lidando com essa questão em conformidade com o proposto na literatura e nos guias da área ou se há necessidade de a autoridade antitruste brasileira aprofundar a sua análise sobre efeitos coordenados no âmbito dos atos de concentração notificados à autarquia.

Para atingir esse objetivo, o leitor é introduzido a conceitos-base da literatura de defesa da concorrência no tocante à possibilidade/probabilidade de efeitos coordenados de atos de concentração (seção 2). Em seguida, na seção 3, são apresentados os precedentes do Cade em que efeitos coordenados foram identificados como problema concorrencial em ACs. Na seção 4, os precedentes são contextualizados à luz da literatura sobre o tema, identificando o entendimento geral em relação à análise de possibilidade/probabilidade de efeitos coordenados em atos de concentração pela autoridade antitruste brasileira. Por fim, na seção 5, são apresentadas as conclusões.

2. Os Efeitos Coordenados da Concentração de Mercado

Um ato de concentração pode alterar os incentivos que as empresas que operam no mercado têm para abusar da posição dominante alcançada justamente em função do AC; esse eventual abuso pode ser unilateral ou coordenado. Nesse sentido, as autoridades de defesa da concorrência avaliam se um AC gera incentivos para o abuso de posição dominante e se é necessária a intervenção no mercado afetado visando desencorajar a eventual prática abusiva (Hovenkamp, 2005).

No caso de efeitos unilaterais, avalia-se se a empresa resultante da operação é capaz de restringir a concorrência de forma unilateral, como aumentar preços sem ser pressionada a reduzi-los na sequência devido à reação de concorrente(s). Porém, ao contrário dos efeitos unilaterais, uma empresa pode ser capaz de aumentar preços apenas se suas rivais a acompanharem, o que ocorreria por meio de uma coordenação entre elas (Coleman, Meyer, & Scheffman, 2003; Comissão Europeia [CE], 2004; Federal Trade Commission [FTC], 2010; Cade, 2016a).

Por isso, apesar de haver menor rigor analítico e maior uso de indicadores qualitativos e quantitativos nas análises de efeitos coordenados relativamente às de efeitos unilaterais, as

autoridades de concorrência também se preocupam com os efeitos coordenados (Ordoover & Jayaratne, 2014).

A coordenação pode ser caracterizada de duas formas: explícita ou tácita. A explícita se dá quando empresas acordam em restringir a concorrência em pelo menos uma variável (preço ou quantidade, por exemplo), geralmente visando aumentar suas margens de lucro (Tirole, 1990). Entretanto, esses acordos para limitar a competição geralmente são ilegais.

Por isso, caso as empresas não estejam dispostas a fazer um acordo explícito, pois ele é passível de punição, mas não tenham interesse em competir, elas podem evitar a concorrência e a consequente retaliação por parte de seus competidores (como, por exemplo, uma competição por preços) (Tirole, 1990).

Desse modo, sob algumas condições de mercado, essas empresas podem optar por uma coordenação tácita, em que, apesar de manterem suas práticas de negócios independentes, não concorrem.

Independentemente do tipo de coordenação – explícita ou tácita –, a prática de abuso de posição dominante, prevista como infração econômica na Lei 12.529/2011 –, pressupõe que os agentes envolvidos tenham poder de mercado que os possibilite praticar o ilícito (Salomão, 2007). Portanto, a aferição de participações de mercado – uma *proxy* do poder de mercado de acordo com o art. 36, § 1º, da Lei 12.529/2011 – é necessária para identificar se há incentivos à coordenação; considera-se que as empresas com elevados percentuais de participação têm a possibilidade de exercício de poder de mercado.

Apesar da necessidade de identificar, por meio de índices de concentração, a possibilidade de exercer posição dominante, esse critério não é suficiente para avaliar a possibilidade de coordenação. A análise de atos de concentração deve ser voltada às condições estruturais do mercado que tornem provável a ocorrência do ilícito concorrencial (Salomão, 2007). Aplicando-se essa ideia à probabilidade de ocorrência de efeitos coordenados, outras características do mercado, além da concentração, deveriam ser analisadas para detectá-los.

Em geral, o tamanho, a distribuição geográfica e o número de empresas em um mercado estão relacionados à probabilidade de exercício de poder coordenado (Hovenkamp, 2005). Porém, não é possível obter parâmetros fixos e pré-estabelecidos do grau de concentração que gerem probabilidade de ocorrência de efeitos coordenados.

Nesse sentido, é necessário recorrer a outros parâmetros que possam ser usados para fazer a análise de efeitos coordenados em atos de concentração. Nesse sentido, os guias das autoridades antitruste buscam fornecer diretrizes que ultrapassem a análise do grau de concentração para que seja identificada a probabilidade de efeitos coordenados.

Nesse sentido, o Guia para análises de atos de concentração da Comissão Europeia aponta preocupação explícita com o reforço de uma posição dominante coletiva que pode decorrer de uma concentração de mercado (CE, 2004).

Para avaliar a probabilidade da presença de efeitos coordenados, a Comissão, segundo seu Guia, leva em consideração todas as informações relevantes disponíveis sobre as características dos mercados em que ocorre o ato de concentração, incluindo as características estruturais do mercado e o comportamento anterior das empresas. No tocante à avaliação do comportamento anterior, elementos de prova relativos à coordenação prévia são considerados importantes para avaliar a probabilidade de efeitos coordenados.

Um ponto que se destaca no Guia da Comissão Europeia é que a concentração pode tornar a coordenação mais estável ou mais efetiva. Trata-se da hipótese em que já havia a coordenação e a concentração a torna mais estável. Esse ponto é importante porque coordenações entre empresas são intrinsecamente instáveis, sendo que as empresas que fazem parte desses acordos buscam incessantemente formas de torná-los mais estáveis, como, por exemplo, por meio de atos de concentração.

O Guia do Federal Trade Commission (FTC) também trata a probabilidade de efeitos coordenados (FTC, 2010). O Guia reconhece que há várias formas de coordenação, sendo que o risco de que um ato de concentração leve a efeitos coordenados, com efeitos negativos sobre preços e quantidades, pode não ser suscetível de quantificação ou prova detalhada.

Assim, a autoridade de concorrência deveria avaliar o risco de efeitos coordenados usando medidas de concentração de mercado conjugadas com a análise da vulnerabilidade do mercado em análise a condutas coordenadas (FTC, 2010). Além da concentração e de características do mercado, se a autoridade de concorrência tiver uma base crível para concluir que o ato de concentração pode aumentar a probabilidade de coordenação, ela deveria investigar essa probabilidade em maior profundidade (FTC, 2010).

Ainda de acordo com o Guia do FTC, a autoridade também deveria se preocupar com a probabilidade de efeitos coordenados em função de um ato de concentração se as empresas daquele mercado tiverem participado de acordos explícitos, a não ser que as características do mercado tenham mudado tanto que o acordo não seja mais exequível.

O Guia H do Cade também dispõe sobre os efeitos coordenados advindos de um ato de concentração, reconhecendo que uma operação pode aumentar a probabilidade de coordenação entre empresas até então rivais ou aumentar a amplitude de acordos já existentes (Cade, 2016a).

Como exemplo da relação de causalidade entre concentração e aumento da probabilidade de coordenação, o Cade aponta o reforço aos incentivos à coordenação devido à “criação de uma estrutura de mercado mais simétrica” (Cade, 2016a).

Esse pode ser o caso de empresas que operam em vários mercados e que têm na quase totalidade deles estruturas simétricas. Pode ser também o caso de empresas cujas participações de mercado não são simétricas e que adquirem outras empresas para tornar suas participações de mercado semelhantes.

Suponha que em um desses mercados a estrutura não seja simétrica, dificultando a coordenação. As empresas do acordo têm incentivos para alterar a estrutura do mercado, tornando-a mais simétrica para dar estabilidade ao acordo. O meio para fazer isso pode ser comprar empresas e notificar atos de concentração que, se aprovados, podem fazer com que as participações de mercado se tornem mais similares, dando, assim, mais estabilidade à coordenação.

Para avaliar essa probabilidade de coordenação, segundo o Guia do Cade, deve-se verificar a presença de algumas condições que a favoreçam, como a facilidade e a rapidez na detecção dos desvios dos acordos e os mecanismos para a punição dos que se desviam; são esses mecanismos que conferem estabilidade aos acordos.

Apesar da preocupação com essas questões, o Guia do Cade não despreza o grau de concentração e adota como ponto de partida um indicador objetivo para avaliar a probabilidade de coordenação: caso o índice CR₄ supere 75% com o AC, “deve-se aprofundar a análise sobre a

possibilidade de a operação permitir ou não o exercício abusivo de poder coordenado” (Cade, 2016a).

A seguir, o Guia H apresenta quinze fatores que podem levar a uma maior probabilidade de exercício coordenado do poder de mercado: (i) reduzido número de empresas e/ou concentração de grande parcela da oferta em poucas empresas; (ii) interação em vários mercados (por exemplo, contatos recorrentes em vários mercados por meio de vários produtos e unidades produtivas e distribuição); (iii) reduzida capacidade de rivais em expandir a oferta no curto prazo; (iv) simetria produtiva entre firmas ou homogeneidade tecnológica; (v) homogeneidade de produto e sem necessidade de customização; (vi) reduzido poder de compra de clientes; (vii) ordens frequentes e pequenas; (viii) baixa elasticidade da demanda do mercado; (ix) transparência nos preços, operação de capacidade, base de clientes, e de outras informações relevantes sobre os competidores e seus comportamentos; (x) estabilidade tecnológica de produtos e processos; (xi) maturidade do mercado e previsibilidade da demanda; (xii) ausência de formas de conduta de precificação mais agressiva e não comprometidas com a cooperação (“mavericks”); (xiii) histórico de coordenação no mercado relevante em questão ou em mercados de produtos ou de dimensões geográficas comparáveis; (xiv) relações societárias, empresariais ou comerciais que possam restringir a rivalidade ou aumentar a transparência de informações das empresas no mercado; (xv) baixo custo de capital (Cade, 2016a). Se esses fatores estiverem presentes, pode-se explicar por que, após o ato de concentração, as empresas estarão mais propensas a atuar de forma coordenada.

Destaque-se que essa lista não é exaustiva e deve ser avaliada em conjunto com outras evidências para cada ato de concentração, como o histórico de coordenação no mercado. Por exemplo, para Alves (2006), o método mais utilizado por várias jurisdições para detectar a probabilidade de efeitos coordenados e para decidir sobre o aprofundamento da análise é combinar a “check list” com elementos de análise derivados do paradigma consenso/detecção/punição (CPD), ou seja, com a capacidade dos membros de um acordo de: (i) obtenção de consenso e coordenação em torno de alguma(s) variável(is) chave; (ii) monitorar o comportamento dos membros do acordo e detectar os desvios; e (iii) fazer cumprir o acordo por meio de mecanismos de punição àqueles que se desviam do que foi combinado. Se esses elementos estiverem presentes, pode-se explicar por que, após o ato de concentração, as empresas estarão mais propensas a atuar de forma coordenada.

Ainda, Alves (2006) aponta que fatores estruturais que dificultam a coordenação podem ser contornados pelas empresas por meio de atos de concentração. Assim sendo, segundo a autora, a autoridade de concorrência deveria não só verificar as características do mercado que tornam a coordenação desejável, estável e possível, mas também se um ato de concentração cria ou reforça as condições de mercado que facilitarão a coordenação.

No mesmo sentido, Orodover e Jayaratne (2014) afirmam que é importante avaliar como um AC afeta os elementos da “check list”, as estratégias das empresas, incluindo suas políticas de preços, e os detalhes dos setores de atividade afetados por um AC. Isso vai ao encontro da proposição desses autores de que a análise de efeitos coordenados deve se basear em vários fatores, sendo o grau de concentração e os elementos da “check list” parte deles.

O uso da “check list”, de acordo com Alves (2006), consiste em observar se há ou não a presença das seguintes características no mercado: concentração/número pequeno de empresas, barreiras à entrada, interação repetida, ordens frequentes e pequenas, contatos em vários mercados, empresas simétricas, homogeneidade dos produtos, excesso de capacidade, condições estáveis de demanda, elasticidade da demanda e poder de mercado do comprador.

Nota-se que vários dos fatores da “check list” proposta por Alves (2006) já estão presentes nos Guias analisados anteriormente. Se esses fatores estiverem presentes, pode-se explicar por que, após o ato de concentração, as empresas estarão mais propensas a atuar de forma coordenada.

Além dos onze fatores que compõem a “check list” proposta por Alves (2006), há outros que deveriam ser alvo de atenção da autoridade de concorrência quando analisada a probabilidade de efeitos coordenados, como, por exemplo, a transparência e o grau de maturidade do mercado.

Portanto, para a análise a ser feita neste trabalho, à lista proposta por Alves (2006) serão adicionados três fatores adicionais: (i) inclusão de histórico de colusão (coordenação); (ii) redução do número de empresas; e (iii) existência de requerentes classificadas como *mavericks*. Assim, a partir dessa “check list estendida”, identificamos padrões nas análises do Cade no que tange à probabilidade de exercício de poder coordenado (tácito ou explícito).

Na seção 4 deste artigo será analisado se o Cade utiliza os itens da “check list” proposta por Alves (2006) para avaliar a probabilidade de efeitos coordenados nos atos de concentração que avalia. Porém, antes, é necessário apresentar os precedentes considerados na análise, o que será feito na seção seguinte.

3. Os Precedentes do Cade

A partir dos documentos disponíveis para acesso público, foram coletadas informações sobre os atos de concentração levados ao Tribunal do Cade em que houve análise de efeitos coordenados durante a vigência da Lei 12.529/2011. Assim sendo, os pareceres da Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) e os votos levados ao Tribunal do órgão serão considerados na análise feita neste artigo com o objetivo de verificar como o Cade constatou e avaliou a presença de efeitos coordenados em atos de concentração que lhe foram notificados.

Ressalta-se que, por não necessariamente caracterizarem instrumentos de análise estrutural da possibilidade e probabilidade de exercício de poder coordenado, foram desconsiderados atos de concentração formalizados por meio de contratos associativo, “joint venture”, “Vessel Sharing agreements” e “code shares”.

Na tabela 1, apresentamos os casos, os anos de apreciação pelo Tribunal, os relatores, e a conclusão dos atos de concentração julgados pelo Cade no âmbito da Lei 12.529/2011 até o fim de 2018 em que foi identificada a preocupação com efeitos coordenados.

Nossa amostra contém ACs a partir de 2014. Esse corte temporal foi feito por duas razões: (i) em 2014, o sistema de notificação prévia de ACs introduzido pela Lei 12.529/2011 já estava consolidado; (ii) nos primeiros anos de vigência da Lei 12.529/2011, o Tribunal analisou vários ACs notificados sob a vigência da Lei 8.884/1994, em que o regime de notificação era “ex post”.

Tabela 1:

Ano (julgado)	Número do caso	Requerentes	Conselheiro(a)-Relator(a)	Conclusão
2014	08700.009924/2013-19	Innova e Videolar	Marcio de Oliveira Junior	ACC
2015	08700.008607/2014-66	GSK e Novartis	Marcio de Oliveira Junior	ACC
2015	08700.009988/2014-09	Tigre e Condor	Marcio de Oliveira Junior	Reprovação
2015	08700.006567/2015-07	Ball e Rexam	Gilvandro Vasconcelos Coelho Júnior	ACC
2016	08700.007191/2015-40	Halliburton e Baker Hughes	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	Perda de objeto
2016	08700.010790/2015-41	Bradesco e HSBC	João Paulo Resende	ACC
2016	08700.002792/2016-47	Bradesco, BB, Santander, CEF e Unibanco	Paulo Burnier da Silveira	ACC
2016	08700.006723/2015-21	SBT, Record e RedeTV!	Alexandre Cordeiro (condutor)	ACC
2016	08700.009363/2015-10	Itaú e Mastercard	Paulo Burnier da Silveira	Aprovação com restrições.
2017	08700.006444/2016-49	Ipiranga e Alesat	João Paulo Resende	Reprovação
2017	08700.001642/2017-05	Itaú e Citibank	Paulo Burnier da Silveira	ACC
2017	08700.001390/2017-14	AT&T e Time Warner	Gilvandro Vasconcelos Coelho Júnior	ACC
2017	08700.007553/2016-83	Mataboi e JBJ	Alexandre Cordeiro Macedo	Reprovação
2018	08700.002165/2017-97	ArcelorMittal Brasil e Votorantim S.A.	Polyanna Ferreira Silva Vilanova	ACC
2018	08700.002155/2017-51	Ultragaz e Liquegás	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt	Reprovação
2018	08700.000166/2018-88	Brink's e Rodoban	Paulo Burnier da Silveira	Aprovação sem restrições.

Fonte: elaboração própria, a partir de Cade (2014, 2015a, 2015b, 2015c, 2016b, 2016c, 2016d, 2016e, 2016f, 2017a, 2017b, 2017c, 2017d, 2018a, 2018b, 2018c).

A análise terá como base a “check list estendida” proposta por Alves (2006), com a inclusão dos critérios de histórico de colusão, histórico de redução do número de empresas e a existência de “mavericks” entre as requerentes de um AC.

Observar-se-á se há a presença das seguintes características no mercado em que ocorrem os ACs expostos na tabela 1: concentração/número pequeno de empresas, barreiras à entrada, interação repetida, ordens frequentes e pequenas, contatos em vários mercados, empresas simétricas, homogeneidade dos produtos, excesso de capacidade, condições estáveis de demanda, elasticidade da demanda e poder de mercado do comprador. Se esses fatores estiverem presentes, pode-se explicar por que, após o ato de concentração, as empresas estarão mais propensas a atuar de forma coordenada.

4. Análise da Jurisprudência

A partir da “check list estendida”, identificaram-se padrões nas análises do Cade sobre a probabilidade de exercício de poder coordenado (tácito ou explícito) nos atos de concentração analisados. As decisões do Cade em que a preocupação com efeitos coordenados foi suscitada foram analisadas para verificar quais os itens da “check list” foram mencionados e analisados. Na

tabela 2 consta o número de vezes que cada um dos itens da “check list” foi utilizado pelo Cade nos 16 casos considerados.

Tabela 2: “Check list” estendida de condições concorrenciais nos ACs analisados

Itens	Número de vezes em que foi analisado
Concentração/número pequeno de empresas	15
Barreiras à entrada	14
Interações repetidas	5
Ordens frequentes e pequenas	5
Contatos em vários mercados	11
Empresas simétricas	13
Homogeneidade dos produtos	13
Excesso de capacidade	10
Condições estáveis de demanda	8
Elasticidade de demanda	4
Poder de mercado do comprador	14
Histórico de colusão (coordenação)	8
Redução do número de empresas	13
<i>Mavericks</i> como Requerentes	4

Fonte: elaboração própria, a partir de Cade (2014, 2015a, 2015b, 2015c, 2016b, 2016c, 2016d, 2016e, 2016f, 2017a, 2017b, 2017c, 2017d, 2018a, 2018b, 2018c).

Não é o objetivo deste trabalho fazer uma descrição pormenorizada de todos os casos expostos na tabela 1, mas sim uma análise de fatores em comum ou divergentes na análise de efeitos coordenados feita pelo Cade.

Na maioria dos casos analisados, a concentração fez parte da análise. Esse fator não foi considerado somente em um dos casos analisados, Itaú-Mastercard, em que não se identificou sobreposição horizontal decorrente da operação notificada e, portanto, não houve incremento da participação de mercado oriundo do contrato celebrado entre as partes (Cade, 2016f). Pode-se dizer, então, que o grau de concentração do mercado é um ponto de partida para as análises de probabilidade de efeitos coordenados feitas pelo Cade.

Outros fatores bastante utilizados pelo Cade foram a existência de barreiras à entrada e o poder de mercado dos compradores, analisados em 14 casos. A simetria das empresas, a redução do número de empresas e a homogeneidade dos produtos foram consideradas em 13 casos. O item contatos em vários mercados foi analisado em 11 casos e a existência de capacidade ociosa em dez deles.

Esses são os itens mais utilizados pelo Cade para analisar a probabilidade de efeitos coordenados porque eles aumentam a chance de coordenação ou podem dar estabilidade a acordos já existentes. Todos eles estão ligados à facilidade de se chegar a acordos sobre variáveis chave para a concorrência, como o preço, e para facilitar a detecção e a punição de desvios dos acordos. Por exemplo, em um mercado com menos empresas, é mais fácil chegar a acordos sobre, por exemplo, o nível de preços. Empresas simétricas facilitam o monitoramento do cumprimento de acordos; o contato em vários mercados dá mais exequibilidade a mecanismos de punição.

Apesar da maior presença de alguns itens da lista, na maior parte dos casos analisados, a presença de alguns itens da “check list” foi suficiente para que o Cade aprofundasse a análise da

probabilidade de efeitos coordenados e adotasse remédios comportamentais e estruturais para mitigar a preocupação concorrencial identificada.

Em apenas um dos dezesseis casos analisados prevaleceu o sim para todos os itens da “check list”: o Ato de Concentração conhecido como Ipiranga-Alesat, sendo que o caso foi rejeitado pelo Tribunal (Cade, 2017a). No Ato de Concentração Ultragaz-Liquigás, foram considerados treze itens da lista (Cade, 2018b). Nesse último caso, podemos considerar que todos os critérios foram analisados pelo Cade, pois os dois critérios que foram desconsiderados (contato das requerentes em vários mercados e existência de “mavericks”) dificilmente se aplicariam ao mercado no qual ocorreu o AC: distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP. O AC Ultragaz-Liquigás também foi rejeitado pelo Cade. No Ato de Concentração Tigre-Condor, foram identificados nove dos catorze critérios “check list” e o AC também acabou rejeitado pelo Cade (Cade, 2015b), o que mostra que uma análise de todos os itens não é um pré-requisito para a reprovação de um AC.

Percebe-se que, apesar dos pontos abordados pelo Guia do Cade fornecerem um roteiro para discussão pela autoridade antitruste, a análise da probabilidade de coordenação entre as empresas varia de caso a caso, a depender das características de cada operação. Com isso, o uso da “check list” para verificar eventuais efeitos coordenados de uma operação deve considerar se os itens pesquisados têm ponderações semelhantes ou distintas; o uso da “check list” sem a ponderação de seus itens pode levar a um viés em sua interpretação (Gore *et al.*, 2013).

A análise de efeitos coordenados também depende da disponibilidade de dados, obtidos por meio da notificação da operação, de instrução complementar e/ou de livre publicação pelas empresas ou entidades de classe. Nesse sentido, a Superintendência Geral (SG) do Cade, no âmbito do AC ArcelorMittal Brasil-Votorantim, apontou: “[...] a inexistência de algumas características [...] ou a presença de outras que reduzam a probabilidade de coordenação devem ser ponderadas e avaliadas conjuntamente com as demais evidências sobre o caso. Adicionalmente, a existência de relação de causalidade entre a concentração e a elevação da probabilidade de coordenação deve ser considerada.” (Cade, 2018a, n.p.).

Devido à (in)disponibilidade de dados de mercado e ao roteiro estabelecido pelo Guia do Cade, a análise qualitativa de efeitos coordenados está presente na jurisprudência. Entretanto, o aprofundamento dos estudos por meio de métodos quantitativos vem ocorrendo, viabilizada pela instrução voltada à coleta de dados. O método “Coordinated Price Pressure Index” – CPPI (Índice de Pressão de Preço Coordenado) foi utilizado em três casos relevantes, no âmbito dos ACs Bradesco-HSBC, SBT, Record e RedeTV! e Ipiranga-Alesat (Cade, 2016c, 2016e, 2017a, respectivamente).

Nesses três casos, a disponibilidade de dados possibilitou a complementação da análise qualitativa pela quantitativa. Isso contribuiu para a decisão acerca de possíveis efeitos coordenados oriundos das operações, pois a análise quantitativa de efeitos coordenados investiga aspectos sobre a estrutura de mercado e os padrões de formação de preços, por exemplo (Tito & Mazetto, 2018). Há, ainda, métodos quantitativos para avaliar se uma operação aumenta significativamente os riscos de coordenação no mercado, como o CPPI. No AC Ipiranga-Alesat, por exemplo, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade elaborou a Nota Técnica Nº 25/2017/DEE/CADE para avaliar a probabilidade de exercício de poder coordenado utilizando o CPPI (Cade, 2017a).

Os casos recentes confirmam que as análises qualitativa e quantitativa devem ser complementares; confirma ainda que, se a análise qualitativa indicar a probabilidade de efeitos coordenados, o tema deve ser investigado em maior profundidade pelo órgão de defesa da concorrência. Nesse sentido, se possível, a análise com o uso da “check list estendida” deve ser

complementada por evidências quantitativas adicionais. A análise estendida da “check list” e sua complementação com modelos quantitativos contribuem também para redução do risco de viés à análise de efeitos coordenados decorrente da não-atribuição de ponderação aos critérios da lista, como apontado por Gore *et al.* (2013),

Os atos de concentração analisados neste estudo permitem ainda concluir que a probabilidade de efeitos coordenados dificultou a aprovação sem restrições dos atos de concentração em que estiveram presentes. Predominam os casos aprovados condicionados à adoção de remédios estruturais e comportamentais, seja por imposição unilateral ou por meio de assinatura de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs) (8 casos), seguidos da reprovação (4 casos). A tabela 3 compila informações nesse sentido.

Tabela 3:

Conclusão dos ACs analisados

Decisão do Cade	Número de casos
1. Reprovação	4
2. Aprovação com imposição unilateral de restrições	1
2.1. Remédios estruturais	0
2.2. Remédios comportamentais	1
3. Aprovação condicionada a cumprimento de ACC	8
3.1. Remédios estruturais	2
3.2. Remédios comportamentais	8
4. Aprovação sem restrições	2
5. Perda de objeto	1

Fonte: elaboração própria, a partir de Cade (2014, 2015a, 2015b, 2015c, 2016b, 2016c, 2016d, 2016e, 2016f, 2017a, 2017b, 2017c, 2017d, 2018a, 2018b, 2018c).

No caso específico das reprovações de atos de concentração nos quais foram identificados efeitos coordenados, há uma combinação de fatores que impossibilitaram ou inviabilizaram a mitigação das preocupações concorrenciais a partir da aplicação de remédios. Entre os fatores agravantes que fundamentaram as reprovações, tem-se elevadas barreiras à entrada e limitada rivalidade de mercado por meio de: (i) elevados graus de capacidade ociosa e de simetria entre as concorrentes de mercado; (ii) produtos homogêneos; (iii) baixa possibilidade de inovação; (iv) histórico de práticas comerciais potencialmente restritivas e/ou anticoncorrenciais no mercado; (v) rejeição das possíveis eficiências apresentadas pelas Requerentes; e (vi) presença de “mavericks” entre as Requerentes ou de influentes entidades de classe no setor.

Em geral, as operações nas quais foram identificados mais de oito critérios da “check list” e agravantes adicionais, como resultados do CPPI favoráveis à coordenação, foram reprovadas pelo Cade, como os Atos de Concentração Ipiranga-Alesat, Tigre-Condor e Ultragaz-Liquigás (Cade, 2015b, 2017a, 2018b, respectivamente). Por outro lado, o Ato de Concentração Brink’s-Rodoban foi aprovado sem restrições, mesmo com a verificação de oito dos catorze critérios da “check list” proposta (Cade, 2018c).

Da jurisprudência analisada, chama a atenção o AC Mataboi-JBJ. Nesse caso, a reprovação da operação foi pautada essencialmente em questões societárias das Requerentes e, portanto, com menor peso à análise tradicional de efeitos coordenados. Cabe ressaltar que a decisão do Cade referente a esse caso foi suspensa pela Justiça Federal em 2018, ano seguinte ao do julgamento (Marchesini, 2018).

É interessante notar que, em geral, os acordos relativos aos casos listados na tabela 1 foram subsidiados por notas técnicas e/ou estudos do Departamento de Estudos Econômicos do Cade e de solicitação de sugestões de remédios às partes envolvidas nos atos de concentração, requerentes e terceiros interessados. Essa foi uma boa estratégia, pois a assimetria de informação torna a participação de terceiros fundamental para o desenho de remédios estruturais e comportamentais que possam mitigar de maneira eficiente a probabilidade de ocorrência de efeitos coordenados. Em geral, restrições comportamentais foram implementadas como remédio exclusivo em operações societárias como “joint ventures”, enquanto a aplicação de remédios comportamentais e estruturais foi mais comum em casos referentes a fusões e aquisições “tradicionais”.

As restrições comportamentais buscaram, por exemplo, reforçar o compromisso das requerentes em relação à adesão a regras de comportamento que se adequam à Lei de Defesa da Concorrência e reduzir a possibilidade de trocas de informações sensíveis entre concorrentes. Entre os remédios comportamentais utilizados, podem ser citados: (i) cláusulas que preveem a revisão das operações no caso de futura constatação de coordenação entre concorrentes no mercado analisado; (ii) o comprometimento com a implementação de programas de “compliance” concorrencial pelas Requerentes; (iii) medidas de transparência e de monitoramento de mercado pela autoridade, com envio periódico de relatórios de dados ao Cade; (iv) busca por melhorias de qualidade e investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento; e (v) mitigação de possíveis barreiras à entradas artificiais a serem implementadas.

Ainda, remédios comportamentais específicos ao tipo de contrato celebrado entre as partes foram implementados em alguns acordos, quando aplicável. No caso de joint ventures, por exemplo, identificou-se a comum celebração de (i) cláusulas de isolamento entre as partes; (ii) flexibilização de regras de governança; (iii) criação de novas marcas para evitar assimetrias de mercado; (iv) redução de prazos contratuais; e (v) obrigações de transparência e não-discriminação pelas requerentes em relação a outros agentes econômicos.

A aplicação de remédios estruturais ocorreu quando havia viabilidade de sua adoção e quando se constatou necessária a redução da participação de mercado das requerentes para mitigar o problema concorrencial específico: a probabilidade da ocorrência de efeitos coordenados. Apesar de implicar maior aprofundamento analítico para a sua implementação, esses remédios são mais eficientes que os comportamentais porque demandam menor monitoramento por parte da autoridade de concorrência e porque têm impactos diretos sobre a estrutura de mercado. Ainda assim, na maior parte dos casos, eles foram complementares aos remédios comportamentais quando o problema concorrencial a ser enfrentado foi a presença de efeitos coordenados.

Portanto, a jurisprudência dos atos de concentração analisados sob a vigência da Lei nº 12.529, de 2011, mostra que o Cade vem enfrentando o problema da probabilidade de efeitos coordenados utilizando a “check list” e complementando-a com análises quantitativas quando possível. Constatado o problema por meio de análise qualitativa e quantitativa, nessa ordem, o Cade tem a seu dispor remédios comportamentais e estruturais para mitigar efeitos coordenados.

5. Considerações Finais

Ao analisar a jurisprudência referente à probabilidade de exercício de poder coordenado pelas requerentes de Atos de Concentração, identifica-se que o Cade vem aplicando o método de análise conhecido por metodologia de aplicação de “check list”. Trata-se de verificar se características do mercado sob análise podem favorecer a coordenação. O uso da lista condiz com

o disposto nos Guias das principais autoridades antitruste para esse tipo de análise e assume que esses fatores podem favorecer a coordenação. Além disso, o Cade analisou também como os ACs podem influenciar os elementos da lista, favorecendo acordos ou lhes dando estabilidade. Não menos importante, quando há disponibilidade de dados, o Cade vem complementando a análise qualitativa possibilitada pelo uso da “check list” com evidências empíricas.

Embora haja casos de rejeição de um ato de concentração sem análises mais profundas e de aprovação mesmo com a presença de um número significativo de itens da lista, conclui-se que o Cade não faz uma análise da probabilidade de efeitos coordenados simples, baseada somente no nível de concentração. Pelo contrário, essa variável tem sido um ponto de partida para o aprofundamento da análise sobre efeitos coordenados, que vem se baseando principalmente no uso da “check list”. Nesse sentido, a prática do Cade nesse campo se aproxima das melhores práticas internacionais.

Resta, no entanto, uma questão a investigar: se os remédios usados pelo Cade para enfrentar os efeitos coordenados se coadunam com os três itens que são chave para a coordenação – a possibilidade de chegar a acordos sobre as variáveis que serão usadas para restringir a concorrência, os mecanismos de detecção de desvios e a efetividade da punição aos que se desviam.

6. Referências

- Alves, C. C. P. (2006). *Efeitos coordenados em atos de concentração: análise teórica e estudos de caso*. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.
- Coleman, M. T., Meyer, D. W., & Scheffman, David T. (2003). *Empirical analyses of potential competitive effects of a horizontal merger: The FTC's Cruise Ships Mergers Investigation*. Recuperado de https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/empirical-analyses-potential-competitive-effects-horizontal-merger-ftcs-cruise-ships-mergers/colemanetal_rio2003.pdf
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica [Cade] (2014). *Ato de Concentração 08700.009924/2013-19 (“Innova e Videolar”)*. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxi-5W8OaowWBtD3CY3dkQD47Bs8zrIBQKCF1RIAIe_W0
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2015a). *Ato de Concentração 08700.006567/2015-07 (“Ball e Rexam”)*. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqjC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnUkSdyt8bpLVNtvcuQii_7trGnavYkUreQAs7MWyXkLL
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2015b). *Ato de Concentração 08700.009988/2014-09 (“Tigre e Condor”)*. Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxnvhp82a35QRy8Q4LeID_XMb6Xospt29IfKDu8blz_8z

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2015c). *Ato de Concentração 08700.008607/2014-66* (“GSK e Novartis”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxivMOII0g1Hob3W3skoLfo-zWoHo_QYnMsi1KSlwSSug
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (2016a). *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. Recuperado de http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016b). *Ato de Concentração 08700.007191/2015-40* (“Halliburton e Baker Hughes”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEjC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfjTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcneVHnQoBzFqWegVmdi-wKERg10N6X-f5hMuERDPn-iN3
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016c). *Ato de Concentração 08700.010790/2015-41* (“Bradesco e HSBC”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg62eRbXjMmNtsZTvwu5PSqJpM2wYBvQ0hl4cOjJWO6
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016d). *Ato de Concentração 08700.002792/2016-47* (“Bradesco, BB, Santander, CEF e Unibanco”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZqZPtsFAPYq3m4WKaotfydfAzypBbh3fdtte42oKG
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016e). *Ato de Concentração 08700.006723/2015-21* (“SBT, Record e RedeTV!”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEjC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfjTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnT41bnIPL8Pur7qdS9xYfkeM9jASRSJ3UrFMUUAATmF75
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016f). *Ato de Concentração 08700.009363/2015-10* (“Itaú e Mastercard”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVuCyrLE_ibb1jzbJUnVYjm1P8INJ9ClzPRkBz7GU-r4
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2017a). *Ato de Concentração 08700.006444/2016-49* (“Ipiranga e Alesat”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRzz2y8r2JE-nPZSLitiXJ-D-J5oundb5E8CKrXYfULop
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2017b). *Ato de Concentração 08700.001642/2017-05* (“Itaú e Citibank”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTdpU3M3hVIY_XnkycHwMIGq9JEUb3O6oy4hpQTiqgU

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2017c). *Ato de Concentração 08700.001390/2017-14* (“AT&T e Time Warner”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfj
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2017d). *Ato de Concentração 08700.007553/2016-83* (“Mataboi e JBJ”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXrIuc76NHRTlcgNYtbgRHhmthNeqAzbaLrH4ZPBtmRZ
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2018a). *Ato de Concentração 08700.002165/2017-97* (“ArcelorMittal Brasil e Votorantim S.A.”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcWV7d-9KgS6VWb8doYGV0IpJfpt_Lrno0wMZh0UcI8Se
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2018b). *Ato de Concentração 08700.002155/2017-51* (“Ultragaz e Liquigás”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZga06rfPN7ijBh2TABPsb6wo12nYrU-RXubnU_m9Dh9
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2018c). *Ato de Concentração 08700.000166/2018-88* (“Brink’s e Rodoban”). Recuperado de https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaYAccGC0ssEqZ7QGv5TtLSRPpCX1z2Y2eG8PIJ6awdU
- Comissão Europeia [CE]. (2004). Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas. *Jornal Oficial da União Europeia, C 31*, pp. 5-18.
- Federal Trade Commission [FTC]. (2010). *Horizontal merger guidelines*. Recuperado de <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>
- Gore, D., Lewis, S., Lofaro, A., & Dethmers, F. (2013). *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*. (1ª ed.). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Hovenkamp, H. (2005). *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. (3ª ed.). Saint Paul, MN: Thomson/West.
- Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. (2011). Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/l12529.htm

- Motta, M. (2009). *Competition policy: theory and practice*. (11^a ed.) New York City, NY: Cambridge University Press.
- Ordoover, J. e Jayaratne, J. (2014). Coordinated Effects: Evolution of Practice and Theory. Em: Blair, R. and Sokol, D. (editores). *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 1*. Oxford University Press.
- Salomão, C. S. (2007). *Direito concorrencial – as estruturas*. (3^a ed.). São Paulo, SP: Malheiros Editores.
- Tirole, J. (1990). *The theory of Industrial Organization*. (4^a ed.). London, England: The MIT Press.
- Tito, F., Mazetto, D. (2018, 1º de março). How quantitative methods have been implemented after the 2016 Brazilian horizontal guidelines? In: Bueno, M. C. S.; Ribas, G. F. C., Berardo, J. C., Villela, M. Merger control in Brazil: frequently asked questions. Recuperado de https://ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/Merger_control_in_Brazil_-_Frequently_asked_questions.pdf