

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

As limitações jurídicas e econômicas na imposição de remédios estruturais em casos de infração à ordem econômica

CAROLINA MATTHES DOTTO

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação da professora Leonor Augusta Giovine Cordovil

Versão de 11.09.2017

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

Além de fomentar a cultura da livre concorrência, cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") não apenas investigar, como também reprimir e julgar eventuais abusos do poder econômico que visem à dominação de mercado, que possam de qualquer forma prejudicar a concorrência ou ensejar o aumento arbitrário de lucros, conforme o parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal.

Assim, comprovado um ilícito anticoncorrencial, o CADE aplica a multa administrativa conforme critérios de dosimetria previstos no artigo 45 da Lei n. 12.529/2011 e também pode impor uma série de remédios comportamentais e estruturais ao infrator, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral. Dentre eles, a publicação do extrato da decisão condenatória, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, a transferência do controle societário, venda de ativos e/ou qualquer outro ato necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, nos termos do artigo 38 da Lei n. 12.529/2011.

Apesar de referidas medidas estarem previstas na legislação antitruste, o dispositivo legal em questão não esclarece em que situações exatas elas podem ser impostas, tampouco estabelece limitações concretas a serem observadas pela autarquia.

Os estudos sobre o tema ainda são absolutamente esparsos. Diante da insuficiência de doutrina e jurisprudência específicas no âmbito do Direito Antitruste brasileiro, remédios considerados excessivos e ilegais pelos particulares acabam sendo impugnados judicialmente com base nos princípios gerais que norteiam a atuação da Administração Pública.

Isso porque, na qualidade de autarquia, o CADE deve necessariamente se orientar pelos princípios do Direito Administrativo, dentre eles, o princípio da motivação e da razoabilidade, expressamente previstos no artigo 2º da Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal.

De qualquer forma, considerando a indiscutível gravidade das medidas estruturais que podem ser aplicadas pelo CADE, a pesquisa jurídica a ser realizada tem como objetivo principal destrinchar o tema sob um enfoque antitruste e econômico, analisando quais são os limites a serem observados pela autarquia na imposição dos remédios.

Em um primeiro momento será analisada a natureza jurídica dos remédios de cunho estrutural, seu objetivo e os contornos da discricionariedade da autarquia na escolha das sanções cabíveis. Dentro do possível, serão também entrevistadas autoridades em matéria antitruste, que possam informar quais parâmetros têm sido utilizados pelo CADE na escolha e fixação dos remédios estruturais.

A segunda parte do trabalho será dedicada ao exame de casos da União Europeia, nos quais a autoridade antitruste aplicou sanções estruturais para restaurar a concorrência que teria sido prejudicada em razão de infrações à ordem econômica. Referida análise deverá perquirir quais foram os fundamentos invocados na decisão, bem como os estudos realizados e métodos utilizados pela autoridade antitruste para impor os remédios estruturais. Também será investigado o grau de participação dos particulares na imposição da medida.

Após a realização de pesquisa sobre a jurisprudência europeia, será também analisada a decisão administrativa proferida pelo CADE, no ano de 2014, que julgou o caso conhecido como o “cartel do cimento e concreto”. Por meio de referida decisão, a autarquia aplicou a sanção de desinvestimento em um caso de cartel pela primeira vez na história antitruste brasileira.

A principal questão amplamente debatida na época residia no fato de que, se não há conluio e se cada empresa atuante no mercado detém uma parcela de mercado reduzida – ou seja, se não há posição dominante - não haveria razão para se determinar a venda de parte do patrimônio das empresas representadas. Trata-se de uma situação completamente diferente daquela que ocorre em casos de monopólio, por exemplo.

Diante da análise dos precedentes europeus, será possível avaliar se a fundamentação invocada pelo CADE pode ser considerada suficiente para, do ponto de vista antitruste, legitimar os remédios estruturais impostos às empresas representadas no caso concreto a ser analisado. Será também possível propor possíveis procedimentos e métodos a serem observados pela autarquia brasileira na aplicação de desinvestimento e outras medidas que interfiram na estrutura do mercado.

A análise de casos anteriores e da experiência internacional pode ser utilizada como parâmetro, estabelecendo limites no cenário brasileiro para a imposições destas sanções, que, se aplicadas de forma fundamentada, têm poder de restaurar o ambiente concorrencial, remediando eventuais efeitos negativos que ainda possam persistir no mercado.

2. Modelo de pesquisa

O presente estudo tem como base a análise de decisões proferidas por autoridades antitruste na União Europeia, de forma a permitir uma avaliação crítica e comparativa da decisão administrativa do CADE, proferida nos autos do processo administrativo n. 08012.011142/2006-79, especificamente no que diz respeito às medidas de venda de ativos que foram impostas. Assim, o modelo preponderante será o de estudo de caso.

De qualquer forma, concluída a análise do caso prático em vista dos precedentes europeus, será também enfrentado o problema relativo à ausência de métodos estabelecidos para nortear a atuação do CADE na imposição dos remédios estruturais, de tal forma que a dissertação adotará uma conjugação de dois modelos de pesquisa. Ao final, o presente trabalho terá como foco a formulação de uma recomendação de conduta por parte da autarquia brasileira.

3. Problemas e quesitos

Com o objetivo de demonstrar as limitações jurídicas e econômicas na aplicação de remédios estruturais em casos de infrações à ordem econômica, serão respondidas às seguintes indagações:

- Quesito A) Qual é a natureza jurídica das sanções antitruste?
- Quesito B) Os remédios antitruste têm função punitiva ou têm apenas o propósito de remediar uma situação anticompetitiva?
- Quesito C) São cabíveis remédios estruturais no que diz respeito a todos os tipos de infração antitruste ou apenas quando ficar demonstrado abuso de posição dominante?

- Quesito D) Podem os remédios ser aplicados indistintamente para toda e qualquer infração à ordem econômica, independentemente do fato de se tratar de condutas unilaterais ou colusivas?
- Quesito E) Qual é a racionalidade da imposição de remédio estrutural em caso de cartel?
- Quesito F) Quais análises econômicas e jurídicas devem ser realizadas pela autoridade antitruste para aplicar um remédio estrutural?
- Quesito G) Quais métodos devem ser utilizados para se avaliar o impacto do remédio estrutural no mercado?
- Quesito H) Qual é o nível de fundamentação que deve ser observado pela autoridade antitruste para aplicar um remédio estrutural?
- Quesito I) Quais características do mercado relevante devem ser levadas em consideração quando da imposição da medida estrutural?
- Quesito J) Em que medida devem as empresas condenadas participar da estipulação e limitação do remédio estrutural?
- Quesito K) Foram devidamente fundamentadas as sanções de natureza estrutural impostas pelo CADE às empresas condenadas no caso do cimento e do concreto?

4. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

A relevância institucional do CADE é indiscutível no cenário brasileiro. O rigor no combate às infrações à ordem econômica tem se revelado cada vez mais presente.

Justamente porque as sanções aplicadas pela autarquia antitruste brasileira têm sido extremamente gravosas nos últimos anos, a fundamentação invocada na decisão administrativa também deve ser clara, suficiente e pautada por critérios de razoabilidade.

Quanto às sanções estruturais, é necessário que sejam estabelecidos métodos e critérios a serem seguidos pela autarquia para fundamentar de forma adequada os remédios que venham a ser impostos aos particulares. Tal necessidade se revela ainda mais cogente quando se trata de remédios que venham a ser impostos por meio da função repressiva do CADE, uma vez que são escassos os textos doutrinários sobre o tema e que a jurisprudência nacional ainda está começando a ser criada.

Diante dos objetivos pretendidos por meio do presente trabalho, espera-se que as conclusões a serem alcançadas possam ser consultadas por membros do CADE, como guia de orientação relativa ao procedimento a ser adotado na aplicação de remédios estruturais. O resultado da pesquisa também poderá igualmente ser consultado por advogados que patrocinem os interesses de empresas representadas e que pretendem se antecipar nas discussões com a autarquia, de forma a tentar evitar sanções abusivas e desarrazoadas. Também poderá ser útil na elaboração de ações judiciais que discutam a validade das sanções impostas pelo CADE perante o Poder Judiciário.

5. Fontes e métodos de investigação

O estudo terá como foco a análise de decisões proferidas na comunidade europeia, que aplicaram sanções estruturais em casos de conduta, de forma a verificar quais foram os fundamentos e métodos utilizados pela autoridade antitruste para motivar de forma adequada a imposição do remédio. Além disso, serão examinados comentários, doutrinas e artigos acadêmicos que apresentem uma visão crítica sobre o tema e serão também entrevistadas autoridades públicas que tenham amplo conhecimento sobre remédios estruturais.

Finalizada essa parte do trabalho, será destrinchada a íntegra da decisão administrativa do CADE nos autos do processo administrativo n. 08012.011142/2006-79, ensejando a reflexão a respeito da qualidade da linha de fundamentação invocada pela autarquia para motivar as medidas estruturais, tomando-se como parâmetro os precedentes estrangeiros analisados. Ao final, será feita uma recomendação a respeito dos métodos a serem utilizados pelo CADE na imposição dos remédios.

Além disso, a pesquisa também irá contemplar algumas normas relativas ao Direito Administrativo, bem como as próprias disposições da lei antitruste e do Regimento Interno e Resoluções do CADE, doutrina e artigos acadêmicos que tratem do tema, visando à obtenção de subsídios para a qualificação jurídica das sanções estruturais aplicadas pelo CADE.

6. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

A pesquisadora atua na área de Contencioso Antitruste há diversos anos e está acompanhando de perto o trâmite das ações anulatórias ajuizadas em face do CADE para discutir a validade da decisão administrativa proferida no caso concreto a ser analisado.

A escolha do tema decorre da experiência profissional da pesquisadora e teve como ponto de partida os debates intensos que surgiram a respeito do tema, especialmente quando constatada a insuficiência de estudos que se debruçam sobre as limitações e sobre o regime aplicável às sanções previstas na Lei n. 12.529/2011. A pesquisadora também foi influenciada pelo fato de as sanções antitruste serem gravosas e não poderem ser discutidas em uma segunda instância administrativa, de tal sorte que, caso a decisão administrativa venha a ser discutida no Poder Judiciário, também é necessário que as partes envolvidas apresentem argumentos plausíveis e devidamente embasados para a manutenção ou afastamento das sanções que venham a ser impostas pelo CADE.

Como membro do Comitê de Contencioso Econômico do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional- IBRAC, a pesquisadora também tem participado dos mais relevantes debates atualmente em voga em matéria antitruste, atuando de forma bastante ativa em todas as reuniões do grupo e pesquisas realizadas.

Pretende-se também realizar parte dos estudos na Europa, tendo acesso à doutrina e jurisprudência estrangeiras sobre o tema a ser pesquisado, uma vez que as recomendações a serem formuladas no presente trabalho terão como base a experiência já sedimentada no exterior.

8. Indicação de literatura especializada e obras de referência

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 40, n. 121, jan./mar. 2001.

BEHRENS, P.; BRAUN, E.; NOWAK, C. **Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform**, Nomos, BadenBaden, 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Decisão proferida nos autos do processo administrativo n. 08012.011142/2006-79**, 22 de janeiro de 2014.

CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. **Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE**. Revista de Direito da Concorrência, v. 4, n. 1, p. 57-94, Mai. 2016.

CARVALHO, Patricia Bandouk. **Remédios antitruste em atos de concentração relativos à participação minoritária em rival**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista do IBRAC, v. 19, n.21, p.181-205, jan./jun. 2012.

BAGNOLI, Vicente; CAMINATI ANDERS, Eduardo; PAGOTTO, Leopoldo. **Comentários à nova lei de Defesa da Concorrência**, Forense, Rio de Janeiro, 2012.

CHAUVE, P.; GODFRIED, M.; KOVÁCS, K.; LANGUS, G., NAGY, K.; SIEBERT, S. **The E.ON Electricity cases: an antitrust decision with structural remedies**. Competition Policy

Newsletter, n. 1, 2009, pp. 51-4. Disponível em: < http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_13.pdf> Acesso em 07 de jul. 2017.

EPSTEIN, R. A.. **Structural Remedies in Section 2 Cases**. Antitrust Chronicle, 2007, vol. 4. Disponível em: < http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/222291.pdf>. Acesso em 07 de jul. 2017.

EPSTEIN, R. A. **Monopolization follies: the dangers of structural remedies under section 2 of the Sherman Act**, Antitrust Law Journal, Vol. 76, No. 1, 2009, pp. 205- 237.

HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice**. St. Paul: West Publishing, 2005.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil**, Lex Editora, São Paulo, 2010.

KOCH, O., NAGY, K., PUCINSKAITE-KUBIK, I., TRETTON, W. **The RWE gas foreclosure case: Another energy network divestiture to address foreclosure concerns**. Competition Policy Newsletter, 2, p. 9-32, 2009. Disponível em: < http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_7.pdf> Acesso em Acesso em 07 de jul. 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**. Singular, São Paulo, 2013.

MORAN, Marcio Roberto. **Determinantes de decisões sobre atos de concentração: uma avaliação das capacidades da autoridade antitruste brasileira e a influência dos conselheiros**. Tese de Doutorado – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-19112015-155450/en.php>>. Acesso em 07 de jul. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ROCHA, Henrique Bastos. **Liberdade Econômica e sanções administrativas nas reorganizações societárias**, Revista Brasileira de Direito Público: EBDP, v. 12, n. 44, p. 23-41, jan/mar 2014.

MOTTA, M., POLO, M. e VASCONCELOS, H. **Merger Remedies in the European Union: An Overview**, Antitrust Bulletin, Vol. 52, Nos. 3 & 4, p. 603-631, 2007.

OLIVEIRA, Amanda Flavio de. **Remédios Antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**, in Remédios Antitruste, Org.: Amanda Flávio de Oliveira e Ricardo Machado Ruiz, Singular, São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws**, OCDE, 2002. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em 07 de jul. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

PEREIRA DIAS, Rodrigo. **Antitruste: Sanção de desinvestimento em ativos. Um estudo de caso no Processo Administrativo n. 08012.11142/2006-79**, Dissertação de Mestrado – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario Luiz. **Remédios estruturais em casos de cartel: critérios para a análise dos efeitos líquidos da imposição de obrigações de desinvestimento**, 2006 (Texto para Discussão do Instituto de Economia da UFRJ TD006/2016). Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/discussao/2016/TD_IE_006_2016_POSSAS_PONDE-ed2.pdf. Acesso em 07 de jul. 2017.

PETIT, Nicolas. **Remedies for Coordinated Effects under de EU Merger Regulations**, Competition Law International, September, p. 29-37, 2010.

REINO UNIDO. Competition Commission. **Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation: final report**, 14 de jan. 2014, Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5329df9ae5274a226800035f/140114_aggregates_final_report.pdf>. Acesso em 07 de jul. 2017.

REINO UNIDO. Competition Commission. **BAA Airports Market investigation: A report on the supply of airport services by BAA in the UK**, 19 de Mar. 2009, Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100111133411/http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2009/545baa.htm>. Acesso em 07 de jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **European Commission, Case COMP/39.315- ENI**, 2010, Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39315/39315_3019_9.pdf>. Acesso em 07 de jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **European Commission, Case COMP/M.3696 E.ON/MOL**, 21 de dez. 2005, Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3696_20051221_20600_en.pdf>. Acesso em 07 de jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **European Commission, Case COMP/39.402 – RWE Gas Foreclosure**, 2009, Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39402/39402_576_1.pdf> Acesso em 07 de jul. 2017.

WANG, W. **Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control**. World Competition, pp. 573-74, 2011.

9. Sumário preliminar

[Introdução]

1. Sanções estruturais previstas na lei 12.529/2011

- 1.1 Preliminarmente: Infrações unilaterais e colusivas
- 1.2 Diferenças entre remédios comportamentais e estruturais
- 1.2 Regime jurídico dos remédios antitruste
- 1.3 Objetivo dos remédios antitruste
- 1.4 Discricionariedade administrativa
- 1.5 Critérios legais e seleção das sanções antitruste
- 1.6 Os impactos do Projeto de Lei n. 349, de 2015 sobre as decisões condenatórias do CADE
2. Aplicação de remédios estruturais por autoridades europeias em casos de conduta
 - 2.1 A Regulamentação n. 1/2003 de Dezembro de 2002 da Comissão Europeia
 - 2.2 Diretrizes da OCDE
 - 2.3 Análise de casos proferidos por autoridades europeias com remédios antitruste
 - 2.3.1 O caso Google relativo a serviços online de comparação de preços
 - 2.3.2 O caso da E.ON Electricity AG, empresa alemã de eletricidade
 - 2.3.3 O caso da RWE AG, empresa alemã de distribuição de gás
 - 2.3.4 O caso da ENI, empresa italiana de transmissão de gás
 - 2.3.5 O caso da British Airports Authority
 - 2.3.6 O emblemático caso do cimento
 - 2.3 Conclusões a respeito das decisões europeias
 - 2.3.1 Fundamentos para a imposição dos remédios
 - 2.3.2 Análises realizadas pela autoridade antitruste para a imposição dos remédios
 - 2.3.3 Avaliação dos impactos dos remédios no mercado
 - 2.3.4 Participação do agente infrator na imposição da sanção
 - 2.3.4 Análise dos métodos utilizados
3. Estudo de caso – decisão proferida pelo CADE no caso do cimento e concreto
 - 3.1 Breve síntese das condutas imputadas às empresas representadas
 - 3.2 Análise das sanções estruturais impostas no caso
 - 3.2.1. Desinvestimento
 - 3.2.1.1 Avaliação da fundamentação invocada com relação a cada uma das empresas representadas
 - 3.2.1.2 Aspectos jurídicos e econômicos a serem considerados
 - 3.2.1.3 Análise do impacto da medida no mercado
 - 3.2.1.4 Análise da aplicação da sanção em atos de concentração – comparação da linha de fundamentação
 - 3.2.2 Venda de participações acionárias e proibição de concentração
 - 3.2.2.1 Avaliação da fundamentação invocada
 - 3.2.2.2 Aspectos jurídicos e econômicos a serem considerados
 - 3.2.2.3 Análise do impacto da medida no mercado
 - 3.2.2.4 Análise da aplicação da sanção em atos de concentração: comparação da linha de fundamentação
 - 3.3 Comparações com decisões proferidas na União Europeia e conclusões a respeito da validade dos remédios estruturais impostos pelo CADE
4. Propostas de métodos a serem seguidos pelo CADE na imposição de remédios estruturais [Conclusão e recomendações práticas]

10. Cronograma com estimativa de horas

Atividade	2017			2018												2019		H
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	
[Leitura da bibliografia]	6	6	10	35	13	10	10											90
[Leitura de julgados]			40	15	13			10	10	10								98
[Redação do capítulo 1]	6	6		25	13	10	10											70
[Redação do capítulo 2]			50	25	13													88
[Redação do capítulo 3]								10	10	10	20	20						70
[Redação do capítulo 4]												20	20					40
[Conclusão da redação]													20					20
[Revisão]														20	20			40
[Depósito]																10		10
[Total no mês]	12	12	100	100	52	20	20	20	20	20	20	40	40	20	20	10		526