

ILÍCITO POR OBJETO NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

O CASO DAS TABELAS DE PREÇOS

PAULA AZEVEDO
CONSELHEIRA DO CADE

Disclaimer

- As opiniões e conclusões expostas nesta apresentação não representam a posição do CADE e não são vinculantes.
- As informações apresentadas são públicas e podem ser encontradas na versão pública dos processos mencionados.
- Não vou tratar de casos em andamento.

Sumário

1. Direito norte-americano e regra *per se*
2. Direito europeu e ilícito por objeto
3. O ilícito por objeto no direito brasileiro
4. Pesquisa sobre tabelas de preços na jurisprudência do CADE desde a Lei 12.529/11
5. As vantagens e desvantagens do raciocínio *per se*
6. Possível solução: presunção relativa de ilicitude (*quick-look ROR?*)

DIREITO NORTE-AMERICANO E REGRA PER SE

Direito norte-americano e a regra *per se*

- O termo “*per se*” foi cunhado no caso *United States v. Socony-Vacuum Oil*, em 1940, quando houve condenação pela Corte da prática de fixação horizontal de preços, nos seguintes termos:

*“Under the Sherman Act a combination formed **for the purpose and with the effect** of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in interstate or foreign commerce is **illegal per se**”.* (Justice Douglas).

- Por esse *standard* analítico, a conduta é ilícita independentemente do contexto em que foi praticada, sendo desnecessária a análise de estrutura de mercado e de poder econômico do agente;
- Há, portanto, uma economia processual, decorrente da dispensabilidade de comprovação do poder de mercado e dos efeitos líquidos da prática, bem como pela severa limitação das hipóteses de defesa;
- Para a jurisprudência e a doutrina norte-americana, a regra *per se* é resultado da experiência jurisprudencial, baseada em uma metodologia empírica.

Direito norte-americano e regra *per se*

- A regra *per se* também foi utilizada para condenar condutas de fixação vertical de preços (*Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 1911, embora não tenha se valido do termo expressamente), de divisão horizontal de mercado (*United States v. Topco Associates*, 1972), de divisão vertical de mercado (*United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 1967) e de vendas casadas, ainda que com um regime *per se* peculiar, que considera o poder de mercado do agente (*Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 1984).
- Contudo, a partir da década de 1970, é possível perceber um movimento de *overruling* dos precedentes que tratavam tais restrições verticais sob a regra *per se*, mantendo-se incólume apenas o caso de cartel *hardcore* como hipótese submetida à regra.
 - *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*; *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*; *State Oil v. Khan*; *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*
- Nesse sentido, Hovenkamp (2008) afirma:

*“We say a practice is unlawful “per se” if there is **relatively little to be stripped away before we can condemn the practice** with reasonable assurance that we are making the economic world a better place. By contrast, we apply a more full-blown “rule of reason” when competitive effects are less immediately obvious. In such cases we need first to find out whether there is market power capable of being exercised. If so, we must know whether this particular exercise is harmful, and that being so, whether it is essential to any benefits claimed for it”*(p. 108).

*“We apply the per se rule only after we have a **high degree of confidence developed through experience** that the rule of reason would result in the same outcome, provided that all the facts were known”*(p. 120).

Temos um alto grau de confiança, desenvolvida por meio da experiência, de que tabelas de preço seriam ilícitas, ainda que analisadas pela regra da razão?

DIREITO EUROPEU E ILÍCITO POR OBJETO

Direito europeu e ilícito por objeto

- O artigo 101(1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE):

*“The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have **as their object or effect** the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market”.*

- O Tratado não define quais tipos de ajustes seriam ilícitos pelo objeto ou pelo efeito, mas admite que certos acordos podem ser tidos como ilícitos pelo próprio objeto;
- Quando um ajuste é tido como ilícito pelo objeto, isso ocorre por se considerar que, mesmo em teoria, é improvável ou incapaz de produzir eficiências, e, ainda que se pudesse conceber possíveis eficiências, elas não conseguiriam suplantar os danos decorrentes;
- A classificação como ilícito por objeto acarreta a presunção de efeitos negativos, de modo que a autoridade antitruste fica dispensada de demonstrar os efeitos anticompetitivos da conduta;

Direito europeu e ilícito por objeto

- A distinção entre ilícitos por objeto e por efeitos significa **regimes distintos de análise** com uma presunção mais rigorosa.
- Ocorre uma inversão do ônus probatório quando esse ilícito é verificado, de modo que é desnecessário à autoridade produzir provas para demonstrar os efeitos anticompetitivos da conduta, pois eles são presumidos;
- São os representados que devem produzir provas que demonstrem as eficiências do acordo e as peculiaridades do contexto em que se inseriu, podendo, eventualmente afastar a presunção de efeitos negativos;
- No entanto, ainda em casos de ilícito por objeto, a Corte Europeia já manifestou que se deve considerar, entre outros, o conteúdo das disposições do acordo, o objetivo buscado pelo acordo e o contexto jurídico e econômico do qual faz parte;
 - *Case C-67/13 P Groupement des Cartes Bancaires v. Commission, ECLI:EU:C:2014:2204, paragraph 53; Case C-286/13 P Dole v Commission, ECLI:EU:C:2015:184, paragraph 117; Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P GlaxoSmithKline, ECLI:EU:C:2008:738, paragraph 58; Joined Cases 96/82 to 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 and 110/82 IAZ International Belgium and Others ECLI:EU:C:1983:310, paragraph 25; Case C-209/07 Beef Industry Development Society ECLI:EU:C:2008:643, paragraph 16 and Case C-32/11 Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others, ECLI:EU:C:2013:160*
- Segundo o “Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice” (2014), a presunção de efeitos negativos não impede os representados de suscitarem como defesa as exceções cumulativas listadas no artigo 101(3) do TFUE, que tratam dos ganhos de eficiência, dos ganhos aos consumidores, do caráter indispensável da conduta e da não eliminação da concorrência;

Direito europeu e ilícito por objeto

◦ De acordo com o *case law* existente, é possível indicar as seguintes práticas como ilícitas pelo objeto:

A) acordos horizontais contendo disposições sobre fixação de preço, divisão de mercado, restrições de output, fraudes à licitações e boicotes coletivos (*hardcore*);

B) troca de informações capazes de remover incerteza quanto a comportamento de preços e quantidades futuras;

C) acordos verticais sobre preços mínimos ou fixos de revenda;

D) acordos verticais que levam à proteção territorial absoluta, inclusive restrições em vendas passivas;

E) proibição ou limitação de importações paralelas e bans de exportação;

F) acordos de distribuição seletiva sem justificativa objetiva.

A ILICITUDE POR OBJETO NO DIREITO BRASILEIRO

A ilicitude por objeto no direito brasileiro

- O artigo 36 da Lei 12.529/2011 define que:

*“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que **tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados”.*

- A distinção é inspirada no modelo europeu de defesa da concorrência e está prevista no ordenamento desde a Lei 8.158/1991, tendo sido reproduzida na Lei 8.884/1994 e também na atual Lei de Defesa da Concorrência;
- Os conceitos de ilícitos por objeto e por efeitos são abertos legalmente e não há tipificação estrita.

A ilicitude por objeto no direito brasileiro

- Compreende-se que ilícitos por objeto configuram-se quando o próprio objeto da conduta prejudica a concorrência, não sendo possível verificar, mesmo em princípio, outro objetivo relacionado à prática que não a restrição da concorrência;
- Nos ilícitos por objeto, é desnecessário examinar as estruturas de mercado, o mercado relevante, o poder de mercado do agente, etc;
- De outro lado, os ilícitos por efeitos, por terem presunção de licitude, se submetem a um regime de análise mais aprofundada, ficando a autoridade administrativa incumbida da tarefa de analisar o mercado relevante, as estruturas do mercado, o poder econômico do agente, etc., devendo comprovar os efeitos negativos que tornam a conduta uma infração.

A ilicitude por objeto no direito brasileiro

- A incorporação pelo direito brasileiro dos conceitos de regra da razão e regra *per se* do direito norte-americano ocasiona, de fato, uma série de imprecisões conceituais e de aplicações controversas;
- A doutrina sugere que seria possível resumir a questão em:
 - regra da razão e regra *per se* são regimes de análise da infração antitruste, utilizados pela jurisprudência;
 - ilícitos por objeto ou por efeitos são categorias de infração antitruste previstas na legislação;
- Dessa importação surgiu uma “terceira categoria” de ilícito, citada na jurisprudência do CADE, o ilícito *per se*;

“No exame da jurisprudência do Conselho, cabe ainda destacar o voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA nº 08012.006923/2002-18 (...) [O] Conselheiro fez questão de ressaltar que, mesmo constituindo uma infração por objeto, **a divulgação de tabela de preços não configura uma infração per se. Logo, a presunção de ilicitude poderá ser afastada caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável**, como a compensação de eventual poder de oligopsônio”. (PA 08012.001591/2004-47, voto Relatora Ana Frazão).
- O ilícito *per se* é aplicado apenas em casos de cartel *hardcore* (conforme definido pela OCDE)
- Nesses casos, a denominação do cartel *hardcore* como ilícito *per se* serviria para distanciá-lo da categoria pura do ilícito por objeto, implicando um regime de presunção absoluta de ilicitude, pelo qual é incabível aos representados apresentar quaisquer argumentos para desconstituir tal presunção, depois de comprovadas materialidade e autoria do fato.

e a tabela de preço?

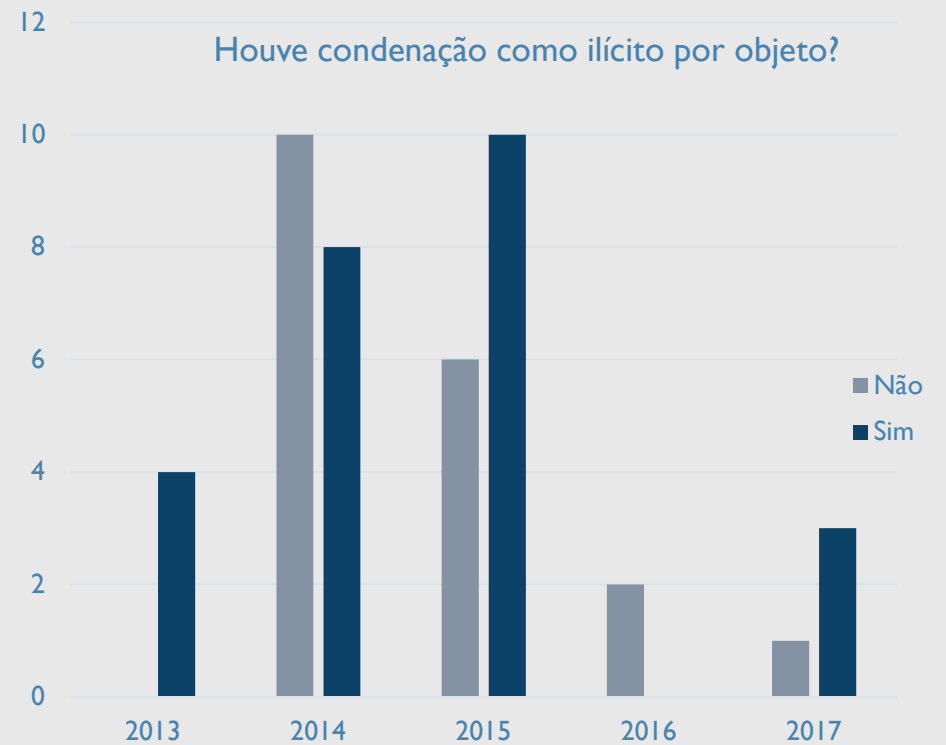
Ilícito *per se*, ilícito por objeto ou ilícito por efeito?

PESQUISA SOBRE TABELAS DE PREÇOS NO CADE

Pesquisa

- Desde a vigência da Lei 12.529/2011, foram identificados 47 processos administrativos em que o CADE julgou a prática, caracterizando-a como influência à conduta comercial uniforme, nos termos do art. 36, I e §3º, II (arts. 20, I e 21, II, da Lei 8.884/1994);
- Desses processos, apenas 3 foram arquivados na totalidade, de modo que a prática foi condenada em 44 processos;
- Desses 44 processos, é possível dizer que em 25 (57%) a prática foi condenada como ilícito por objeto, o que demonstra um cenário de incerteza quanto à análise da conduta;

| Houve condenação como ilícito por objeto? | | | |
|---|-----|-----|-------------|
| Ano | Não | Sim | Total Geral |
| 2013 | | 4 | 4 |
| 2014 | 10 | 8 | 18 |
| 2015 | 6 | 10 | 16 |
| 2016 | 2 | | 2 |
| 2017 | 1 | 3 | 4 |
| Total Geral | 19 | 25 | 44 |

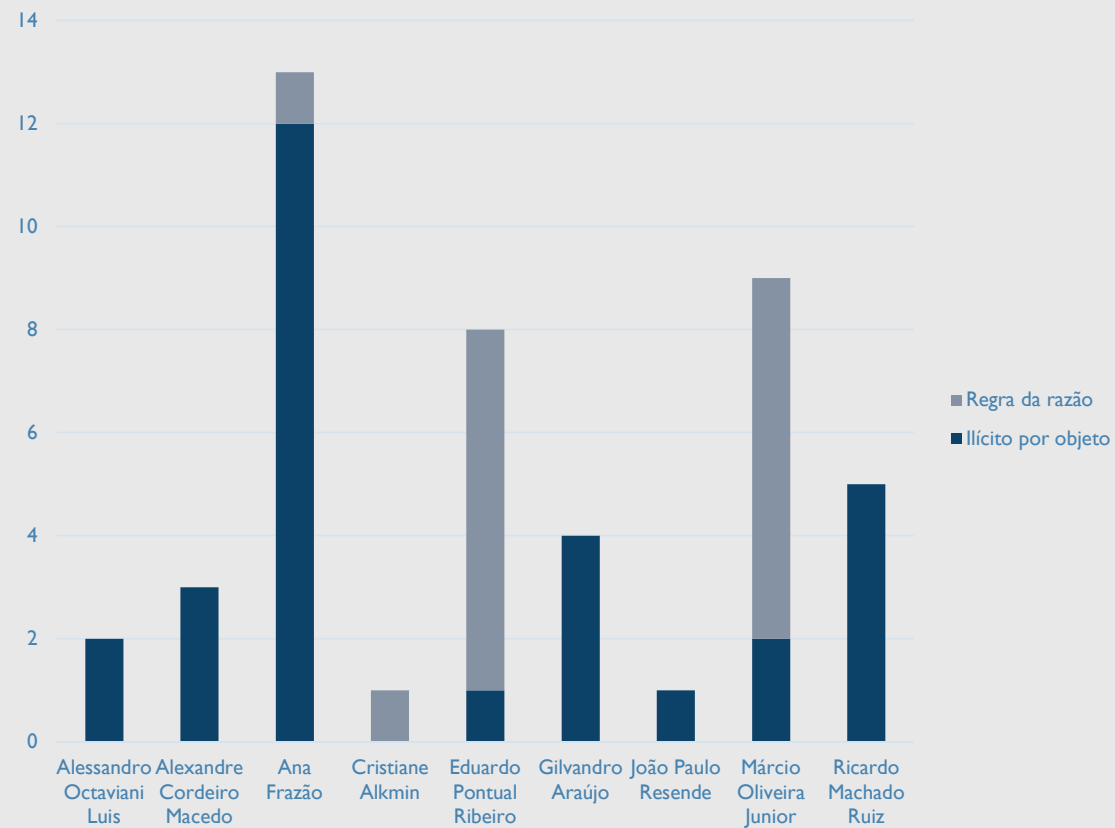


Pesquisa

- O conceito de ilícito por objeto, contudo, não é utilizado de maneira uniforme pelos Conselheiros, significando análises e consequências diferentes.
- No período analisado, foi possível identificar o posicionamento dos seguintes Conselheiros: Alessandro Octaviani, Alexandre Cordeiro Macedo, Ana Frazão, Cristiane Alkmin, Eduardo Pontual Ribeiro, Gilvandro Araújo, João Paulo Resende, Márcio Oliveira Junior, Marcos Paulo Veríssimo e Ricardo Machado Ruiz.
- Traçando os posicionamentos desses Conselheiros, verifica-se, de modo geral, três linhas principais de análise para a conduta:
 - A) “ilícito per se”: ilicitude por objeto sem análise das condições de mercado, não permitindo excludentes de ilicitude, verificando apenas materialidade e autoria;
 - B) “ilícito por objeto”: análise com inversão do ônus da prova, admitindo excludentes de ilicitude que envolvem demonstração de eficiências;
 - C) “ilícito por efeito”: necessário analisar a conduta por uma ótica de regra da razão.

| Posicionamentos nos votos-relatores | | | |
|-------------------------------------|--------------------|----------------|-------------|
| Rótulos de Linha | Ilícito por objeto | Regra da razão | Total Geral |
| Alessandro Octaviani Luis | 2 | | 2 |
| Alexandre Cordeiro Macedo | 3 | | 3 |
| Ana Frazão | 12 | 1 | 13 |
| Cristiane Alkmin | | 1 | 1 |
| Eduardo Pontual Ribeiro | 1 | 7 | 8 |
| Gilvandro Araújo | 4 | | 4 |
| João Paulo Resende | 1 | | 1 |
| Márcio Oliveira Junior | 2 | 7 | 9 |
| Ricardo Machado Ruiz | 5 | | 5 |
| Total Geral | 30 | 16 | 46 |

Posicionamentos nos Votos-Relatores



Pesquisa

- Como expoente da primeira vertente, que finda por conferir um regime de presunção absoluta de ilicitude, indicam-se os Conselheiros João Paulo Resende e Gilvandro Araújo;
- Como expoentes da segunda vertente, indicam-se os Conselheiros Alexandre Cordeiro Machado, Ana Frazão, Marcos Paulo Veríssimo, Alessandro Octaviani e Ricardo Machado Ruiz;
- Por fim, como expoentes da terceira vertente, indicam-se os Conselheiros Cristiane Alkmin, Eduardo Pontual e Márcio Oliveira Junior.

*Observação: o posicionamento de cada Conselheiro foi extraído por meio dos votos (relator, vista ou vogal) e não foram levados em consideração casos em que o Conselheiro apenas “acompanhou” outro voto.

Pesquisa

- A segunda vertente exposta, aderida pelo maior número de Conselheiros, sendo intermediária das outras duas, poderia se aproximar de uma análise do tipo “quick look”, utilizada no direito-norte americano;
- Essa percepção, inclusive, foi mencionada pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, no julgamento do PA 08012.007011/2006-97, julgado em 2017:

*“A negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências, e entendo que isso deve ser considerado pela autoridade antitruste, utilizando-se, pois, de uma métrica mais flexível dentro de uma escala de presunção de ilegalidade. Entendo que a persecução administrativa não deve considerar tais casos como ilícito por objeto nem tampouco regra da razão pura, mas sim **algo intermediário em uma escala de presunção, aproximando do que os americanos chamam de “quick look”**”.*
- Em sentido similar, no PA 08012.001591/2004-47, julgado em 2015, a Conselheira Ana Frazão expressa:

*“De fato, em regra a edição de tabelas de preços constitui infração antitruste por objeto. Todavia, **mesmo as infrações por objeto precisam ser analisadas diante das circunstâncias do caso concreto de modo a averiguar se “a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços”**, tal como expresso no voto do Conselheiro Marcos Paulo no PA nº 08012.006923/2002-18”.*

Conclusões: algumas “regras gerais”

- Para além dos casos de cartel *hardcore*, o CADE também vem tratando como ilícito por objeto a prática de tabelamento de preços;
- A Tabela de preços – ainda que sugestiva – tem o poder de direcionar e induzir a coordenação do mercado e, por isso, goza de, no mínimo, uma presunção de ilicitude.
- Tal ilicitude é relativizada apenas em casos envolvendo médicos e o poder de monopólio frente aos hospitais e planos de saúde.
- Tabela que não possui outro objeto senão a intenção de padronizar preços e práticas comerciais entre concorrentes deve ser considerada ilícita.

Conclusões: alguns “pontos interessantes”

- Todos os casos de tabelamento desde 2012 envolvem a negociação coletiva entre ou dentro de sindicato/associação;
- A ilicitude da tabela decorre da sua intenção de padronizar preços de concorrentes, retirando um elemento central à concorrência, se assemelhando à noção de “naked restraint” do direito americano.
- Encontrei apenas um caso de arquivamento por afastado a ilicitude em razão de eficiências comprovadas:
 - PA 08000.009391/1997-17; Mercado de prestação de serviços de rebocagem; Representante: Grupo Executivo para Modernização dos Portos, do Ministério da Marinha; Representados: Sindicato das Agências de Navegação Marítima do Estado de São Paulo - Sindamar, Companhia de Navegação de Lagoas (incorporada e sucedida por Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A. - SAAM), Saveiros Camuyrano Serviços Marítimos S.A., Metainave S/A Comércio e Indústria, Sobrare- S erv ermar S.A. e Suinorte Serviços Marítimos Ltda.

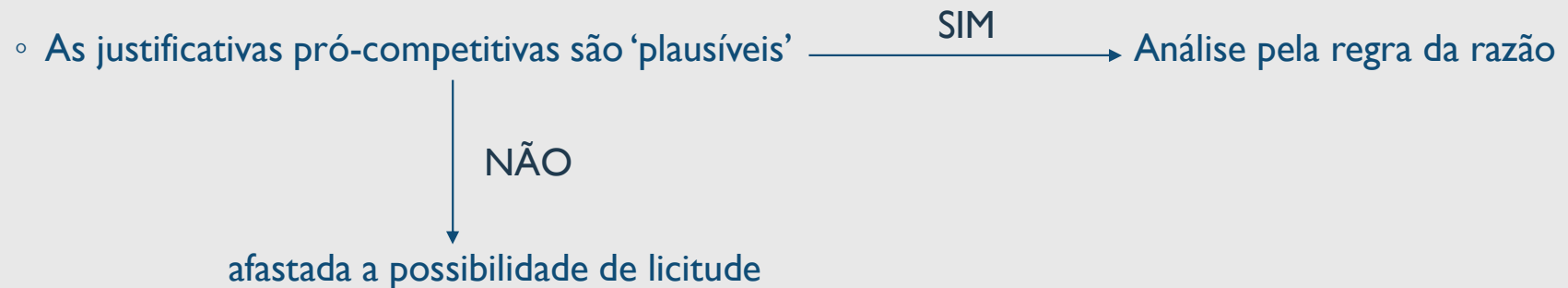
CONCLUSÃO

As vantagens e desvantagens do raciocínio *per se*

- A oposição e disputa entre as classificações da infração antitruste pelos seus efeitos ou pelo seu objeto dizem respeito, principalmente, ao nível de segurança jurídica e de economia processual que cada uma das categorias proporciona;
- Desse modo, como vantagens do raciocínio *per se*, apontam-se: a segurança jurídica dos jurisdicionados; a dissuasão da referida conduta anticompetitiva; a economia processual, por dispensar a autoridade de exame detido e demorado dos impactos no mercado;
- Em oposição, como desvantagens, apontam-se: risco de *overdeterrence*, que pode culminar em erros do tipo II (falso positivo), que resultam na condenação de condutas benéficas ao bem-estar social; aprofundamento da assimetria de informações, uma vez que a autoridade não estuda as condições do mercado em análise.

Proposta:

- A proposta feita é a de compreender o ‘ilícito por objeto’ como aquele que inverte o ônus da prova. Assim, a autoridade presume o ilícito e analisa os efeitos apenas e quando provocada pela parte.



**California Dental Ass'n v. F.T.C.*, 526 U.S. 756, 770 (1999)

Bibliografia

BESCHLE, Donald L. What, Never? Well, Hardly Ever: Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per se Antitrust Illegality. *Hastings Law Journal*, v.38, 1987.

HOVENKAMP, Hebert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PEEPERKORN, Luc. Defining “by object” restrictions. *Concurrences* n. 3, 2015.

SOKOL, Daniel. The transformation of vertical restraints: per se illegality, the rule of reason, and per se legality. *Antitrust Law Journal*, n.3, 2014.

ZELGER, Bernadette. “By object” restrictions pursuant to Article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court's judgement in Expedia?. *European Competition Journal*, vol. 13, n. 2-3, p. 356-389, 2017.

Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice

http://awa2016.concurrences.com/IMG/pdf/de_minimis_notice_annex_en.pdf

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.