

INVESTIGAÇÕES ANTITRUSTE NO SETOR DE PEÇAS AUTOMOTIVAS E A NECESSIDADE OU NÃO DE DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE: UMA ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO CADE

Bruno Almeida Silva¹

RESUMO

Este artigo discutirá o sedimentado entendimento do CADE acerca da desnecessidade de definição do mercado relevante em investigações de cartel e de troca de informações concorrencialmente sensíveis, especialmente com enfoque no setor de peças automotivas, objeto de ampla análise pela autoridade antitruste nos últimos anos. A partir da alta complexidade da dinâmica do setor, é possível presumir que a definição de mercado relevante é uma ferramenta de grande importância – até mesmo fundamental – para a compreensão dos níveis de concorrência entre os agentes econômicos, inclusive em se tratando de investigações de condutas coletivas analisadas por seu objeto. Desse modo, este artigo estudará a literatura antitruste e a jurisprudência do CADE sobre o tema para compreender a importância da devida análise das relações comerciais no setor de peças automotivas e, ainda, de uma delimitação das diversas segmentações de mercado neste setor. Será visto que a definição de mercado relevante pode impactar profundamente nas conclusões da autoridade antitruste acerca da própria ilicitude da prática investigada.

Palavras-chave: CADE, Mercado Relevante, Cartel, Peças Automotivas, Concorrência.

ABSTRACT

This paper will discuss CADE's established understanding against the necessity of defining relevant market in investigations of cartel or exchange of competitive sensitive information, specially focusing on the sector of automotive parts, which was submitted to a wide analysis by antitrust authority in the last years. Considering high complexity of the sector's dynamic, it is possible to assume that definition of relevant market is a tool of great importance – even fundamental – to the comprehension of competitive levels among economic agents, including investigations of collective conducts analyzed by its object. Therefore, this paper will study antitrust literature and CADE's case law regarding the subject to

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

understand the importance of analyzing commercial relations in the sector of automotive parts and defining the variety of market segmentation in this sector. It will be seen that definition of relevant market can deeply influence the conclusions of antitrust authority regarding the illegality of investigated practices.

Keywords: CADE, Relevant Market, Cartel, Automotive Parts, Competition.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), por meio de sua Superintendência-Geral (“SG”), deu início a uma ampla investigação de condutas colusivas nos mais diversos setores, como reflexo de uma política institucional de repressão a cartéis por parte da autoridade antitruste (GANTOIS; PIMENTA, 2017). Neste ínterim, um dos setores largamente perscrutados pelo CADE é, atualmente, o mercado de peças automotivas que, devido às suas peculiaridades, comporta uma extensa gama de possíveis segmentações quando da definição de mercado relevante, conforme será explicado neste trabalho.²

Uma leitura das principais manifestações da SG em casos envolvendo o setor de peças automotivas, como por exemplo em suas Notas Técnicas de instauração de Processos Administrativos, permite verificar alguns pontos capazes de levantar fortes discussões entre estudiosos do Direito Antitruste. Um desses temas trata justamente da definição de mercado relevante, tanto na ótica do produto, quanto na ótica geográfica, em casos de cartéis e até mesmo de troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Acerca deste assunto, a SG tem reiteradamente firmado uma posição quanto à desnecessidade da definição, *a priori*, do mercado relevante quando da análise de casos de cartéis, tendo como principal justificativa se tratar de conduta avaliada por seu objeto, não carecendo da análise de efeitos. Assim, conforme explicitado em diversas oportunidades pela SG, a delimitação do mercado relevante é uma etapa dispensável, vez que a própria existência da conduta contrária à ordem econômica, por si só, tem a capacidade de determinar o escopo do acordo anticompetitivo. De acordo com a SG:

A análise de mercado relevante funciona tão somente como mecanismo para averiguar se é adequado, prático e razoável isolar ou fragmentar a área da atividade econômica em que a lei incidirá, sendo a própria definição do mercado dispensada em face do

² Trabalharemos a definição do mercado de peças automotivas ao longo deste artigo, mas para fins didáticos, utilizaremos esta nomenclatura ao longo do texto, sem qualquer pretensão de esvaziar sua análise.

caráter obviamente anticompetitivo da conduta, que é ilícita por objeto, e não por seus efeitos.³

Neste sentido, este artigo discutirá o tema da definição de mercado relevante em casos de cartéis ou troca de informações concorrencialmente sensíveis⁴, mais precisamente no âmbito da apuração destas condutas no mercado de peças automotivas, devido (i) à amplitude da atuação do CADE no setor, nos últimos anos; (ii) ao posicionamento não unânime do CADE quanto ao mercado, vez que se pauta, na maioria das vezes, em pelo menos algum grau de delimitação do mercado, mas reitera a desnecessidade da análise de mercado relevante; e (iii) à complexidade do setor de peças automotivas, tendo em vista as diversas segmentações pacificadas pelo próprio CADE.

Como resultado da presente análise, pretende-se dar enfoque à importância de uma minuciosa definição de mercado relevante em casos de condutas como cartéis e troca de informações sensíveis no setor de peças automotivas, considerando ser este um dos principais instrumentos de que dispõe o Direito Antitruste para o alcance de decisões mais precisas e rentes à realidade econômica que, por sua vez, é demasiadamente dinâmica e singular para cada setor da economia.

1. MERCADO RELEVANTE COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE

Para melhor iniciar as reflexões deste artigo, é adequado verificar qual o papel da definição do mercado relevante na análise antitruste e, subsequentemente, sua importância e necessidade para a definição das relações de concorrência. Logo, antes de se passar aos argumentos favoráveis e contrários à necessidade de definição de mercado relevante na investigação de cartéis, importa destacar, dentre outros pontos, alguns debates doutrinários acerca do próprio conceito de mercado relevante, para melhor compreensão do tema.

O exercício das políticas de defesa da concorrência ocorre, na ótica do Estado Regulador, tanto no sentido de prevenir, quanto de reprimir possíveis distorções econômicas que podem afetar o bem-estar econômico-social de variadas formas. Por exemplo, por meio da inviabilização ou arrefecimento da concorrência, ou mesmo pela elevação dos preços de um produto sem que haja possibilidade de desvio da demanda para outro *player*, além de outros diferentes impactos.

³ Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59, instaurado em 09 de outubro de 2014.

⁴ A troca de informações concorrencialmente sensíveis foi incluída na presente análise, tendo em vista que há investigação em curso, no setor de peças automotivas, referente a esta conduta, que reitera a tese de desnecessidade de definição de mercado relevante. No entanto, não se pretende fazer uma análise pormenorizada sobre a aplicação ou não da análise pelo objeto às trocas de informações sensíveis.

Toda esta dinâmica comportamental ocorre ao menos em um lugar e sobre um determinado bem. A estes, os estudiosos da matéria deram o nome de mercado relevante geográfico e mercado relevante do produto - embora também haja alguma discussão sobre mercado relevante temporal que não será trabalhado aqui em respeito ao escopo da pesquisa. Atualmente, a própria Lei 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “Lei Antitruste”) utiliza o conceito de “mercado relevante” em diversos momentos como, por exemplo, para configurar as hipóteses de infração à ordem econômica (FORGIONI, 2016):

Art. 36. 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:

[...]

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços [...] (BRASIL, 2011)

Whish e Bailey (2012), quando da conceituação do tema, resgataram importante manifestação da Comissão Europeia no sentido de que

Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. It serves to establish the framework within which competition policy is applied by the Commission. The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face. The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure (EUROPEAN COMMISSION, 1997, p. 01).

A partir do extrato acima, Whish infere alguns importantes pontos, dentre os quais destacam-se: (i) o mercado relevante é um método de análise, e não um fim em si mesmo, para determinar as pressões competitivas entre empresas; e (ii) a substituíbilidade da demanda é a essência da definição de mercado relevante, considerando que o grau de substituição do produto, na ótica da demanda, tem um grande impacto na tomada de decisões do agente de mercado, inclusive com relação ao preço do produto. Esta ideia será de grande importância para as etapas posteriores deste trabalho (WHISH; BAILEY, 2012).

Portanto, é possível sintetizar o conceito de mercado relevante como sendo “o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência”, bem como “aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece” (FORGIONI, 2016).

Para se operacionalizar esta definição, Salomão Filho propõe que deva ser considerada não apenas a possibilidade de substituição no lado

da demanda, mas também a substituição no viés da oferta, verificando-se então quais os agentes de mercado que estariam aptos a competir no fornecimento de um determinado produto em um espaço geográfico, quando da ocorrência de um aumento de preços (SALOMÃO FILHO, 2007a). Assim, haveria a necessidade de uma projeção da estrutura econômica em um cenário futuro de elevação de preços, utilizando como base, caso possível, um preço competitivo e aplicando um aumento sobre este. No limite, estaria definido o mercado relevante por meio deste teste de poder de mercado, ao qual o direito norte-americano chama de “teste do monopolista hipotético”.⁵

A definição de mercado no CADE atualmente é feita, principalmente, com base nas disposições do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. A partir dele, tem-se que a autoridade antitruste possui uma ampla gama de métodos disponíveis para aferição do mercado relevante, a depender do caso concreto. Apenas a título exemplificativo – vez que não se pretende aqui pormenorizar cada metodologia de análise –, o Guia considera possível, para definição de mercado, a utilização de aspectos como (i) a análise de informações qualitativas; (ii) o uso de informações de preços; (iii) a análise do fluxo de mercadorias e consumidores etc. (BRASIL, 2016).

Estabelecido este conceito imprescindível, deve-se agora observar a atuação do CADE no controle de condutas colusivas referentes ao mercado de peças automotivas. A partir da compreensão da dinâmica deste mercado e de como a autoridade antitruste o tem segmentado, passaremos a refletir sobre a tese de que a análise de cartéis prescinde da definição de mercado relevante.

2. DEFINIÇÃO DO MERCADO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS NO CADE

Desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, agora revogada pela nova Lei de Defesa da Concorrência, viu-se um movimento jamais presenciado antes no Brasil. Diferentemente da aplicação esparsa e sazonal das

⁵ Sobre o conceito de teste do monopolista hipotético, as Horizontal Mergers Guidelines norte-americanas dispõem o seguinte: “The hypothetical monopolist test requires that a product market contain enough substitute products so that it could be subject to post-merger exercise of market power significantly exceeding that existing absent the merger. Specifically, the test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future seller of those products (“hypothetical monopolist”) likely would impose at least a small but significant and non-transitory increase in price (“SSNIP”) on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging firms. For the purpose of analyzing this issue, the terms of sale of products outside the candidate market are held constant. The SSNIP is employed solely as a methodological tool for performing the hypothetical monopolist test; it is not a tolerance level for price increases resulting from a merger” (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2010, p. 09).

normas antitruste estabelecidas por leis anteriores à Lei 8.884/1994, com picos de engajamento por parte do Poder Público com relação ao controle de condutas, passou-se a uma implementação mais sólida das políticas de defesa da concorrência (FORGIONI, 2016).

Como resultado deste fenômeno, houve um aumento significativo no volume de casos envolvendo condutas anticompetitivas sob análise do CADE, especialmente após a celebração do primeiro Acordo de Leniência em 2003 – hoje um dos mais fortes instrumentos de detecção de comportamentos contrários à ordem econômica (BRASIL, 2016).

Em meio ao crescimento do *enforcement* concorrencial no âmbito da Administração Pública, um dos setores da economia que chama a atenção pelo elevado número de casos submetidos à análise pela autoridade antitruste é justamente o mercado de peças automotivas.

De acordo com informações públicas da SG, apenas entre 2014 e 2017 foram instaurados 13 (treze) Processos Administrativos que tratam de supostos cartéis relativos ao setor de peças automotivas, além de outros casos que seguem sob análise da SG, relativos aos mercados de iluminação automotiva, interruptores de emergência, mecanismos de acesso e embreagens automotivas – estes ainda não tornados públicos.⁶

Logo, é bastante razoável considerar que o CADE tem se dedicado com afinco a investigar e punir supostas condutas nesse mercado, postura esta imbuída de grande importância para o cenário econômico, especialmente considerando os vastos danos que cartéis podem causar ao cenário concorrencial permitindo, por exemplo, que *players* de um determinado mercado atuem com indiferença às pressões competitivas e estejam aptos a praticar preço de monopólio, podendo causar um impacto direto no consumidor final (FORGIONI, 2016).

Com isso em vista, importante fazer uma descrição de como o CADE tem entendido a dinâmica do mercado de peças automotivas, para posteriormente analisar o posicionamento da autarquia quando da investigação de condutas colusivas no referido mercado.

Inicialmente, em voto recente do Conselheiro Paulo Burnier em Processo Administrativo que apurou abuso de direito de propriedade intelectual por parte de montadoras de veículos, considerou-se que o mercado de peças automotivas se subdivide em (i) mercado primário ou *foremarket*, relacionado à comercialização de veículos novos; e (ii) mercado secundário ou *aftermarket*, que trata da fabricação e venda de peças destinadas à reposição no mercado automobilístico.⁷

⁶ Processo Administrativo nº 08700.004629/2015-38, julgado em 13 de junho de 2018.

⁷ Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

Ainda nesse sentido, existem diversos precedentes em Atos de Concentração nos quais o CADE segmentou o mercado, a princípio, conforme a destinação dos produtos automotivos. Assim, haveria um mercado de “produtos para fabricantes de equipamentos originais e para fornecedores de equipamentos originais” e outro de “produtos vendidos no aftermarket, ou de peças de reposição”, intitulados pela jurisprudência do CADE, conforme o melhor entendimento internacional, respectivamente como (i) *Original Equipment Manufacturer* ou *Original Equipment Service* – OEM/OES; e (ii) *Independent Aftermarket* – IAM.⁸

As razões para a diferenciação entre os mercados OEM/OES e IAM consistem em (i) condições de negociação e de concorrência; e (ii) estruturas de oferta e demanda. Os clientes OEM/OES são, em grande parte, montadoras de veículos automotivos que incorporam as peças adquiridas no seu produto final. Há também demanda nesse mercado por parte de concessionárias de automóveis, visando à revenda das peças automotivas. De toda forma, o mais importante diferencial, em primeiro lugar, é que os clientes do mercado OEM/OES possuem largo poder de negociação, vez que os fabricantes que fornecem peças a eles competem para oferecerem as melhores cotações a estes clientes. Além disso, considerando que estas cotações ocorrem quando do iminente lançamento de um novo modelo de automóvel, é comum que tais clientes demandem uma grande quantidade de cada peça que precisam para a estruturação dos veículos.⁹

Por outro lado, as demandas por produtos por parte dos clientes IAM é consideravelmente menor, visto que estes consistem em agentes independentes que prestam serviços de reparo e manutenção a veículos automotivos, tais como oficinas mecânicas e até mesmo revendedores de peças não autorizados por montadoras de veículos.¹⁰

A princípio, o mercado já se apresenta com uma característica bastante particular, uma vez que um produto com determinada função pode não ser substituível, em razão de sua destinação, por outro com mesma função. Portanto, é pacífico o entendimento de que existem diferentes estruturas de concorrência entre clientes OEM/OES e IAM.

Não obstante, o CADE tem considerado também outras segmentações no setor de peças automotivas. Para além da destinação do produto com relação ao cliente, entende-se que diferentes tipos de veículos demandam peças automotivas igualmente distintas. Logo, não há substituíbilidade

⁸ Ato de Concentração n° 08700.010134/2014-67, aprovado sem restrições em 19 de fevereiro de 2015. Ver também Atos de Concentração Nos. 08700.001401/2014-05, 08012.004551/2011-86, 08012.011518/2006-45 e 08012.000439/2004-47.

⁹ Ver Atos de Concentração Nos. 08700.001401/2014-05 e 08700.010134/2014-67.

¹⁰ *Ibidem*.

entre *algumas* peças fabricadas para (i) veículos leves, como o caso de automóveis de passageiros e comerciais leves; e (ii) veículos pesados, o que inclui os caminhões. Em termos quantitativos, a diferença pragmática se daria entre veículos com menos e mais de 6 (seis) toneladas. Assim, caminhões de pequeno porte podem também ser entendidos como veículos leves.¹¹

No entanto, a principal segmentação desempenhada sobre este mercado ocorre na relação entre as diferentes peças automotivas e suas respectivas aplicabilidades. Este também é o entendimento preponderante nas decisões do CADE, tanto nas análises de estruturas como em relação às condutas. Nas palavras do Conselheiro Paulo Burnier:

Em realidade, o mercado relevante é ainda mais segmentado. Isso porque peças de formatos diferentes e elaboradas para automóveis diferentes não concorrem entre si. Inexiste substituíbilidade entre um farol e um para-choque (peças diferentes) ou entre uma lanterna esquerda do Ford Focus e uma lanterna esquerda do Fiat Uno (mesma peça elaborada para automóveis de modelos distintos). Para o consumidor que precisa adquirir uma peça de reposição – em razão de uma colisão, por exemplo – só há uma única peça capaz de restituir ao automóvel sua aparência e funcionalidade originais.¹²

Não sem razão que os inúmeros Processos Administrativos instaurados pela SG para averiguar condutas colusivas no setor de peças automotivas, em grande parte, se referem a cada tipo de peça envolvida na suposta conduta. Por exemplo, há investigações relativas a velas de ignição, rolamentos antifrição, revestimentos de embreagem, dispositivos de segurança para automóveis, filtros automotivos etc.

Portanto, é evidente que a segmentação desse mercado é imprescindível para uma correta apuração dos fatos, vez que comporta diversas peculiaridades que, no limite, podem até afastar ou reforçar inferências acerca da existência de concorrência entre diferentes agentes do mercado de peças automotivas.

Avançando na análise, importa agora verificar como a SG tem trazido o tema da definição de mercado relevante em casos de cartéis em suas Notas Técnicas. Conforme proposto, o presente estudo analisará tão somente o setor de peças automotivas, não pretendendo, portanto, esgotar o tema ou impor generalizações desprovidas de fundamentação.

3. POSICIONAMENTO DA SG SOBRE CONDUTAS NO MERCADO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS

¹¹ Ibidem.

¹² Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, julgado em 14 de março de 2018.

No tópico anterior, foi visto que o mercado de peças automotivas tem sido fortemente segmentado nas análises do CADE, devido às suas diversas especificidades, que implicam diferentes possibilidades de concorrência - ou não, entre empresas do setor.

No entanto, nota-se que, em praticamente todas as Notas Técnicas de instauração de Processo Administrativo para apuração de condutas colusivas no setor de peças automotivas, a SG dedica um parágrafo especialmente para tratar do tema da definição de mercado relevante.

O principal ponto defendido é de que o cartel é uma conduta que deve ser analisada pelo seu objeto, não por seus efeitos anticompetitivos. Dessa forma, a potencial produção de efeitos nocivos à concorrência é *presumida*, dentro do escopo de operacionalização do acordo anticoncorrencial. Portanto, a SG entende que (i) constatada a existência de um acordo entre agentes econômicos que tenha como objeto alterar alguma das variáveis econômicas, como o preço ou quantidade do produto, (ii) presume-se o potencial dano à concorrência, (iii) sendo o mercado afetado pela conduta aquele(s) no(s) qual(is) o acordo foi praticado.

Ainda, como referência jurisprudencial à sua argumentação, a SG frequentemente menciona, dentre outros, o voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no caso Microsoft/TBA, que apurou utilização de poder de mercado, por parte da Microsoft, para influenciar a estrutura do mercado intramarcas de prestação de serviços de informática à Administração Pública, concedendo exclusividade à TBA para operacionalizar tais serviços no Distrito Federal – não se tratando, portanto, de conduta colusiva.¹³

Em seu voto, o Conselheiro destacou o caráter instrumental da definição de mercado relevante na análise de condutas anticoncorrenciais, podendo ser dispensada quando constatado um nível de ilegalidade no comportamento do agente de mercado, de modo que esteja clara o prejuízo ao processo competitivo.

Dessas ponderações, podemos inferir algumas conjecturas de grande relevância para a presente análise. Em primeiro lugar, cabe reputar como correto o entendimento de que a definição de mercado relevante possui um caráter instrumental na análise antitruste, uma vez que não é um fim em si mesmo. Seja na análise de estruturas ou mesmo de comportamentos pretéritos de algum agente, a definição de mercado servirá como uma lupa para compreender, inicialmente, o escopo da concorrência de que se está tratando, identificando quais agentes de mercado competem efetivamente entre si, bem como para verificar aspectos como o poder de

¹³ Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, julgado em 25 de agosto de 2004.

mercado e barreiras à entrada que podem influenciar significativamente a conclusão pela existência ou não de ilicitude da prática que está sob observação.

Por outro lado, o caráter instrumental próprio da definição de mercado relevante não significa sua desnecessidade para a análise de condutas anticompetitivas avaliadas pelo seu objeto. Uma discussão pode ser travada quando do próprio conceito e aplicação da teoria da conduta pelo objeto. De toda forma, a experiência antitruste demonstra que a dinâmica mercadológica não é estática, não comportando quaisquer padronizações. Assim, a presunção de ilicitude, defendida pela SG, das condutas pelo objeto não é, nem nunca foi, uma presunção absoluta.¹⁴ Não há como negar que, uma vez constatada uma estrutura de mercado na qual a conduta entre concorrentes para, por exemplo, fixar preços, fosse inócua e engolida pela pressão competitiva exterior, destituiu-se a presunção de potencialidade de efeitos anticoncorrenciais, visto que estes sequer são possíveis (SALOMÃO FILHO, 2007b).

Logo, propomo-nos a discutir, no próximo tópico, a efetiva razão de ser da definição de mercado relevante em casos de cartel ou troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes. A partir da dinâmica do mercado de peças automotivas que, como visto, comporta uma vasta gama de segmentações, entenderemos como a definição de mercado é necessária em alguns casos para delimitar o próprio escopo da concorrência com base em fundamentos pragmáticos, evitando generalizações de qualquer tipo.

4. A RAZÃO DE SER DA DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE

Conforme já comentado neste trabalho, o combate a cartéis é uma das principais agendas para qualquer autoridade responsável pela defesa da concorrência. De acordo com Whish e Bailey, *“there is a very real sense today among the world’s competition authorities that, if competition law is*

¹⁴ Nesse sentido, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, em 20 de fevereiro de 2012, pontuou que “[...] a presunção de ilicitude que acompanha as condutas anticompetitivas pelo objeto é baseada na experiência, no conteúdo do acordo e na sua alta probabilidade de prejudicar o bem coletivo protegido pela lei. Contudo, trata-se apenas de uma presunção *iuris tantum*, e não significa que se esteja adotando uma ficção absolutamente descolada da realidade, nem uma presunção irrefutável. Ao contrário, os elementos da realidade colaboram, por um lado, para o próprio julgamento de que dado acordo é ilícito pelo objeto. Por outro lado, a punição da conduta não independe, completamente, de uma análise concreta de seus efeitos, ainda que esta seja feita, neste caso, a posteriori. O ponto, aqui, é apenas perceber que essa análise de efeitos não é necessária para que se presuma, em princípio, a ilicitude. A presunção dispensa, em outras palavras, que a autoridade administrativa se desencarregue da prova dos efeitos para determinação da ilicitude, e transfere para o próprio Representado o ônus de provar que a restrição à concorrência é acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da persecução desse objetivo principal superam os riscos detectadas à concorrência”.

about one thing above all, it is the detection and punishment of hard-core cartels” (2012).

Desse modo, é compreensível que a autoridade antitruste utilize meios mais contundentes para a investigação de cartéis, como é o caso da própria teoria da conduta pelo objeto. Apenas a título de elucidação, visto não ser este o escopo desta pesquisa, a análise pelo objeto trata de uma inversão do ônus da prova, cabendo ao investigado demonstrar ao Poder Público que não esteve envolvido na supostas conduta analisada.¹⁵

No entanto, a presunção de ilicitude derivada da aplicação da supramencionada teoria não pode, conforme abordado anteriormente, ser tratada como algo estanque, incapaz de ser alterado.

Não é possível que um acordo entre não concorrentes, por exemplo, seja presumido como uma conduta infrativa à concorrência. Isto porque a própria natureza deste comportamento não permite este tipo de presunção, aplicando-se a análise da conduta pelos seus efeitos, nestes casos (FRAZÃO, 2015). É neste ponto que reside a grande relevância da definição de mercado quando da análise de acordos entre agentes de mercado, ou mesmo da troca de informações concorrenciais sensíveis.

Tomando como exemplo o mercado de peças automotivas e sua nítida complexidade, seria uma tarefa bastante questionável considerar quaisquer indícios de acordo entre agentes deste mercado como sendo um cartel sem antes haver uma pormenorizada análise do mercado relevante, especialmente na ótica do produto.

Uma empresa que fornece apenas peças utilizadas para a iluminação de veículos automotivos jamais poderia incorrer na prática de cartel com uma outra empresa que fornece exclusivamente peças para as rodas. Isto porque, conforme a análise aqui empreendida do mercado de peças automotivas, estas duas empresas não exercem pressão competitiva uma sobre a outra, vez que seus produtos não são substitutos em qualquer hipótese.

Portanto, um acordo entre elas poderia ter diversas interpretações, que não a existência de um cartel. Logo, a constatação da realização de um acordo, por si só, não é capaz de gerar a presunção de ilicitude, neste caso. Este entendimento é tão importante que o próprio CADE, em grande parte dos casos sob sua análise no setor de peças automotivas, delimita o tipo de peça automotiva ao qual a suposta conduta se refere.

¹⁵ Tal discussão foi abordada por Richard Whish em seminário do qual participou. Ver: ELIG GÜRKAYNAK ATTORNEYS-AT-LAW. Richard Whish on “By Object” Competition Restrictions (comments by Gönenç Gürkaynak). 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9RoshhaGZs&t=1627s>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

No entanto, existe precedente em que a tese da desnecessidade de definição de mercado relevante para condutas avaliadas por seu objeto resultou em uma investigação de escopo demasiadamente amplo, capaz de gerar interpretações totalmente destoantes da realidade do setor de peças automotivas. Trata-se do Processo Administrativo No. 08700.006386/2016-53, que investiga suposta *troca de informações concorrencialmente sensíveis* entre empresas concorrentes – na visão da SG – do setor de peças automotivas. A Nota Técnica de instauração dispõe o seguinte:

Quanto ao mercado e aos produtos afetados, a conduta investigada afetou especificamente o mercado independente de peças automotivas de reposição, também chamado de “*Independent Aftermarket*”, “*IAM*” ou simplesmente “*Aftermarket*”.

Tal conduta anticompetitiva teria ocorrido, pelo menos, a partir de 2003, e teria durado até, pelo menos, 2016. A Conduta dividiu-se em cinco fases: (i) Fase I – Operacionalização pela DMC; (ii) Fase II – Surgimento do G8; (iii) Fase III – Ampliação para G9; (iv) Fase IV – Redução para G8; e (v) Fase V – Declínio do Arranjo Anticompetitivo. Ao total, 28 (vinte e oito) empresas apresentam algum grau de participação, além de dezenas de pessoas físicas funcionárias ou ex-funcionárias das empresas.

Há diversos problemas de ordem conceitual e prática que derivam das assertivas defendidas pela SG. Em primeiro lugar, é questionável a própria aplicação da teoria da conduta pelo objeto em casos de troca de informações concorrencialmente sensíveis, visto que há entendimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Organization for Economic Co-Operation And Development*) de que a referida teoria se aplica em casos de cartel que não se confunde com a troca de informações sensíveis enquanto conduta isolada (2011).

Por outro lado, desconsiderando essa discussão da aplicação da teoria da conduta pelo objeto para manter o foco no tema da definição do mercado relevante, cabe ressaltar que, dentre as 28 companhias representadas no supramencionado Processo Administrativo, existem fabricantes das mais diversas peças automotivas que, como visto, não necessariamente competem entre si, uma vez que é preciso antes verificar o grau de substituíbilidade destes produtos, tanto na ótica da oferta, quanto da demanda, como vimos. Ainda, considerar o *aftermarket* como o único recorte na ótica do produto pode gerar um falso positivo, visto que, mesmo que as 28 empresas investigadas efetivamente forneçam peças ao *aftermarket*, isso não implica imediatamente na conclusão de que são concorrentes, vez que o mercado é consideravelmente mais segmentado. Não havendo substituíbilidade entre seus produtos, é possível discutir

se uma troca de informações sensíveis teria alguma consequência anticompetitiva.

Desse modo, conforme propõe a SG, delimitar o mercado afetado pela conduta após uma verificação da existência de eventual acordo ou troca de informações entre empresas no setor de peças automotivas, seria uma inversão da lógica do Direito Concorrencial, vez que, antes de qualquer movimento da autoridade antitruste para repressão de condutas, é necessário que esta verifique, nas palavras de Forgioni, onde “se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” (FORGIONI, 2016).

Ademais, a própria SG já reconheceu a importância de se empreender uma análise profunda quando da investigação de condutas no mercado de peças automotivas. Em Nota Técnica de saneamento em Processo Administrativo que investiga condutas anticompetitivas no mercado de revestimentos de embreagens, a SG entendeu que

Na fase de instauração, a análise cabível caracteriza-se tão somente pela avaliação desses indícios, e não pela extração de conclusões acerca das infrações descritas, o que somente ocorre após a realização de diligências que têm por finalidade esmiuçar o mercado relevante e a atuação dos Representados.¹⁶

Logo, é perceptível, a partir da própria experiência do CADE no mercado de peças automotivas, que a definição de mercado relevante é de grande importância, com o fim de verificar a própria possibilidade de existir um cartel ou uma troca de informações concorrencialmente sensíveis que efetivamente cause ou possa causar dano à concorrência.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou discutir a jurisprudência do CADE em investigações relativas ao mercado de peças automotivas, com enfoque na análise da necessidade ou não da definição de mercado relevante, especialmente em casos de cartel ou de troca de informações sensíveis.

A partir de todo o exposto, viu-se que a definição de mercado relevante é um instrumento de análise para a aferição dos níveis de competição entre agentes econômicos. Logo, não se trata de um fim em si mesmo, mas se sabe que, atualmente, a definição de mercado relevante é o método mais utilizado para estabelecer se há ou não concorrência entre *players*, tanto na ótica do produto, quanto na ótica geográfica – o pode ser percebido na própria atuação do CADE em atos de concentração.

Com isso em vista, considerando o grande nível de segmentação no mercado de peças automotivas, em razão da sua própria especificidade e

¹⁶ Processo Administrativo nº 08700.000949/2015-19, instaurado em 13 de fevereiro de 2015.

mesmo da aplicabilidade dos diferentes tipos de peças para a composição do produto final, ou seu reparo, não cabe simplesmente dizer que a existência de acordo entre empresas presume a ilicitude da prática. Apesar disso, é entendimento sedimentado na jurisprudência do CADE de que cartéis prescindem da análise de mercado relevante, devido à sua potencialidade lesiva à concorrência.

Como se sabe, as relações econômicas e mercadológicas são dinâmicas. Cada mercado possui características próprias, de modo que é por demasiado perigoso reproduzir um mesmo padrão de análise em todos os inúmeros mercados nos quais uma autoridade da concorrência irá se debruçar.

Dessa forma, a aplicação da teoria da conduta pelo objeto – que trata de uma inversão do ônus da prova, não é capaz de afastar por completo a análise do mercado relevante, uma vez que este é um importante método de aferição dos níveis de concorrência entre agentes de mercado, podendo, no limite, estabelecer se há, de fato, concorrência ou não entre um produto e outro. No caso das peças automotivas, uma ausência de definição de mercado relevante pormenorizada pode suscitar assertivas incoerentes com a realidade das próprias empresas que atuam no setor.

Portanto, é importante que haja, minimamente, alguma valoração das características do mercado relevante, mesmo em casos de cartel ou de troca de informações concorrencialmente sensíveis. Assim, o administrado poderá ter um nível aceitável de segurança jurídica quanto às conclusões que a Administração Pública tomará em eventuais decisões antitruste.

Ressalta-se, por fim, que a ideia não é tornar a definição de mercado relevante algo absolutamente inafastável, mas que, por ser uma ferramenta comprovadamente eficaz para a análise antitruste, não é razoável colocá-la como contrária à análise da conduta pelo objeto. Uma vez que a definição de mercado relevante enseja o reconhecimento das pressões competitivas em determinado setor da economia, tal instrumento pode até mesmo ser considerado complementar à análise da conduta pelo objeto.

Assim, verificada a existência do acordo, pode-se investigar também a própria possibilidade de existência do caráter anticompetitivo decorrente do mesmo, por meio, justamente, da aferição da existência de concorrência. Caso contrário, a análise que deve ser feita não é, por exemplo, a de cartel, mas de um acordo entre não concorrentes, que ganha contornos completamente diferentes no âmbito da defesa da concorrência brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Julho de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. *Guia: Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Maio de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ELIG GÜRKAYNAK ATTORNEYS-AT-LAW. *Richard Whish on “By Object” Competition Restrictions (comments by Gönenç Gürkaynak)*. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9RoshhaGZs&t=1627s>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law. In: *Official Journal of the European Communities*. OJ. C372/5 IV. 9.12.97. Disponível em: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/49d19c3b-49b0-4f04-bb44-4beb877d3020>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GANTOIS, Gustavo; PIMENTA, Guilherme. JOTA. *Cade quer convênio com todos os MPs para combater cartéis*. 29.09.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-quer-convenio-com-todos-os-mps-para-combater-carteis>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Information Exchanges Between Competitors Under*

Competition Law. Julho de 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. 19/08/2010. Disponível: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 7th ed. New York: Oxford University Press Inc., 2012.