

IBRAC

25 anos

5 ANOS LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: GÊNESE, JURISPRUDÊNCIA E DESAFIOS PARA O FUTURO

Coordenação: Eduardo Caminati Anders, Guilherme Favaro Corvo Ribas,
Mariana Villela, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Vicente Bagnoli

Adriana Franco Giannini
Alexandre Barreto de Souza
Alexandre Cordeiro Macedo
Alexandre Ditzel Faraco
Amanda Navas
Ana Bátia Glenk Ferreira
Ana Luiza Lima Mahon
Andrea Astorga
Barbara Rosenberg
Bernardo Gouthier Macedo
Bruno De Luca Drago
Bruno Herwig Rocha Augustin
Bruno Lana Peixoto
Carla Junqueira
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Carolina Cury Ricciardi
Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt
Cristianne Saccab Zarzur
Cristiano Rodrigo Del Debbio
Edgard A. Pereira
Eduardo Caminati Anders
Eduardo Frade Rodrigues
Elvino de Carvalho Mendonça
Enrico Spini Romanielo
Fabiana Tito

Fernanda Lins Nemer
Francisco Niclós Negrão
Frederico Donas
Gabriel Nogueira Dias
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Guilherme Teno Castilho Missali
João Achcar de Azambuja
João Paulo Salviano Almeida da Costa
José Carlos Berardo
Joyce Midori Honda
Joyce Ruiz Rodrigues Alves
Lara Tie Maeno Sturion
Lauro Celidonio Neto
Leda Batista da Silva Diôgo de Lima
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Maniglia Duarte
Leonardo Rocha e Silva
Ludmila Somensi
Ludmilla Martins da Silva
Luis Bernardo Coelho Cascão
Luiz Fernando Santos Lippi Coimbra
Márcio de Oliveira Júnior
Marcos Pajolla Garrido
Maria Eugênia Novis
Maria Fernanda Madi

Mariana Villela
Mauro Grinberg
Mayara Barros
Michelle Machado
Patrícia Agra Araujo
Patrícia Deluca
Paulo Adania Lopes
Paulo Burnier da Silveira
Paulo Eduardo Lilla
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Pedro Zanotta
Ricardo Botelho
Ricardo Inglez de Souza
Ricardo Lara Gaillard
Ricardo R. G. Avelino
Rodrigo da Silva Alves dos Santos
Rodrigo Orlandini
Sílvia Fagá de Almeida
Thales de Melo e Lemos
Tomás Filipe Schoeller Paiva
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli
Vinicius da Silva Ribeiro
Vinicius Marques de Carvalho
Vitor Jardim Machado Barbosa

5 ANOS LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: GÊNESE, JURISPRUDÊNCIA E DESAFIOS PARA O FUTURO

Coordenação:

Eduardo Caminati Anders
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Mariana Villela
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Vicente Bagnoli

5 ANOS LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: GÊNESE, JURISPRUDÊNCIA E DESAFIOS PARA O FUTURO

Coordenação:

Eduardo Caminati Anders
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Mariana Villela
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Vicente Bagnoli

Adriana Franco Giannini
Alexandre Barreto de Souza
Alexandre Cordeiro Macedo
Alexandre Ditzel Faraco
Amanda Navas
Ana Bátia Glenk Ferreira
Ana Luiza Lima Mahon
Andrea Astorga
Barbara Rosenberg
Bernardo Gouthier Macedo
Bruno De Luca Drago
Bruno Herwig Rocha Augustin
Bruno Lana Peixoto
Carla Junqueira
Carlos Emmanuel Joppert
Ragazzo
Carolina Cury Ricciardi
Cristiane Alkmin Junqueira
Schmidt
Cristianne Saccab Zarzur
Cristiano Rodrigo Del Debbio
Edgard A. Pereira
Eduardo Caminati Anders
Eduardo Frade Rodrigues
Elvino de Carvalho Mendonça
Enrico Spini Romanielo
Fabiana Tito
Fernanda Lins Nemer

Francisco Niclós Negrão
Frederico Donas
Gabriel Nogueira Dias
Gilvandro Vasconcelos Coelho
de Araújo
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Guilherme Teno Castilho
Missali
João Achcar de Azambuja
João Paulo Salviano Almeida
da Costa
José Carlos Berardo
Joyce Midori Honda
Joyce Ruiz Rodrigues Alves
Lara Tie Maeno Sturion
Lauro Celidonio Neto
Leda Batista da Silva Diôgo de
Lima
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Maniglia Duarte
Leonardo Rocha e Silva
Ludmila Somensi
Ludmilla Martins da Silva
Luis Bernardo Coelho Cascão
Luiz Fernando Santos Lippi
Coimbra
Márcio de Oliveira Júnior
Marcos Pajolla Garrido

Maria Eugênia Novis
Maria Fernanda Madi
Mariana Villela
Mauro Grinberg
Mayara Barros
Michelle Machado
Patricia Agra Araujo
Patrícia Deluca
Paulo Adania Lopes
Paulo Burnier da Silveira
Paulo Eduardo Lilla
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Pedro Zanotta
Ricardo Botelho
Ricardo Inglez de Souza
Ricardo Lara Gaillard
Ricardo R. G. Avelino
Rodrigo da Silva Alves dos
Santos
Rodrigo Orlandini
Silvia Fagá de Almeida
Thales de Melo e Lemos
Tomás Filipe Schoeller Paiva
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli
Vinicius da Silva Ribeiro
Vinicius Marques de Carvalho
Vitor Jardim Machado Barbosa

PREFÁCIO

Neste ano de 2017, o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC comemora 25 anos. Quando constituído, em 1992, a aplicação das normas de direito da concorrência era incipiente no Brasil. Ainda que criado em 1962, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica tinha, até então, uma atuação secundária ou mesmo inexpressiva, e simplesmente não fazia parte da cultura jurídica ou econômica brasileira a atuação do Estado com o fim de promover a livre concorrência e reprimir atos que lhe eram contrários.

Assim, o IBRAC pôde acompanhar de perto todo o processo de consolidação do direito concorrencial brasileiro, especialmente a partir da Lei no 8.884/1994. Porém, mais que um espectador, ao longo desses 25 anos o IBRAC cumpriu sua função institucional promovendo a realização de pesquisas, estudos e debates, patrocinando seminários, criticando e apoiando iniciativas relacionadas ao direito concorrencial, interagindo com entidades privadas, setores da academia e autoridades, publicando revistas, artigos e livros.

Mais recentemente, o IBRAC participou ativamente das discussões relativas ao projeto que veio a resultar na edição da Lei no 12.529/2011, sem dúvida um marco do amadurecimento do direito concorrencial brasileiro, e vivenciou os desafios enfrentados para a implementação da nova lei e foi protagonista na sua consolidação. É também incontestável que, nesse período, o CADE se consolidou como um órgão de Estado, técnico, independente, eficiente do ponto de vista administrativo e dotado de credibilidade, bem como se consolidou a cultura da concorrência entre advogados, economistas e a sociedade em geral.

O presente trabalho coletivo se destina a registrar mais uma data marcante: os 5 anos de vigência da Lei no 12.529/2011. E será lançado no corrente mês no principal evento da área na América Latina: o “Seminário Internacional de Defesa da Concorrência” organizado pelo IBRAC, em comemoração ao tão especial aniversário de nosso instituto.

Em grande síntese, procurou-se tratar neste livro da gênese da reforma da lei de concorrência, de seus primeiros desafios e das expectativas para o futuro.

Para esse fim, contamos com a valiosa colaboração de integrantes e ex-integrantes do CADE, que fizeram um precioso registro desse bem-sucedido projeto de reforma da legislação concorrencial. Agradecemos, pela ordem em que suas contribuições estão expostas neste livro, a Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Vinicius Marques de Carvalho, os primeiros Superintendente-Geral e Presidente do CADE após sua reformulação, e Eduardo Frade Rodrigues e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, que ocupavam os mesmos cargos, respectivamente, ao final dos cinco primeiros anos de vigência da Lei no 12.529/2011.

Na sequência, os antigos e atuais Conselheiros do CADE Alexandre Cordeiro Macedo, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Elvino de Carvalho Mendonça, Márcio de Oliveira Júnior e Paulo Burnier da Silveira compartilharam conosco sua experiência após a reforma, e se dispuseram a comentar alguns casos em que atuaram e que foram de especial relevância para o direito antitruste no Brasil. Nosso muito obrigado por sua gentil contribuição.

Também agradecemos ao atual Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, e sua chefe de gabinete, Ana Luisa Mahon, cujo artigo presente nesta obra olha para o futuro, apontando as perspectivas, desafios e prioridades da autarquia.

Finalmente, contamos com a colaboração de diversos associados do IBRAC, advogados e economistas, com grande experiência e atuação destacada em questões concorrenciais, que trataram dos temas mais importantes e atuais do direito concorrencial, a partir da jurisprudência do CADE nesses últimos 5 anos.

Com este livro o IBRAC espera continuar contribuindo para a difusão e o aperfeiçoamento da livre concorrência no Brasil. E que venham os próximos 25 anos!

São Paulo, outubro de 2017.

Eduardo Caminati Anders
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Mariana Villela
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Vicente Bagnoli

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| PREFÁCIO | 4 |
| SOBRE OS COORDENADORES | 9 |
| SOBRE OS AUTORES | 10 |
| PARTE I A REFORMA | 21 |
| A evolução do antitruste no Brasil - a política de defesa da concorrência sob a Lei 12.529/11 | 22 |
| Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo | 22 |
| Vinicius Marques de Carvalho | 22 |
| PARTE II OS CINCO PRIMEIROS ANOS | 35 |
| Os 5 primeiros anos de aplicação da lei n. 12.529/11: a defesa da concorrência avança no Brasil | 36 |
| Eduardo Frade Rodrigues | 36 |
| Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo | 36 |
| PARTE III O FUTURO | 50 |
| Novas perspectivas da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: desafios e prioridades da autoridade antitruste | 51 |
| Alexandre Barreto de Souza | 51 |
| Ana Luiza Lima Mahon | 51 |
| PARTE IV CASOS DE DESTAQUE – A VISÃO DOS CONSELHEIROS | 62 |
| Caso Simba: uma avaliação ex-post da decisão do Cade | 63 |
| Alexandre Cordeiro Macedo | 63 |
| Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade | 71 |
| Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt | 71 |
| Julgados relevantes de um conselheiro economista | 76 |
| Elvino de Carvalho Mendonça | 76 |
| Cartel do cimento, Innova/Videolar e Cartel dos Compressores: relevância para o antitruste brasileiro | 81 |
| Márcio de Oliveira Júnior | 81 |
| As fusões internacionais e a inadmissibilidade dos instrumentos de carve-out no Brasil | 86 |
| Paulo Burnier da Silveira | 86 |
| PARTE V TÓPICOS RELEVANTES | 91 |
| CONTROLE DE ESTRUTURAS | 92 |
| Controle estrutural de aquisições de ativos: a prática nos cinco anos da lei de defesa de concorrência | 93 |
| Ana Bátia Glenk Ferreira | 93 |
| João Achcar de Azambuja | 93 |
| Maria Eugênia Novis | 93 |
| Contratos associativos no controle de concentrações do cade: em busca de sentido | 104 |
| Patrícia Deluca | 104 |
| Ricardo Botelho | 104 |
| A disciplina dos atos de concentração na lei n. 12.529/11 e a isenção do parágrafo único do artigo 90 | 117 |
| Alexandre Ditzel Faraco | 117 |
| A prática do cade na autorização precária e liminar para a realização de atos de concentração | 125 |
| Adriana Franco Giannini | 125 |
| João Paulo Salviano Almeida da Costa | 125 |

| | |
|--|------------|
| O que fazer [ou não fazer] até que a decisão final do Cade seja proferida: o gun jumping e os desafios do sistema de controle prévio de atos de concentração econômica | 134 |
| Cristianne Saccab Zarzur..... | 134 |
| Leonardo Rocha e Silva..... | 134 |
| Marcos Pajolla Garrido | 134 |
| Acordos de carve-out em operações transnacionais e o controle dos atos de concentração no Brasil após o caso Cisco/Technicolor | 144 |
| José Carlos Berardo | 144 |
| Paulo Eduardo Lilla | 144 |
| O novo Guia Brasileiro de Análises de Atos de Concentração Horizontal | 155 |
| Fabiana Tito | 155 |
| Efeitos não-preço na análise antitruste: jurisprudência brasileira na nova Lei de Defesa da Concorrência..... | 164 |
| Bernardo Gouthier Macedo..... | 164 |
| Paulo Adania Lopes | 164 |
| Sílvia Fagá de Almeida | 164 |
| Acordo em controle de concentrações | 176 |
| Barbara Rosenberg | 176 |
| Carolina Cury Ricciardi..... | 176 |
| Luis Bernardo Coelho Cascão | 176 |
| Vitor Jardim Machado Barbosa | 176 |
| Impacto das decisões do Cade sobre o valor de mercado das firmas envolvidas em fusões: antes e após a nova legislação | 185 |
| Edgard A. Pereira | 185 |
| Ricardo R. G. Avelino | 185 |
| CONTROLE DE CONDUTAS | 198 |
| O Cade e a repressão às condutas unilaterais | 199 |
| Bruno De Luca Drago | 199 |
| Sham litigation por meio do abuso de direitos de propriedade intelectual: a jurisprudência do Cade..... | 213 |
| Bruno Herwig Rocha Augustin..... | 213 |
| Leonardo Canabrava Turra | 213 |
| Lara Tie Maeno Sturion | 213 |
| Cinco anos de persecução de cartéis sob a nova Lei de Defesa da Concorrência: como mudanças na regulação concorrencial balancearam a matriz de decisões a favor de soluções cooperativas | 228 |
| Frederico Donas..... | 228 |
| Lauro Celidonio Neto | 228 |
| Michelle Machado | 228 |
| Onze lições extraídas dos julgados do Cade em casos de supostos cartéis em licitações | 244 |
| Joyce Ruiz Rodrigues Alves | 244 |
| Corrupção e cartéis em licitação | 254 |
| Pedro Paulo Salles Cristofaro..... | 254 |
| Cartéis internacionais e seus efeitos no Brasil: análise das decisões recentes do Cade | 264 |
| Fernanda Lins Nemer..... | 264 |
| Leonardo Maniglia Duarte | 264 |
| Mariana Villela..... | 264 |
| Rodrigo da Silva Alves dos Santos..... | 264 |
| Termo de Compromisso de Cessação: aspectos gerais para reflexão..... | 278 |
| Eduardo Caminati Anders..... | 278 |
| Guilherme Teno Castilho Missali | 278 |
| Leda Batista da Silva Di go de Lima | 278 |
| Luiz Fernando Santos Lippi Coimbra..... | 278 |

| | |
|--|------------|
| A responsabilidade de pessoas naturais nas condenações por cartel: padrão de prova e dosimetria da pena na jurisprudência do Cade..... | 289 |
| Joyce Midori Honda..... | 289 |
| Ricardo Lara Gaillard..... | 289 |
| Thales de Melo e Lemos..... | 289 |
| Estudos práticos sobre a aplicação de penalidades pelo Cade entre a Lei n. 8.884/94 e a Lei n. 12.529/11 | 302 |
| Mayara Barros..... | 302 |
| Pedro Zanotta..... | 302 |
| Rodrigo Orlandini..... | 302 |
| Associações setoriais e o caso dos cimentos..... | 310 |
| Ricardo Inglez de Souza..... | 310 |
| Notas sobre as ações de indenização no direito antitruste brasileiro | 319 |
| Cristiano Rodrigo Del Debbio..... | 319 |
| Francisco Niclós Negrão..... | 319 |
| Gabriel Nogueira Dias..... | 319 |
| ações reparatórias por danos concorrenciais: o contexto atual e os desafios para os próximos 5 anos..... | 330 |
| Bruno Lana Peixoto..... | 330 |
| Ludmilla Martins da Silva..... | 330 |
| OUTROS TEMAS..... | 343 |
| Atuação do CADE nos mercados de telecomunicações e Internet | 344 |
| Enrico Spini Romanielo..... | 344 |
| Guilherme Favaro Corvo Ribas..... | 344 |
| Tomás Filipe Schoeller Paiva..... | 344 |
| Vinicius da Silva Ribeiro..... | 344 |
| A aplicação da lei de concorrência em casos do mercado financeiro | 356 |
| Amanda Navas..... | 356 |
| Maria Fernanda Madi..... | 356 |
| Vicente Bagnoli..... | 356 |
| A interface entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual: o direcionamento do Cade com o advento da Lei n. 12.529/11..... | 371 |
| Andrea Astorga..... | 371 |
| Carla Junqueira..... | 371 |
| Ubiratan Mattos..... | 371 |
| O Cade e o Poder Judiciário: atos vinculados..... | 382 |
| Ludmila Somensi..... | 382 |
| Mauro Grinberg..... | 382 |
| Políticas de concorrência e a relação com o Judiciário | 386 |
| Patrícia Agra Araujo..... | 386 |

SOBRE OS COORDENADORES

Eduardo Caminati Anders. Sócio de Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati Advogados, Head da Área Antitruste. Presidente do IBRAC e membro do Instituto de Direito Societário Aplicado – IDSA. Ex-Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP - CECORE.

Guilherme Favaro Corvo Ribas. Sócio de Mundie e Advogados. Doutor em Direito do Estado, Mestre em Direito Comercial e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, USP. Ex-coordenador da Secretaria de Direito Econômico – SDE. Diretor de Publicações do IBRAC.

Mariana Villela. Sócia de Veirano Advogados, nas áreas de direito concorrencial e integridade corporativa. Mestre e Doutora em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Pedro Paulo Salles Cristofaro. Sócio do Escritório Lobo e Ibeas. Mestre em Direito do Comércio Internacional pela Universidade de Paris Nanterre, Professor de Direito Econômico e Comercial da PUC/RJ. Integra a Comissão de Arbitragem da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, o Comitê de Arbitragem Internacional da Seção de Direito Internacional, o Comitê de Arbitragem da Seção de Solução de Conflitos e a seção de Direito Antitruste da American Bar Association. É Vice Presidente de Mineração da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem e Vice Chair do Comitê de Assuntos Jurídicos da Câmara de Comércio Americana do Rio de Janeiro integrando, desde 2008, o Conselho Deliberativo do IBRAC, do qual foi Diretor de 2012 a 2015.

Vicente Bagnoli. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP (2013-2015), Conselheiro do IBRAC. Consultor não governamental da *International Competition Network* – ICN e fundador de Vicente Bagnoli Advogados.

SOBRE OS AUTORES

Adriana Franco Giannini. Sócia de Trench Rossi Watanabe Advogados. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Pós-graduação em Direito Empresarial e Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (2000). Mestrado (LL.M.) pela University of London, King's College (2005).

Alexandre Barreto de Souza. Mestre em Administração Pública pela Universidade de Brasília (2006). Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Alexandre Cordeiro Macedo. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, pós-graduado em Processo Administrativo Disciplinar pela Universidade de Brasília, graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília e em Economia pelo Centro Universitário de Brasília. Auditor de carreira da Controladoria-Geral da União desde 2006, onde foi assessor e chefe de gabinete do Corregedor-Geral da União. Foi secretário-executivo do Ministério das Cidades em 2012 e 2013. Professor de Direito Econômico e de Análise Econômica do Direito da Escola de Direito de Brasília/IDP. Professor convidado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS no LLM de Direito Empresarial. Professor convidado da pós-graduação em Compliance, Lei Anticorrupção, Empresarial e Controle da Administração Pública da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Visiting Scholar e International Fellow do Global Antitrust Institute da Antonin Scalia Law School - George Mason University em Washington/DC.

Alexandre Ditzel Faraco. Doutor e Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sócio de Levy & Salomão Advogados.

Amanda Renata Enéas Navas. Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada de Vicente Bagnoli Advogados.

Ana Batia Glenk. Associada de Machado Meyer Advogados. Mestre (LL.M) em Direito pela Universidade de Chicago. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo

Ana Luiza Lima Mahon. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2013). Chefe de Gabinete da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Andrea Astorga. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e tem pós-graduação em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas – GVLAW. Atua com Direito Concorrencial há mais de 7 anos.

Barbara Rosenberg. Sócia de Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados (BMA Advogados). Chefe da Divisão Antitruste da Secretaria de Direito Econômico (SDE) (2003-2005). Graduação e doutorado em direito pela Universidade de São Paulo (USP). LL.M pela University of California at Berkeley. Vice-presidenta do IBRAC. “Non-Governmental Advisor” da ICN. Membro da International Task Force da Antitrust Section da American Bar Association. Premiada como “Lawyer of the year” pelo GCR Award em 2015.

Bernardo Gouthier Macedo. Doutor em Economia pela Unicamp e sócio-diretor da LCA Consultores. Foi assessor especial do Ministério da Fazenda (2003). Foi palestrante do programa de Educação Continuada da GVlaw-FGV. É economista listado no International Who’s Who Legal of Competition Lawyers and Economists. Foi diretor de Economia e é Conselheiro do IBRAC.

Bruno Augustin. Advogado do Fialho Salles Advogados.

Bruno De Luca Drago. Advogado formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pós-graduado em Administração de Finanças pela FIA-FEA (2002), com LL.M pela Kings College London (Universidade de Londres) e Doutor pela Universidade de São Paulo. Sócio do Setor Concorrencial de Demarest Advogados, em São Paulo. Diretor de Contencioso Econômico do IBRAC.

Bruno Lana Peixoto. Sócio e responsável pela área de Direito Antitruste & Concorrencial do escritório Araújo e Policastro em São Paulo. Representa empresas prejudicadas por condutas anticompetitivas em ações reparatórias por danos concorrenciais, desenvolvendo estratégias em casos envolvendo cartéis internacionais. Bruno foi Vice-Presidente do Comitê de Direito Antitruste Internacional da ABA, Seção de Direito Internacional e é Mestre em Direito pela *University of Chicago*.

Carla Junqueira. Doutora em Direito Internacional pela USP e pela Sorbonne, mestre em Direito Econômico pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) e bacharel em Direito pela PUC/SP. É referência na área, reconhecida nos principais diretórios internacionais na área de Direito Econômico.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Superintendente Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. LL.M. in Trade Regulation and Competition Policy – New York University. Visiting Scholar – University of California at Berkeley. Hoje, é professor da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

Carolina Cury Ricciardi. Advogada da área de Direito Concorrencial de Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados (BMA Advogados). Graduação em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduação em Direito Internacional pelo “The Graduate Institute of International and Development Studies in Geneva”.

Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Conselheira do CADE. Mestre e Doutora em Economia pela Escola de Pós Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas - EPGE/FGV. Foi visiting scholar na Universidade de Columbia, parecerista da Revista de Direito Administrativo e professora de Economia da FGV e do Global MBA de Manchester. Foi economista no Itaú Asset Management, diretora do departamento econômico do Family Office do Grupo Libra, economista do Ibre/FGV, economista-chefe do jurídico regulatório da Embratel e secretária-adjunta na Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda. Na Guatemala, trabalhou junto ao board da Cimentos Progresso, foi diretora da ONG Pacunam e deu aula nas universidades UFM e na URL. Em Porto Rico, foi diretora-adjunta de uma empresa de desenvolvimento local - LRA e diretora do departamento econômico da Companhia de Comércio e Exportação.

Cristianne Saccab Zarzur. Sócia da área de Direito da Concorrência de Pinheiro Neto Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie, São Paulo (1995). Especialização em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (1996). Associada estrangeira no escritório Howrey Simon Arnold & White, LLP, com atuação em direito da concorrência e propriedade intelectual (2000/2001). Ex-presidente e atual conselheira vitalícia do IBRAC.

Cristiano Rodrigo Del Debbio. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP) e LL.M pela Universidade de Chicago (UC). Experiência em litígios complexos – individuais e coletivos – envolvendo direito empresarial, da concorrência e do consumidor, tendo atuado em processos judiciais e administrativos referentes aos setores bancário e de cartões de crédito, petroquímico, telecomunicações, automotivo, alimentos, agronegócios e seguros na área de saúde. Autor de diversos artigos em processo civil e colaborador da atualização ao Tomo XV do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda, lançado pela Revista dos Tribunais (2013). Professor convidado dos programas de pós-graduação em Direito e Economia e Compliance da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Edgard Antonio Pereira. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Campinas (1981), mestrado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1985) e doutorado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1996). Professor do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas. Pesquisador Visitante no Centre d’Économie de La Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne (2011) e Visiting Scholar – Research Associate no Departamento de Economia da Universidade da Califórnia, Berkeley (1995-1996).

Eduardo Caminati Anders. Sócio de Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati Advogados, Head da Área Antitruste. Presidente do IBRAC e membro do Instituto de Direito Societário Aplicado – IDSA. Ex-Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP - CECORE.

Eduardo Frade Rodrigues. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília e Especialista em Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas. Professor Convidado do FGV Law Program e Visiting Scholar da Antonin Scalia Law School, George Mason University. Gestor Governamental do Ministério do Planejamento e ex- Superintendente-Geral do CADE.

Elvino de Carvalho Mendonça. Administrador de Empresas pela PUC-Rio, Mestre em economia pela UFF e Doutor em economia pela UNB. Auditor Federal de Finanças e Controle, atuou como Assessor Técnico na SEAE/MF (2006 a 2011) na área de controle de estruturas, foi Conselheiro do CADE (2011 e 2013) e Diretor MME (2013 e 2016) na Secretaria de Mineração. Organizador de dois livros em defesa da concorrência e possui vários artigos publicados em periódicos.

Enrico Spini Romanielo. Associado de Mundie e Advogados. Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, USP. Pós-graduado em Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, FGV.

Fabiana Tito. Sócia da Tendências Consultoria Integrada. Doutoranda em Teoria Econômica pela FEA-USP.

Fernanda Lins Nemer. Advogada associada de Veirano Advogados, atuando nas áreas de direito concorrencial e integridade corporativa. Bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Francisco Niclós Negrão. Diretor de Comércio Internacional do IBRAC. Analista de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional (2003-2004). Mestre em Economia e Finanças Internacionais e Graduação *magna cum laude e highest honors* pela Brandeis University. Prêmio Morris and Anna Feldberg por excelência em Economia. Phi Beta Kappa. Graduação em Direito pelo UniCEUB. Certificação em *compliance and ethics* – CCEP da Society for Commercial Compliance and Ethics – SCCE. Experiência com diversas indústrias em *leading cases* envolvendo antitruste e comércio internacional. Engajado na avaliação e estratégia de casos envolvendo práticas concorrenciais horizontais e verticais, antidumping, medidas compensatórias, análise de interesse público e restrições ao comércio. Desenvolveu e treinou milhares de indivíduos em programas de compliance antitruste.

Frederico Carrilho Donas. Advogado sênior de Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Possui mais de dez anos de experiência assessorando clientes nacionais e internacionais em ampla gama de temas concorrenciais, incluindo atos de concentração,

investigações antitruste, processos judiciais, consultorias em temas de antitruste em geral, auditorias internas, e programas e treinamentos de compliance.

Gabriel Nogueira Dias. Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (USP), obteve um LL.M e um LL.D pela Faculdade de Direito de Bonn – Alemanha. Atuou como ex-assessor da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, enquanto exercia o cargo, foi diretamente responsável pelo desenvolvimento de novas Resoluções e votos. Professor de Direito Público. É também coordenador de um grupo de pesquisa do Instituto de Direito Público (IDP). É professor do programa de mestrado em Direito do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES). É autor de diversos artigos, bem como de premiado livro publicado pela renomada editora alemã Mohr Siebeck. Distingue-se por sua expertise acadêmica e intenso engajamento profissional em casos altamente complexos de nossos importantes clientes.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Conselheiro do CADE. Doutorando em Direito pela l'Université Panthéon Assas – Paris II. Possui Diplôme d' Etudes Approfondies pela Faculté de Droit de l'Université de Montpellier I e pós-graduação em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica de Pernambuco. Procurador federal por concurso da Advocacia Geral da União desde 2004, foi chefe da dívida ativa da procuradoria do CADE em 2005, coordenador jurídico da procuradoria entre 2006 e 2008 e procurador-geral interino em 2009. Primeiro procurador de carreira a ser nomeado pela Presidência da República para cumprir o mandato de procurador-chefe do CADE, cargo que exerceu de 2010 a 2014.

Guilherme Favaro Corvo Ribas. Sócio de Mundie e Advogados. Doutor em Direito do Estado, Mestre em Direito Comercial e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, USP. Ex-coordenador da Secretaria de Direito Econômico – SDE. Diretor de Publicações do IBRAC.

Guilherme Teno Castilho Misale. Associado de Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati Advogados. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência da OAB-SP. Mestrando em Direito Comercial e graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialização em Compliance pela Fundação Getúlio Vargas. Participou do Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE) em 2010. Cofundador do Núcleo de Estudos em Concorrência e Sociedade (NECSO) na FDUSP.

João Felipe Achcar de Azambuja. Associado de Machado Meyer Advogados. Graduado em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

João Paulo Salviano Almeida da Costa. Associado de Trench Rossi Watanabe Advogados. Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2017).

José Carlos Berardo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Master in Arts in Economics of Competition Law pelo King's College London. Sócio de Lefosse Advogados.

Joyce Midori Honda. Sócia da área Concorrencial do Souza, Cescon, Barriou & Flesch Advogados. É graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) desde 2001 e, em 2007, obteve LL.M na London School of Economics and Political Science (LSE). É Vice Presidente da Comissão de Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (OAB/SP).

Joyce Ruiz Rodrigues Alves. Sócia coordenadora das práticas de direito concorrencial e anticorrupção (compliance) no DCA - Dias Carneiro Advogados. Foi Coordenadora na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, atuando tanto em investigações por infrações à ordem econômica e na análise concorrencial de fusões e aquisições. Atuou como Assessora Técnica Procuradora no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Concorrencial pela Kings College London.

Lara Sturion. Estagiária do Fialho Salles Advogados.

Lauro Celidonio Neto. Sócio de Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Lauro. Assessora clientes em questões antitruste, incluindo fusões e investigações anticoncorrenciais que envolvam autoridades antitruste no Brasil.

Leda Batista da Silva Diôgo de Lima. Associada de Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati Advogados. Membro das Comissões de Estudos da Concorrência da OAB-SP e de Compliance do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Graduada em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (2010). Especialização em Compliance pelo Insper (2016). Estudou Microeconomia pelo IBRAC (2012) e Lei Antitruste na União Europeia pelo Insper/ Universidade de Saint Gallen (2011). Participou do Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE) em 2008.

Leonardo Canabrava. Sócio do Fialho Salles Advogados.

Leonardo Maniglia Duarte. Sócio de Veirano Advogados, nas áreas de direito concorrencial e regulatório. Mestre em direito comparado com concentração em direito antitruste e fusões e aquisições pela University of Miami - School of Law (Coral Gables-FL, Estados Unidos). Pós-graduação de especialização em direito da concorrência e direito regulatório pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal).

Leonardo Rocha e Silva. Sócio da área de Direito da Concorrência de Pinheiro Neto Advogados. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (1993). Bacharel em Direito pela UniCEUB, Brasília (1994). MBA em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Brasília (1998). Mestrado em Direito Econômico Internacional pela Universidade de Warwick, Reino Unido (1999). Diretor do IBRAC.

Ludmila Somensi. Mestra em Direito. Advogada.

Ludmilla Martins da Silva. Advogada associada em Araújo e Policastro Advogados na área de Direito Antitruste & Concorrencial. Sua atuação abrange as ações individuais de reparação de danos por condutas anticoncorrenciais e investigações administrativas conduzidas pelo CADE. É graduada pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e pós-graduanda em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas.

Luís Bernardo Coelho Cascão. Advogado associado sênior da área de Direito Concorrencial de Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados (BMA Advogados). Professor de Direito Concorrencial no programa de LL.M do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC. Professor de Propriedade Industrial na Fundação Getúlio Vargas – FGV e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Luiz Fernando Santos Lippi Coimbra. Associado de Lino, Beraldi, Belluzzo e Caminati Advogados, com atuação na área Antitruste. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2006. Pós-graduado em contratos pela Escola Paulista de Direito.

Marcio de Oliveira Junior. Consultor Legislativo do Senado na área de Políticas Microeconômicas. Foi Conselheiro (janeiro de 2014 a janeiro de 2017) e Presidente Interino (maio de 2017 a janeiro de 2017) do CADE. Graduação em Economia e em Direito e Doutorado em Economia. Foi professor visitante da University College London (UCL) em 2017. Trabalhou como Economista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) de 1998 a 2004 e como Consultor Legislativo do Senado de 2004 a 2014. Foi também Professor do Departamento de Economia da UFMG de 1995 a 1996 e do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) de 2007 a 2015.

Marcos Pajolla Garrido. Associado da área de Direito da Concorrência de Pinheiro Neto Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2007). Especialização em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas (2009). Mestrado em Direito Societário e Comercial pela London School of Economics and Political Science (2015). Associado estrangeiro no escritório Bredin Prat, Bruxelas, com atuação na área de Direito da Concorrência (2016).

Maria Eugênia Novis. Sócia de Machado Meyer Advogados. Mestre (LL.M) em Direito pela Universidade de Leiden. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Maria Fernanda Caporale Madi. Doutoranda e mestre em Law & Economics pela Erasmus University Rotterdam. Economista e advogada de Vicente Bagnoli Advogados.

Mariana Villela. Sócia de Veirano Advogados, nas áreas de direito concorrencial e integridade corporativa. Mestre e Doutora em direito comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Mauro Grinberg. Ex-Conselheiro do CADE. Procurador aposentado da Fazenda Nacional. Mestre em Direito. Advogado.

Mayara Barros. Mestre em Direito e Economia pela Università di Bologna, Itália, Erasmus University Rotterdam, Holanda e University of Hamburg, Alemanha. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada no Wongtschowski & Zanotta Advogados.

Michelle Marques Machado. Advogada sênior de Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Mestre em Direito pela Harvard Law School. Possui ampla experiência na representação de clientes em questões antitruste, incluindo atos de concentração, investigações por condutas anticompetitivas e processos judiciais de natureza antitruste. Também presta consultoria preventiva em assuntos antitruste, tais como compliance concorrencial, revisão de práticas comerciais e investigações internas.

Patricia Agra Araújo. Sócia das áreas de de Concorrencial e Compliance de L.O. Baptista Advogados. L.LM pela Boston University. Atuou por oito anos no “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, no CADE e na SDE, atual Superintendência-Geral do CADE. Foi conselheira da Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões do Governo do Estado de São Paulo (CMCP), responsável pela regulação de Parcerias Público-Privadas e Concessões Públicas.

Patrícia Deluca. Advogada associada de Cascione, Pulino, Boulos & Santos Advogados. Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduanda em Economia (Master in Business Economics) pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

Paulo Adania Lopes. Graduado em Economia pela PUC-SP, é economista da LCA Consultores nas áreas de defesa da concorrência, regulação e políticas públicas.

Paulo Burnier da Silveira. Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), Doutor em Direito pela Universidade de Paris-II e pelas Universidade de São Paulo.

Paulo Eduardo Lilla. Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Visiting Scholar na Stanford Law School. *Counsel* da área de Direito Econômico e Regulatório de Lefosse Advogados.

Pedro Paulo Salles Cristofaro. Sócio do Escritório Lobo e Ibeas, com atuação nas áreas de direito comercial, societário e econômico, destacadamente em direito antitruste, além de participar em arbitragens como árbitro e advogado. Mestre em Direito do Comércio Internacional pela Universidade de Paris Nanterre, Professor de Direito Econômico e Comercial da PUC/RJ. Integra a Comissão de Arbitragem da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, o Comitê de Arbitragem Internacional da Seção de Direito Internacional, o Comitê de Arbitragem da Seção de Solução de Conflitos e a seção de Direito Antitruste da American Bar Association. É Vice Presidente de Mineração da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem e Vice Chair do Comitê de Assuntos Jurídicos da Câmara de Comércio Americana do Rio de Janeiro integrando, desde 2008, o Conselho Deliberativo do IBRAC, do qual foi Diretor de 2012 a 2015.

Pedro S. C. Zanotta. Advogado em São Paulo. Graduado pela USP em 1976. Presidente do Conselho do IBRAC. Sócio de Wongtschowski & Zanotta Advogados.

Ricardo Botelho. Sócio de Cascione, Pulino, Boulos & Santos Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Master em Economia (MBE) pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Master em Direito Concorrencial Europeu (com Distinção) por King's College London, UK.

Ricardo Inglez. Advogado, formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sócio responsável pelas áreas de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance de IWRCF Advogados, reconhecido por várias publicações por sua atuação nas suas áreas de especialidade (e.g. Chambers and Partners, Latin Lawyer, Who's Who Legal, LACCA e Best Lawyers). Em dezembro de 2015, Ricardo Inglez foi eleito um dos 40 melhores advogados de direito concorrencial abaixo de 40 anos no mundo (40 under 40), pela publicação Global Competition Review.

Ricardo Lara Gaillard. Sócio da área Concorrencial do Souza, Cescon, Barriou & Flesch Advogados. É graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) desde 2005 e especialista em Direito Societário pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC) desde 2010. Foi associado internacional em um dos escritórios mais prestigiados de Washington, nos anos de 2011 e 2012. Desde 2014 é certificado pela Society of Corporate Compliance & Ethics (SCCE).

Ricardo Rezende Gomes Avelino. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Campinas (1998), mestrado em Economia pela Universidade de São Paulo (2001) e doutorado em Economia pela Universidade de Chicago (2006). Professor do Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

Rodrigo da Silva Alves dos Santos. Advogado associado de Veirano Advogados, atuando nas áreas de direito concorrencial e integridade corporativa. Bacharel em direito pela Universidade

Centro Universitário de Brasília. Autor de artigos a respeito de direito concorrencial e anticorrupção publicados no Brasil e no exterior.

Rodrigo Orlandini. Especialista em Direito Econômico e Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/Campinas. Mediador de Conflitos pelo CMAP - Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris. Psicanalista clínico pelo Núcleo de Pesquisas Psicanalíticas de São Paulo. Atua como advogado no Wongtschowski & Zanotta Advogados.

Silvia Fagá de Almeida. Doutora em Economia de Empresas pela FGV-SP e Gerente Sênior da LCA Consultores. Tese de doutorado premiada em primeiro lugar no IV Prêmio Seae/MF-2009. Foi visiting scholar na Columbia University-NY. Foi palestrante da GVlaw-FGV e professora da pós-graduação da EESP-FGV e da FIPE/USP. É economista listada no International Who's Who Legal of Competition Lawyers and Economists. Diretora de economia do IBRAC.

Thales de Melo e Lemos. Associado da área Concorrencial do Souza, Cescon, Barrieu & Flesch Advogados. É graduado em Direito pela Universidade de Brasília desde 2017. Participou em curso de extensão em Antitruste e Concorrência, oferecido pela Universidade de Brasília, em 2014. Também participou de intercâmbio acadêmico na Universidade do Porto, em Portugal, em 2016.

Tomás Filipe Schoeller Paiva. Associado de Mundie e Advogados. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo, USP, e pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa.

Ubiratan Mattos. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Direito Civil (MCL) pela University of Illinois at Urbana Champaign (UIUC). Possui mais de 30 anos de experiência, tendo atuado em diversos casos emblemáticos. Referência na área, é repetitivamente apontado como "leading lawyer" em Direito Concorrencial.

Vicente Bagnoli. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP (2013-2015), Conselheiro do IBRAC. Consultor não governamental da *International Competition Network* – ICN e fundador de Vicente Bagnoli Advogados.

Vinicius da Silva Ribeiro. Associado de Mundie e Advogados. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Pós-graduando em Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, FGV.

Vinicius Marques de Carvalho. Formado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP, Doutor em Direito Comercial pela USP e em Direito Comparado pela Universidade Paris 1 – Pantheon-Sorbonne. Ex-Presidente e ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ex-Secretário de Direito Econômico. Foi Professor Visitante na Universidade Paris 1 e Yale Greenberg World Fellow. Hoje, é Professor de Direito Comercial da USP e sócio-diretor do VMCA.

Vitor Jardim Machado Barbosa. Advogado da área de Direito Concorrencial de Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados (BMA Advogados). Graduação em direito pela Universidade de São Paulo (USP).

PARTE I

A REFORMA

A EVOLUÇÃO DO ANTITRUSTE NO BRASIL - A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA SOB A LEI 12.529/11

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Vinicius Marques de Carvalho

Quando a Lei nº 12.529/2011 entrou em vigor, em maio de 2012, o peso que o novo diploma carregava, relacionado à inauguração de uma nova política de defesa da concorrência, era alvo de considerável pessimismo, especialmente do setor privado.¹ Poucos meses antes da entrada em vigor da Lei, vários atores foram à imprensa externar suas preocupações com o novo modelo. Várias matérias de cunho crítico foram publicadas em diversas publicações especializadas e tradicionais. O Jornal O Globo, por exemplo, publicou matéria em 22/04/12 enfatizando a preocupação com a falta de pessoal para o funcionamento do Novo Cade. A Revista Exame foi mais enfática. Em longa matéria, publicada em 13/06/2012, ressaltou o excesso de burocracia do novo órgão, afirmando, em subtítulo, “Com a nova lei da concorrência, se uma siderúrgica comprar um supermercado, terá de apresentar 58 documentos ao Supercade. Na Alemanha, bastaria enviar uma carta”. No corpo da matéria, elevou o tom, ao afirmar que em operações mais complexas o antigo sistema demandava 35 documentos enquanto, no novo, a demanda seria de 140 documentos. A revista continuou com sua crítica ao excesso de burocracia do novo modelo destacando que até em operações sob o procedimento sumário haveria uma “overdose” de papéis. Por fim, trouxe uma expectativa de que um parecer demorasse até 45 dias para ser elaborado, mas que não havia garantias de que não ficariam parados por meses.

A preocupação era justificada, já que, dentre outras inovações, se inaugurava o sistema de análise prévia de atos de concentração econômica, cujo impacto na atividade empresarial é direto. Eventual falha no modelo poderia resultar em fusões empacadas nas mãos da autoridade e deixaria as empresas em um beco sem saída. Aguardando uma decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), elas teriam seus ativos desvalorizados por conta de incerteza quanto ao futuro da operação.

Cerca de seis meses após o início da vigência da lei, o discurso de preocupação (e possível fracasso) adotado até então pela imprensa e pelo setor privado foi substituído por um tom otimista - talvez até excessivamente esperançoso – em relação à defesa da concorrência.² O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) caminhava a todo vapor e levava o antitruste brasileiro para um novo patamar de atuação.

Uma questão que não foi respondida diz respeito ao porquê e a como foi possível alcançar tal mudança de percepção. A resposta, como é de se suspeitar, vai muito além de bradar que o Cade teve sucesso em analisar os atos de concentração dentro do prazo de 240 dias

¹ A título de exemplo, ver: CRUZ, Patrick. Lei da concorrência veio para facilitar e complicou. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/lei-da-concorrenca-veio-para-facilitar-e-complicou/>>. Acesso em 19/07/2017; NOVO Cade entra em vigor com cautela das empresas. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/legislacao-e-tributos/novo-cade-entra-em-vigor-com-cautela-das-empresas-id296013.html>>. Acesso em 19/07/2017; KNOX, Ron. An anxious transition. Disponível em: <<http://latinlawyer.com/benchmarking/september-2012/1092962/an-anxious-transition>>. Acesso em 19/07/2017.

² A título de exemplo, ver: GOY, Leonardo. Cade julga mais de 800 casos de fusão e aquisição em 2012. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRSPE8BB03F20121212>>. Acesso em 19/07/2017; REESTRUTURAÇÃO do Cade mostra-se bem sucedida. Valor Econômico. 4 jun. 2013. Opinião, p. A10; A champion for choice? The competition watchdog gets teeth. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21560892>>. Acesso em 19/07/2017.

determinado pela legislação. Este artigo pretende narrar brevemente essa história de um ângulo interno ao SBDC, ressaltando de que forma, sob a perspectiva da autoridade – ou, mais propriamente, de dois de seus ex-servidores –, foi possível atingir patamar que rendeu ao Conselho reconhecimento nacional e internacional. Apontaremos de forma resumida - e sem qualquer pretensão de exaustão - alguns desafios a serem enfrentados e que tendem a ganhar relevância nos próximos anos e gestões do Cade.

1. Trabalhos de Transição para a Lei n. 12.528/2011

Logo após a aprovação, pelo Senado, do projeto de reestruturação do SBDC, e o seu envio à Câmara para deliberação final, houve uma mudança presidencial, com a posse da Presidente Dilma Rousseff. Após apreensão inicial sobre o grau de prioridade que seria dado a esse projeto pela nova Presidente, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, ratificou o apoio do novo governo à aprovação do projeto. Desta forma, as lideranças do SBDC (em especial SDE e Cade) decidiram iniciar, logo no início de 2011, a preparação para as mudanças que poderiam vir a qualquer momento. Havia muito a ser pensado, desde todo o arcabouço infralegal que precisaria ser criado, passando pelas questões orçamentárias e de pessoal, nova estrutura física, organogramas, compatibilização de diferentes culturas organizacionais em um mesmo órgão e, talvez um dos pontos principais, como fazer funcionar o novo sistema de análise prévia de atos de concentração, de modo a não frustrar as expectativas criadas em torno do novo sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Iniciam-se, assim, os preparativos para o processo de transição que poderia disparar a qualquer momento, considerando, ainda, o fato de que dificilmente o período de seis meses previstos de “vacatio legis” seria suficiente para resolver todas essas questões de forma satisfatória. Assim, os conselheiros e servidores do Cade, além de funcionários da SDE e da Seae – que seriam incorporados ao novo órgão antitruste, conforme previa o projeto de lei -, foram organizados em seis grupos, supervisionados por Conselheiros do Cade. Esses seis grupos foram encarregados de discutir, analisar e propor ações que pudessem ser antecipadas para facilitar a transição. Assim, ainda no primeiro semestre de 2011, foram formados os grupos de transição para os preparativos do “Novo Cade”.

Os seis grupos eram: (a) Nova Sede, encarregado de avaliar a demanda por um espaço físico que comportasse o aumento do número de colaboradores e as especificidades das atividades a serem desempenhadas; (b) Estrutura e Organograma, que estudou a estrutura de cargos, gabinetes e pessoas que seria necessária para o cumprimento das novas competências e também o funcionamento da Superintendência-Geral, do Departamento de Estudos Econômicos e da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade. (c) Tecnologia da Informação, criado para identificar soluções tecnológicas mais eficientes e adaptadas ao novo Cade; (d) Normas Infralegais, responsável por revisar as normas existentes, incluir novas e reeditar o Regimento Interno; e (e) Mobilização e Alinhamento, encarregado de motivar e impulsionar a participação de todos os servidores no trabalho de transição e proporcionar a troca de informações entre os grupos por meio de boletins informativos³.

³ Os principais resultados de cada grupo de transição foram os seguintes: (a) Nova Sede: aluguel de uma sede no final da Asa Norte, em Brasília, que pudesse comportar os novos servidores incorporados da SDE e da Seae; (b) Estrutura e Organograma: a tarefa deste grupo foi estudar a estrutura necessária para o novo CADE, que receberia as tarefas antes desempenhadas por Seae e SDE, bem como um organograma de toda a organização que refletisse

Além dos mencionados acima, também foi formado o grupo de Análise Prévia de Atos de Concentração, que tratou de identificar as melhores práticas de defesa da concorrência, em nível internacional, considerando a especificidade dos procedimentos necessários. Esse grupo e as tarefas por ele executadas merecem tratamento em separado e, por esse motivo, será mais detalhado a seguir, em um item a parte. Seus principais produtos foram: (i) a estruturação da Superintendência Geral; (ii) os novos formulários para notificação de atos de concentração, criando um documento específico para procedimentos sumários e outro para procedimentos ordinários; (iii) uma Resolução do Cade (Resolução 02/2012) visando regulamentar o novo processo de análise prévia de atos de concentração, detalhando, inclusive, novos critérios de submissão; (iv) curso de capacitação em instrução de atos de concentração aberto a todos os integrantes do SBDC; e (v) a definição do novo fluxo processual dentro da Superintendência Geral.

1.1 O plano de trabalho do grupo de transição de análise prévia

No início dos trabalhos, no primeiro semestre de 2011, foram realizadas diversas reuniões com advogados brasileiros e estrangeiros que atuavam junto ao Cade para identificar quais as principais deficiências identificadas por eles. Os pontos trazidos confirmaram o diagnóstico do Cade. Concomitantemente a essas reuniões com os principais atores da política antitruste brasileira, o grupo de análise prévia iniciou estudos de “benchmarking” com as melhores práticas internacionais relativas ao sistema de análise ex ante de atos de concentração. Primeiramente, foram enviados questionários para 20 autoridades estrangeiras, com questões relacionadas ao funcionamento dos seus respectivos sistemas de análise prévia, como regulamentações adotadas, estruturas organizacionais, nível de informações exigido nos formulários de notificação, prazos, fluxos processuais etc. Algumas das agências consultadas responderam a consulta formulada pelo Cade⁴.

Após essas consultas iniciais, parte do grupo de análise prévia marcou entrevistas “in loco” com autoridades de algumas agências escolhidas por razões técnicas (sua notória “expertise” em defesa da concorrência) e também por razões estratégicas, pois algumas das escolhidas haviam passado, recentemente, por processos de transição semelhantes ao brasileiro. Não era possível importar um modelo pronto, sem adaptações à realidade brasileira, em especial pela disparidade entre o número de técnicos disponíveis nessas agências em relação ao número de análises de atos de concentração realizadas por ano.

tanto as novas tarefas quanto os novos fluxos processuais. Esse grupo teve forte interação com o grupo de análise prévia, visando refletir os novos fluxos criados no desenho institucional do novo CADE; (c) Tecnologia da Informação: a tarefa primordial desse grupo foi estudar diversas possibilidades de sistemas de TI existentes, além de algumas propostas de novos sistemas apresentadas, visando dotar o novo CADE de um sistema informatizado capaz de satisfazer tanto o público interno quanto o externo. Esse sistema encontra-se, atualmente, em fase de desenvolvimento, mas está parcialmente em funcionamento; (d) Normas Infralegais: este grupo entregou como produto principal o novo Regimento Interno do CADE, fazendo um grande trabalho de revisão tanto do antigo regimento quanto das normas infralegais das duas Secretarias do antigo SBDC, que necessitavam ser adaptadas ao novo sistema; e (e) Mobilização e Alinhamento: este grupo teve um papel estratégico fundamental na formação do novo CADE, na medida em que procurou alinhar todas as expectativas dos servidores dos três órgãos com o que vinha sendo feito pelos seis grupos de transição. A comunicação aberta entre os dirigentes e os servidores, com apresentações regulares no Plenário do CADE, dirigidas a todos, foi crucial no processo de motivação dos servidores do SBDC, reduzindo a resistência à mudança, usual nesses cenários.

⁴ Por exemplo, Austrália, Canadá, Dinamarca, Espanha, França e Estados Unidos da América.

Após a equipe de transição de análise prévia concluir todos os produtos previstos no seu projeto inicial, entregues no dia 31/01/2012 (quase quatro meses antes da entrada em vigor da nova lei), estes foram apresentados para validação e ajustes a todas as demais equipes, bem como às lideranças do Cade e da SDE, em seminários realizados em local externo às sedes desses órgãos, em duas etapas, ocasião em que foram apresentados os principais resultados de todas as equipes. Nesses seminários, cada ponto dos produtos foi discutido, por meio de apresentações individuais, seguidas de um debate. O objetivo principal desses encontros foi validar os principais produtos desenvolvidos durante a fase de transição, no intuito de apresentá-los à sociedade brasileira, por meio de consultas públicas.

O principal produto elaborado pela equipe de análise prévia colocada em consulta pública foi a Resolução que regulamentaria os atos de concentração, incluindo os dois formulários de notificação (procedimentos sumário e ordinário) como seus anexos. Centenas de contribuições foram recebidas durante o processo de consulta pública, muitas incorporadas nos respectivos textos finais, todas devidamente respondidas. A participação dos principais atores nacionais e até de alguns internacionais, como a “American Bar Association”, foi de grande valia para a formatação da regulamentação que deu origem, logo no primeiro dia da entrada em vigor da Lei 12.529/11, à Resolução Cade 02/2012.

2. Tripé da atuação do Cade – coerência, eficiência e efetividade

Entender como o Cade teve sucesso na implementação da política pública de defesa da concorrência implica entender quais foram as mudanças promovidas no SBDC, suas justificativas e formas de implementação, a fim de atingir três patamares de excelência: a coerência de sua atuação, a eficiência das atividades e a sua efetividade.

2.1. Coerência

No que diz respeito à **coerência**, o primeiro ponto a destacar é a mudança estrutural promovida pela Lei nº 12.529/11. Antes do advento do novo diploma legal três entidades compunham o SBDC: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Cade. Após a sua implementação, restaram apenas uma entidade judicante e uma entidade responsável pela advocacia da concorrência, respectivamente, o Cade e a Seae.

Como se sabe, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda era, sob a Lei 8.884/94, o órgão responsável pela análise de atos de concentração, enquanto cabia à Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça a análise de condutas anticompetitivas e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica o julgamento de ambos os tipos de procedimentos. No novo SBDC, o Cade passou a concentrar todas as funções, com manutenção da necessária independência entre investigação e julgamento por meio do estabelecimento de duas entidades distintas, a Superintendência-Geral (SG) e o Tribunal Administrativo. À Seae foi atribuído o papel de coordenação e promoção da advocacia da concorrência.

A mudança mostrou-se necessária pois a existência de três órgãos, vinculados a diferentes Ministérios, significava, na prática, a convivência de três políticas públicas. Conseqüentemente, havia uma série de dificuldades no que toca à coordenação e custos de

transação desnecessários entre as três agências. Tais problemas podem ser ilustrados com dois exemplos: o primeiro diz respeito à forma de distribuição de recursos e de elaboração do planejamento estratégico, e o segundo se relaciona à negociação de acordos.

Cade, Seae e SDE tinham orçamentos distintos e planejamentos estratégicos independentes. Daí resultavam, por óbvio, falta de unidade e dificuldades no estabelecimento de prioridades para o corpo técnico do SBDC. Afinal, de pouco adiantava que a SDE pretendesse focar sua atuação na prevenção e investigação de cartéis, por exemplo, se o Cade tivesse visão distinta e entendesse ser mais relevante analisar condutas unilaterais. A SDE poderia enviar diversos processos ao órgão julgador, mas este continuaria priorizando outros tipos de procedimento. No que diz respeito à política de acordos, embora o Cade e a SDE pudessem ambos assinar Termos de Compromisso de Cessação (TCCs), possuíam, cada um, seus próprios requisitos para tal assinatura: enquanto a SDE exigia, em regra, a confissão, o Cade decidia seus critérios caso a caso. Assim, cada agência havia criado, sem coordenação com as demais, estruturas de incentivos próprias.

A nova organização pretendeu implementar a coerência necessária à política pública também no esqueleto do SBDC. Criou-se uma estrutura piramidal na qual a Superintendência-Geral assumiu as antigas competências da SDE e Seae. No topo da pirâmide, o Tribunal Administrativo assumiu as tarefas do antigo Cade.⁵ A mudança implicou no desenvolvimento de uma nova cultura organizacional, que não se pretendia uma transposição daquilo que se apresentava em qualquer das agências anteriores, mas sim a criação de uma nova lógica de trabalho. Para estimular o surgimento desse novo ambiente, houve incentivos para o intercâmbio de profissionais entre os dois polos da nova entidade. Na prática, o resultado foi que técnicos que antes trabalhavam junto à autoridade judicante passaram a assumir funções instrutórias, e vice-versa.

A elaboração de um planejamento estratégico único afetou positivamente uma série de variáveis, dentre as quais se destacam (i) os critérios de investigação, (ii) a política de negociação de acordos de leniência e TCCs, (iii) a forma de abordagem de cartéis internacionais e (iv) a priorização de cartéis em licitação. O objetivo era construir uma autoridade una, com estratégias dissuasórias coordenadas, aptas a gerar impacto na efetividade da política, como veremos adiante.

2.2. Eficiência

Quanto à **eficiência**, poderíamos ressaltar diversos aspectos, tanto com relação à análise de atos de concentração quanto aos processos administrativos. Considerando que a análise de atos de concentração foi o que gerou a maior preocupação no setor privado à época da reestruturação do SBDC e, assim, representou o foco inicial dos esforços do Cade na legitimação de sua nova estrutura, optamos aqui por focar as eficiências provenientes da mesma. Ainda, é possível afirmar que a análise de ACs representou uma porta de entrada para diversas outras eficiências que a autarquia conquistou nos últimos cinco anos.

A política anterior de defesa da concorrência no Brasil funcionava a partir de uma análise posterior de atos de concentração econômica. Com a 12.529, a análise de atos de

⁵ Vale ressaltar que SG e Tribunal não são hierarquicamente subordinados entre si. Utilizamos a referência à estrutura piramidal por conta da forma de tomada de decisão no que tange aos processos administrativos.

concentração passou a ser prévia. Pode-se apontar três principais motivos a justificar a mudança: (I) ausência de incentivos para que as empresas cooperassem plenamente com as autoridades, (II) dificuldade de implementação de remédios às operações, e (III) a atribuição, nem sempre devida, de responsabilidade pela ineficiência ao próprio sistema.

A inexistência de incentivos devia-se ao fato que, num sistema de análise posterior, não havia um grande interesse por parte das empresas em ter uma avaliação rápida e eficiente após a apresentação de seus ACs, especialmente diante de grandes chances de imposição de remédios. Afinal de contas, a operação já estava consumada. Desta forma, tínhamos um risco de conduta não diligente por parte do setor privado, que se refletia em dificuldades para a autoridade em termos de informações necessárias para a análise.

Existia, ainda, nesse cenário de análise posterior, uma dificuldade na negociação de remédios estruturais, reconhecidos na literatura internacional como a resposta mais segura e eficiente contra concentrações com efeitos potencialmente anticoncorrenciais. Ora, a operação estava consumada e a autoridade se via frente a uma escolha complexa: optar pela manutenção dos efeitos do negócio no mercado ou pela imposição de solução que, no limite, não levaria ao *status quo ante*, uma vez que este nem existia mais. Isto é, impedir a consumação da operação não era uma opção.

Por fim, havia o problema da cadeia de responsabilização: o Cade era sempre a última autoridade a se manifestar na análise de qualquer ato de concentração, de modo que ele arcava com os possíveis atrasos e erros das demais autoridades e, até certo ponto, também daqueles provenientes do setor privado.

A implementação da análise anterior representou, portanto, uma grande mudança em termos de eficiência. A Nova Lei de Defesa da Concorrência estabelece o prazo de 240 dias a ser cumprido para a análise de um AC.⁶Essa restrição contundente de tempo, por sua vez, exigiu alterações no próprio procedimento, como, por exemplo a exigência que as requerentes apresentassem, de pronto, à autoridade toda a documentação necessária à análise. Foram tomadas também três medidas internamente ao Cade que visavam garantir agilidade e coerência:

- (i) Criou-se um **procedimento de pré-submissão** na Superintendência-Geral. Trata-se, como o nome sugere, de um procedimento anterior à própria submissão formal do caso e permite, o que é muito relevante em situações de grande complexidade, que as empresas assegurem que a documentação submetida é suficiente para a análise.
- (ii) Estabelecimento de um **processo de *screening***. Neste, a equipe técnica analisa, a partir da documentação submetida, se a operação é simples (pode ser submetida ao rito sumário) ou não (deverá ser analisada no rito ordinário). Caso conclua-se pela simplicidade, a própria unidade que conduz o *screening* já é responsável

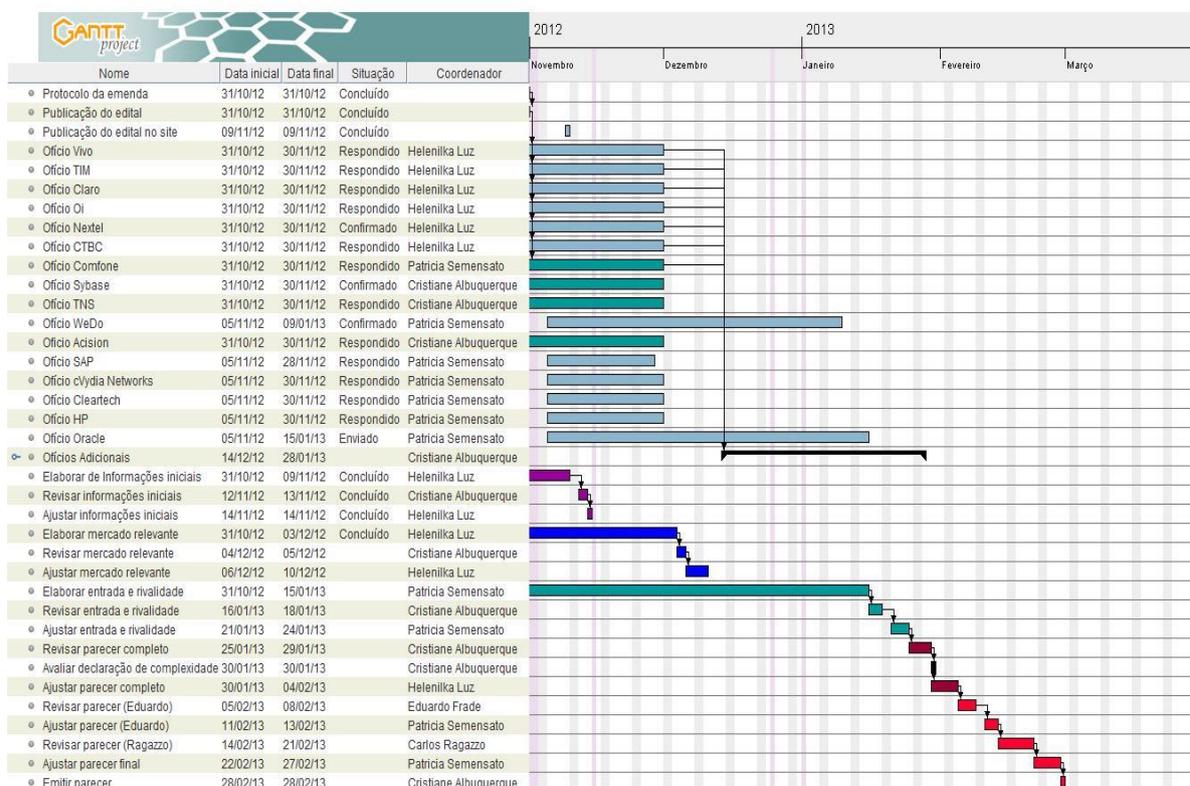
⁶ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. (...) § 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

pela análise de mérito, num prazo que hoje não ultrapassa os 30 (trinta) dias. Se o caso for de maior complexidade, ele é redistribuído a uma coordenadoria-geral. A lógica dessa etapa estava associada a um método de organização de fila, a fim de reduzir os períodos de análise dos casos (situações semelhantes a essa se originaram de sistemas de atendimento ao cliente – SACs, como maneira de dar maior vazão à demanda por soluções).

- (iii) Em terceiro lugar, houve a **separação das coordenadorias-gerais (CGs) em setores**. Hoje, a SG é dividida em nove CGs especializadas, cada uma para lidar com diferentes tipos de casos. CGs que cuidam de cartéis, por exemplo, não lidam com atos de concentração, e mesmo dentro dos atos de concentração há especialização temática. A concentração em setores tinha por objetivo auxiliar os técnicos a serem capazes de construir um histórico de análise dos casos, substituindo uma alocação com base no estoque dos atos de concentração. Mais uma vez o objetivo era conseguir alcançar maior eficiência na análise.
- (iv) Por último, **os ACs ordinários começaram a ser tratados como projetos**. A ideia de se pensar um ato de concentração como um projeto foi adotada na Superintendência Geral visando garantir que suas análises contemplem, ao mesmo tempo, o uso racional do prazo legal disponível e a qualidade necessária para embasar suas decisões. Com base na técnica de gerenciamento de atos de concentração como projetos, é possível controlar possíveis falhas e/ou gargalos, de forma a corrigi-los imediatamente, minimizando, assim, todos os problemas que ocorrem durante a análise de um ato de concentração. Com esse enfoque, a SG tem conseguido atuar dentro de suas limitações de recursos e, mais importante, dentro de uma limitação temporal legal.⁷ Assim, para os casos não elegíveis ao procedimento sumário, visando atingir um alto grau de eficiência a Superintendência Geral adotou técnicas de gestão de projetos, estabelecendo etapas a serem cumpridas dentro de um cronograma, usando, em alguns casos, ferramentas como, por exemplo, o gráfico de Gantt, conforme figura 2, a seguir.

⁷ É importante salientar que a Lei 12.529/11 limita o prazo de análise de um ato de concentração em até 240, podendo este ser prorrogado por até 90 dias. Entretanto, nem a lei nem as regulamentações infralegais do CADE dividem, formalmente, este prazo entre Superintendência Geral e o Tribunal. Logicamente, em atos de concentração que demandem um tempo maior de análise por parte da SG, faz-se necessário que haja uma interação entre este órgão e o Tribunal, de forma a conciliar a divisão do tempo legal entre os dois.

Figura 1 - Exemplo de projeto para análise de um AC ordinário com maior complexidade

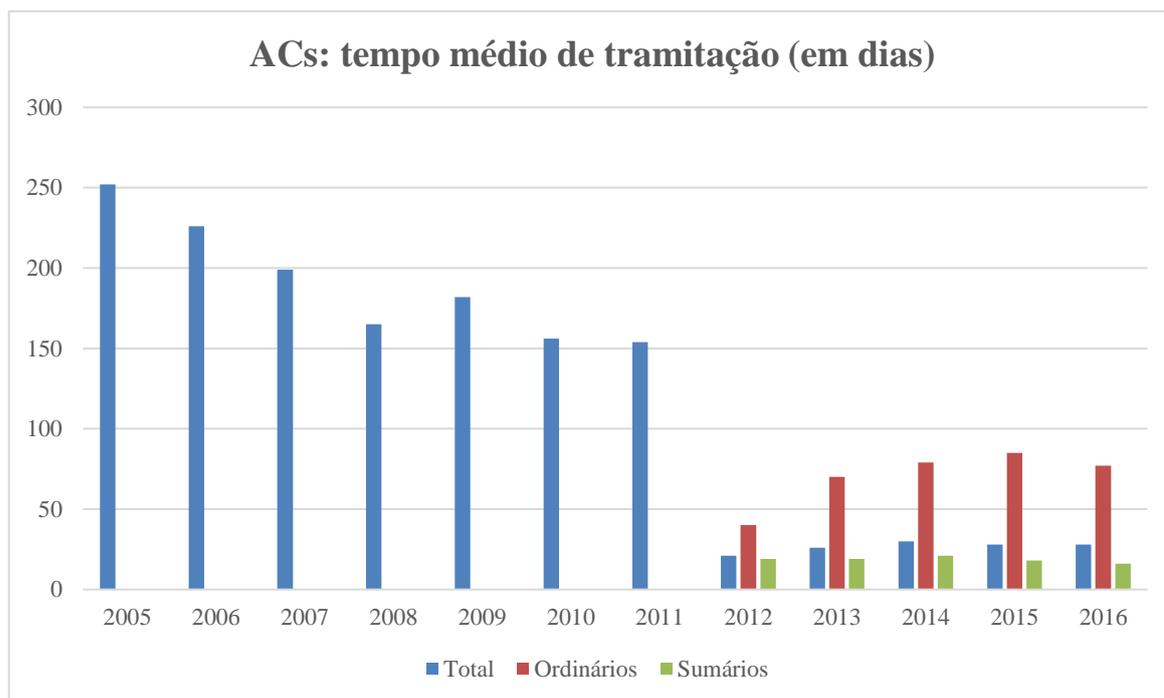


Elaboração: Coordenação Geral de Análise Antitruste 4 (CGAA 4) - Superintendência Geral

Esse planejamento mais detalhado, entretanto, é utilizado apenas em casos ordinários com maior grau de complexidade, que demandem um tempo maior de análise. Para todos os demais, há o estabelecimento de metas internas de prazos para cada etapa, de forma a facilitar o monitoramento da análise tanto pelo Coordenador Geral responsável quanto pelo Superintendente Adjunto e pelo Superintendente-Geral.

O resultado dessas mudanças no tempo médio de análise dos atos de concentração pode ser melhor visualizado por meio do gráfico⁸ a seguir:

⁸CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Balanço 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-do-cade-em-2012.pdf/view>>. Acesso em 24/08/2017; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Balanço de Gestão 2014 a 2017. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>>. Acesso em 24/08/2017.



2.3. Efetividade

É também preciso fazer um juízo sobre a efetividade da política de defesa da concorrência a partir das mudanças promovidas no SBDC. Pode-se ressaltar três principais alterações que representaram uma efetiva implementação da política de defesa da concorrência, quais sejam: o maior número de julgamento de casos de cartel pelo Tribunal; a implementação de uma nova política de acordos; e, por fim, o aprimoramento dos critérios de persecução de cartéis internacionais.

A primeira mudança relaciona-se principalmente à modificação da análise de atos de concentração. Como já apontado, aquela possibilitou a abertura de espaço para que o Cade se dedicasse a outras áreas da defesa da concorrência, notadamente a persecução e investigação de cartéis.

Com a Lei 12.529/11 (art. 53 e ss.), o Tribunal passou a analisar tão somente os atos de concentração particularmente complexos, principalmente os impugnados pela Superintendência-Geral (SG), nos casos em que se recomendou rejeição, aprovação com restrições ou nos quais não foi possível avaliar os efeitos concorrenciais. Durante os três primeiros anos de vigência das novas regras, por exemplo, dos 1038 atos de concentração analisados pelo Cade, apenas 30 foram decididos pelo Tribunal da entidade: vinte foram impugnações da SG, três foram avocações de competência por Conselheiros (art. 65, II), em um houve recurso de terceiro interessado, e nos outros seis apurou-se a prática de *gun jumping*.⁹

Gerou-se, assim, mais espaço para o julgamento dos casos de condutas de uma forma geral. Os casos de cartéis, em particular, passaram a ser priorizados pelo órgão. Evidência

⁹CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. EM TRÊS anos da nova lei da concorrência, mais de mil atos de concentração foram julgados pelo Cade. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/em-tres-anos-da-nova-lei-da-concorrenca-mais-de-mil-atos-de-concentracao-foram-julgados-pelo-cade>>. Acesso em 24/08/2017.

disso é o julgamento do chamado cartel do cimento, em 2014, que resultou na aplicação de multa a seis empresas, três associações e seis pessoas físicas, no total de R\$ 3,1 bilhões – maior multa aplicada em decorrência de infração concorrencial até hoje pelo Cade.¹⁰

Além disso, a maior efetividade da defesa da concorrência também se deve, em grande medida, ao aperfeiçoamento da política de acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta. Embora a nova legislação não tenha introduzido alterações formais nas regras relativas à leniência, o instrumento se tornou mais efetivo, a experiência da autoridade em sua aplicação foi consolidada, de modo que a clareza nos procedimentos garantiu maior certeza acerca do instituto para o setor privado. Como evidenciam os dados, entre 2003 e 2011, o Cade celebrou 23 acordos de leniência, ao passo que de 2012 até junho de 2017 foram celebrados 65 acordos (incluindo leniências *plus* e excluindo aditivos).¹¹ Isto é, em apenas cinco anos, os números praticamente triplicaram.

A explicação para o salto nos números reside, em parte, no desenvolvimento de maior clareza e segurança jurídica associadas ao instrumento e na sua coordenação com os termos de compromisso de cessação, que criaram no Cade uma política coesa de negociação. Além disso, deve-se remeter aos já mencionados esforços feitos pela autoridade no sentido de priorizar a investigação de cartéis, especialmente os nacionais e, dentre eles, particularmente os cartéis em licitação.

Como se sabe, a leniência existe no âmbito da defesa da concorrência desde 2000. O primeiro acordo foi realizado em 2003, mas, por algum tempo, o influxo de leniências centrou-se em casos de cartéis internacionais – o que é natural, considerando que, ao delatar uma conduta em uma dada jurisdição as empresas tendem a procurar todas as outras jurisdições em que o cartel gerou efeitos potenciais para assim apresentar pedidos também nestes locais, a fim de se resguardarem. Com o reforço de da agenda de *enforcement* de cartéis no Cade, gerou-se incentivos para que, não só multinacionais buscassem leniências em cartéis internacionais, mas também para empresas brasileiras em cartéis cujos efeitos foram observados no território nacional,

A isso se uniu o fato de que o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), enquanto instrumento de negociação, passou por adequações na nova lei, de modo a garantir maior coerência com o objetivo prioritário de punição e prevenção das práticas anticompetitivas. Nesse sentido, em primeiro lugar, a Lei 12.529/11 retirou a previsão existente na Lei 8.884/94 (art. 53) segundo a qual a assinatura do compromisso não importaria em confissão. É possível, assim, que a autoridade exija o reconhecimento de participação na conduta por parte do investigado para celebração do compromisso, o que de fato passou a ser feito nos casos de conduta coordenada, nos termos do artigo 225 do Regimento Interno do Cade, conforme alteração introduzida pela Resolução nº 5, de 6 de março de 2013.

Em segundo lugar, em práticas colusivas, exige-se também o pagamento de contribuição pecuniária (art. 85, §2º) para a celebração do TCC. Nesse sentido, deve-se destacar a realização de um Guia de TCC para casos de cartel, o qual traz faixas pré-definidas de descontos, levando em conta o grau de colaboração e a ordem de adesão ao programa para o

¹⁰CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. CADE mantém multas aplicadas no cartel do cimento. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-mantem-multas-aplicadas-no-cartel-do-cimento>>. Acesso em 24/08/2017.

¹¹ Balanço 2012, op. cit.; Balanço de Gestão 2014 a 2017, op. cit.

cálculo da contribuição. Assim, o primeiro a celebrar o compromisso pode receber uma redução de até 50% na multa que poderia vir a ser aplicada caso houvesse condenação, ao passo que o terceiro compromissário só pode desfrutar de no máximo 25% de desconto.

Por fim, ressaltamos que os TCCs passaram a desempenhar papel mais significativo no combate a condutas anticompetitivas depois que a Superintendência-Geral passou a negociá-los. Até 2013, o termo só poderia ser proposto perante o Tribunal, o que gerava incentivos contraditórios e ineficientes aos dois órgãos: enquanto a SG focava na condenação, o Tribunal estaria aberto à negociação. Desse modo, a mudança permitiu alinhamento de incentivos e maior consistência interna na condução da política de defesa da concorrência.

Tais alterações resultaram no recrudescimento sancionatório eficaz, alinhado ao propósito de reprimir e evitar a ocorrência de novos ilícitos lesivos à concorrência. Entre 2009 e 2011, o Cade firmou 20 TCCs, enquanto de 2013 até junho de 2017 foram celebrados, no total, 235 compromissos. Tais acordos implicarão também em um aumento crescente na arrecadação do Fundo de Direitos Difusos: as contribuições pecuniárias negociadas em TCCs, destinadas ao Fundo, somaram cerca de R\$ 41 milhões em 2013, R\$ 168 milhões em 2014, R\$ 466 milhões em 2015 e chegaram a quase R\$ 800 milhões em 2016.¹²

O ápice desse processo de consolidação de regras e incentivos se deu com a edição do Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade, publicado em maio de 2016, que garante previsibilidade ao destinatário do programa e permite a sedimentação e desenvolvimento institucional da autarquia. Organizado na forma de perguntas e respostas, ele fornece informações detalhadas sobre todas as fases da negociação do acordo e, conseqüentemente, segurança jurídica, aumentando o incentivo para negociações futuras. Também em maio de 2016, o Cade publicou o já citado Guia de TCC para casos de cartel, consolidando os procedimentos usualmente adotados pela entidade. Dessa forma, embora ainda comporte melhorias, o programa de negociações do Cade pode ser apontado hoje como um caso de sucesso, tendo inclusive servido de inspiração para a criação da leniência no âmbito do combate à corrupção pela Lei nº 12.846/2013.

Uma terceira mudança digna de menção no que tange ao alcance de maior efetividade relaciona-se à determinação de critérios acerca de quais cartéis internacionais devem ser investigados pelo Cade. Como dito, houve um número significativo de casos deste tipo trazidos à autoridade no início dos anos 2000 e existia um interesse também por parte da autoridade em investigar tais condutas, ainda que por vezes o efeito real no Brasil fosse limitado. Uma vez que cartéis nacionais ganharam mais relevância no leque de investigações do Cade, o cenário alterou-se ligeiramente, pois cresceu o número de casos. Em um cenário de recursos limitados da autoridade antitruste e a busca por coerência, faz-se necessário selecionar aqueles casos que efetivamente trouxeram prejuízos no território nacional, de modo que sua persecução seria mais premente. Seguindo a tendência internacional, adotou-se o critério da produção de efeitos no território nacional.¹³ Assim, se o cartel envolve o Brasil, ou envolve empresas que exportam (direta ou indiretamente) para o Brasil, haverá persecução pelo Cade. No caso das exportações indiretas, a investigação justifica-se caso as empresas cartelizadoras exportarem insumos para outro país onde o produto final será produzido e vendido para o Brasil, de forma que há

¹² Balanço 2012, op. cit.; Balanço de Gestão 2014 a 2017, op. cit.

¹³ ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences*, Paris, n. 3, 2016.

consequências para a economia brasileira. No entanto, a apuração de tais efeitos é complexa, o que implica em dificuldades de cálculo da sanção e risco de que os agentes sejam punidos mais de uma vez pelo mesmo fato - tanto no país de origem, onde o cartel se formou, quanto pelo país de destino dos insumos. Tais temas têm sido debatidos e equacionados pela autoridade nos casos concretos.

3. Conclusão

Como dito ao longo do artigo, a revisão legal do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência endereçou os gargalos estruturais que prejudicavam a execução da política antitruste brasileira de forma satisfatória. Em apenas um ano, o prazo médio de análise de atos de concentração reduziu-se em mais de 80%, isso comparado à melhor média alcançada durante a vigência da Lei 8.884/94, e não à sua média histórica. Além disso, os ganhos de produtividade em análises de atos de concentração alcançados pelo Cade nesses primeiros dois anos de vigência da nova lei se refletiram, diretamente, também na sua função repressiva, com ganhos consideráveis nos números relacionados ao combate a cartéis e a outras condutas unilaterais. Esses resultados motivaram uma série de ações de reconhecimento às inovações gerenciais do Cade.

Após o público interno e, principalmente, os atores da política antitruste brasileira, demonstrarem seu reconhecimento pelo bom início do novo órgão, veio o reconhecimento da comunidade antitruste internacional. A Publicação “Global Competition Review” (GCR), importante periódico internacional em defesa da concorrência, em seu ranking anual de agências antitrustes, concedeu, em 2013, mais meia estrela ao novo Cade, que já detinha 3,5 estrelas no ano anterior, alçando-o ao “top ten” das autoridades mundiais de concorrência, nota que vem sendo mantida desde então. O Brasil subiu da 13^a. posição para a 8^a. posição, passando da categoria “bom” para “muito bom”, ficando atrás apenas de agências consagradas, como Estados Unidos, (FTC e DOJ), Comissão Europeia, Inglaterra (UK’s Competition Commission), Alemanha, França e Japão, e no mesmo nível de Austrália, Holanda, Espanha e Inglaterra (UK’s Office of Fair Trade), a frente de Canadá, Coreia do Sul, Itália e Nova Zelândia. Considerando apenas países em desenvolvimento, o Brasil figura em primeiro lugar. Os principais destaques do Cade na avaliação realizada pela GCR foram: (i) sucesso na transição para a Lei 12.529/11; (ii) análise prévia de atos de concentração; (iii) novos critérios de notificação; (iv) análise de atos de concentrações sumários em um prazo médio de 19 dias – um dos mais rápidos do mundo; e (v) aperfeiçoamento do combate a cartéis.

O projeto referente ao novo processo de análise de atos de concentração econômica foi classificado entre os 10 primeiros lugares (entre 102 inscritos) no 18º concurso de inovação no serviço público, promovido pela Escola Nacional de Administração Pública - ENAP - em parceria com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, feito inédito para o Cade. Esse concurso, já tradicional na administração pública brasileira, é o mais importante do país em sua categoria. O objetivo do concurso, promovido há 17 anos, é estimular a disseminação de soluções inovadoras em organizações do Governo Federal. No dia 08 de abril de 2014, em solenidade promovida na sede da ENAP, o Cade foi classificado em 7º lugar, obtendo o selo de inovação, marca já consagrada no serviço público federal brasileiro para reconhecimento de práticas gerenciais que promoveram inovações de reconhecida eficiência em suas áreas de atuação.

Estes resultados têm se mantido ao longo do tempo. A GCR concedeu por duas vezes o prêmio de melhor agência antitruste das Américas ao Cade e a ENAP premiou a autarquia no 21º Concurso Inovação em 2017 na categoria Serviços ou Políticas Públicas Federais, pelos serviços integrados do SEI – o Sistema Eletrônico de Informações, focados em pesquisa processual pública e notificação eletrônica de atos de concentração.

PARTE II

OS CINCO PRIMEIROS ANOS

OS 5 PRIMEIROS ANOS DE APLICAÇÃO DA LEI N. 12.529/11: A DEFESA DA CONCORRÊNCIA AVANÇA NO BRASIL

Eduardo Frade Rodrigues
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

1. Introdução

A nova lei de defesa da concorrência brasileira trouxe alterações e inovações a fim de aprimorar, ainda mais, o sistema brasileiro. Com efeito, muitos foram os desafios enfrentados. A grande quantidade de processos acumulados, a escassez de recursos humanos e financeiros, a insegurança de uma nova estrutura concorrencial, tudo isso, certamente, não era trivial.

A nova estrutura operacional do CADE, dividido em Tribunal Administrativo, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos, tornou o trabalho da autoridade antitruste mais eficaz e célere, na medida em que não mais se verifica duplicação de análises.

A grande inovação trazida pela nova lei foi a introdução do controle prévio de concentrações, em que a Superintendência-Geral passou a desenvolver papel essencial, tornando-se grande responsável por instruir, bem como decidir as operações notificadas de menor complexidade, contribuindo para análises mais céleres, e consequente redução do estoque de casos no CADE.

Com os novos parâmetros de notificação de atos de concentração, foi possível observar uma redução no número de operações submetidas ao CADE, o que permitiu adequar de forma mais apropriada suas funções aos seus recursos, focando ainda na análise de casos com real potencialidade danosa. Com efeito, o CADE pôde se dedicar mais aos casos de condutas anticompetitivas, priorizando, sobretudo, o combate à cartéis.

Os efeitos dessa reestruturação podem ser percebidos agora. Os anos que sucederam à nova lei foram marcados por resultados positivos, permitindo ao CADE, cada vez mais, consolidar a sua importância tanto no cenário nacional quanto internacional.

2. Atos de concentração

Com a vigência da Lei nº 12.529/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi totalmente reestruturado. Seu “esqueleto” administrativo e o prazo das decisões foi modificado, para garantir eficiência e celeridade.

Do ponto de vista estrutural, a Superintendência-Geral efetivou uma separação departamental entre oito Coordenações-Gerais, unidades responsáveis pela instrução e condução dos processos¹.

¹ Nesse sentido, ver descritivo das ‘Coordenações-Gerais de Análise Antitruste’, disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/superintendencia_geral/coordenacoes-gerais-de-analise-antitruste. Acesso em: 15/09/2017.

A criação da Coordenação-Geral de Triagem permitiu uma análise mais eficiente nos casos submetidos, alocando-os de acordo com a natureza do procedimento e setor envolvido, gerando uma natural especialidade nas diversas matérias do sistema. O objetivo era tornar a análise dos casos mais simples, mais rápida, e permitir que equipes mais especializadas se concentrassem exclusivamente sobre os casos mais complexos.

A Coordenação de Triagem é responsável por instruir e analisar todos os atos de concentração que sejam enquadrados como “sumários”, ou seja, casos de conteúdo concorrencial não complexo, que podem ser avaliados de forma mais célere e com menos quantidade de informações. Entre 80% e 90% dos atos de concentração notificados se enquadram nessa categoria, sendo, portanto, conduzidos de forma imediata e sem necessidade, em regra, de grandes informações adicionais.

As outras Coordenações existentes concentram uma dupla tarefa: instruir os atos de concentração “ordinários” (não sumários) e investigar condutas de abuso de posição dominante. A alocação dessas duas funções conjuntamente se justificou, em razão do tipo de análise utilizada nessas espécies de casos – que requerem avaliações de ordem econômica mais profunda.

As coordenações são divididas de forma setorial: a primeira unidade cuida de casos em mercados agrícolas e em mercados de produtos diferenciados; a segunda, mercados de serviços, a terceira, mercados industriais; e a quarta, mercados regulados. Essas segmentações têm por objetivo aproveitar a expertise acumulada ao longo do tempo dentro de cada Coordenação, que se especializa em cada tipo de análise em cada tipo de mercado. O exame antitruste aplicado a um mercado de produtos diferenciados é diferente daquele aplicado em um mercado de produtos homogêneos, por exemplo, assim como a análise concorrencial em mercados sujeitos à regulação econômica de agências especializadas também requer uma linha de pensamento própria, e assim por diante. Com o tempo, o acúmulo de precedentes, dados e conhecimentos sobre um mesmo mercado dentro da mesma unidade gera resultados expressivos em termos de qualidade e velocidade das análises. O mesmo vale para as segmentações das Coordenações de cartéis.

Ainda do ponto de vista estrutural, a análise prévia de “atos de concentração” implicou mais simplicidade e objetividade do objeto de apreciação. O fato de definir ato de concentração econômica traz mais segurança aos administrados. Estes são atos são caracterizados quando se modifica a estrutura de um determinado mercado com relevância horizontal ou vertical, “havendo a unificação total dos centros de poder, a aquisição de um poder determinante da atuação do outro agente econômico”.

Nesse sentido, a Lei exclui o critério de participação de mercado e apresenta limites mais objetivos para a obrigatoriedade de notificação, além de exigir que os limiares sejam atingidos por ambas as partes envolvidas na operação. Segundo o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, devem ser notificados ao CADE os atos de concentração, em qualquer setor da economia, em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

O CADE visa a restringir sua atuação àquelas operações que sejam, realmente, capazes de interferir na livre concorrência, trazendo prejuízos aos consumidores, ao contrário do sistema anterior onde em virtude dos critérios utilizados havia um acúmulo excessivo de atos de concentração submetidos para análise no CADE.

Os primeiros anos de aplicação da Lei também trouxeram um detalhamento entre os ritos ordinários, de trâmite normal, e sumário, com processo simplificado. Nesse sentido, a Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012, disciplinou a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, além de prever o procedimento sumário de análise de atos de concentração.

A nova divisão de tarefas, os critérios de notificação, a gestão de casos e os incentivos impactaram diretamente o tempo de análise, tanto de casos simples quanto de casos complexos. O tempo médio de instrução e julgamento de AC era, em 2010, de aproximadamente 150 dias; porém quando analisados somente os casos complexos, essa média subia para 724 dias.

As operações que apresentarem um risco considerado baixo para a competição no mercado são aprovadas, em média, em 25 dias². As que se encaixam no rito ordinário, consideradas de maior complexidade pela Superintendência-Geral, seguem o prazo máximo de 240 dias, prorrogáveis por até 90 dias.

Em 6 de setembro de 2016, foi publicada a Resolução nº 16/2016, que estabeleceu o prazo de 30 dias para conclusão da análise de atos de concentração sumários – aqueles de menor complexidade do ponto de vista concorrencial. A resolução tem por objetivo criar uma norma de efeito moral às análises da Superintendência-Geral do órgão, proporcionando maior adesão às necessidades do mercado.

Portanto, a autonomia dada à Superintendência-Geral de julgar atos de concentração contribuiu para a maior eficiência do processo. Durante a transição das leis, havia um estoque remanescente da antiga lei de 382 atos de concentração. Em 2013, com a alteração dos parâmetros de notificação e o aprimoramento do rito sumário, este número caiu para 62 atos (redução de 83% sobre o estoque somado à entrada de casos novos)³.

A maior parte dos atos de concentração notificados ao CADE são de baixa complexidade. Desta forma, são instruídos em rito sumário e, em sua maioria, aprovados sem restrições pela Superintendência-Geral. Caso haja maior grau de complexidade, a Superintendência poderá ofertar impugnação ao tribunal, caso entenda pela reprovação, aprovação com restrições ou que não haja elementos concludentes sobre os efeitos da operação no mercado.

Desta forma, restam ao Tribunal os casos mais complexos e que exigem uma análise mais aprofundada, representando uma drástica redução dos julgamentos de Atos de Concentração, que eram na sua maioria aprovados, para foco no julgamento de condutas graves.

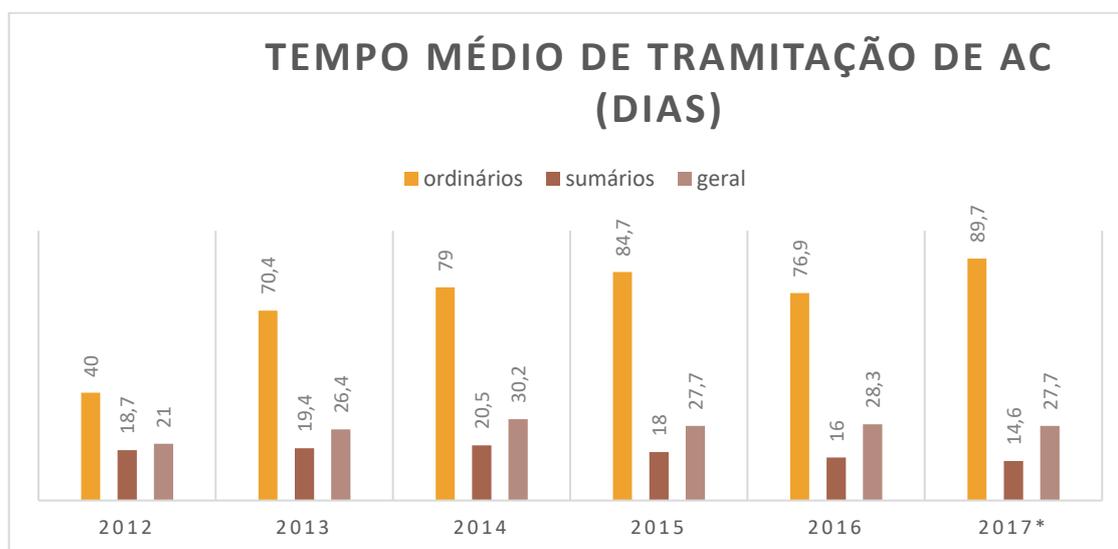
Os resultados quantitativos e qualitativos dessa reestruturação foram apresentados ao público um ano após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11.

² CADE. Com nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/com-nova-lei-tempo-medio-de-analise-de-atos-de-concentracao-e-de-25-dias>. Acesso em: 15/09/2017

³ CADE. Balanço 1 ano da nova lei de defesa da concorrência - Lei 12.529/11. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-1-ano-da-nova-lei-de-defesa-da-concorrenca-lei-12-529-11.pdf/view>. Acesso em: 15/09/2017.

A redução do tempo médio de análise de atos de concentração é latente. No período entre junho de 2012 e maio de 2013, esse tempo foi de 20 dias para casos simples (analisados na coordenação de triagem), 69 dias para casos complexos (instruídos nas Coordenações-Gerais especializadas) e de 25 dias para a média de todos os casos. O tempo médio aferido em 2011 foi de 154 dias. Atualmente, o tempo médio de tramitação de atos de concentração é de 16 dias para atos de concentração sumários, 73 dias para casos mais complexos e de 27 dias para a média de todas as operações⁴.

Figura 1
Tempo Médio de Tramitação de Atos de Concentração

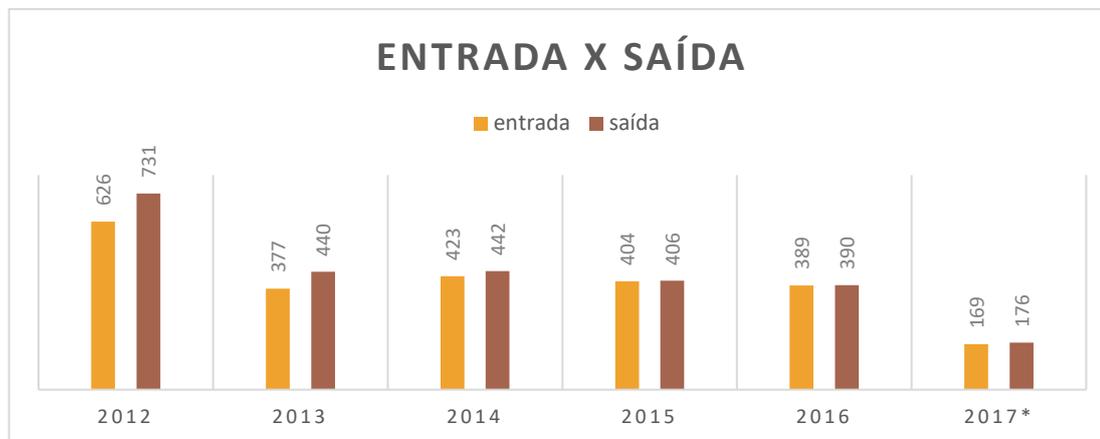


Fonte: CADE

A priorização e padronização dos processos, direcionada tanto a iniciação dos casos, como ao seu processamento e até mesmo o seu julgamento posterior pelo tribunal, permitiu que se estabelecesse um maior equilíbrio entre a entrada e a saída de casos na SG, contribuindo para a existência de um fluxo. Com a racionalização na triagem de processos e na distribuição entre as Coordenações-Gerais de Análise Antitruste, 95% das operações analisadas pelo CADE foram finalizadas por meio de decisão monocrática da SG.

⁴ Dados atualizados até 31/12/2016.

Figura 2
Entrada e Saída de Atos de Concentração na SG



Fonte: CADE

Com a alteração dos critérios de notificação e a criação da triagem, o número de atos de concentração notificados diminuiu em relação aos anos anteriores. O SBDC pode direcionar seus recursos apenas para as operações que, de fato, tenham o potencial de gerar preocupações concorrenciais.

Dessa forma, ao instituir um processo mais eficiente de análise de Atos de Concentração (eixo preventivo), o CADE pôde se dedicar mais aos casos de condutas anticompetitivas (eixo repressivo).

3. Condutas

Assim como no controle de atos de concentração, na instrução e no controle repressivo de condutas nocivas à concorrência, foi imposta uma lógica de triagem. Foram feitas revisões e os casos foram classificados segundo critérios de relevância, grau de evidências, estágio processual e repercussão social. Dessa forma, os casos sem viabilidade de elementos probatórios foram eliminados, e os casos com um grande potencial foram priorizados. Permitiu-se a redução de estoque de 444 casos de condutas em maio de 2012, para 333 em maio de 2013 (redução de 63% do estoque sobre o estoque somado à entrada de casos novos)⁵.

As novas unidades de análise de informações e de triagem de condutas passaram a ser responsáveis por casos que ainda estavam em estágio muito inicial ou que necessitavam de respostas e interações com outros órgãos. A triagem também passou a administrar e manter o clique-denúncia, importante canal de comunicação do CADE com a sociedade.

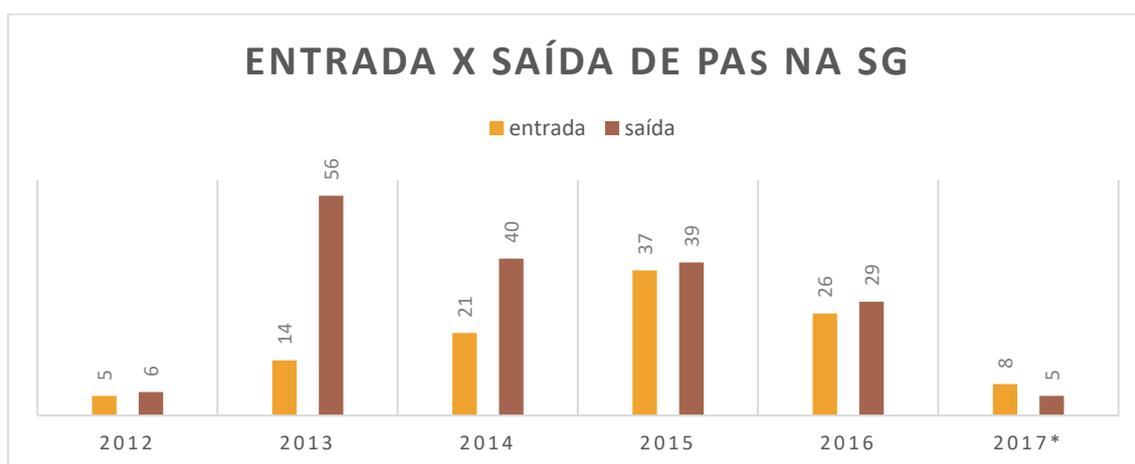
Dessa forma, se os novos casos, após breve análise ou instrução, indicassem viabilidade de conclusão, estes seriam içados para estágio mais avançado, para as

⁵ CADE. Balanço 1 ano da nova lei de defesa da concorrência - Lei 12.529/11. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-1-ano-da-nova-lei-de-defesa-da-concorrenca-lei-12-529-11.pdf/view>. Acesso em: 15/09/2017.

coordenações-gerais. Por outro lado, casos pouco robustos, com indícios frágeis ou que não fossem sujeitos às atribuições do CADE, seriam arquivados.

Ao priorizar casos mais antigos, e criando novos critérios de análise e classificação, verificou-se uma manutenção do equilíbrio entre a entrada e saída de casos na SG.

Figura 3
Entrada e Saída de Processos Administrativos na SG



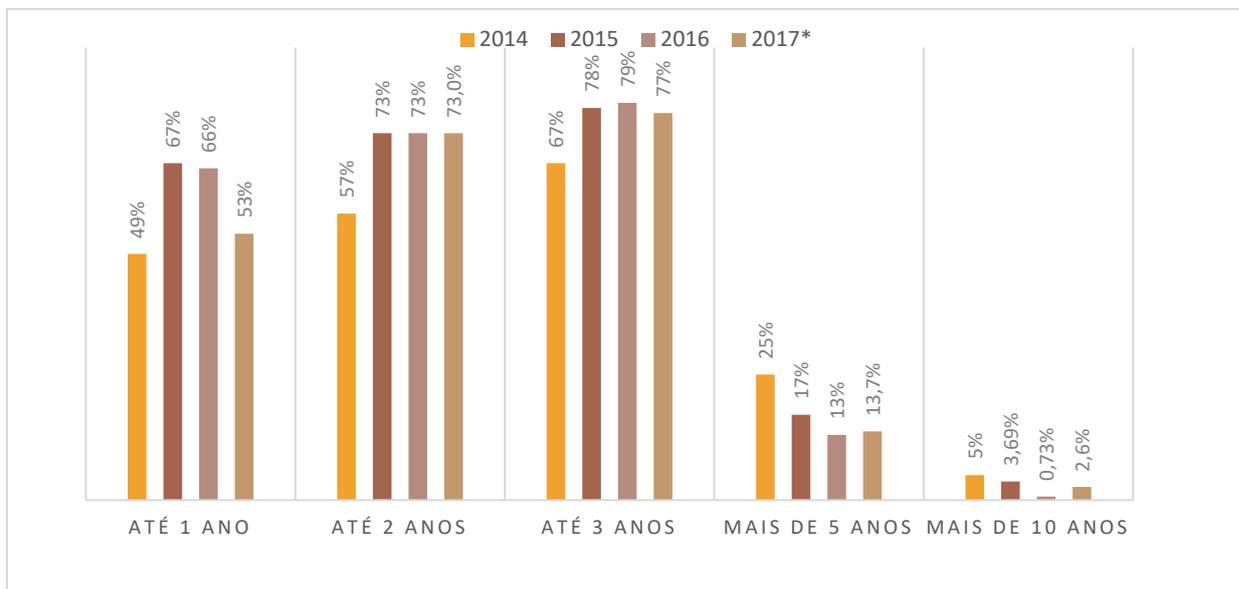
Fonte: CADE

A mesma lógica foi aplicada às decisões de transformação de procedimentos preparatórios e inquéritos administrativos em efetivos processos administrativos, que passou a ser mais criteriosa. Em maio de 2012, dos 320 casos de conduta em instrução na SG, 153 eram referentes a cartel e 167 à influência de conduta uniforme e unilaterais. No mesmo período, em 2013, dos 214 casos em instrução, 111 eram referentes à cartel, 80 à influência de condutas uniformes e unilaterais e 23 estavam em triagem⁶.

Posteriormente à redução do estoque, houve um esforço da SG para vazão de casos antigos e redução do tempo de duração dos processos.

⁶ CADE. Balanço 1 ano da nova lei de defesa da concorrência - Lei 12.529/11. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-1-ano-da-nova-lei-de-defesa-da-concorrancia-lei-12-529-11.pdf/view>. Acesso em: 15/09/2017.

Figura 4
Tempo de Processos em Estoque na SG



Fonte: CADE

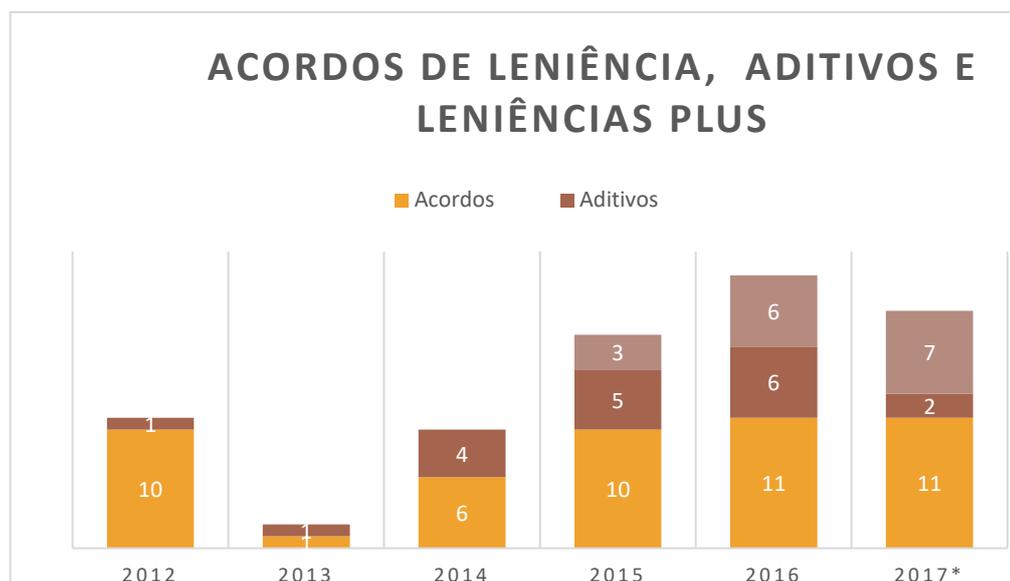
Além da maior vazão aos processos, a reestruturação funcional do CADE permitiu que se constituísse uma unidade de dedicação praticamente exclusiva a análise e processamento de pedidos e acordos de leniência. Deve-se ainda ressaltar que o crescente número de casos de cartéis julgados pelo CADE e a diversificação de setores investigados pela SG também resultou numa maior diversificação de setores nos pedidos de leniência.

Dessa forma, houve um grande fortalecimento do programa de leniência, com recordes sucessivos de assinaturas e pedidos de acordos, com a produção de casos crescentemente robustos.

Nos primeiros anos da Lei nº 12.529/11, foram celebrados 13 Acordos de Leniência, sendo dois deles aditivos. No período entre 2014 e junho de 2017 o Cade celebrou no total, 38 acordos⁷.

⁷ ANDRADE, Diogo Thompson de. A Lei 12.529/2011 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. In: Vinícius Marques de Carvalho. (Org.). A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência. 1ed. São Paulo: Editora Singular, 2015, v., p. 271-286.

Figura 5
Acordos de Leniência, Aditivos e Leniência Plus



Fonte: CADE

Além da leniência, a partir de 2013, a nova regulamentação de Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) aumentou a resolução de casos de condutas, especialmente cartéis, via acordos. Grande parte da contribuição às investigações deu-se em razão da exigência de reconhecimento de participação e colaboração com as investigações.

Como resultado dessa nova política, observou-se um aumento no número de TCCs celebrados, principalmente em casos de cartel. Em 2012 foram negociados 5 TCCs no Tribunal e nenhum na SG. Em 2013 houve um aumento significativo, o Tribunal negociou 46 TCCs e 7 foram negociados na SG. De janeiro de 2014 a meados de 2015, foram homologados 66 TCCs, sendo que cerca de 80% destes foram celebrados em casos de cartel ainda em tramitação na SG.

Figura 6
Requerimentos de TCC Homologados



Fonte: CADE

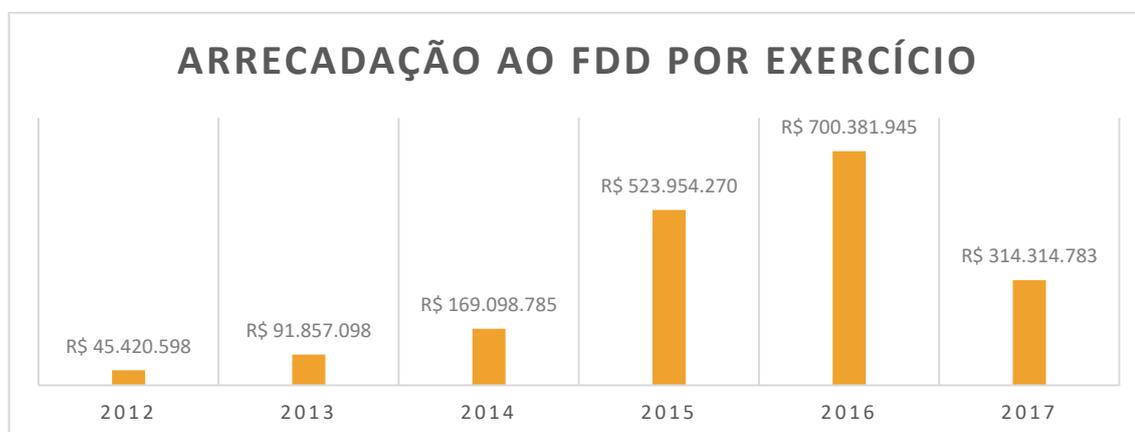
A crescente demanda no combate a cartéis, sobretudo em licitações e sua relação com outros ilícitos, tornou necessária a intensificação da interação do CADE com os demais órgãos de investigação. Nesse sentido, a SG tem reforçado nos últimos anos sua cooperação com a CGU para a troca de informações sobre compras públicas e desenvolvimento de métodos específicos de análise e mineração de dados visando identificação de situações suspeitas⁸.

Cartéis em licitações possuem dinâmicas e necessidades investigativas comumente distintas dos demais tipos de cartéis. A importância do combate a cartéis em licitações se manteve ao longo dos últimos anos de vigência da Lei n. 8.884/94, evidenciada pela abertura de diversas investigações pela SDE – muitas vezes em cooperação com outros órgãos –, e por condenações pelo Plenário do CADE.

Houve também mudanças relevantes no quadro institucional aplicável ao combate a cartéis em licitações. O novo estatuto concorrencial tornou mais clara a tipificação do *bid rigging*, ao prever ser ilícito “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (art. 36, §3º, I, letra ‘d’).

O aumento do número de julgamentos de casos de conduta no tribunal, acordos de leniência e acordos de cessação de conduta contribuíram para o aumento exponencial da arrecadação ao Fundo de Direitos Difusos, com multas e contribuições pecuniárias. Em 2012, a arrecadação ao FDD foi de R\$ 45.420.598,00, atingindo R\$ 700.381.945,00 em 2016.

Figura 7
Arrecadação ao Fundo de Direitos Difusos



Fonte: CADE

⁸ Vide relatório apresentado pelo CADE à OCDE em 2016 a respeito, disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)19&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)19&docLanguage=Es). Acesso em: 15/09/2017.

4. Normas e guias

Os guias do CADE têm como propósito estabelecer diretrizes sobre temas relativos à política de defesa da concorrência ou a procedimentos institucionais e fornecer interpretação das normas existentes⁹.

O primeiro guia lançado foi o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica, apresentado em 20 de maio de 2015. O objetivo do documento é estabelecer parâmetros que possam ser utilizados como referências para agentes econômicos em suas negociações e avaliações de atos de concentração, de modo a evitar a prática de *gun jumping* – termo utilizado para referir-se à consumação da operação sem autorização prévia do órgão antitruste.

Em 20 de janeiro de 2016, o Cade apresentou o Guia sobre Programas de *Compliance* Concorrencial, conjunto de medidas internas que permite a uma organização prevenir ou minimizar os riscos de violação à lei de defesa da concorrência ou detectá-los mais rapidamente, caso se concretizem.

O Guia de TCC, apresentado em 11 de maio de 2016, tem o objetivo de registrar a memória institucional da autarquia sobre o tema e servir de referência para servidores, advogados e sociedade em geral sobre os procedimentos relativos ao instrumento, dando maior transparência, previsibilidade, efetividade e velocidade às negociações de acordos desse tipo. O guia reflete a prática e os parâmetros já utilizados pelo Cade na negociação de TCCs nos últimos anos. O guia não é vinculativo e não tem o caráter de norma. Ou seja, suas diretrizes podem ser alteradas pela autarquia a depender das especificidades do caso em análise.

O Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste, documento consolidado com as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados pela Superintendência-Geral da autarquia na negociação e celebração de acordos de leniência, foi apresentado em 25 de maio de 2016. A publicação foi um marco no Programa de Leniência no Brasil, que reflete a experiência de leniências acumuladas pelo órgão antitruste brasileiro nos últimos 15 anos, e o alinha com as melhores práticas internacionais. O objetivo geral do documento é fortalecer e expandir o Programa de Leniência do Cade, dando maior transparência, acessibilidade, previsibilidade e segurança jurídica às regras e procedimentos relacionados à negociação dos acordos.

Em 27 de julho de 2016, o Cade apresentou o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. O guia esclareceu a metodologia utilizada pela autarquia para a verificação de operações que envolvem agentes em uma mesma etapa da cadeia produtiva. Além disso, buscou dotar de maior transparência a análise feita pelo órgão, bem como orientar os membros do Cade a empregar as melhores práticas de análise desses casos e também auxiliar os agentes de mercado a compreender as etapas, técnicas e critérios adotados pelo Cade em atos de concentração.

Além dos guias, após a entrada em vigor na nova lei do Cade, foram publicadas diversas resoluções¹⁰:

⁹ CADE. Guias do CADE. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade. Acesso em: 15/09/2017.

¹⁰ CADE. Resoluções. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao>. Acesso em: 15/09/2017.

- Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012, aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - RICADE.
- Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012 (publicada no DOU de 31 de maio de 2012), disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências.
- Resolução nº 4, de 29 de maio de 2012 (publicada no DOU de 31 de maio de 2012), estabeleceu recomendações para pareceres técnicos submetidos ao CADE, a fim de orientar a apresentação destes e estabelecer recomendações que facilitem a interlocução nos processos.
- Resolução nº 5, de 06 de março de 2013 (publicada no DOU de 11 de março de 2013), aprovou a Emenda Regimental n. 01/2013, que altera a seção referente ao Compromisso de Cessação, definindo novas regras do programa de cessação de práticas e negociações em casos de cartel.
- Resolução nº 6, de abril de 2013 (publicada no DOU de 09 de abril de 2013), disciplina a fiscalização do cumprimento das decisões, dos compromissos e dos acordos de que trata o artigo 52 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.
- Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014, publicada no DOU em 07 de outubro de 2014, disciplina as novas regras para notificação de atos de concentração no Brasil;
- Resolução nº 10, de 29 de outubro de 2014 e Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016 (publicadas no DOU, respectivamente, em 04 de novembro de 2014 e 25 de outubro de 2016), estabeleceram normas de notificação de contratos associativos;
- Resolução nº 13/2015 (publicada no DOU de 30 de junho de 2015) disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei 12.529/2011, ou seja, o procedimento para apurações referentes a atos de concentração, incluindo a análise de condutas de gun jumping, O APAC também é o procedimento para submissão de atos de concentração não sujeitos à notificação obrigatória;
- Resolução nº 15, de 25 de maio de 2016 (publicada no DOU de 31 de maio de 2016) altera dispositivos do Regimento Interno do CADE para fortalecer a segurança e a transparência dos programas de leniência e de TCCs, e para normatizar o procedimento de leniência *plus*;
- Resolução nº 16/2016 (publicada no DOU de 6 de setembro de 2016) alterou o artigo 7º da Resolução CADE nº 2/2012 e estabeleceu o prazo de 30 (trinta) dias para análise, pela Superintendência-Geral, de atos de concentração com base em procedimento sumário;
- Resolução Conjunta PGR/CADE 01/2016 (publicada no DOU de 3 de outubro de 2016) trouxe significativos alinhamentos interpretativos sobre os comandos da Lei 12.529/2011 e Regimento Interno do CADE. De forma que a atuação do MPF passou a ocorrer não apenas no controle de condutas anticoncorrenciais, como também na prevenção da concentração dos mercados. No plano operacional, a Resolução Conjunta PGR/CADE nº 01/2016 assegurou ao MPF-CADE a intimação e certificação de instauração de processo administrativo, ciência da celebração de Acordos de Leniência, entre inúmeras outras atividades que por lá são

desenvolvidas. A nova resolução sistematizou também prerrogativas ou instrumentos de atuação do Ministério Público Federal;

- A Resolução nº17/2016 (Publicada no DOU de 29 de novembro de 2016), incluiu dispositivo na Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012, expandindo a lista de ramos de atividades empresariais para fins de aplicação do art. 37 da Lei nº 12.529/2011;
- Resolução nº 19, de 03 de maio de 2017, dispõe sobre *o novo Código de Conduta dos Agentes Públicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*.
- Por fim, se encontra em consulta proposta de Resolução para regulamentar o acesso a informações em processos administrativos visando promover a articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica

5. Prêmios e reconhecimentos

O maior resultado qualitativo das alterações trazidas pela nova lei foi o reconhecimento do CADE pelo seu trabalho na área de defesa da concorrência. Diversas ações desenvolvidas pelo órgão receberam prêmios nacionais e internacionais nos últimos anos.

O CADE foi considerado a melhor agência das Américas em 2016¹¹ e 2014¹² pela revista britânica especializada em defesa da concorrência *Global Competition Review – GCR*.

Em 2017, O Guia de Termo de Compromisso de Cessação – TCC do CADE recebeu o prêmio de primeiro colocado (Best Soft Law) na categoria práticas concertadas do Antitrust Writing Awards, tradicional premiação de defesa da concorrência – promovida pela revista francesa *Concurrences*¹³.

Em abril de 2016, o CADE recebeu menção honrosa na temática *Competition Advocacy in fast growing and innovative markets* do Concurso de Advocacia da Concorrência, promovido pela International Competition Network e pelo Banco Mundial¹⁴. A condecoração foi para o estudo "*Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano*", produzido pelo Departamento de Estudos Econômicos do órgão.

O CADE foi um dos vencedores do III Concurso de Boas Práticas, promovido pela Controladoria-Geral da União – CGU¹⁵. A autarquia venceu na categoria Promoção da Transparência Ativa e/ou Passiva em função da “Pesquisa Pública de Processo Administrativo”. Por meio dessa ferramenta, disponível no site do órgão, é possível verificar os processos e atos de concentração em andamento no CADE. A opção de pesquisa online foi desenvolvida pelo setor de Tecnologia da Informação do Conselho no âmbito do projeto CADE sem Papel.

¹¹ CADE. CADE é eleito melhor agência antitruste das Américas. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>. Acesso em: 15/09/2017.

¹² CADE. CADE é eleito melhor agência antitruste das Américas em 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-recebe-titulo-de-agencia-antitruste-das-americas-em-2014>. Acesso em: 15/09/2017.

¹³ CADE. CADE é eleito melhor agência antitruste das Américas. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>. Acesso em: 15/09/2017.

¹⁴ CADE. Premiações. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/premiacoes>. Acesso em: 15/09/2017.

¹⁵ Idem.

6. Considerações finais

Passados esses primeiros anos da entrada em vigor da nova lei, é possível observar que os avanços apresentados pelo CADE, em boa parte, podem ser atribuídos ao sucesso do processo de transição entre a lei antiga e a atual e à verdadeira transformação do órgão, em termos de autonomia, estrutura e gestão.

Nesse sentido, a unificação das atividades de fiscalização, instrução e decisão dentro de um único órgão, permitiu que o CADE se estruturasse definitivamente dentro do contexto institucional do Estado brasileiro.

Os avanços e resultados obtidos até agora permitem concluir pelo acerto de se investir fortemente na gestão interna da SG e na atuação do CADE na detecção e combate de condutas anticompetitivas.

Superados esses primeiros anos de adequação e reestruturação, deve-se zelar pela manutenção e melhoria constante dessa instituição, bem como a necessidade de investir cada vez mais em respostas adequadas e tempestivas às demandas da sociedade, e principalmente, dos consumidores brasileiros.

Referências

ANDRADE, Diogo Thompson de. A Lei 12.529/2011 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. In: Vinícius Marques de Carvalho. (Org.). A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência. 1ed.São Paulo: Editora Singular, 2015, v., p. 271-286.

BRASIL. Lei 12.529/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15/09/2017.

CADE. Balanço 1 ano da nova lei de defesa da concorrência - Lei 12.529/11. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-1-ano-da-nova-lei-de-defesa-da-concorrenca-lei-12-529-11.pdf/view>. Acesso em: 15/09/2017.

_____. Com nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/com-nova-lei-tempo-medio-de-analise-de-atos-de-concentracao-e-de-25-dias>. Acesso em: 15/09/2017

_____. ‘Coordenações-Gerais de Análise Antitruste’, disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/superintendencia_geral/coordenacoes-gerais-de-analise-antitruste. Acesso em: 15/09/2017.

_____. CADE é eleito melhor agência antitruste das Américas. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>. Acesso em: 15/09/2017.

_____. CADE é eleito melhor agência antitruste das Américas em 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-recebe-titulo-de-agencia-antitruste-das-americas-em-2014>. Acesso em: 15/09/2017.

____. Guias do CADE. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade. Acesso em: 15/09/2017.

____. Premiações. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/premiacoes>. Acesso em: 15/09/2017.

____.. Resoluções. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao>. Acesso em: 15/09/2017.

OCDE. FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA. Disponível em:

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)19&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)19&docLanguage=Es). Acesso em: 15/09/2017.

PARTE III

O FUTURO

NOVAS PERSPECTIVAS DA ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA: DESAFIOS E PRIORIDADES DA AUTORIDADE ANTITRUSTE

Alexandre Barreto de Souza
Ana Luiza Lima Mahon

1. Introdução

Saudamos, em maio de 2017, os 5 (cinco) anos da Lei 12.529/2011, que veio reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e trouxe em seu arcabouço, por conseguinte, alterações que impactaram profundamente o funcionamento e os resultados apresentados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Cumpramos ressaltar, porém, que o atual desenho institucional da autoridade antitruste é resultado de evolução histórica, que teve seu início há mais de meio século, remontando à criação do CADE pela Lei 4.137/1962, com a incumbência legal de “apurar e reprimir abusos do poder econômico”, conforme Art. 8^o. Nesses 55 (cinquenta e cinco) anos foram diversas as alterações – legislativas e estruturais – que consolidaram o CADE que hoje conhecemos – notoriamente uma instituição técnica, transparente, respeitada e uma das melhores instituições da Administração Pública Federal, com reconhecimento nacional e internacional.

As alterações introduzidas pela nova Lei de Defesa da Concorrência trouxeram consigo um gigantesco desafio no tocante à necessidade de readequar as estruturas do SBDC e ainda à necessidade de traduzir as novidades para as normas infralegais, sem a cessação das atividades cotidianas. Chama a atenção o fato de o CADE ter realizado um trabalho brilhante no período de transição das inovações trazidas pela Lei 12.529/2011, expresso em alguns méritos que serão expostos mais adiante neste artigo.

Não se pode olvidar, contudo, que vários desafios ainda se fazem presentes. Diversos aspectos da nova lei devem ainda ser visitados e traduzidos pelo CADE na forma de guias e resoluções. No campo institucional, há ainda um longo caminho a percorrer para dotar a autoridade antitruste de condições materiais para exercer sua missão enquanto agência que zela pela defesa da livre concorrência no ambiente econômico brasileiro. Assim, a construção do desenho institucional do SBDC e a consolidação da lei de Defesa da Concorrência são tarefas em constante desenvolvimento.

Nesse cenário de tantos desafios e de tanto esforço empenhado pelo CADE para adaptar a nova estrutura do SBDC certamente a manutenção do histórico, técnicas e aprimoramento dos mecanismos utilizados se tornou determinante para as novas perspectivas a serem apresentadas, motivo pelo qual faz-se mister, neste artigo, apresentar a perspectiva da atuação da autoridade antitruste nos próximos anos, de modo a permitir a obtenção de um ambiente concorrencial saudável.

¹Art. 8^o, *caput*: “É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.”

Neste artigo analisaremos breve contexto temporal da legislação antitruste, a apresentação da Lei 12.529/2011, os desafios encontrados pela autoridade concorrencial e as perspectivas de atuação para o CADE nos próximos anos.

2. Marcos históricos na legislação antitruste.

Historicamente, o primeiro marco legal² a tratar especificamente da repressão às práticas contra os abusos do poder econômico no Brasil foi a Lei nº 4.137/1962, que criou o CADE. Inicialmente, o CADE tornou-se responsável por zelar pela defesa da concorrência, com a possibilidade de imposição de sanções administrativas e de instituição incipiente de um procedimento de controle dos acordos empresariais. Durante seus cerca de 20 (vinte) anos de vigência, a Lei nº 4.137/1962 promoveu, de fato, poucos resultados concretos no que se refere à defesa da concorrência, com atuações espasmódicas da autoridade antitruste a ponto de o CADE “ser visto pelo empresariado (e mesmo pela população) como órgão inoperante ou que, se fazia algo, não era de muito relevo”³

Já o segundo marco legislativo de relevo surgiu com a Lei nº 8.884/1994, que revogou a lei anterior e propôs o aperfeiçoamento e a consolidação da legislação sobre defesa da concorrência e abuso do poder econômico. Esta importante legislação transformou o CADE em Autarquia Federal, com autonomia administrativa e financeira, bem como estabeleceu mecanismos mais eficientes no controle de atos de concentração e investigação de condutas anticompetitivas. Tratou-se de verdadeira revolução no ordenamento legal da defesa da concorrência.

Institucionalmente, o modelo previa a atuação da Secretaria de Direito Econômico – SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, como órgãos de instrução de processos e a atuação do CADE como instância julgadora. Não obstante a relevância da nova legislação, uma atuação institucional pautada na fragmentação de atribuições em diferentes organizações levou à ineficiência dos processos, com prazos excessivamente longos e custos elevados, além de insuficiência de recursos materiais e humanos necessários para fazer frente aos desafios que se impunham.

Assim, aperfeiçoamentos foram necessários para a concretização do controle das operações, racionalidade e agilidade, tudo em conformidade com as melhores práticas internacionais. Objetivando maior efetividade do combate aos abusos do poder econômico, houve a necessidade de aprimoramentos para que o sistema antitruste fosse mais eficiente e trouxesse mais segurança jurídica para a realização de novos no País, apesar dos problemas estruturais que comprometiam o desempenho do SBDC.

Nesse sentido, a Lei n. 8.884/94 foi alterada pela Lei nº 12.529/2011. Vale ressaltar os problemas endereçados na exposição de motivos constante do projeto que originou a nova Lei⁴:

² Não sendo considerado nessa análise o Decreto-Lei 7.666/1945, a Lei Malaia, de efêmera duração – apenas 3 meses de vigência.

³ FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, página 120.

⁴ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.937, de 2004**. Brasília, 07 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CA39A266F74B7ACFC3E196A04A6390CD.proposicoesWebExterno2?codteor=299910&filename=Avulso+-PL+3937/2004>. Acesso em: 13 ago. 2017.

(...)

10. Com a finalidade de elaborar uma proposta que significasse não apenas o redesenho institucional do SBDC, mas a efetiva solução de seus problemas substantivos, o Grupo de Trabalho realizou exaustivo estudo sobre o Sistema. Desse estudo, emergiu um detalhado diagnóstico sobre seu funcionamento. Concluiu-se que, não obstante os avanços já obtidos pelo SBDC nos poucos anos que se haviam seguido à edição da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, tal sistema padecia de sérias dificuldades estruturais que lhe comprometiam o desempenho.

11. Os problemas diagnosticados seriam decorrentes não só de um inadequado desenho institucional do Sistema aliado à carência de recursos disponíveis, mas também de questões de ordem legal – impropriedades pontuais da Lei no 8.884, de 1994. Dessa forma, uma ação efetiva para o aperfeiçoamento do SBDC exigiria a alteração de seu desenho institucional e modificações na Lei de Defesa da Concorrência.

12. As principais dificuldades enfrentadas pelo SBDC seriam referentes à reduzida eficiência administrativa e ao elevado custo para o administrado decorrentes da existência de três órgãos distintos, à carência do Sistema no que se refere a recursos materiais e humanos, à ênfase excessiva conferida a atos de concentração, ao controle de concentrações realizado a posteriori e mediante critérios de notificação excessivamente amplos e à dedicação do órgão julgante a todos os casos que dão entrada no Sistema.

13. Assim, diante do diagnóstico efetuado, o desenho institucional acima referido, refletido na nova redação dada à Lei no 8.884, de 1994, visou justamente reduzir o número de órgãos - concentrando a instrução processual na Superintendência-Geral do CADE - sem, contudo, comprometer a independência do Tribunal como órgão julgante.

(...)

Conquanto do ponto de vista do direito material pouco se tenha alterado, da perspectiva institucional e organizacional as mudanças foram profundas. No novo cenário, o CADE incorporou competências da antiga Secretaria de Direito Econômico e da Secretaria de Acompanhamento Econômico e passou a exercer a investigação de condutas anticoncorrenciais e a instrução de atos de concentração, além de ser o órgão julgador da defesa da concorrência.

Além disso, a principal mudança substantiva trazida pela Lei 12.529/2011 foi o estabelecimento do controle prévio dos atos de concentração. Antes as partes poderiam consumir a operação antes da decisão do CADE. Com a modificação trazida pela nova Lei, a atuação da autoridade antitruste passou, de fato, a ser anterior à conclusão dos negócios empresariais, com a obrigatoriedade da notificação prévia.

Ademais, dentre as alterações introduzidas, também constaram o aumento dos poderes de investigação, a modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica e dispositivos que visam o incremento dos recursos materiais e financeiros à disposição do CADE, reforçando a autonomia necessária ao cumprimento das missões da instituição.

3. A atuação recente do CADE

As alterações instituídas pela nova lei implicaram enorme desafio, uma vez que o novo desenho institucional acarretou tanto a necessidade de reestruturação interna da autarquia quanto a mudança de cultura de negócios e o aprimoramento de métodos e critérios para adaptação da análise prévia dos atos de concentração, em consonância com as atividades cotidianas do Conselho. Também é fato que o novo modelo institucional trouxe dúvidas quanto

à capacidade do CADE em dar resposta efetiva às demandas que se impuseram, principalmente no que tocava à aprovação prévia de atos de concentração, com prazo de decisão não suspensivo.

A despeito destas questões, os resultados obtidos nos últimos cinco anos demonstram o êxito do CADE, dotado de novas estrutura e ferramentas para tal. Por exemplo, no que diz respeito aos atos de concentração, o prazo médio de análise no CADE, entre notificação e decisão final, é de apenas 27,7 dias - 14,6 dias em casos sumários e 89,7 dias em casos ordinários, enquanto sob a vigência da lei anterior o prazo médio para tais análises era de 154 dias. Com isso, os prazos praticados pelo CADE estão entre os mais céleres entre todas as agências antitruste do mundo⁵. Frise-se que o regime de análise prévia de atos de concentração foi uma das dez ações governamentais vencedoras do 18º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal, promovido pela Escola Nacional de Administração Pública – Enap, em 2013.

Em outra seara, no esforço de traduzir as disposições da nova Lei de Defesa da Concorrência para dispositivos regulamentares e ainda com o objetivo de trazer mais transparência e segurança jurídica em questões importantes enfrentadas pelos agentes econômicos no mercado, foram editados nestes 5 anos diversos regulamentos e documentos acerca de questões atinentes à autoridade antitruste. Foram editadas 19 Resoluções acerca de temas como notificação de atos de concentração, fiscalização de cumprimento de decisões e acordos, contratos associativos e código de conduta, dentre outros. Vale destacar a elaboração dos Guias de Análise de Atos de Concentração Horizontal, de *Gun Jumping*, de *Compliance*, de Termo de Cessação de Conduta⁶ e de Leniência.

Também deve ser ressaltada a publicação de Cadernos que consolidam e divulgam a jurisprudência do Cade, quais sejam, o Caderno de Atos de Concentração no mercado de prestação de serviços de ensino superior, o Caderno de Saúde Suplementar e o Caderno do Varejo de Gasolina, bem como os Documentos de Trabalho, dentre os quais podemos citar o estudo "Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano", produzido pelo Departamento de Estudos Econômicos do órgão⁷.

Além das iniciativas internas da instituição, ainda é preciso notar que a atuação internacional tem sido, nos últimos anos, um dos diferenciais na atuação da autarquia. O CADE é personagem ativo em diversos fóruns internacionais, como no Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD e na *International Competition Network* – ICN, rede formada por mais de 125 autoridades de concorrência, na qual é atualmente o *co-chair* do grupo de trabalho sobre Cartéis.

Dessa forma, o reconhecimento da ação externa do Cade pode ser evidenciado pelas premiações das quais a instituição tem feito parte nos últimos anos. Além das já citadas neste

⁵Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2017\)19/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2017)19/en/pdf)>. Acesso: 14 ago. 2017; e GCR Antitrust Review of the Americas 2017. Disponível em <<http://globalcompetitionreview.com/insight/the-antitrust-review-of-the-americas-2017/1068704/brazil-administrative-council-for-economic-defence>>. Acesso: 14 ago. 2017.

⁶ O Guia de TCC recebeu em 2017 o prêmio de primeiro colocado (*Best Soft Law*) na categoria práticas concertadas do Antitrust Writing Awards, tradicional premiação de defesa da concorrência – promovida pela revista francesa *Concurrences*.

⁷ O documento recebeu, em abril de 2016, menção honrosa na *temática Competition Advocacy in fast growing and innovative markets* do Concurso de Advocacia da Concorrência, promovido pela *International Competition Network* e pelo Banco Mundial.

artigo, a autarquia foi considerada em 2016 pela Global Competition Review a melhor agência das Américas – prêmio que ganhou pela terceira vez nos últimos anos. Somado a isso, o CADE mantém a classificação de 4 estrelas no ranking da GCR pelo quarto ano consecutivo, o que o credencia como uma das 8 melhores agências antitruste do mundo.

Com todas essas conquistas obtidas pela instituição, é preciso salientar que grande parte dos êxitos verificados contou com a atuação coordenada do Cade com outros órgãos, domésticos ou internacionais, tornando a agenda de cooperação uma das prioridades da instituição nos últimos anos. A esse respeito, o CADE atualmente mantém Acordos de Cooperação Técnica com Ministérios Públicos de vários estados, com a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná, diversas Agências Reguladoras, Tribunais de Contas estaduais, entre outros órgãos, com o fim de contribuir com a maior eficiência da ação do Estado para a prevenção e repressão de infrações e crimes contra a ordem econômica. Os maiores ganhos trazidos pelos acordos são troca de informações e o desenvolvimento de mecanismos e instrumentos mais sólidos, capazes de incrementar as ações das autoridades envolvidas.

Um último aspecto que pode ser evocado para demonstrar o êxito do CADE nos últimos anos reside no programa de leniência da autarquia, um dos principais instrumentos de combate a cartéis no Brasil e no mundo. Instituído na legislação brasileira em 2000, o primeiro Acordo de Leniência do país foi assinado em 2003, e, desde então, mais de 70 Acordos de Leniência já foram assinados pela autoridade antitruste brasileira.

Além destes, várias outras iniciativas e resultados poderiam ser citados para demonstrar os aspectos positivos da evolução institucional do CADE nos últimos anos, notadamente após a edição da Lei 12529/2011.

Conclui-se com a transcrição de excerto de estudo realizado pelo IPEA⁸ sobre a eficácia das decisões proferidas pelo CADE:

“A motivação para este trabalho foram os desafios representados pela entrada em vigor, em 2012, da nova lei de defesa da concorrência brasileira (Lei 12.529/2011)

(...)

O primeiro objetivo que se pretendia alcançar com a pesquisa era avaliar a capacidade das decisões do Cade de fato representarem o alcance do objetivo da política de defesa da concorrência: evitar a restrição da concorrência, com os efeitos de redução de bem-estar econômico, nos mercados considerados. Quanto a isso, afirmamos que o trabalho realizado traz fortes indicações de que o Cade vem cumprindo bem sua função.”

4. Perspectivas e desafios para atuação do CADE

Não obstante os notáveis avanços institucionais nos últimos anos, há ainda longo caminho a percorrer no desenvolvimento do antitruste no Brasil, sendo necessário um empenho contínuo para promover o melhor ambiente concorrencial.

Nesse sentido, o primeiro desafio para os próximos anos é, sem dúvida, **manter o nível de eficiência de atuação, consolidar as mudanças implementadas** e aprimorar os

⁸ IPEA. **Análise Econômica da Defesa da Concorrência no Brasil**: Relatório de Pesquisa. 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7462/1/RP_Análise_Econômica_2016.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017, p. 56.

procedimentos já utilizados com a continuidade dos esforços direcionados à adaptação da nova legislação à atividade rotineira da autoridade antitruste.

A respeito da consolidação dessas mudanças, dentre os objetivos do Cade para garantir presente e futuro, elencamos 3 (três) metas, que servem como norte da atuação da instituição e auxiliam na delimitação de ações eficazes para o trabalho aqui desempenhado. São elas: 1) manter a celeridade de análise dos atos de concentração, sustentando-se o prazo de análise abaixo de 30 dias, o que demandará a priorização do fechamento de acordos; 2) investigar infrações contra a ordem econômica com mais celeridade, com o fim de diminuir o estoque de casos em investigação há mais de 5 (cinco) anos, de maneira que este estoque não ultrapassa 20%; 3) aprimorar o uso de técnicas de investigação e de gestão de processos para que o combate a condutas anticompetitivas seja elevado.

Com base nas metas acima expostas, são necessárias, ao menos, TRÊS importantes iniciativas para uma atuação coordenada e eficaz. A primeira visa aprimorar o sucesso do programa de leniência do CADE por meio do fortalecimento da política de combate a cartéis. Com ênfase na persecução de cartéis em licitação, esta precisa contar com a inovação e o aprimoramento dos mecanismos de investigação e de inteligência a partir do uso integrado de informações e da institucionalização de parcerias com órgãos da administração pública e organismos internacionais

A segunda iniciativa trata do investimento nas adoção e implementação de melhores práticas reconhecidas internacionalmente para a prevenção e repressão a condutas anticompetitivas, posto que o protagonismo do CADE visa aumentar a eficácia, eficiência e efetividade da aplicação da Lei 12.529/2011. Isso já tem sido feito por meio da participação estratégica do Cade em eventos internacionais de autoridades da concorrência em outros países, cuja presença continua como prioridade para os próximos anos.

Em terceiro lugar, é necessária uma iniciativa que foque na gestão do conhecimento sobre defesa da concorrência, protagonizada pelo Cade. Investir na sistematização da jurisprudência do Conselho, no fomento à produção acadêmica e na realização de estudos econômicos com ênfase em setores de grande impacto econômico social, além de disseminar a cultura da concorrência no Brasil, são ações que podem contribuir para melhorar esse protagonismo, reforçar a agenda de cooperação da instituição e promover, por meio da diversidade de opiniões, estudos consistentes sobre a defesa da concorrência no Brasil.

Nesse ponto, enfatizam-se as medidas de fortalecimento e adaptação à nova legislação, como a necessidade de publicação de novos Guias com o propósito de estabelecer diretrizes sobre os temas relacionados à política de defesa da concorrência ou procedimentos institucionais. Exemplos são o Guia de Análise Vertical, a fim de padronizar o processo de análise vertical com as melhores técnicas disponíveis; o Guia de Remédios, com o objetivo de assegurar a efetividade dos remédios aplicados pelo CADE a fim de elevar a consistência e transparência na construção dos remédios adotados; e o Guia de Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitação.⁹

Conforme exposto nos parágrafos acima, percebe-se que o Cade tem trabalhado para atingir nível de excelência em sua atuação por meio de diversas iniciativas, que demonstram a

⁹ CADE. **Relatório de Gestão do Exercício de 2016**. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/relatorio-de-gestao-2016-versao-final.pdf/view>>. Acesso em: 13 ago. 2017, pag. 58-60.

necessidade e o sucesso de um protagonismo pautado em eficiência técnica, cooperação internacional e gestão do conhecimento consolidada. No entanto, o contexto de evolução do Cade e de reformulação da lei também trouxe desafios à atuação deste Conselho, alguns já superados e alguns ainda a serem enfrentados – os quais serão apresentados no restante desta seção.

A Lei 12.529/2011 concedeu à autoridade antitruste importantes poderes investigativos e judicantes, bem como previu diversas maneiras de garantir sua autonomia funcional. Possuem mandato não apenas as autoridades que julgam os processos (presidente e conselheiros, quatro anos sem recondução), mas também as figuras do Superintendente Geral e do Procurador Chefe (dois anos, permitida uma recondução), que exercem funções chave na autarquia. As decisões do CADE são irrecorríveis na esfera administrativa e possuem natureza de título executivo extrajudicial.

É fato, porém, que a autonomia funcional não foi acompanhada das medidas que assegurem ao CADE sua autonomia administrativa e financeira. Os recursos humanos e materiais à disposição do CADE não são suficientes para fazer frente às demandas originadas no ambiente concorrencial em um país de dimensões continentais.

Dessa forma surge outro grande desafio: **dotar o CADE de recursos suficientes para permitir o cumprimento de sua missão institucional**. Na verdade, trata-se de medida estruturante, de modo a permitir quaisquer outras iniciativas no âmbito do Conselho.

É forçoso admitir que a análise de atos de concentração, por força do prazo máximo legalmente instituído, acaba por atrair mais recursos da autarquia quando comparada com os procedimentos de investigação. Com isso, os remédios previstos na Lei 12529/2011 nessa seara não surtiram efeito prático, quais sejam, a criação de 200 cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental – EPPGG para exercício no CADE (art. 121) e a instituição de receitas próprias (art. 28), notadamente as taxas processuais criadas pelo artigo 23¹⁰.

Nesse sentido, dentre as condições materiais necessárias à Autarquia, é necessário o aumento e adequação da força de trabalho. Atualmente, a equipe do CADE conta com 203 servidores, dos quais apenas 40% são do quadro da Autarquia. À época da elaboração deste artigo, existiam 72 cargos de EPPGG com exercício autorizado no CADE, a despeito da previsão legal de 200 cargos. Além disso, o CADE é a única autarquia da Administração Pública Federal que não dispõe de quadro próprio de pessoal na área fim.

Somado a esse cenário, no que diz respeito aos recursos orçamentários e financeiros, há uma discrepância entre as necessidades atendidas e as reais da instituição, com falta de atendimento de demanda interna. Os recursos alocados no CADE nos últimos orçamentos têm se situado em patamares inferiores às necessidades da autarquia¹¹, e inferiores mesmo ao montante arrecadado em taxas previstas no art. 23 da Lei 12.529/2011.

¹⁰ Art. 23: “Instituem-se taxas processuais sobre os processos de competência do Cade, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei, e no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação das consultas referidas no § 4o do art. 9o desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.196, de 2015)”

¹¹ Conforme o Relatório de Gestão do CADE referente ao exercício de 2016, p. 15: “na esfera orçamentária, a dotação inicial prevista para o Cade não foi suficiente para cobrir as despesas mínimas de seu funcionamento durante o ano de 2016. Esse cenário foi amenizado com a suplementação de 10% da previsão inicial, que foi suficiente somente para garantir o funcionamento da autarquia. Apesar dos resultados positivos alcançados durante o ano, a escassez de recursos impediu investimentos importantes em diversas áreas. A difusão da cultura da

Conforme se observa do relatório de encerramento do plano estratégico 2013-2016 do CADE¹², previa-se que o orçamento anual da autarquia seria elevado progressivamente até o ano de 2015, estabilizando-se em aproximadamente R\$35 milhões. Porém, observou-se que, paulatinamente, que o orçamento foi reduzido, de acordo com a dotação na Lei Orçamentária Anual para apenas cerca de R\$20 milhões.

Diante deste contexto, é fundamental maior autonomia administrativa para estruturar o CADE com patamar orçamentário e quadro de pessoal adequados às necessidades do ambiente concorrencial. Embora seja urgente a adoção de medidas, sob o risco mesmo de continuidade das atividades da autoridade antitruste, tais problemas não são de fácil solução, principalmente no atual cenário de crise econômica e fiscal.

Uma das estratégias será a qualificação do CADE como agência executiva, mediante celebração de contrato de gestão com o Ministério da Justiça e Cidadania. O processo de qualificação envolve a celebração de contrato de Gestão entre o CADE e o Ministério da Justiça e Cidadania, com a definição de um plano estratégico, de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento. Por fim, a qualificação é conferida mediante decreto presidencial à autarquia.¹³

Ademais, o Cade continuaria a exercer suas atividades originais, mas **com maior autonomia gerencial e financeira**, portanto, com aumento da eficiência na utilização dos recursos públicos, aumento de desempenho e qualidade dos serviços prestados, bem como asseguraria maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e de recursos humanos. Dentre os efeitos positivos de sua qualificação como agência executiva está o orçamento não contingenciado, os limites em dobro para dispensa de licitação¹⁴, regulamento próprio de avaliação de desempenho dos seus servidores, poderá delegar competência para alterar estrutura regimental e para definir limites para suprimento de fundos, além de autorizar afastamento do país.¹⁵

concorrência, um dos pilares da atuação do Cade, não recebeu os recursos necessários para realização de ações de aproximação com a sociedade.”

¹² BRASIL. CADE. **PLANO ESTRATÉGICO 2013-2016 – Relatório de Encerramento**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento_estrategico/relatorio-de-encerramento-do-plano-estrategico-cade-2013-2016.pdf. Acesso em: 13 ago. 2017, pág. 27.

¹³ Lei 9.649/1998, Art. 51: “O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§ 1º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.”

¹⁴ Lei nº 8.666/93: “Art. 24 - É dispensável a licitação: (...)

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.”

¹⁵ Decreto nº 2.488: “Art. 3º Fica delegada aos Ministros supervisores competência para aprovação ou readequação das estruturas regimentais ou estatutos das Agências Executivas, sem aumento de despesas, observadas as disposições específicas previstas em lei e o quantitativo de cargos destinados à entidade.

Parágrafo único O Ministro supervisor poderá subdelegar, ao dirigente máximo da Agência Executiva, a competência de que trata o “caput” deste artigo.

Art. 4º Fica permitida a subdelegação, aos dirigentes máximos das autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas, da competência para autorizar os afastamentos do País, prevista no art. 2º do Decreto nº 1.387, de 7 de fevereiro de 1995, de servidores civis das respectivas entidades.

Outra alternativa na agenda de dotar o CADE de maior autonomia seria sua inclusão no projeto do marco regulatório de Agências Reguladoras, conforme disposto no PL 6621/2016¹⁶, que trata das regras aplicáveis à sua gestão, à sua organização e aos mecanismos de controle social. Para além disso, determina a obrigação das agências de apresentar relatório anual de atividades e de firmar contrato de gestão com o Ministério a que estiver vinculada, o que traz maior autonomia para a gestão orçamentária de cada Agência.

A maior autonomia financeira é importante ao CADE, pois embora tenha arrecadação própria das receitas geradas pelo recolhimento da taxa processual de ato de concentração e a taxa de consulta o seu orçamento não reflete o que arrecada.

Um terceiro desafio para o pleno funcionamento desta autarquia é a **atuação coordenada entre diferentes órgãos e entidades de governo** que investigam ou atuam sobre o mesmo arcabouço.

Um grande obstáculo que se verifica na superação deste desafio é a atuação coordenada no que se refere aos acordos de leniência. A solução é complexa, na medida em que a lei 12.846/2013 – comumente chamada lei anticorrupção – e a lei 12.529/2011 possibilitam a divisão de tarefas de investigação, a aplicação de sanções, a obtenção de ressarcimento e a realização de acordos de leniência. Essa atuação pública independente ocorre em diferentes entes federativos, União, Estados e Municípios, além de envolver grandes atores na aplicação do instituto da leniência, dentre os quais podemos citar, órgãos de controle interno como a CGU, o Ministério Público, o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas, o CADE, o BACEN e a CVM.

A união de esforços é necessária para que se tenha mais segurança jurídica à empresa celebrante. Hoje, o acordo de leniência não traz garantia à empresa de que ela, com a celebração deste acordo, conseguirá manter os benefícios atingidos com todos os outros entes e acaba tendo

Art. 5º As Agências Executivas poderão editar regulamentos próprios de avaliação de desempenho dos seus servidores, previamente aprovados pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e por seu Ministério supervisor.

Parágrafo único. Os resultados da avaliação poderão ser considerados para efeito de progressão funcional dos servidores das Agências Executivas, observadas as disposições legais aplicáveis a cada cargo ou carreira.

Art. 6º Não se aplica às Agências Executivas que tenham editado regulamento próprio, dispondo sobre o registro de assiduidade e pontualidade de seus servidores, o disposto no § 7º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, alterado pelo art.4º do Decreto nº 1.867, de 17 de abril de 1996.

Art. 7º A execução orçamentária e financeira das Agências Executivas observará os termos do contrato de gestão e não se sujeitará a limites nos seus valores para movimentação, empenho e pagamento.

Art. 8º Fica delegada competência aos Ministros supervisores para a fixação de limites específicos, aplicáveis às Agências Executivas, para a concessão de suprimento de fundos para atender a despesas de pequeno vulto, prevista no inciso III do art. 45 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, observadas as demais disposições do referido Decreto.

(...)

Art. 9º As Agências Executivas poderão editar normas próprias sobre valores de diárias no País e no exterior e condições especiais para sua concessão, objetivando atender, dentre outras, a situações específicas de deslocamentos entre localidades próximas ou para regiões com características geográficas especiais, com o uso de meios de transporte alternativos ou o oferecimento de facilidades por terceiros, inclusive quando incluídas ou não no custo de taxas de inscrição em eventos de interesse institucional. (Redação dada pelo Decreto nº 6.548, de 2008).”

¹⁶ BRASIL. **Projeto de Lei 6621/2016**. Brasília, 06 de dez. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

que negociar com cada um, separadamente. Isso fragiliza o propósito do instrumento, já que a divisão da atuação pública em várias esferas não garante resultados práticos, rapidez e eficiência.

De outro lado, todos os órgãos e entidades citados também são encarregados da investigação, aplicação de sanções e obtenção de ressarcimento, o que mais uma vez traz o desperdício de esforços. A atuação harmônica e eficaz poderá incrementar a capacidade investigativa do CADE e ainda endereçar a questão do ressarcimento em casos de cartéis em licitações. Diante desse contexto, faz-se necessário registrar a formação de Grupo de Trabalho para a constituição de um Comitê, para atuação conjunta e coordenada entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU, o Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União – AGU, o Tribunal de Contas da União – TCU e o CADE, para desenhar o processo completo e participativo para a negociação e assinatura de acordos de leniência.

Outra possibilidade na agenda de cooperação é o delineamento da atuação do CADE e do Banco Central do Brasil – BCB. Esse tema também se mostra sensível, à medida em que, tanto a Lei 4.595/1964 e a Lei 12.529/2011 tratam da competência para análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional (SFN). No intuito de definir a questão, houve aproximação entre as instituições, e será instituído Grupo de Trabalho, com a finalidade de realizar estudos sobre a defesa da concorrência no âmbito do SFN, inclusive quanto à forma e aos limites de atuação do BCB e do CADE de modo a consolidar a cooperação entre as instituições.

5. Considerações finais

O trabalho aqui apresentado buscou, de forma sintética, mas não menos relevante, expor o histórico de atuação do Cade, as conquistas obtidas pela autarquia no âmbito de sua atuação a nível federal e apresentar algumas das iniciativas que estão sendo postas em prática para melhorar a atuação da instituição, tanto no ambiente doméstico quanto no internacional.

Ademais, foram apresentadas questões sensíveis no que diz respeito aos desafios e aos obstáculos enfrentados pela instituição no caminho de reforço e aprimoramento do sucesso da missão a ser desempenhada. Para isso, alguns pontos como a disponibilidade de recursos humanos e materiais, a atuação legislativa e o reforço da cooperação interna do Cade com outros órgãos se fazem essenciais para o entendimento do ponto de partida e das direções a serem traçadas para melhorar a atuação do Cade.

É salutar o reconhecimento de que há muito por fazer para a consolidação e aprimoramento das inovações trazidas pela Lei 12.529/2011, bem como para a atuação frente aos desafios de aprimoramento e desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência contemporânea com o fim de preservar um ambiente concorrencial saudável ao nosso país. Nesse contexto da atual gestão, o otimismo aliado ao trabalho serão óleo na engrenagem, que propulsionarão o Cade a um patamar de maior autonomia gerencial e financeira, com o consequente aumento de desempenho e qualidade dos serviços prestados.

Referências

- Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2017\)19/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2017)19/en/pdf)>. Acesso: 14 ago. 2017;
- e GCR Antitrust Review of the Americas 2017. Disponível em <<http://globalcompetitionreview.com/insight/the-antitrust-review-of-the-americas-2017/1068704/brazil-administrative-council-for-economic-defence>>. Acesso: 14 ago. 2017.
- BRASIL. IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Análise Econômica da Defesa da Concorrência no Brasil**: Relatório de Pesquisa. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento_estrategico/relatorio-de-encerramento-do-plano-estrategico-cade-2013-2016.pdf. Acesso em: 13 ago. 2017.
- _____. **Lei no 4.137, de 10 de Setembro de 1962**. Brasília, 27 nov. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. **Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1988**. Brasília, 28 maio 1998. providências. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9649cons.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- _____. **Projeto de Lei nº 3.937, de 2004**. Brasília, 07 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CA39A266F74B7ACFC3E196A04A6390CD.proposicoesWebExterno2?codteor=299910&filename=Avulso+-PL+3937/2004>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- _____. **Projeto de Lei 6621/2016**. Brasília, 06 de dez. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **RELATÓRIO DE GESTÃO DO EXERCÍCIO DE 2016**. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/relatorio-de-gestao-2016-versao-final.pdf/view>>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **PLANO ESTRATÉGICO 2013-2016 – Relatório de Encerramento**.
- FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (Org.). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrenca_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017

PARTE IV

CASOS DE DESTAQUE

– A VISÃO DOS CONSELHEIROS

CASO SIMBA: UMA AVALIAÇÃO EX-POST DA DECISÃO DO CADE

Alexandre Cordeiro Macedo

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo avaliar, após um ano e cinco meses, os exercícios de diagnóstico e prognose que fundamentaram a decisão do CADE no caso Simba. Essa operação foi avaliada no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21, julgado em 11 de maio de 2016, em que se analisou a criação de uma *joint venture* (“Newco” ou “Simba”¹) formada pelas emissoras SBT, Record e Rede TV.

Essa empresa foi formada com o objetivo de atuar, principalmente, no licenciamento dos canais digitais das três emissoras para as operadoras de TV por assinatura, tais como Sky e Net, dentre outras atividades. Em síntese, ela tinha os seguintes objetivos: (i) negociar conteúdo para televisão por assinatura, incluindo a programação linear dos canais abertos mantidos por cada uma das três sócias e também produções avulsas que tenham sido empregadas ou não na programação linear; (ii) produzir conjuntamente conteúdo audiovisual; (iii) assessorar as sócias de uma forma geral acerca de práticas de *marketing* e vendas; e (iv) participar em outras sociedades.

Quando da análise concorrencial, o CADE faz exercícios de diagnóstico e prognose, a fim de tomar a decisão que maximize o bem-estar da sociedade, em especial dos consumidores. Com isso, é desejável que o Conselho e os pesquisadores da área busquem avaliar se os fundamentos econômicos das decisões efetivamente se verificam no futuro, a fim de permitir uma contínua melhoria da atuação do Conselho. Ocorre, contudo, que essas avaliações apresentam algumas dificuldades, e com isso observamos uma quantidade de estudos nessa área aquém do que seria desejável.

Ainda que de forma simples, o presente estudo aproveita-se do fato de que não havia cobrança pelo sinal de TV aberta para as operadoras de TV por assinatura, possibilidade essa que passou a existir com a mudança do sistema analógico para o digital, para verificar se os pressupostos e estimativas na decisão do CADE estavam corretos. Nesse sentido, é feita uma análise da decisão do CADE, comparando-a com os fatos que se seguiram até setembro de 2017, o que inclui um período de aproximadamente 1 ano e 5 meses. Adianta-se que se verificou que as Requerentes não conseguiram exercer o poder de mercado, tal como previsto pelo Conselho.

Para essa análise, o artigo foi dividido em 3 seções, além desta introdução. Na seção 2, é analisada a decisão do CADE, destacando-se os efeitos esperados pelo Conselho. Na seção 3, é apresentado o que de fato aconteceu no mercado após essa decisão, a partir de informações públicas. Na seção 3, são apresentadas as conclusões do artigo.

¹ Até a aprovação pelo Conselho, as Requerentes adotavam o nome *Newco* para se referir à *joint venture*. Com a aprovação da operação, adotou-se o nome Simba Content ou Simba.

2. A Decisão do CADE

O referido Ato de Concentração foi notificado ao CADE em 02 de julho de 2015 e, após a devida instrução, a Superintendência-Geral (“SG”) emitiu seu parecer técnico, e remeteu o processo ao Tribunal em 1º de outubro de 2015, com recomendação de aprovação sem restrições.

No Tribunal, como será exposto adiante, o processo foi distribuído para a Conselheira Cristiane Schmidt, seguido de pedido de vista pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro. Ao final, a operação foi aprovada condicionada à celebração e cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, por maioria, nos termos do voto-vista. Foram vencidos os Conselheiros Cristiane Schmidt e João Paulo, que votaram pela reprovação, e o Conselheiro Márcio de Oliveira, que votou pela aprovação sem restrições. O resultado do julgamento mostra a dificuldade da análise concorrencial da operação.

Iniciando-se pela análise da SG, no cenário mais restritivo de definição de mercado relevante², verificou-se que a participação conjunta de *market share* das Requerentes alcançaria 35%, mas isso não implicaria em probabilidade de exercício de poder de mercado. Isso porque o mercado de operadoras seria extremamente concentrado, com a Net e a Sky detendo 83% dos assinantes, e, tendo em vista que a televisão aberta seria um mercado de dois lados, unindo publicidade e audiência, as emissoras dependeriam das operadoras. Além disso, ainda que houvesse exercício de poder de mercado, o consumidor ainda teria acesso gratuito a sinal de alta qualidade por meio das transmissões de TV digital terrestre.

Já no Tribunal, a Relatora levou o caso para julgamento em 24 de fevereiro de 2016, com voto pela reprovação da operação, apresentando, em síntese, o seguinte entendimento: (i) casos de *joint ventures* teriam que passar por escrutínio minucioso, sendo que a geração de eficiências seria uma *condição necessária* para a aprovação dessas operações, o que não teria ficado demonstrado de forma certa, específica e quantificável; (ii) as Requerentes teriam posição dominante, com 35% do mercado; (iii) a nova empresa não teria como objeto principal juntar esforços para introduzir novas opções ao telespectador, veicular programação em outras plataformas ou focar no mercado de canais pagos; (iv) rivalidade e entradas não seriam fatores de disciplina do exercício do aumentado poder de mercado; (v) haveria incentivos para preços supracompetitivos, tendo em vista que as radiodifusoras poderiam chegar aos telespectadores por meio da televisão digital terrestre e o próprio fato de a razão de ser da *joint venture* ser exatamente aumentar o poder de mercado; (vi) o provável aumento de preços do sinal de programação redundaria em aumento de preço das assinaturas de televisão paga, pois o mercado dos produtores deste serviço não seria competitivo (operadoras seriam fazedoras e não tomadoras de preço) e o consumidor destes serviços seriam menos sensíveis a aumento de preço, por serem de classe média-alta.

Nessa sessão, houve então pedido de vista do processo. Vale ressaltar, de início, que aparentemente houve um consenso de que algumas atividades não apresentavam riscos concorrenciais, em especial produção de conteúdo audiovisual, dado o grande número de *players* com desempenho comercial comparável ou superior às Requerentes, e assessoria de

² Fornecimento de sinal de canal de TV aberta para operadora de televisão por assinatura. No cenário menos restritivo todos os canais para TV por assinatura seriam tratados como substitutos e a concentração resultante da operação seria de aproximadamente 17%.

marketing e vendas em geral, tendo em vista que não é uma atividade relevante das Requerentes³.

A grande preocupação concorrencial, que efetivamente gerou divergências no Conselho, se restringiu ao mercado de licenciamento de sinal de canais de TV aberta para as operadoras de televisão por assinatura. Até recentemente, com o sinal analógico, o licenciamento era fornecido de forma compulsória e a título gratuito, por mandamento regulatório⁴ (regime *must offer - must carry*), mas isso foi alterado com a Lei nº 12.485/11, que trouxe um regime idêntico à prática estrangeira chamada de *retransmission consent*⁵. Com isso, possibilitou-se a cobrança pelo serviço, e as emissoras buscaram esse ganho adicional.

Passando para a análise concorrencial, conforme consta do voto-vista, o CADE, seguindo a metodologia tradicional, primeiramente definiu o mercado relevante, no caso, dividido por gêneros de programação, com dimensão nacional. No que tange às importações, verificou-se que os canais estrangeiros detinham baixa penetração no Brasil, de forma que não seriam fonte de limitação do poder de mercado das empresas nacionais.

Passando à participação de mercado, considerando apenas as televisões abertas, as três Requerentes detinham 35% do mercado⁶, enquanto que em relação ao HHI, ele passaria de 3.891 pontos para 4.575 pontos, o que representa um delta de 684 pontos. Com isso, foi consenso no Conselho que a operação causava preocupação concorrencial e mereceria um aprofundamento analítico⁷.

³ Sobre essa última atividade, havia apenas um risco de eventual troca de informações, de forma que elas aceitaram, perante o CADE, alterar o objeto social para que constasse expressamente no contrato social que essa atividade não implicaria em troca de informações, colocação, mediação, compra, venda, veiculação ou divulgação de material e espaço publicitário em programação de televisão aberta.

⁴ Lei nº 8.977/1995 (dispõe sobre o serviço de TV a cabo): “Art. 23. A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações: I - CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA: a) canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;” Também Lei nº 12485/2011 (lei do SeAC): “Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações: I - canais destinados à distribuição integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, do sinal aberto e não codificado, transmitido em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em qualquer faixa de frequências, nos limites territoriais da área de cobertura da concessão;”

⁵ “Art. 32 (...) §12. A geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, ofertar sua programação transmitida com tecnologia digital para as distribuidoras de forma isonômica e não discriminatória, nas condições comerciais pactuadas entre as partes e nos termos técnicos estabelecidos pela Anatel, ficando, na hipótese de pactuação, facultada à prestadora do serviço de acesso condicionado a descontinuidade da transmissão da programação com tecnologia analógica prevista no inciso I deste artigo.”

⁶ Record e SBT, 16% cada; Rede TV, 3%. As outras empresas são Globo, com 58%, Band com 7% e Cultura com 0%. Fonte: Ibope MW 2014. Quanto ao HHI, ele passaria de 3.891 pontos para 4.575 pontos.

⁷ Segundo o guia americano *Horizontal Merger Guidelines* da *Federal Trade Commission* e do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, são altamente concentrados os mercados que ostentem HHI superior a 2.500 (dois mil e quinhentos) pontos. Além disso, são presumidos como aptos a reforçar de modo substancial poder de mercado as operações que impliquem em variação do HHI superior a 200 (duzentos) pontos, presunção que pode ser elidida a depender das condições estruturais do mercado. Já nos termos do guia europeu *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004)*, mercados com HHI acima de 2000 (dois mil) pontos que tenham operações com variação acima de 150 (cento e cinquenta) pontos têm suficiente sinalização de incremento significativo de poder de monopólio.

Quanto à probabilidade de exercício de poder de mercado, a ameaça de novos entrantes não seria um fator capaz de minimizar os problemas concorrenciais, dentre outros motivos, por dificuldades relacionadas a restrições regulatórias e limitações no espectro da rede. Já no que tange à rivalidade, concluiu-se que a rivalidade em preço⁸ na venda de sinal digital de TV aberta para as operadoras de televisão por assinatura não seria um fator muito relevante, tendo em vista se tratar de produtos diferenciados e o fato de que a publicidade seria a fonte de renda mais relevante na indústria⁹.

Com isso, os entendimentos da Superintendência-Geral e do Tribunal foram na mesma linha, conforme consta do voto-vista:

Registro, contudo, que o potencial anticompetitivo se restringe unicamente à negociação de sinal digital de televisão aberta para operadora de SeAC. A principal dimensão de concorrência das geradoras de sinal de TV aberta cabeças de rede, que é a busca por audiência e receita publicitária via criação e/ou veiculação de conteúdo de interesse, não é afetada.

Mais do que isso, na linha do Parecer da Superintendência-Geral do CADE neste processo, o exercício de poder de mercado no campo da negociação de sinal para operadora de SeAC pode gerar efeitos indesejados na busca por audiência e receita publicitária. Isto aconteceria no caso de a Newco impor condições comerciais não aceitas pelas operadoras.

(...)

Não é certo, porém, que o resultado desta barganha deva ser o sinal ser sempre oferecido gratuitamente em qualquer caso de desacordo. A remuneração ou não do sinal ou do conjunto de sinais dependerá de quanto a operadora de TV por assinatura perceba que o(s) canal(is) agrega(m) de demanda ao seu serviço. Caso haja a perda de assinantes pela falta de um ou mais canais no line-up, a(s) radiodifusora(s) pode se dispor a sonegar sinal e enfrentar perda de receita por algum tempo, antevendo a disposição a pagamento por parte da operadora de SeAC em algum prazo futuro.

Na instrução do processo após o pedido de vista, foram feitas simulações para verificar os prováveis efeitos da operação. Para estimar os efeitos unilaterais, em um mercado com produtos diferenciados, foi utilizado o *Gross Upward Pricing Pressure Index*, GUPPI¹⁰. Já para os efeitos coordenados, em um mercado com produtos diferenciados, foi utilizado o *Coordinated Price Pressure Index*, CPPI¹¹.

Os resultados encontrados no índice GUPPI variou entre 5,6% e 7,2%, o que equivale a um percentual de eficiências requeridas compatíveis com operações de riscos concorrenciais pouco significativos. Em outras palavras, ganhos de eficiência não significativos seriam suficientes para compensar o risco do aumento de preços, a fim de que o consumidor não viesse a ser prejudicado. Quando feita a simulação de dupla margem, com hipóteses bem

⁸ Conforme consta do voto-vista, rivalidade em preço significaria uma resposta agressiva da TV Globo ou da TV Band que limitasse a capacidade de elevação de preços decorrente da formação da *Newco*.

⁹ A Ancine também já concluiu que a competição não ocorre majoritariamente via preços, mas sim pelo tipo de programação. Ver: ANCINE, *TV Aberta no Brasil: aspectos econômicos e estruturais*. Observatório Brasileiro do Cinema e do Audiovisual – OCA -, 2015, p. 27.

¹⁰ O GUPPI é um índice, reportado em termos percentuais, que deve ser interpretado como “o percentual de eficiências requeridas para que a operação compense totalmente seu *upward price pressure* (UPP)”

¹¹ O CPPI é um índice que aponta qual o aumento percentual de preço que pode ser obtido para diferentes estruturas de mercado (antes e depois de qualquer operação de concentração), sob condições de colusão tácita. Um $\Delta CPPI$ positivo ($CPPI_{depois} > CPPI_{antes}$) sugere que a concentração aumentará a probabilidade para *Parallel Accommodating Price* (PAC). Por outro lado, um $\Delta CPPI$ negativo ($CPPI_{depois} < CPPI_{antes}$) sugere que a concentração reduzirá a probabilidade para PAC. Finalmente, um $\Delta CPPI$ nulo sugere que a concentração não altera os incentivos.

conservadoras e sem considerar eficiências, previu-se uma mediana de aumento potencial de 8% nos preços aos consumidores. Quanto ao CPPI, a conclusão foi no sentido de que o mercado não apresentava incentivos para paralelismo, e que a operação não alteraria esses incentivos.

Em que pese a baixa pressão para aumento de preços, para que a operação fosse aprovada, a fim de preservar os interesses dos consumidores, o CADE concluiu que seria necessária a ocorrência de eficiências. As Requerentes haviam apresentado algumas, mas elas foram rejeitadas, quais sejam: (i) obtenção de receitas que seriam revertidas em investimentos para aumento da oferta e da qualidade de conteúdo; (ii) incentivo para investir a receita adicional em prol do consumidor final; (iii) geração de empregos; (iv) futuramente, possibilidade de produção de conteúdo audiovisual distinto daquele ofertado pelas Requerentes em TV aberta (licenciamento de canais pagos), com ampliação do fornecimento de conteúdo nacional ao público; (v) otimização de custos com a criação de área comercial especializada na negociação e licenciamento de canais junto às operadoras; (vi) geração de poder compensatório das emissoras de TV aberta em relação às operadoras.

Conforme consta do voto-vista, apenas a possibilidade de a *joint venture* vir a gerar novos conteúdos e a questão do poder compensatório poderiam servir de argumento. Contudo, quanto ao primeiro, ele foi colocado inicialmente como uma possibilidade futura, sem qualquer expectativa concreta, o que não seria aceito como remédio. Quanto ao segundo, embora não seja uma teoria amplamente aceita no direito concorrencial, trata-se de uma teoria nova, que mereceria uma atenção, de forma que o argumento foi considerado pelo CADE¹².

Tendo em vista esse cenário, foi negociado um Acordo em Controle de Concentração, com alguns eixos, dentre outros assessórios: (i) criação, produção e geração de conteúdo audiovisual para diferentes meios de comunicação; (ii) intermediação e agenciamento de conteúdo destinado à televisão por assinatura; (iii) prestação de serviços de assessoria de marketing e vendas em geral; (iv) intermediação e representação para distribuição e venda de sinais de televisão para qualquer meio de distribuição; (v) estabelecimento de prazo para a existência da *Newco*; (vi) obrigação de investimento conjunto das Requerentes por meio da *Newco*, com integração econômica relevante orientada ao desenvolvimento conjunto de produtos e serviços para televisão paga e outras mídias, de modo que houvesse potencial para uma melhoria da qualidade do conteúdo já ofertado no mercado; (vii) obrigação de investimentos individuais pelas Requerentes, tendo em vista o aprimoramento de conteúdo, com geração de externalidades positivas para telespectadores não assinantes de TV por assinatura, conforme plano de negócios a ser aprovado pelo CADE; e (viii) tratamento assimétrico que implique em subsídio a pequenos e médios operadores de tv por assinatura, visando a redução de seus custos, de forma a permitir que rivalizem com as grandes operadoras, limitando a capacidade destas de imporem aumentos de preço.

¹² O exemplo citado refere-se ao Guia de Colaboração entre Competidores do FTC, que admite a possibilidade de acordos entre competidores para negociação coletiva de seus produtos em situações específicas, como um relato no Exemplo 4 do manual. O exemplo se refere a duas *start ups* produtoras de software formada por sócios sem qualquer experiência em comércio, gestão ou marketing que fazem uma *joint venture* para negociar melhores condições e colocação dos seus produtos no mercado, fazendo parte do acordo a combinação de preço e negociação coletiva. O guia afirma que acordos entre competidores que tendem a aumentar preços ou restringir a oferta é sempre ou quase sempre ilícito *per se*, a não ser que esteja razoavelmente relacionado ou seja necessário para alcançar benefícios pró competitivos em virtude de um incremento de eficiência advindo para atividade econômica. No mesmo sentido, a autoridade australiana permite que concorrentes solicitem autorização para acordo de preços, podendo ser aprovado se for do interesse público.

Em suma, o CADE inicialmente entendeu que as empresas em conjunto não alcançariam posição dominante suficiente para influenciar as condições do mercado mesmo possuindo objetivamente 35% de Market Share, tudo isso em razão das características do mercado. No entanto, por excesso cautela, o Cade foi conservador em sua análise e estressou os testes econômicos no sentido de tentar identificar, mesmo que com baixa probabilidade de ocorrência, uma possível pressão para aumento de preços de forma unilateral pelas Requerentes, quando atuando em conjunto. Com os resultados dos testes de *screaming* em mãos, decidiu-se que seriam necessárias eficiências que pudessem compensar esse custo para a sociedade, o que foi feito por meio dos termos acordados com as Requerentes.

3. Os Efeitos observados no Mercado após a Decisão do CADE

O ponto central do presente trabalho é comparar a fundamentação do CADE no ato de concentração de constituição da Simba com o que de fato ocorreu no mercado em seguida, a fim de ajudar na reflexão sobre as decisões do Conselho. Esse acompanhamento dos efeitos das decisões apresenta algumas dificuldades, tais como obtenção de dados, outras restrições próprias da análise econômica, e a pequena estrutura do CADE, o que limita a capacidade da autarquia em ampliar esse tipo de pesquisa. Com isso, verificamos que há uma quantidade de estudos nessa área aquém do que seria desejável.

O presente estudo, ainda que de forma simples, aproveita-se do fato de que não havia cobrança pelo sinal de TV aberta para as operadoras de TV por assinatura, o que passou a ocorrer com a mudança do sistema analógico para o digital, para verificar se os pressupostos e estimativas na decisão do CADE estavam corretos. Acreditou-se à época que a operação não geraria maiores impactos concorrenciais, mas que, dada a possibilidade mesmo que pequena de aumento de preços, foram acordadas eficiências compensatórias.

Dito isso, passamos à exposição dos fatos que se seguiram à decisão. Inicialmente, as operadoras se recusaram a negociar com a Simba, de forma que ela retirou a licença das operadoras para a transmissão de seus canais, quando, em 29 de março de 2017, foram desligados os sinais analógicos em SP e em municípios próximos. As emissoras ainda buscaram utilizar de outras formas de pressão, em especial utilizando-se de seus apresentadores para incentivar os telespectadores a ligarem para as operadoras para exigir um acordo e garantir a manutenção dos canais nos seus respectivos pacotes¹³. Trata-se de um meio de aumentar o poder de mercado, que inclusive não foi previsto pelo CADE em sua decisão. Contudo, ainda assim, o poder de mercado do Simba continuou muito limitado.

Nesse sentido, segundo a Sky, a retirada dos canais de sua programação não afetou significativamente os negócios das operadoras. No seu caso, ela teria perdido apenas cerca de 15 mil assinaturas em função da ausência dos canais, em um universo de 6 milhões de clientes¹⁴. Sobre esse ponto, foi esperado que as grandes operadoras teriam capacidade de se protegerem do maior poder de mercado das emissoras fruto da operação, conforme consta do voto-vista:

¹³ Disponível em: <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2017/03/25/record-apela-a-russomanno-que-aconselha-consumidor-a-brigar-por-tvs.htm>. Acesso em 25/09/2017.

¹⁴ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/07/1900600-presidente-da-sky-preve-acordo-com-canais-e-anuncia-streaming.shtml>. Acesso em: 29/09/2017.

164. O prejuízo em receitas publicitárias seria tanto maior quanto o tamanho da base de assinantes da empresa que não chegasse a acordo com a *Newco*. Neste sentido, é destacada a capacidade de limitação do exercício de poder de mercado da *Newco* por parte das grandes operadoras, *Net* e *Sky*, e reduzida a capacidade de pequenas operadoras impor limites.

Com isso, a preocupação do CADE se limitou à proteção das médias e pequenas operadoras, que efetivamente teriam menor poder de barganha em uma negociação com a *Simba*. Já no que tange à publicidade, o CADE destacou que se tratava de um mercado de dois lados, visto que as emissoras são plataformas que ligam telespectadores a anunciantes, e que a receita com publicidade seria a mais relevante para essas empresas. Isso retiraria poder de barganha da *Simba*, visto que a perda de clientes causaria um impacto grande para as emissoras, posto no voto-vista da seguinte forma:

162. A falta de acesso ao line-up das provedoras de televisão por assinatura acarretaria redução do potencial de audiência e de nada adiantaria um conteúdo atrativo se o assinante não o assistisse. Sendo a publicidade a maior receita das sócias da *Newco*, uma estratégia de exagerada elevação de preços do sinal negociado com as operadoras de TV por assinatura poderia ser contraproducente.

163. O raciocínio deve ser visto como uma tendência comportamental e não um juízo absoluto, vez que a parcela de assinantes de TV por assinatura que não acessar o(s) canal(is) via set top box de operadora de SeAC pode desejar assisti-lo(s) a partir da transmissão realizada diretamente pelas radiodifusoras. O nível de audiência que alcança as TVs abertas nos serviços de TVs por assinatura revela, porém, que não é desprezível o aspecto econômico comportamental associado à comodidade que os telespectadores associam a ter um canal de TV aberta no line-up de uma cable. Tirar a visibilidade do canal para um assinante em muitos casos certamente se converterá em perder potencial de audiência e receita publicitária

No caso, com a retirada das emissoras da *line-up* das operadoras, verificou-se uma queda de 25% na audiência das primeiras com relação à semana anterior¹⁵. Embora os efeitos sobre a renda com publicidade não fossem imediatos, a manutenção dessa perda de audiência geraria um prejuízo maior do que um possível lucro alcançado na negociação que tentavam com as operadoras, o que também reduziu o poder de barganha da *Simba*. Esse ponto também foi antecipado pelo CADE.

Os acordos firmados até o presente momento foram com as operadoras *Vivo TV* e *Sky*¹⁶. Aparentemente, contudo, eles só foram possíveis após as emissoras terem recuado e aceitado reduzirem significativamente o preço pelos sinais digitais das três emissoras – em março, a *Simba* tinha pedido cerca de R\$ 15,00 por assinante, enquanto que, atualmente, o preço estimado foi de aproximadamente R\$ 1,00¹⁷.

Trata-se de um valor pequeno frente ao valor das assinaturas das operadoras, o que em tese reflete o baixo poder de mercado das emissoras frente às grandes operadoras de TV por assinatura. Já a *Net* e a *Claro*, que juntas têm mais da metade do mercado nacional de TV por

¹⁵ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/04/1872468-queda-de-audiencia-ja-era-esperada-diz-executivo-da-simba.shtml>. Acesso em 15/09/2017.

¹⁶ Disponível em: <https://observatoriodatelevisao.bol.uol.com.br/noticia-da-tv/2017/09/record-tv-sbt-e-redetv-terao-sinal-restabelecido-na-sky-nesta-terca-5>. Acesso em: 20/09/2017.

¹⁷ Disponível em: <http://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/mercado/sky-fecha-acordo-com-simba-e-volta-distribuir-record-e-sbt--16591?cpid=txt>. Acesso em 13/09/2017.

assinatura, seguem ainda em negociação, o que também pode espelhar o poder de mercado das operadoras, tal como constou da decisão do Conselho.

4. Conclusão

Quando comparado as estimativas feitas pelo CADE e os remédios adotados em sua decisão com o ocorrido no mercado até o presente momento, a partir de dados públicos, verificamos que de fato a operação não gerou efeitos negativos. O poder de mercado das maiores operadoras de TV por assinatura é grande, de forma que o aumento de preços foi ínfimo, proteção essa também garantida às médias operadoras, por meio de “Cláusula de Nação Mais Favorecida”. Quanto às pequenas, elas foram beneficiadas com a ausência de qualquer cobrança pelos sinais, o que tende a tornar o mercado mais competitivo.

Aparentemente o que ocorreu no mercado reflete as considerações finais sobre o ACC constante do voto-vista:

235. Considerando o exposto no voto, e, principalmente as cláusulas do contrato, entendo que se conseguiu preservar o interesse público, em especial dos consumidores, sem inibir a liberdade de associação, a qual apresenta, nos termos do ACC, baixo potencial anticompetitivo, bem como eficiências decorrentes da união de esforços das Requerentes.

236. Quando considerada a atual estrutura de mercado no setor, com elevada concentração tanto no lado das emissoras quanto no de operadoras de televisão por assinatura, os efeitos esperados do ACC passam a ser um aumento da pressão competitiva, o que entendo ser um objetivo desse Conselho, tendo em vista os benefícios sociais gerados.

Por outro lado, tendo em vista que a Simba não conseguiu exercer um significativo poder de mercado e considerando o baixo valor pago por assinante pelas operadoras de TV por assinatura que já fizeram acordo, as eficiências acordadas entre as Requerentes e o CADE tendem a se mostrar limitadas. De toda forma, parte da renda auferida pela Simba terá que refletir em novos benefícios para os assinantes, na forma do acordo celebrado com Conselho.

CINCO REFLEXÕES ACERCA DE CINCO CASOS JULGADOS NO CADE

Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt

1. Introdução

Este breve artigo almeja responder cinco questionamentos, tomando como referência cinco casos [atos de concentração - AC e processos administrativos - PA] relatados por mim, enquanto conselheira no Cade. A opinião é, assim, pessoal. O texto está segmentado em cinco capítulos, além desta introdução e da conclusão.

2. AC nº 08700.006723/2015-21. Pedido de cartel em forma de AC deve ser aprovado?

Trata-se de uma *joint venture* (JV) entre três radiodifusoras (emissoras): SBT, Record e RedeTV (Simba)¹. A justificativa da operação era eliminar um suposto “futuro poder pré-existente” das operadoras de TV pagas (ex: Net e Sky). Não se trata de uma JV para construir torres de transmissão, para produzir conteúdo para operadoras ou para trazer qualquer agregação de valor ao consumidor final (CF). O objetivo da JV era juntar três concorrentes para, conjuntamente, formar preço na transmissão do (mesmo) conteúdo da emissora para as operadoras, sem apresentar qualquer ganho (eficiência) para o CF, quando no advento do sinal digital. Para melhor entendimento dessa operação, cabe apresentar uma brevíssima explanação do *modus operandi* desse setor.

As emissoras são obrigadas a transmitir seus sinais por radiofrequência de graça para o CF. Além disso, quando transmitem através de uma operadora, há regulação específica. Se os sinais forem analógicos, as emissoras são obrigadas a oferecer de graça seu sinal (*must offer*) e as operadoras são obrigadas a retransmitir dito sinal analógico ao CF (*must carry*). Se os sinais forem digitais, a regulação permite que as emissoras cobrem das operadoras. Na ausência de um consenso com relação ao preço, se a emissora quiser (mesmo que a operadora não queira), a operadora é obrigada a transmitir o sinal da emissora (*retransmission consent*) ao CF. O que as três emissoras, almejavam com a JV, assim, era, como num cartel, agir conjuntamente para extrair mais renda das operadoras na “venda” de um mesmo produto. Estas, por sua vez, ou repassariam o aumento de preço para o CF, sem qualquer benefício, ou deixariam de ofertar os sinais das três emissoras. É um AC, portanto, anticompetitivo, com inequívoca perda líquida de bem-estar. Ao meu ver, deveria ter sido, assim, reprovado.

¹Aprovado com restrições pelo Tribunal em 11/05/2016. Simba foi o nome dado a dita JV.

3. AC nº 08700.004860/2016-11. Reprovar ou aprovar com o intuito de retirar as barreiras à entrada e transferir as eficiências para os consumidores?

Trata-se da única bolsa de valores brasileira (BVMF), monopolista integrada nos três segmentos (negociação, liquidação e depósito), que vende serviços de renda variável, comprando a Cetip, praticamente monopolista integrada nos três segmentos, que vende serviços de renda fixa². Suas atividades são, assim, mais complementares do que substitutas, muito embora uma pudesse entrar no mercado da outra. A Cetip, para atuar como bolsa, teria que ter uma estrutura chamada *Central counterpart* (CCP), que até então não tinha, mas que já estava em trâmites avançados de criação de uma.

A Cetip com CCP seria uma ameaça muito crível para a BVMF, que perderia seu reinado. A operação, assim, é o caso de livro-texto de “eliminação de um concorrente potencial”. Dificilmente será visto no Cade um melhor exemplo do que este, nos moldes das preocupações emanadas no guia norteamericano (guia H ou preocupações com concentração conglomerada³).

Como o mercado tem elevadíssimas barreiras à entrada, minha dúvida era se deveria reprovar o AC ou aprovar com um acordo bem detalhado, que garantisse que as barreiras fossem eliminadas, ou bastante dirimidas, e que as eficiências alegadas fossem de fato transferidas para os CFs. Optei pela segunda, depois de intensa interação com a CVM. As partes, ao verem que poderiam fazer um acordo mais brando com a maioria do conselho, não titubearam. É natural, pois o acordo é feito com o conselho e não com o conselheiro-relator. Meu voto, assim, acabou tendo o mesmo efeito de uma reprovação. De qualquer forma, o aprendizado para mim é que, quando o Cade puder aprovar um AC com um acordo bem detalhado e exequível, que reorganize a estrutura do setor, eliminando barreiras, e que garanta que as eficiências (alegadas e com probabilidade baixa de repasse) sejam de fato repassadas para o CF, este Tribunal não deve descartar esta possibilidade, pois o resultado no bem-estar pode ser maior do que uma reprovação.

4. AC nº 08700.006444/2016-49. Sempre haverá remédio em AC?

Trata-se do maior grupo de educação no Brasil, a Kroton, focado em educação para classes B e C, comprando a Estácio⁴. O objetivo da operação era o da complementariedade geográfica e da compra de uma marca renomada, como a Estácio.

Não é toda operação que possa ter seus problemas concorrenciais eliminados através de remédios. Além disso, mesmo que fosse o caso, não são todos os remédios que são exequíveis, transparentes e pouco onerosos para a administração pública. O Cade não deve ter a priori, portanto, uma “política de aprovar com restrições”.

Dito isso, os acordos em controle de concentração (ACCs) precisam constar de ao menos 7 itens, a saber: (1) ser bem específicos e com todos os detalhes devidamente pontuados; (2) ter tempo limitado, entre 5 a 7 anos; (3) ser exequíveis no tempo dado; (4) ter multas que

² Aprovado com restrições pelo Tribunal em 22/03/2017. B³ foi o nome dado para a nova empresa.

³ Horizontal Merger Guidelines do Federal Trade Commission (FTC) e Non-Horizontal Merger Guidelines do Department of Justice (DOJ), respectivamente.

⁴ Aprovado com restrições pelo Tribunal em 02/08/2017.

suplantem o benefício do descumprimento; (5) ter regras objetivas para que os ativos não se deteriorem até a venda; (6) impor que a operação só possa ocorrer depois da implementação dos remédios estruturais; (7) ter monitoramento realizado por um *trustee* renomado com relatórios entregues ao Cade trimestrais, com o propósito de não onerar a administração pública; (8) contemplar o repasse das eficiências alegadas pelas partes ao Cade; e (9) se possível, constar com compromissos acerca de temas de responsabilidade social no mercado em questão. Tudo isso tinha no acordo que estava sendo desenhado comigo, mas que não foi aceito pelo Tribunal. O motivo pelo qual eu não aceitei o ACC proposto foi porque não houve tempo para discutir a implementação.

5. PA nº 08012.010744/2008-71. Pode-se observar preço predatório sem ter falência de empresa?

Trata-se de um cartel *hard core* (fixação de preço), ocorrido no mercado de leite pasteurizado tipo C no Sul do Brasil (microrregião de Pelotas/RS)⁵, entre fevereiro de 2003 e agosto de 2004 e formado por três produtoras de leite, duas cooperativas e um sindicato, além de 14 pessoas físicas. As líderes do cartel chamavam-se Elegê (ex-Perdigão) e Cosulati. A Santa Silvana e a Leite da Fazenda eram duas microempresas familiares e a Coopal, uma cooperativa de médio porte.

Com uma análise de série de preços, deflacionados pelo IPCA, foi possível constatar o que havia sido denunciado nas degravações: como forma de forçar as pessoas jurídicas menores a entrarem no cartel, as duas líderes ameaçaram que iriam fazer preço predatório no mercado. Diz-se que a ameaça é crível, quando aqueles que ameaçam têm condições de sustentar a ameaça pelo tempo necessário. A ameaça foi, assim, crível, pois forçou as empresas menores a aderirem ao cartel. Caso contrário, quebrariam.

As provas foram corroboradas por evidências econômicas. Antes de começar o cartel, o preço “normal” era de R\$1. Depois, durante o cartel, foi de R\$1,1 e, antes do cartel iniciar, foi de R\$0,70, causando significativo prejuízo no curto prazo para as empresas menores, que não tinham condições de se sustentarem com aquele nível de preço.

Há duas lições: a primeira é que, diferentemente do que se lê em livro texto ou mesmo no guia de preço predatório, na prática, o Cade não deve esperar que a empresa quebre para identificar que houve preço predatório por uma outra. Neste caso, a conduta anticompetitiva do preço predatório ocorreu, como dito que ocorreria nas degravações (pelas empresas pequenas), e como demonstrados pelos dados (série de preços). Além disso, causou dano às empresas menores. Este é um exemplo, quase único, de provas e de evidências econômicas irrefutáveis, acerca de uma conduta difícil de comprovar. A segunda lição é que, como a conduta principal foi o cartel *hard core*, o preço predatório ficou sendo uma conduta auxiliar. A sanção base, assim, teria que ser sido majorada, usando os quesitos do artigo 45 (dosimetria).

⁵ Nº 08012.010744/2008-71, aprovado com restrições pelo Tribunal em 08/03/2017.

6. PA nº 08012.000504/2005-15. As sanções pecuniárias para associações e sindicatos são dissuasórias?

Trata-se da promoção de conduta concertada pelo Sindicato e pela Associação com relação aos preços do frete dos transportadores rodoviários no porto de Santos⁶. Conquanto a conduta indicada neste PA tenha durado de 2005 a 2015, há evidências contundentes de que esta iniciou-se em 1994. Foi um dos casos que maior dano presenciei na economia brasileira, afetando os importadores de fertilizantes e os exportadores de grãos (logo, afetando o “custo Brasil”). De fato, considerando as evidências de sobrepreços retirados dos autos, pode-se alcançar a um dano de R\$ 8 bilhões no período completo (1994-2015). O resultado desta conduta, portanto, se assemelhou a de um cartel *hard core*.

Embora o dano tenha sido desta magnitude, pelo inciso II do artigo 37 da lei 12.529/11 a sanção pecuniária só poderia alcançar R\$ 2 bilhões. Ainda assim, para não polemizar ao usar o maior valor possível legal, optei por seguir a lógica dada pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Junior em seu voto (PA **08012.000504/2005-15**) e multar de forma proporcional à arrecadação. Com isso, a sanção pecuniária passou a ser de 3,1 milhões de UFIRs para a Associação Comercial dos Transportadores Autônomos (ACTA) e de 1 milhão de UFIRs para o Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas e Granel de Santos (SINDGRAN). No entanto, o Conselheiro Alexandre Cordeiro pediu vistas, aplicou multa de 780.000 UFIR a ACTA e de 250.000 UFIR ao SINDGRAN e foi seguido pela maioria do Tribunal.

Este caso demonstra que, mesmo que fosse imposta a sanção máxima legalmente permitida, não haveria efeito dissuasório. Como, em geral, a meu ver, o Cade aplica multas menores do que o teto permitido, a conclusão é a de que vale a pena estas instituições agirem de forma anticompetitiva.

7. Conclusão

Foram comentados, ainda que brevemente, cinco casos, objetivando responder cinco perguntas, a saber: (1) pedido de cartel em forma de AC deve ser aprovado?; (2) reprovado ou aprovado com o intuito de retirar as barreiras à entrada e transferir as eficiências para os consumidores?; (3) sempre haverá remédio em AC?; (4) pode-se observar preço predatório sem ter falência de empresa?; e, por fim, (5) as sanções pecuniárias para associações e sindicatos são dissuasórias? Respondendo sucintamente as perguntas:

Se o Cade condena carteis, não pode aprova-los por meio de um AC, com o argumento de se estar formando “apenas” uma *joint venture*. Se um AC entre concorrentes não traz eficiência e se o objetivo é unicamente “fazer preço”, não há remédios que justifiquem a sua aprovação. É um exemplo clássico de reprovação;

Como o Cade pode aprovar um AC fazendo um acordo com as partes, o Tribunal pode endereçar os problemas concorrenciais, ao menos, de duas formas: diminuindo as barreiras e transferindo as eficiências para os consumidores;

⁶ Aprovado com restrições pelo Tribunal em 18/01/2017.

Não é sempre que o Cade deve aprovar um AC com remédios. Às vezes, devido à assimetria de informação entre o Estado e as partes privadas e o custo de implementação e/ou monitoramento para a administração pública, não há remédio cabível;

Pode-se condenar uma empresa sob a alegação de preço predatório, ainda que não se observe falência de firmas. No caso em tela, esta foi uma conduta auxiliar, mas, se fosse a principal, a empresa causadora do preço predatório teria que ser condenada; e

Há uma elevada probabilidade que as sanções aos sindicatos e às associações não tem sido dissuasórias pelo Cade, de forma geral.

JULGADOS RELEVANTES DE UM CONSELHEIRO ECONOMISTA

Elvino de Carvalho Mendonça

Introdução

O presente artigo versa sobre três casos em que fui relator enquanto conselheiro no CADE (2011 a 2013): (i) Amil/Casa de Saúde Santa Lucia¹; (ii) Unimed Franca/Hospital Regional de Franca²; e (iii) ECAD³. Os dois primeiros foram atos de concentração e o terceiro foi um processo administrativo que sobre condutas anticompetitivas.

1. O caso Amil/ Casa de Saúde Santa Lúcia

O caso Amil/Casa de Saúde Santa Lúcia tratava da aquisição da Casa de Saúde Santa Lúcia pela ESHO⁴ do Grupo Amil no mercado relevante de serviços médico-hospitalares do município do Rio de Janeiro.

A Casa de Saúde Santa Lúcia localiza-se no bairro de Botafogo no Rio de Janeiro e o grupo Amil era detentor, à época, de dois hospitais⁵ no mesmo mercado relevante geográfico da operação e estava em análise no SBDC dois outros casos em que o Grupo Amil postulava a aquisição de dois outros hospitais⁶. Nesse mesmo mercado relevante atuavam também os hospitais do Grupo FWG⁷, além da Casa de Saúde São José e Clínica São Vicente.

Em que pese a Casa de Saúde Santa Lúcia possuir uma pequena participação de mercado, a SEAE identificou, em seu parecer, que a operação gerava preocupações de ordem concorrencial porque o Hospital das Clínicas de Niterói, empresa integralmente controlada pelo Grupo Amil, era detentor de 10,18% da empresa Medise do Grupo FWG e, essa empresa era controladora de dois hospitais da Rede D`OR⁸.

Em análise detalhada do Acordo de Acionistas e do Estatuto Social da Medise, o voto condutor concluiu que o Grupo Amil, por meio do Hospital das Clínicas de Niterói, possuía acesso à informações sensíveis junto a Medise, bem como poderes de veto em questões operacionais e mercadológicas nos Hospitais em que essa empresa controlava (Rios D`OR e Barra D`OR), o que lhe conferia, no mínimo, participação acionária passiva com acesso à informações sensíveis no Grupo FMG.

¹ Ato de Concentração n. 08012.010094/2008-63, aprovado pelo Tribunal com a restrição de alienação pelo Grupo Amil de sua participação no capital social da Medise, empresa do Grupo FMG 29.08.2012.

² Ato de Concentração n. 08700.003978/2012-90, reprovado pelo Tribunal em 03.04.2013.

³ Processo Administrativo n. 08012.0037451/2010-83, decidido pelo Tribunal em 06.03.2013.

⁴ Empresa de Serviços Hospitalares Ltda.

⁵ Hospital São Lucas Preslaf e Hospital Córdio-Trauma.

⁶ Hospital Samaritano e Hospital Pró-Cardiaco.

⁷ Hospital Badim, Hospital Copa D`OR e Hospital Quinta D`OR.

⁸ Hospital Rios D`OR e Hospital Barra D`OR.

De acordo com o voto do relator, o poder de veto do Grupo Amil garantia que todas as operações de cunho operacional que envolvessem os hospitais Barra D'OR e Rios D'OR fossem de conhecimento do Grupo Amil, podendo esse se manifestar em todos os casos, inclusive para inviabilizar investimentos, aquisições conjuntas etc. Esse acesso à informações e o poder de gestão fazia com que o Grupo FMG perdesse graus de liberdade em relação aos Hospitais Barra D'OR e Rios D'OR e aumentava o incentivo para uma a conduta concertada entre os dois grupos.

Tendo por base a interferência do Grupo Amil em questões mercadológicas do Grupo FMG com efeitos sobre o ambiente concorrencial dos mercados relevantes envolvidos (prestação de serviços médico-hospitalares e planos de saúde), o voto condutor entendeu que as participações de mercado dos hospitais do Grupo Amil e do Grupo FMG deveriam ser somadas como se grupo econômico fosse. No meu entendimento, a caracterização como grupo econômico estava baseada na teoria de participação minoritária em rivais.

Tendo em vista que a operação gerava uma elevada concentração no mercado relevante de serviços médico-hospitalares com elevada probabilidade de fechamento de mercado de planos de saúde para serviços médico-hospitalares, a decisão trazida pelo voto condutor foi a de aprovar a operação condicionada a venda da participação de 10,18% do grupo Amil (HCN) na Medise. Houve, no processo, um pedido de vista e um voto vogal, mas a decisão final do caso acompanhou a decisão do relator.

O caso foi relevante para a defesa da concorrência brasileira porque, além de trazer novamente para o centro da discussão o tema relevante da participação minoritária em rivais, permitiu que um grande número de operações envolvendo o Grupo Amil e o Grupo FMG e, que já estavam no SBDC aguardando decisão desde a vigência da Lei nº 8.884/1994, fossem destravadas e consumadas. Esse foi o caso, por exemplo, dos Atos de Concentração envolvendo o Grupo Amil e os Hospitais Samaritano⁹ e Pró-Cardíaco¹⁰ no Rio de Janeiro, o Grupo Amil e a operadora de planos de saúde Medial¹¹ e o Grupo FMG (Rede D'Or) e os Hospitais Santa Lúcia, Santa Luzia e do Coração¹² em Brasília.

A consumação dessas operações foi importante porque (i) reordenou e consolidou o setor de saúde no Rio de Janeiro em dois grandes grupos independentes (Grupo Amil e Grupo FMG); (ii) reduziu o estoque de atos de concentração complexos, com consequente melhoria do prazo médio de análise do CADE; e (iii) permitiu que todos os esforços do SBDC fossem canalizados no sentido da desafiante aplicação da nova lei de defesa da concorrência.

2. Caso Unimed/Hospital Regional de Franca

O caso Unimed/Hospital Regional de Franca tratava da aquisição do Hospital Regional de Franca pela Unimed Franca. A estrutura de oferta do mercado relevante de serviços médico-

⁹ Ato de Concentração n. 08012.013200/2010-85, aprovado pelo Tribunal condicionado ao ajuste das cláusulas de não competição e não aliciamento em 04.12.2013.

¹⁰ Ato de Concentração n. 08012.004902/2010-7, aprovado pelo Tribunal condicionado ao ajuste das cláusulas de não competição e não aliciamento em 04.12.2013.

¹¹ Ato de Concentração n. 08012.009906/2009-17, aprovado pelo Tribunal com a restrição de adequação da cláusula de não concorrência em 13.04.2013.

¹² Ato de Concentração n. 08700.004150/2012-5, aprovado pelo Tribunal com a restrição de alienação do Hospital Santa Lúcia ou Alienação do Hospital Santa Luzia Hospital do Coração em 08.06.2013.

hospitalares era composto somente por esses dois hospitais e a Unimed Franca era detentora de grande parte do mercado relevante de planos de saúde naquele município. Portanto, a não rejeição da referida operação implicaria em posição de monopólio para a Unimed no mercado relevante de prestação de serviços médico-hospitalares e de concentração elevada no mercado relevante de planos de saúde.

O argumento dos patronos em prol da aprovação da operação era o de que o Hospital Regional de Franca estava em processo falimentar e que, portanto, não haveria outra solução do ponto de vista concorrencial que não a aquisição deste pela Unimed Franca. O argumento de *failing firm* sustentado pelas requerentes já havia sido rechaçado pelo Parecer emitido pela SG. O voto condutor da decisão que proferi, que acompanhou os Pareceres da SG e da PFE, trouxe um estudo aprofundado dos índices contábeis de endividamento de solvência e de endividamento do Hospital, concluindo, ao final, que a empresa não se encontrava em falência e que a aprovação da operação resultaria em monopólio no mercado relevante de serviços-médico hospitalares do município de Franca.

A análise desse ato de concentração com a sua respectiva reprovação trouxe para a reflexão a eficácia dos critérios de subsunção de um ato de concentração trazidos pela Lei nº 12.529/2011 para a proteção da concorrência no mercado. No âmbito da Lei nº 8.884/94, a notificação de um ato de concentração era obrigatória se a participação da empresa ou do seu grupo econômico implicasse em concentração de 20% do mercado relevante, ou se qualquer das empresas participantes ou o seu grupo tivessem aferido um faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões no último balanço patrimonial. Com esses dois critérios, o SBDC não ficava limitado a conhecer as operações apenas com base no faturamento.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, o critério de participação de mercado foi extinto e a notificação passou a ser obrigatória se duas condições acontecessem simultaneamente: uma das empresas ou seu grupo aferisse um faturamento bruto anual de R\$ 750 milhões no último balanço e a outra empresa ou seu grupo aferisse um faturamento bruto anual de R\$ 75 milhões. Nesse caso, ao contrário do que acontecia com a Lei nº 8.884/94, em que havia os critérios de participação e de faturamento, o conhecimento da operação por parte do CADE ficava limitado aos critérios de faturamento, muito embora a autoridade pudesse lançar mão do expediente de solicitar a notificação do caso no prazo de um ano a partir da consumação da operação (§ 7º art. 88 da Lei 12.529/2011).

Os novos critérios reduziram sobremaneira o número de atos de concentração submetidos ao SBDC, o que, se por um lado, reduziu os custos do sistema e dos administrados com casos sem importância concorrencial, por outro lado, permitiu que alguns casos com concentração elevada não fossem conhecidos pelo CADE simplesmente porque não se encaixavam nos critérios de faturamento, como foi o caso Unimed/Hospital Regional de Franca.

A operação em comento foi notificada ao SBDC no dia 23 de maio de 2012 no âmbito da Lei nº 8.884/94 sob os critérios de subsunção de participação de mercado e de faturamento bruto anual. No entanto, por uma diferença de 6 dias o caso poderia não ter sido conhecido pelo CADE, tendo em vista que uma das partes não possuía faturamento superior a R\$ 75 milhões. Nesse caso, o dispositivo da lei não teria sido capaz de identificar uma operação altamente concentracionista e o resultado seria a criação de um monopólio no mercado relevante de serviços médico-hospitalares do município de Franca.

Sendo assim, a principal reflexão que esse caso trás para a Lei nº 12.529/2011 é a de que a não consideração da participação de mercado conjunta das empresas como critérios de

notificação abriu brechas para que operações de fusão e aquisição, *joint ventures* etc com elevadas participações de mercado conjuntas, mas com faturamentos inferiores os critérios de subsunção, não fossem conhecidas pelo CADE.

A notificação de atos de concentração com base no faturamento tem por fundamento a hipótese de que as empresas maiores (com maiores faturamentos) são aquelas que possuem as maiores participações de mercado e, portanto, são as fusões entre essas empresas que têm a maior probabilidade de gerar efeitos anticoncorrenciais. No entanto, não obstante esse ser critério objetivo e poupador de recursos para o Estado e para o administrado, muitas empresas com faturamentos não tão elásticos, mas com elevadas participações de mercado nos seus mercados relevantes, tem o condão de gerar prejuízos muito mais elevados a concorrência, principalmente porque ocorrem, geralmente, em municípios com pouca capacidade de reação.

3. Caso ECAD

O caso ECAD versa sobre processo administrativo instaurado pela SDE em desfavor do ECAD e de seis associações efetivas existentes à época dos fatos, com o objetivo de apurar as condutas anticompetitivas referentes a prática de cartel nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/1994, mediante representação da Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) em 09 de abril de 2010.

A decisão final do CADE versou sobre à condenação do ECAD e de suas associações por prática de cartel no mercado relevante de execução pública de obras musicais. A decisão acompanhou os Pareceres da SDE e da PFE, contou com Parecer divergente do MPF e com três votos vogais, sendo um aderente ao voto condutor e dois outros parcialmente divergentes.

O voto condutor da decisão que proferi demonstrou que a gestão coletiva dos direitos autorais era uma necessidade e que, com base em farta documentação, o ECAD e as associações adotaram, entre outros ilícitos, a prática de cartel no mercado relevante de execução pública de obras musicais via fixação de preços por meio da utilização de tabelas de preços. O fundamento principal para atribuir a prática de cartel às representadas estava baseado no fato de que a lei de direitos autorais vigente à época (lei n. 9.610/1998) atribuía ao ECAD, em seu art. 99, a competência de arrecadar e distribuir os direitos autorais, mas não a competência de fixar os seus preços.

Com base em fartas provas documentais, o voto condutor constatou que o ECAD e as associações adotavam regras distintas para a arrecadação e para a distribuição. No que se refere à arrecadação, as representadas adotavam regras de cobrança baseadas em critérios outros que não a execução das obras dos autores (ex. percentual do faturamento bruto, tamanho do estabelecimento comercial etc), ao passo que, para a distribuição dos direitos autorais, o ECAD e as associações remuneravam os autores com base no repertório executado.

Tendo em vista que a arrecadação não se dava com base no valor do direito autoral que cada autor dava a sua obra, mas sim em critérios estranhos à atividade artística, o valor recebido pelo autor na distribuição do direito autoral se dava única e exclusivamente com base no número de vezes que a sua obra era executada, o que fazia com que o valor unitário do direito autoral fosse idêntico para todos os artistas.

Portanto, ao demandante da obra musical (usuário) não era dada a oportunidade de exercer a sua livre iniciativa, remunerando os autores com base no que entendia pertinente, e

ao ofertante da obra musical (autor) também não era dada a oportunidade de exercer a sua livre iniciativa, exigindo uma remuneração compatível com que entendia ser o seu valor.

Portanto, o voto condutor demonstrou que a fixação de preços do direito autoral na arrecadação era uma consequência da prática coordenada entre o ECAD e as associações e não da inviabilidade de precificar os direitos do autor com base na execução da sua obra, o que conduziu o voto condutor para a condenação das representadas por formação de cartel.

O caso foi relevante para a defesa da concorrência brasileira porque a decisão de condenação do ECAD por prática de cartel expandiu o entendimento de que o mercado de execução pública de obras musicais é um mercado como outro qualquer e, portanto, passível de aplicação da lei de defesa da concorrência, além de ter contribuído, de forma definitiva, para a elaboração de um novo diploma legal¹³ referente aos direitos autorais, cujo teor modificou artigos da Lei n. 9.610/1998, condizente com as boas práticas concorrenciais.

¹³ Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013.

CARTEL DO CIMENTO, INNOVA/VIDEOLAR E CARTEL DOS COMPRESSORES: RELEVÂNCIA PARA O ANTITRUSTE BRASILEIRO

Márcio de Oliveira Júnior

1. Introdução

Este trabalho foi elaborado a partir de um convite feito pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac) para compor o presente livro, organizado em comemoração aos cinco anos da Lei nº 12.529/2011.

Segundo o convite que me foi feito, eu deveria discorrer sobre dois ou três casos de interesse, já decididos na esfera administrativa, em que tenha sido Relator. Apesar do teor explícito do convite, entrei em contato com o Ibrac questioneei se eu poderia escrever sobre casos em que não fui relator, mas em que pedi vista e tive uma participação relevante na discussão. Diante da resposta positiva, discorrerei sobre dois casos de minha relatoria – InnoVA/Videolar¹ e Cartel dos Compressores² – e um caso em que pedi vista – Cartel do Cimento³.

As descrições dos casos serão feitas nas três seções seguintes, respeitando-se a ordem cronológica dos julgamentos. Ao final de cada seção, explicitarei por que penso que os casos foram importantes para a política de defesa da concorrência.

2. Cartel do Cimento

O chamado Cartel do Cimento contemplou algumas das mais elevadas multas já aplicadas pelo CADE e medidas de desinvestimento e de governança corporativa. Eu havia entrado no CADE há poucos dias quando o caso foi levado a julgamento e, não conhecendo o processo o suficiente para formar minha convicção, optei pelo pedido de vista.

Minha divergência com o Relator ficou restrita às medidas estruturais e de governança corporativa.

Avaliando o modo de operação do cartel, percebi que as empresas que o formavam usaram participações cruzadas e a verticalização, adquirindo participações em concreteiras, para facilitar o funcionamento do cartel, dando-lhe estabilidade. Mecanismos de detecção de desvios, de punição e de compensação foram facilitados por essa estratégia, sem contar com o importante papel exercido pelas associações de classe para viabilizar a colusão. Em outras palavras, a estrutura de mercado foi “montada” pelas empresas para dar estabilidade ao cartel, viabilizando sua longa duração.

¹ AC n. 08700.009924/2013-19, aprovado com restrições pelo Tribunal em 1/10/2014.

² PA n. 08012.000820/2009-11, decidido pelo Tribunal em 16/3/2016.

³ PA n. 08012.011142/2006-79, decidido pelo Tribunal em 28/5/2014.

Tendo eliminado a rivalidade interna entre seus membros e adquirido estabilidade, o cartel pôde se preocupar com a rivalidade vinda de empresas não alinhadas e de concorrentes potenciais, adotando estratégias para impedir a entrada destas e excluir aquelas. Exemplos são a pressão junto à ABNT para influenciar a elaboração de normas técnicas e impedir a entrada de concorrentes e a recusa de contratar com vistas a excluir empresas não alinhadas, como ficou claro quando o Tribunal avaliou o PA da Escória⁴.

Portanto, o cartel do cimento moldou a estrutura de mercado por meio da verticalização e de participações cruzadas para garantir a estabilidade do acordo colusivo; uma vez atingida a estabilidade, passou a agir como se fosse uma só empresa abusando de sua posição dominante. Trata-se de um exemplo clássico do funcionamento de cartéis em dois estágios⁵. Em função disso, me convenci de que havia razões para a adoção de medidas estruturais e de governança corporativa.

Como a verticalização e a aquisição de participações cruzadas foram a forma utilizada pelo cartel para moldar a estrutura de mercado, a melhor forma de intervenção seria a desverticalização e o desfazimento de participações cruzadas. Do ponto de vista econômico, essas medidas seriam eficientes para viabilizar maior concorrência e não colocariam em risco eventuais eficiências existentes decorrentes do crescimento orgânico das empresas. Do ponto de vista jurídico, havia um nexo de causalidade entre as medidas e a ação do cartel. Assim sendo, levei ao Tribunal a sugestão de uma forma de intervenção diferente da que já havia sido decidida, que acabou acatada por maioria.

Creio que a importância deste caso para a defesa da concorrência no Brasil reside nos fatos de que a autoridade de concorrência teve a oportunidade de entender o funcionamento de um cartel extremamente sofisticado, que operou em dois estágios, e de que pela primeira vez foram utilizados remédios estruturais em casos de cartel. Procurei deixar claro que há alguns requisitos para isso, entre os quais podem-se citar: as medidas devem ter nexo de causalidade com a conduta; elas não devem comprometer sinergias e eficiências detidas pelas empresas; e deve estar claro que as medidas são importantes para, ao alterar a estrutura do mercado, impedir que a conduta volte a ocorrer.

3. Innova/Videolar

Quando eu ainda analisava o Cartel do Cimento, me foi distribuído o Ato de Concentração em que estava sob análise a aquisição da Innova pela Videolar, produtoras de poliestireno (PS). Havia três empresas no mercado (Innova, Unigel e Videolar). A operação envolvia a compra da primeira (Innova) pela terceira (Videolar). A Innova era uma subsidiária da Petrobras, uma empresa integrada localizada no Polo Petroquímico de Triunfo/RS; a Videolar era uma empresa localizada no Polo Industrial de Manaus, não integrada, localizada fora de um polo petroquímico. A operação resultaria em um duopólio em que o maior *player* teria quase 70% do mercado. A Superintendência Geral (SG) impugnou a operação.

No Tribunal, retomou-se a discussão sobre a definição do mercado. A SG entendeu que o mercado era nacional e composto somente por PS. As requerentes, por meio parecer com

⁴ PA n. 08012.010208/2005-22, decidido pelo Tribunal em 24/6/2015.

⁵ Ver Marshall, Robert C. & Leslie M. Marx. *The economics of collusion: Cartels and bidding rings*. Cambridge, Mit Press, 2012.

estudos econométricos, defenderam a definição do mercado relevante de forma mais ampla (internacional e multiproduto), tese cuja aceitação poderia implicar a aprovação da operação sem restrições. O DEE se manifestou sobre o parecer⁶, mantendo o entendimento da SG.

Definidos os mercados relevantes e dada a impossibilidade para a adoção de remédios estruturais em função da integração da única planta da Innova, parecia que caminharíamos para a rejeição da operação. A partir de conversas com pessoas da área de indústria química do então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e com o Professor Victor Bomtempo, da Escola de Química da Universidade Federal do Rio de Janeiro, comecei a formar a convicção de que um produtor de PS, ainda que com quase 70% do mercado, teria dificuldade em utilizar seu poder de mercado para aumentar preços.

Isso ocorreu porque tivemos acesso a estudos independentes mostrando que o PS estava na fase descendente de seu ciclo de vida. Os produtores de poliestireno enfrentavam a concorrência das outras resinas (ABS e PP), mas não tinham a capacidade de impor a mesma concorrência a elas, justamente pelo produto estar na fase descendente de seu ciclo de vida.

Essa constatação foi fundamental para a análise da operação. Os estudos feitos até então, que utilizavam um período de tempo longo, mostravam baixas elasticidades-preço cruzadas entre o PS e as duas outras resinas que as requerentes afirmavam estar no mesmo mercado relevante, levando-nos, portanto, à rejeição da tese de um mercado relevante composto pelas três resinas. Mas os exercícios foram feitos tendo como base informações passadas e não captariam uma mudança de tendência “recente”, como a que ocorreu quando o PS passou a enfrentar maior rivalidade advinda do ABS e do PP.

Concluímos, então, que essa rivalidade limitaria o poder de mercado da empresa resultante da aquisição da Innova pela Videolar. Ainda assim, o DEE, então chefiado pelo economista Luiz Esteves, sugeriu fazermos o teste “gross upward pricing pressure index” (GUPPI), até então pouco usado no Brasil, para estimar qual seria o aumento de preços que poderia resultar da operação. Tendo em mãos o resultado, nós pudemos estimar o nível de eficiências necessário para fazer frente àquele possível aumento de preços. No entanto, seria muito difícil para a adquirente (Videolar) apresentar um plano de eficiências antes do fechamento da operação, em função da escassez de tempo e porque o acesso a informações da empresa adquirida (Innova) poderia caracterizar “gun jumping”.

Os resultados que tínhamos até então, apesar de mitigarem as preocupações concorrenciais advindas da operação, não permitiam sua aprovação sem restrições. Remédios estruturais não eram possíveis devido à indivisibilidade da planta da Innova e à sua integração. Dadas as características da operação, aprovamos a operação com base em remédios comportamentais e na obrigação da apresentação de um plano de eficiências. Como, com os resultados do teste GUPPI, sabíamos qual seria a pressão sobre o preço, tínhamos uma boa estimativa de que nível de eficiências poderia “anular” essa pressão. Portanto, uma vez apresentado o plano de eficiências, poderíamos “dosar” os remédios comportamentais, ou seja, eles eram complementares ao plano de eficiências.

Outro ponto importante dessa operação foi a consideração do esforço de inovação que era feito pela Innova e o remédio decorrente disso. A Innova possuía um laboratório de pesquisa onde desenvolvia novos tipos (“grades”) de PS para aplicações diferentes das tradicionais. Esses novos “grades” estavam patenteados. Entre os remédios negociados estava a publicidade

⁶ O DEE se manifestou por meio da Nota Técnica n. 17/2014.

dessas patentes para outras empresas que quisessem produzir os novos “grades”, o que fomentaria não só a concorrência entre os produtores de PS, mas também a rivalidade que essa resina poderia impor a outras, como o ABS e o PP.

Havia também a questão locacional. A Videolar está localizada no Polo Industrial de Manaus, onde há incentivos fiscais. Havia o temor de que a empresa resultante da operação transferisse grande parte de sua produção da planta de Triunfo/RS (Innova) para a planta de Manaus/AM (Videolar), de modo a se beneficiar dos incentivos fiscais. Fazendo isso, ela poderia vender seus produtos a preços mais baixos no mercado interno e, eventualmente, excluir a Unigel, a outra empresa produtora de poliestireno, tornando-se monopolista. Isso ocorreria não em função de um diferencial de eficiência, mas sim devido a uma vantagem fiscal. Negociamos um remédio para evitar que isso ocorresse, ou seja, houve o compromisso de manter a produção equilibrada entre as duas plantas de modo a garantir a “neutralidade tributária”, ou seja, evitar que um benefício tributário se transformasse em uma vantagem competitiva “espúria”.

Em suma, esse caso trouxe várias discussões importantes para o antitruste brasileiro, como, por exemplo, a possível transformação de benefícios tributários em vantagens competitivas “espúrias”; a publicidade de patentes para fomentar a rivalidade; a discussão de técnicas para definição de mercado relevante; o papel das eficiências e do ciclo de vida dos produtos e da inovação para a análise de atos de concentração.

4. Cartel dos Compressores.

O Cartel dos Compressores continha várias questões importantes para a política de defesa da concorrência no Brasil.

Este foi um caso em que, simultaneamente à operação no Brasil, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DoJ) e a Comissão Europeia também realizaram diligências de busca e apreensão para obter evidências adicionais relativas ao mesmo cartel em investigação. O Cartel de Compressores também foi punido por várias jurisdições, como, por exemplo, União Europeia, Estados Unidos, Canadá, México e África do Sul. A persecução de um cartel dessa proporção só consegue obstar a colusão se houver suficiente cooperação internacional para angariar evidências e processar infratores, tal como ocorreu. Portanto, esse caso é um exemplo de que a cooperação internacional é importante para o combate aos cartéis internacionais.

Outro ponto importante do caso foi a discussão sobre a competência do CADE para analisar um acordo anticompetitivo que teria ocorrido fora do território nacional. Nos casos julgados pelo Tribunal até a apreciação do Cartel dos Compressores, a discussão de efeitos não foi tão relevante porque as empresas participantes dos cartéis tinham consideráveis participações no mercado nacional. Assim sendo, por simplificação, as vendas foram adotadas como sinônimo de efeitos; a existência de vendas no Brasil efetuadas por participantes de cartel era a prova mais clara de que o cartel afetou o mercado brasileiro.

No entanto, os efeitos de um cartel sobre o País extrapolam o conceito de vendas. Um cartel internacional pode afetar o Brasil de outras formas, como, por exemplo, por meio do fechamento e da divisão do mercado e de troca de informações concorrencialmente sensíveis sobre produtos comercializados em território nacional. Utilizando essas estratégias, os cartéis podem limitar artificialmente a concorrência no mercado brasileiro, afetando-o. Exemplos são

os acordos de “não venda”, em que supostos rivais decidem que uns venderão em um determinado território e deixarão de vender em outro, dividindo os mercados e arrefecendo a concorrência. Nesses casos, a existência ou não de vendas passa a ser secundária para fins de avaliar os afeitos dos cartéis sobre o Brasil.

Outro ponto importante para a política de defesa da concorrência foi a questão da publicidade das informações trazidas aos autos por beneficiários de acordos. Houve no caso uma preliminar arguindo suposta violação a um TCC firmado nos autos. Ainda em 2013, alguns Representados requereram a confidencialidade das Notas Técnicas 50 e 93 em virtude da assinatura de TCC. O então Relator proferiu despacho para que as referidas Notas tivessem acesso restrito até decisão de incidente de confidencialidade suscitado. Como Relator na data do julgamento, coube a mim examinar a questão suscitada, sendo que mantive o despacho do Relator que me precedeu, dando publicidade apenas às informações que foram importantes para a formação da minha convicção e que, por dever de transparência, ficaram públicas.

Havia uma relevante questão para a política de defesa da concorrência por trás da decisão: a ponderação entre os incentivos à celebração de acordos (Leniência e TCC) com o CADE e às ações civis de reparação de danos. Havia uma ação desse tipo em curso. Se tornadas públicas, algumas informações poderiam ser usadas como provas nessa ação, facilitando a reparação de danos. Do ponto de vista do “enforcement” e da dissuasão, as ações civis para a reparação de danos deveriam ser estimuladas. Nesse sentido, deveria ser dada publicidade às informações para se fomentar o “enforcement” privado. No entanto, há outro lado a ser considerado. A adesão ao programa de acordos do CADE é importante para o “enforcement” público. As empresas podem não aderir a esses acordos caso informações levadas aos autos sejam posteriormente utilizadas em ações civis para a reparação de danos, ou seja, contra elas mesmas.

Há, portanto, a necessidade de se encontrar um caminho para fomentar as ações civis para a reparação de danos e para preservar o programa de acordos do CADE. No caso do Cartel de Compressores esse dilema foi colocado de maneira explícita. Posteriormente, e diante da necessidade de se encontrar uma solução, a discussão foi aprofundada e culminou na Nota Técnica n. 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, na Consulta Pública n. 5/2016, com proposta de Resolução tratando da articulação entre os “enforcements” público e privado às infrações concorrenciais, à regulamentação dos acesso a documentos e informações oriundos de acordos com o CADE e do estímulo às ações civis para reparação de danos concorrenciais.

AS FUSÕES INTERNACIONAIS E A INADMISSIBILIDADE DOS INSTRUMENTOS DE *CARVE-OUT* NO BRASIL

Paulo Burnier da Silveira¹

1. Introdução

A Lei nº 12.529/2011 trouxe como marco a adoção do sistema de controle prévio dos atos de concentração no Brasil. Durante seus cinco anos de vigência, alguns casos serviram de sinalização importante para fixar o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre esse novo terreno de aplicação das normas concorrenciais no país. Esse breve artigo visa comentar um desses casos, que tratou da inadmissibilidade dos instrumentos denominados *carve-out agreements* pelo CADE para fins de excludente ou mitigação de ilicitude.

O caso que serviu como pano de fundo para estabelecer esse importante precedente foi o Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC) instaurado *ex officio* pela Superintendência-Geral (SG) do CADE no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.009018/2015-86, o qual analisou operação de compra de subsidiária integral da Cisco Systems, Inc., com sede nos Estados Unidos da América, pela Technicolor S.A., com sede na França.

Em breve síntese, as empresas foram acusadas pela SG de *gun jumping*, o que acabou sendo confirmado pelo Tribunal do CADE, com solução transacional pelo reconhecimento da infração e pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 30 milhões. A principal prova da infração de *gun jumping* foi um comunicado de imprensa, publicado no *website* da Technicolor em 20.11.2015, antes de terminada a análise do ato de concentração na SG.² Em

¹ As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições às quais o autor está vinculado.

² Tradução livre: “A Technicolor concluiu com êxito a aquisição da Cisco Connected Devices. Paris (França), 20 de novembro de 2015 – Technicolor (Euronext Paris: TCH; OTCQX: TCLRY) concluiu com êxito a aquisição, anunciada em 23 de julho de 2015, da divisão de conectividade da Cisco (NASDAQ: CSCO) – segmento de terminais de uso doméstico e de soluções de vídeo – pelo valor de compra de US \$ 600 milhões (equivalente a 561 milhões de euros), pagos em dinheiro e ações. Em paralelo, Technicolor e Cisco firmaram um acordo de cooperação estratégica, que visa ao desenvolvimento e fornecimento de soluções em tecnologia de vídeo e de alta velocidade de próxima geração, incluindo notadamente a cooperação em matéria de soluções e serviços para a “Internet das Coisas”. Cisco recebeu 450 milhões de dólares norte-americanos (equivalente a 421 milhões de euros em dinheiro, financiados por um aumento de capital com direito preferencial de subscrição, concluído com sucesso pela Technicolor em 17 de novembro, e pela nova emissão de dívida pelo Grupo em outubro. Cisco também recebeu 21.418.140 ações recém-emitidas da Technicolor, o equivalente a 150 milhões de dólares na época do anúncio da aquisição. Como resultado, a Cisco detém 5,2% de participação na Technicolor, com 16.795.834 ações sujeitas a uma proibição de atribuição (“*lock up*”) de 18 meses, e 4.622.306 ações sujeitas a uma proibição de transferência de 12 meses. Hilton Romanski, vice-presidente sênior e diretor de Estratégia da Cisco, foi nomeado para o Conselho de Administração da Technicolor, com efeito imediato. Esta aquisição e a complementaridade do portfólio de produtos da Cisco permitirão à Technicolor aumentar imediatamente seu peso industrial e tecnológico nos principais mercados, e permitirão ao segmento “Casa conectada” alcançar: Um EBITDA ajustado acima de 200 milhões de euros até ao final de 2016; Um elevado nível de rentabilidade com uma margem de EBITDA ajustado de 8% a 9%, em 2017; Sinergias superiores a 100 milhões de euros anuais, que deverão ser integralmente realizados em 2018. A integração dos ativos da Cisco Connected Devices começa imediatamente, e o acordo de

contato com o CADE, as empresas reconhecerem a consumação da operação no exterior e, dentre os motivos, explicaram que tinham firmado um *carve-out agreement*, supostamente capaz de preservar as condições competitivas pré-operação no Brasil. O *carve-out agreement* é um instrumento que tem a pretensão de blindar os efeitos do fechamento de uma operação global numa jurisdição que ainda não tenha recebido autorização da autoridade antitruste.

Esse artigo visa justamente comentar essa figura jurídica, *corroborando o entendimento fixado pelo CADE pela sua inadmissibilidade no Brasil, em consonância com outras jurisdições do mundo.*

2. Inadmissibilidade como regra geral no mundo

A maior parte das autoridades da concorrência não aceita o *carve-out agreement* como instrumento de exclusão ou mesmo mitigação da penalidade de *gun jumping*. Isto se verifica, de modo taxativo ou pelo menos como regra geral, em diversas jurisdições, tais como EUA, Canadá, União Europeia, Alemanha, Ucrânia, Índia e Israel.

Em razão disso, não é surpresa encontrar casos na jurisprudência estrangeira em que as partes foram condenadas por *gun jumping* mesmo apresentando *carve-out agreement*. A título de exemplo, pode-se mencionar o caso da compra da Nutro Products Inc pela Mars Inc. A operação foi notificada nos Estados Unidos, Alemanha e Áustria. Após a aprovação da operação pela autoridade norte-americana, as partes consumaram a operação sem esperar o aval das demais autoridades, as quais também atuam com o sistema de análise prévia do ato de concentração. Diante disto, a autoridade antitruste alemã (*Bundeskartellamt*) condenou as empresas pela consumação prévia do ato de concentração, mesmo havendo cláusula de *carve-out* no contrato de compra e venda celebrado pelas partes.³

Em suma, mesmo nas poucas jurisdições em que se poderia aceitar um *carve-out agreement* como forma de evitar o *gun-jumping*, há um consenso de que se trata de instrumento de difícil monitoramento para as autoridades da concorrência, com sua eficácia bastante questionável em termos de evitar a troca de informações sensíveis entre concorrentes. O que aconteceria, por exemplo, se a operação fosse reprovada no país objeto do *carve-out*? Em suma, parece-me bastante razoável a larga reticência e desconfiança da parte das autoridades de concorrência no mundo em relação ao uso deste instrumento no controle das fusões internacionais.

3. Inadmissibilidade no Brasil

Na APAC analisada pelo CADE, as empresas alegaram que tal instrumento teria o condão de afastar a violação do art. 88, §3º da Lei nº 12.529/11 e, caso o CADE assim não

cooperação estratégica entre a Cisco e Technicolor entra, então, em sua fase de implementação. A aquisição foi concluída em todas as jurisdições, com exceção do Brasil, onde permanece sujeito à aprovação das autoridades locais e da Colômbia, onde as atividades da Cisco Connected Devices serão mantidas pela Cisco pendente de aprovação das autoridades competentes”. Fonte: <http://www.technicolor.com/fr/qui-sommes-nous/espace-presse-news/press-releases/technicolor-finalise-l-acquisition-de-cisco-connected-devices> (acessado em 12.01.2016).

³ *Bundeskartellamt. Fine imposed against Mars for violating the prohibition to put a merger into effect.* Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/Archiv/ArchivNews2008/2008_12_15.php>. Acesso em: 04.01.2016).

entenda, que o mesmo deveria ser utilizado como elemento de caracterização da boa-fé das Representadas e, por consequência, de atenuação da multa a ser aplicada, já que o acordo teria por objetivo isolar o Brasil dos potenciais efeitos nocivos à concorrência decorrentes do fechamento da operação em nível mundial.

É verdade, como alegaram as Representadas, que não há nenhum dispositivo normativo que permitia ou proibia a utilização desse tipo de instrumento no Brasil. No entanto, em diversas oportunidades (por exemplo em eventos nacionais e internacionais sobre defesa da concorrência), autoridades do CADE já indicavam que sua utilização não seria aceita como argumento para afastar a violação do art. 88, §3º da Lei nº 12.529/11. Esta é também a minha posição.

Ainda que o *carve-out agreement* pudesse, em tese, servir de exclusão ou mitigação da pena, o documento apresentado não parecia servir a este propósito no caso concreto em exame, em que pese a alegação das Representadas.

A consumação prévia de ato de concentração é uma infração de natureza grave que independe da produção de efeitos anti-concorrenciais. Diante disto, parece restar claro que o *carve-out agreement* não afasta a caracterização da violação do art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011 pelas razões anteriormente expostas.

Ademais, no caso concreto, o *carve-out agreement* não mereceria ser utilizado como elemento de boa-fé das Representadas, tampouco de atenuação da pena pelas seguintes razões: (i) não houve qualquer menção ao *carve-out* antes do fechamento da operação, (ii) não há qualquer menção ao *carve-out* no Contrato de Compra e Venda, (iii) apesar de tema controverso, o pêndulo pesa visivelmente pela sua inadmissibilidade, tanto no Brasil como no exterior, pelas dúvidas de sua efetividade e pela dificuldade de monitoramento por parte das autoridades de concorrência. Os próprios patronos das Representadas sabiam desta inclinação, conforme se depreende da leitura dos extratos abaixo:

3.4 Is it possible to carve out local completion of a merger to avoid delaying global completion?

With respect to the possibility of closing parts of a deal that do not affect the Brazilian market (e.g. assuming control over foreign branches that do not sell products to customers in Brazil – the so called “carve out”), there are no provisions under Brazilian law that explicitly allow this and CADE has not issued any formal statement on this issue, even though it has indicated that this would not be considered acceptable.⁴

Além disso, causou estranheza o fato de as partes não terem consultado o CADE sobre a admissibilidade do *carve-out* antes do fechamento da operação e, num segundo momento, alegarem incerteza jurídica por falta de provisões específicas na legislação antitruste brasileira sobre o assunto. Ou seja, não há de se falar em boa-fé diante deste cenário, sobretudo da boa-

⁴ Tradução livre: “3.4. Seria possível realizar um acordo de *carve out* em determinado país com o intuito de não atrasar o ato de concentração global? No que diz respeito à possibilidade de as partes fecharem um negócio que não afeta o mercado brasileiro (ex: Assumindo controle sobre subsidiárias estrangeiras que não vendam produtos para clientes no Brasil - o chamado “*carve out*”), não há disposições na legislação brasileira que, explicitamente, permitam isso e o CADE jamais emitiu qualquer declaração formal sobre este assunto, embora já tenha indicado que esse tipo de acordo não seria considerado aceitável”. BECKER, Bruno B., BERARDO, José da M. Brazil, in: PARR Nigel, HAMMON Catherine, The international comparative legal guide to merger control 2015, 11 ed. London, Asford colour press, November 2014. Disponível em http://www.bmalaw.com.br/arquivos/clipping/MC15_Chapter-12_Brazil.pdf.

fé na sua aceção objetiva, que impõe deveres de cooperação, transparência e lealdade entre as partes envolvidas.

Ainda que o CADE pudesse aceitar instrumentos de *carve-out*, aquele especificamente analisado não mereceria ser considerado. Dentre os principais pontos tratados no documento, destacavam-se as cláusulas relacionadas à ativos de transferência diferidos e à continuação de operações de forma independente.

Apesar de sua pretensão, o acordo poderia ser considerado frágil e insuficiente para isolar os efeitos do fechamento da operação. Em primeiro lugar, a própria natureza estrutural da operação tornava difícil a execução prática de um isolamento dos efeitos da concretização da operação no Brasil. As empresas atuavam no mercado global e, sendo assim, o negócio foi estruturado em unidade. Logo, não havia nenhum tipo de operação específica no Brasil, em separado, o que tornaria o descolamento bastante difícil, senão impossível. Dessa forma, a consumação da operação é imediatamente identificada como prática de *gun-jumping*, já que ao menos uma parte do Ato de Concentração notificado ao CADE, seja do ponto de vista fático ou do ponto de vista jurídico, fora concluído antes da decisão final do órgão.

Em segundo lugar, as medidas adotadas se limitavam à não transferência de contratos, ativos e bens exclusivamente relacionados à operação dos negócios no Brasil, bem como direitos de importar ou fabricar produtos nas jurisdições excluídas. Tal posicionamento estaria em desacordo com a noção de mercado mundial, apresentada pelas próprias Representadas no momento da notificação do Ato de Concentração. Outrossim, foi relatado pelas partes que a Cisco não possuía plantas no Brasil e a Technicolor detinha apenas uma planta em Manaus, de forma que grande parcela da soma dos produtos ofertados pelas Representadas era trazida ao Brasil via importação. Assim, considerando que as próprias Representadas apresentaram definição de mercado relevante como mundial na dimensão geográfica, não pareceu consistente afirmar que um eventual *carve-out* pudesse preservar as condições concorrenciais no mercado nacional.

Por mais que os dispositivos no documento fossem implementados de fato, a limitação aos ativos exclusivamente relacionados ao Brasil não impediria que o fechamento da operação em âmbito mundial realizasse a transferência de tecnologia, direitos de propriedade intelectual, documentos relacionados a estratégias de marketing e a troca de informações relacionadas a custos, listas de clientes, ordens de compra, registros de fornecedores, entre outros. Tais transferências são, inclusive, mencionadas no Guia do CADE sobre *gun jumping* como práticas que preocupam o ambiente concorrencial fazendo com que informações sensíveis do ponto de vista competitivo circulem entre os supostos *players*. Nesse sentido, a Superintendência-Geral desconsiderou o *carve-out* inobstante a existência de previsão no Contrato de Compra e Venda de que as partes irão “evitar” a troca desse tipo de informação no país.

Diante do exposto, ficou claro que o *carve-out agreement* não afastaria a caracterização do *gun jumping*, tampouco implicaria caracterização da boa-fé das Representadas, e, portanto, não poderia ser utilizado como instrumento de exclusão ou atenuação da multa.

4. Considerações finais

O caso foi emblemático por ter sido o primeiro a convidar o CADE a se manifestar enquanto colegiado sobre a matéria. O encaminhamento proposto pelo Conselheiro-Relator foi seguido pela unanimidade do Tribunal, no sentido de afastar o uso de instrumentos denominados *carve-out agreements*, em sede de controle de fusões internacionais, para fins de excludente ou mitigação de pena.

Na ocasião, destacou-se que os prazos médios de análise dos atos de concentração no Brasil estão entre os mais céleres do mundo, tendo sido objeto de reconhecimento por diversas instituições, inclusive pela comunidade antitruste brasileira e internacional. Nesse sentido, em caso de urgência especial na análise de algum ato de concentração, há medidas próprias e regimentais no CADE para encaminhar tais pedidos, como a solicitação de autorização precária. Ademais, há sempre a opção de notificar a operação no Brasil com maior antecedência, bem como solicitar encontros prévios com o CADE, antes mesmo da notificação formal do caso, como acontece em outros lugares do mundo através das chamadas *pre-merger notification meetings*.

Em suma, não houve, no caso analisado, motivo razoável para “queimar a largada” no Brasil, de forma intencional e deliberada, como fizeram as Representadas. Além de ser uma prática ilegal, o *gun jumping* tal como ocorrido foi igualmente considerado uma certa afronta ao CADE, que preza por uma relação marcada pelo espírito colaborativo com o setor privado, em matéria de controle dos atos de concentração, como forma de dar celeridade à análise dos atos de concentração.

PARTE V

TÓPICOS RELEVANTES

CONTROLE DE ESTRUTURAS

CONTROLE ESTRUTURAL DE AQUISIÇÕES DE ATIVOS: A PRÁTICA NOS CINCO ANOS DA LEI DE DEFESA DE CONCORRÊNCIA

Ana Bátia Glenk Ferreira
João Achcar de Azambuja
Maria Eugênia Novis

1. Introdução

Em todos os países que decidem adotar sistemas de controle de estruturas, o primeiro desafio enfrentado pelas autoridades antitruste consiste em identificar que tipos de negócios entre empresas merecem sua análise. A concepção de critérios adequados de notificação, que selecione aquelas operações potencialmente relevantes, é fundamental para assegurar a efetividade, a eficiência e a transparência desses sistemas.

Para tal finalidade, as autoridades normalmente utilizam um critério quantitativo, relacionado ao valor da operação ou faturamento das partes, descartando operações de menor porte que provavelmente não teriam impacto sobre a livre concorrência, e um critério qualitativo, relacionado ao próprio conceito de concentração econômica, para abarcar todos os tipos de negócios que possam, teoricamente, promover alterações na estrutura do mercado e no ambiente concorrencial¹. O critério qualitativo abrange, no Brasil e em diversos outros países como os Estados Unidos, Japão e países da União Europeia, não apenas operações de aquisição de participação societária, mas também de ativos.

Apesar dos aprimoramentos indiscutivelmente trazidos pela Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”) no que tange ao tratamento das concentrações econômicas, aliados aos esforços do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) para esclarecer, por meio de resoluções, as hipóteses de notificação de aquisição de participações societárias minoritárias e contratos associativos, o dispositivo legal referente à aquisição de ativos ainda suscita dúvidas e merece reflexões, pois na prática a avaliação da necessidade de notificar tais operações – especialmente aquelas que envolvem propriedade imobiliária, estoque de produtos ou máquinas isoladas, para citar apenas alguns exemplos – nem sempre é tarefa trivial.

Nesse contexto, este artigo se propõe a analisar conceitos jurídicos e precedentes recentes do CADE sobre aquisição de ativos, a fim de identificar diretrizes que possam ser úteis aos operadores do direito antitruste na avaliação de casos concretos.

2. Aquisição de ativos e concentração econômica

De acordo com a doutrina, há concentração econômica em operações que implicam alterações duradouras na estrutura das empresas envolvidas, tornando possível presumir que essas empresas passarão a atuar como um único agente econômico nas atividades por elas

¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Definition of transaction for the purpose of merger control review*. Competition Committee Policy Roundtables, 2013, p. 12

desenvolvidas²⁻³. Naturalmente, é pressuposto para a concentração que tais empresas sejam previamente independentes, ou seja, não pertençam ao mesmo grupo econômico⁴.

Essa noção de concentração está presente, por exemplo, no direito europeu⁵, que inspirou a nossa legislação e a prática decisória do CADE desde a década de 90. De acordo com a Comissão Europeia, entendem-se como concentrações as operações que envolvam a alteração de controle (entendido como possibilidade de exercer influência decisiva) sobre um *undertaking* de maneira duradoura⁶.

Apesar da crescente internacionalização do direito da concorrência e dos esforços de entidades como a *International Competition Network* (“ICN”) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) para a adoção de melhores práticas no controle de estruturas empresariais em países com diferentes graus de desenvolvimento econômico e maturidade institucional⁷, os critérios qualitativos de notificação, relacionados ao próprio conceito de concentração econômica, são bastante variados.

Conforme aponta a OCDE em estudo elaborado pelo seu Comitê da Concorrência, para definir o que se deve entender por concentração as autoridades amparam-se em *filtros objetivos*, tais como aquisição de determinada participação mínima no capital social, ou em *filtros econômicos*, associados à possibilidade de controle de uma empresa sobre outra previamente independente⁸.

O legislador brasileiro adotou filtros econômicos ao tratar do tema no artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência, transcrito a seguir:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 321.

⁴ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012, p. 296.

⁵ EUROPEAN COMMISSION. *Commission consolidated jurisdictional notice under council regulation no. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*. Information from European Union Institutions and Bodies, 2008, p. 4.

⁶ *Ibid.*, p. 4 e 7.

⁷ Vide, por exemplo: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Recommendation of the council on merger review*. Recommendations & Best Practices, 2005; e INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *ICN recommended practices for merger notification and review procedures*. ICN Recommended Practices, 2017.

⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Definition of transaction for the purpose of merger control review*. Competition Committee Policy Roundtables, 2013, p. 14-15.

Ao editar a Resolução nº 2/2012, o CADE adotou filtros objetivos para a notificação de aquisição de participações societárias minoritárias, nos seguintes termos:

Art. 10. Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado: a) aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida; b) aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

II – Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado: a) aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social; b) última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida.

Desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência, pouco se discutiu sobre a extensão de uma das hipóteses de concentração previstas no artigo 90, inciso II: *a aquisição por empresa(s), direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ativos tangíveis ou intangíveis, de controle ou parte(s) de empresa(s)*.

Em diversas jurisdições, o controle estrutural de operações dessa natureza somente é necessário se os ativos adquiridos forem capazes de alterar a estrutura do mercado e o ambiente concorrencial. Esse potencial se verifica, por exemplo, diante de ativos com presença no mercado capazes de gerar faturamento para o adquirente⁹; ativos que desempenhem papel essencial para o exercício de uma atividade econômica, atraiam clientes ou tenham importância para o processo competitivo; ativos que formem uma unidade que possa representar a transferência de uma atividade econômica ao comprador; ou ativos cuja transferência seja significativa a ponto de alterar a posição do comprador no mercado face a seus concorrentes¹⁰.

No Brasil, uma interpretação literal do artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência indica que o controle do CADE é necessário quando os ativos que forem objeto da operação constituírem uma empresa.

2.1 O conceito de empresa

A doutrina tradicionalmente define empresa como o mecanismo para organização dos fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia) com o propósito de satisfazer

⁹ No âmbito da União Europeia, por exemplo, a compra e venda de ativos somente será caracterizada concentração se envolver a transferência de controle sobre ativos organizados que podem ser explorados de maneira a gerar receitas. WHISH, Richard. *Competition law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 824

¹⁰ Nos Estados Unidos, basta comprovar que os ativos adquiridos possam ter alguma utilidade competitiva quando de posse do comprador para que a operação seja notificável. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Definition of transaction for the purpose of merger control review*. Competition Committee Policy Roundtables, 2013, p. 28

necessidades do mercado¹¹. Além da organização de recursos, a finalidade de exploração de atividade econômica é característica inerente ao conceito de empresa¹².

A legislação brasileira não oferece uma definição precisa para o termo *empresa*, que é utilizado em diferentes contextos com significados variados, seja como sujeito de direitos, atividade, local ou organização¹³.

O Código Civil não define empresa, mas indica que a sociedade empresária é aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário¹⁴. Empresário, por sua vez, é o profissional que exerce “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”¹⁵, excluindo-se os profissionais liberais. Trata-se, assim, de agente que explora atividade econômica por meio da organização de fatores de produção para a oferta de bens e serviços no mercado, com certa habitualidade, assumindo os riscos de seu empreendimento e buscando geração de lucro¹⁶.

Apesar da redação do Código Civil, a empresa não se confunde com a sociedade empresária nem a ela se limita. Conforme leciona Rubens Requião, como exercício de atividade econômica habitual, por meio da organização de fatores de produção, a empresa não necessariamente pressupõe a existência de uma sociedade empresária¹⁷. A empresa tampouco deve ser confundida com a noção de estabelecimento empresarial. Enquanto aquela é a própria prestação da atividade econômica de maneira regular e ordenada, o estabelecimento é o complexo de bens (como mercadorias, máquinas, instalações, etc.) reunidos pelo empresário de maneira racional e organizada para tal finalidade¹⁸. Nesse sentido, possui delimitação mais restrita, compreendendo apenas a organização que representa um meio para o exercício da atividade econômica¹⁹.

No que tange ao conceito de empresa para fins concorrenciais, ao estender a aplicabilidade da Lei de Defesa da Concorrência a qualquer pessoa física ou jurídica, bem como a associações de entidades ou pessoas, com ou sem personalidade jurídica, nosso legislador pautou-se pelo sentido funcional de empresa: o de agente dotado de patrimônio e que desempenha atividade econômica²⁰⁻²¹. Nesse sentido, o termo *empresa* pode ser utilizado para

¹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 49.

¹² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1, p. 39.

¹³ BARBOSA, Leonardo Garcia. *Conceito e função econômica da empresa*. Revista de Informação Legislativa, v. 51, p. 251-277, abr./jun. 2014, p. 253.

¹⁴ Dispõe o artigo 982 do Código Civil que: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967) (...)”.

¹⁵ Conforme artigo 966 do Código Civil.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31-36.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 60-61.

¹⁸ COELHO, op. cit., p. 82-83.

¹⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1, p. 97.

²⁰ Dispõe o artigo 31 da Lei de Defesa da Concorrência que: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 308.

abranger todas as formas de exercício de atividade econômica, sob qualquer forma jurídica, ainda que sem fins lucrativos²², desde que este exercício “seja dotado de certa organização que lhe atribua caráter duradouro, tornando possível atribuir caráter autônomo ao objetivo econômico”²³⁻²⁴.

3. A jurisprudência do CADE sobre operações de aquisição de ativos

Apesar da ausência de dispositivo legal que expressamente a exigisse, a notificação de operações que envolviam apenas ativos já era prática corrente sob a Lei nº 8.884/94, que dispunha no artigo 54, parágrafo 3º:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões.

Esse artigo não trazia hipóteses taxativas de concentração econômica de notificação obrigatória ao CADE. Ao contrário, referia-se amplamente a atos “sob qualquer forma manifestados”, evitando a caracterização dos atos específicos que configurariam “concentração econômica”²⁵.

Diante de conceito tão abrangente, era natural que a aquisição e até mesmo a locação de certos ativos fossem apresentadas ao CADE para análise.

Por exemplo, no Ato de Concentração nº 08012.001429/2001-86, o CADE analisou a operação de aquisição de ativos relacionados aos serviços de manutenção de elevadores da Schin Elevadores Comércio e Representações Ltda. (“Schin”) pela Elevadores Otis Ltda. (“Otis”). Os ativos envolvidos na operação estavam relacionados a uma carteira de 21 clientes nas cidades de Caraguatatuba, Ubatuba e São Sebastião, ativos fixos e estoques relativos à manutenção e reparos de elevadores. No Ato de Concentração nº 08012.009612/2007-15, o CADE analisou a aquisição, pela Companhia Brasileira de Alumínio (“CBA”), do direito de uso da totalidade da energia a ser gerada pelos ativos da Rio Verde Energia S.A. e os ativos da Rio Verdinho Energia S.A., ambos controlados pela Triunfo Participações e Investimentos S.A. (“Triunfo”) localizados no estado de Goiás. Já no Ato de Concentração nº 08012.007852/2007-85 o CADE analisou a celebração de contrato de locação entre a Petróleo Brasileiro S.A. –

²² FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 145

²³ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 308.

²⁴ Trata-se de conceito semelhante ao de *undertaking* utilizado na União Europeia. Conforme aponta Richard Whish, embora o Tratado da União Europeia não proponha um significado preciso para *undertaking*, a jurisprudência da Comissão Europeia o define como qualquer entidade engajada em atividade econômica (ofertando bens e serviços no mercado), independente de sua forma legal ou meio de financiamento. WHISH, Richard. *Competition law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 82-84.

²⁵ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 438.

Petrobras (“Petrobras”) e a Companhia Energética Petrolina (“Petrolina”) para o uso e exploração da Usina Termelétrica Petrolina (“UTE Petrolina”). Apesar de se tratar de contrato de locação, a Petrobras adquiriu a capacidade de geração da usina termelétrica pelo período acordado, o que na prática resultou em aumento da participação da Petrobras nos mercados de geração de energia elétrica e em integração vertical, uma vez que a Petrobras fornecia óleo combustível como insumo para a termelétrica. Todas essas operações foram aprovadas pelo CADE sem restrições.

Na esmagadora maioria dos casos submetidos a seu crivo, os órgãos que então compunham o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) não promoveram qualquer reflexão sobre o efetivo enquadramento das operações de aquisição de ativos como atos de concentração.

No entanto, em pelo menos um precedente a questão recebeu tratamento mais cuidadoso. Tratava-se do Ato de Concentração nº 08012.009064/2009-95, referente à aquisição, pela Companhia Brasileira de Distribuição (“CBD”), empresa do Grupo Pão de Açúcar, da totalidade das quotas representativas do capital social de sociedade de propósito específico (“SPE”) detida pela Abyara Planejamento Imobiliário S.A. (“Abyara”). A SPE não exercia qualquer atividade operacional e apenas detinha dois terrenos localizados no Mato Grosso. Seguindo entendimento da Procuradoria do CADE, segundo o qual a *mera aquisição de propriedade imóvel*, como terrenos para a implantação de novas unidades produtivas, deve ser considerada como *crescimento orgânico* ou *crescimento interno*, o CADE entendeu que a operação consistia em *simples aquisição de imóvel* sem qualquer relação vertical ou integração horizontal com a CBD e, portanto, não se tratava de ato de concentração de notificação obrigatória.

A Lei de Defesa da Concorrência trouxe avanços notáveis ao sistema de controle de concentrações no Brasil, tais como a unificação dos guichês que compunham o SBDC, a adoção do sistema de análise prévia e, como visto, a definição de concentração econômica. Nesse aspecto, a lei incorporou a noção – já então cediça em nossa prática e alinhada com a experiência em diversos outros países – de que um ato de concentração econômica se configura por meio de transferência duradoura, para as mãos de um outro agente econômico, tanto de participação societária quanto de ativos tangíveis ou intangíveis.

Contudo, a redação do Artigo 90, II não responde satisfatoriamente a questionamentos como, por exemplo: que ativos configuram uma empresa? Quando a aquisição parcial de uma empresa é um ato de concentração? É razoável cogitar, diante das regras *de minimis* estabelecidas pelo CADE no Artigo 10 da Resolução nº 2/2012, que nem toda aquisição parcial de ativos deveria sujeitar-se à análise do CADE?

Nesse contexto, passamos a avaliar se os precedentes do CADE estão alinhados com as noções jurídicas subjacentes ao dispositivo legal aplicável e fornecem diretrizes para resolver dilemas muitas vezes hamletianos: notificar ou não uma aquisição de ativos?

3.1 Precedentes recentes

Desde a entrada da Lei de Defesa da Concorrência em vigor, mais de duzentos atos de concentração referentes a aquisição de ativos das mais variadas naturezas foram submetidos ao crivo do CADE: ativos que compunham uma linha de produção; direitos de propriedade intelectual; direitos minerários; carteira de clientes; torres de comunicação; contratos de

concessão para exploração de óleo e gás; bens móveis como veículos, tanques de armazenagem e vaporizadores; imóveis urbanos ou rurais como terrenos, prédios comerciais, pedreiras, armazéns, florestas plantadas, etc.

Algumas dessas operações envolviam *conjuntos de ativos que poderiam ser tidos como unidades de negócio autônomas*. Por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.004538/2013-30, o CADE analisou a aquisição, pela Telefoniktiebolaget LM Ericsson (“Ericsson”), de todos os ativos tangíveis e intangíveis que compõem o negócio de “Mediaroom” da Microsoft Corporation (“Microsoft”), incluindo software, hardware, licenças, marcas e contratos com clientes, além de cerca de 400 funcionários. No Ato de Concentração nº 08700.008251/2014-60, o CADE analisou a aquisição, pela Mitsui & Co., Ltd. (“Mitsui”) dos negócios de fungicidas cúpricos detidos pela E. I. du Pont de Nemours and Company (“DuPont”), incluindo ativos e direitos para produzir determinadas marcas de fungicidas. Já no Ato de Concentração nº 08700.006574/2016-81, o CADE analisou a aquisição, pela Notre Dame Intermédica Saúde S.A. (“Intermédica”), dos ativos utilizados pela Unimed do ABC – Cooperativa de Trabalho Médico (“Unimed ABC”) para a condução de seus negócios como prestadora de serviços médicos e hospitalares e como operadora de plano de assistência privada à saúde, incluindo imóveis, a totalidade da carteira de clientes da Unimed ABC e a totalidade do estoque utilizado para a condução de tal negócio, bem como contratos e equipamentos.

Outras operações envolviam *ativos capazes de gerar faturamento para o adquirente*. Por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.002140/2016-11, o CADE analisou a aquisição, pela J3 Administração de Bens Ltda. (“J3”), dos imóveis que compõem o empreendimento denominado Parque Shopping Prudente, detido pela Securis Administradora e Incorporadora Ltda. (“Securis”)²⁶.

Ainda no que tange à aquisição de propriedade imobiliária capaz de gerar faturamento, o CADE conheceu diversas operações referentes a imóveis explorados diretamente para aluguel, loteamento, armazenagem ou plantio, quando estas são atividades-fim do adquirente. Por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.011173/2013-09, o CADE analisou a potencial aquisição, pela WTGoodman IBP Participações S.A. (“WTGoodman”), de galpões industriais e de logística de propriedade da BR Properties S.A. (“BR Properties”). No Ato de Concentração nº 08700.003742/2016-87, o CADE analisou a aquisição, pela Klabin S/A (“Klabin”), de ativos florestais de pinus e eucaliptos, além da transferência de contratos de arrendamentos de fazendas a serem utilizadas para a produção de pinus e eucaliptos, todos anteriormente detidos pela Masisa do Brasil Ltda. e Masisa Brasil Empreendimentos Florestais Ltda. (“Masisa”)²⁷.

²⁶ Para outros casos envolvendo shoppings centers, *vide*: Ato de Concentração nº 08700.006467/2015-72, em que o CADE analisou a aquisição, pelos fundos Vinci Renda Imobiliária Fundo de Investimento Imobiliário (“Vinci FII”) e BRL II – Fundo de Investimento Imobiliário (“BRL II”), de fração ideal de diversos ativos imobiliários referentes a shopping centers detidos pela BR Malls Participações S.A. (“BR Malls”); e Ato de Concentração nº 08700.009444/2012-77, que o CADE analisou a aquisição, pela Aliansce Shopping Centers S.A. (“Aliansce”) de 25% dos imóveis integrantes do shopping West Plaza, detidos pela IRB Brasil Resseguros S.A. (“IRB”), representando acréscimo de participação no mercado de locação de espaços comerciais em shopping centers.

²⁷ Há diversos outros precedentes envolvendo a aquisição de imóveis destinados à exploração comercial, *vide*: Ato de Concentração nº 08700.002455/2014-98, em que o CADE analisou a proposta de aquisição, pela LPP Empreendimentos e Participações Ltda. (“LPP Empreendimentos”), de galpões industriais e de logística detidos pela BR Properties; Ato de Concentração nº 08700.011308/2015-90, em que o CADE analisou a aquisição, pela Leste Realty Sociedade Patrimonial Ltda. (“Leste”), de ativos, direitos e obrigações relacionados a empreendimentos imobiliários (loteamentos) detidos pela PDG Realty S.A. Empreendimentos e Participações (“PDG”); Ato de Concentração nº 08700.006589/2016-52, em que o CADE analisou a aquisição, pelo Pátria Real

A transferência de carteiras de clientes, que podem ser consideradas ativos capazes de gerar faturamento, é também vista como ato de concentração econômica. Por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.010255/2013-28, o CADE analisou a aquisição pela Ticket Serviços S.A. (“Ticket”) de toda a carteira de clientes de serviços de fornecimento de vale-transporte, vale-alimentação e vale-refeição da Bônus Brasil – Serviços de Alimentos Ltda. (“Bônus Brasil”). No Ato de Concentração nº 08700.002013/2017-94, o CADE analisou a aquisição, pela São Francisco Sistemas de Saúde Sociedade Empresária Limitada (“SFSS”), da totalidade da carteira de beneficiários de planos privados de assistência à saúde da Amhpla Cooperativa de Assistência Médica (“Amhpla”).

O CADE conheceu também operações referentes a *ativos que desempenham um papel essencial para o exercício de atividade econômica*, com importância para o processo competitivo, ainda que necessitem da organização de outros fatores de produção para viabilizar sua exploração. É o caso, por exemplo, da aquisição de direitos minerários. No Ato de Concentração nº 08700.003006/2014-67, o CADE analisou a aquisição, pela Vale S/A (“Vale”), de direitos minerários para exploração de bauxita em municípios de Minas Gerais detidos pela Novelis do Brasil Ltda. (“Novelis”), que à época não haviam sido ainda efetivamente explorados.

Exemplos adicionais de ativos relevantes são encontrados nas operações para aquisição de direitos de propriedade intelectual. No Ato de Concentração nº 08700.007219/2012-04, o CADE analisou a aquisição, pela Syngenta Crop Protection AG (“Syngenta”), de registros de marcas e licenças de direitos de propriedade intelectual e *know-how* detidos pela DuPont. No Ato de Concentração nº 08700.009226/2015-85, o CADE analisou o exercício de opção de compra da Henkel Ltda. (“Henkel”) de nome de domínio e marcas comerciais relacionadas ao negócio de cuidados para os cabelos da The Procter & Gamble Company (“P&G”). Já no Ato de Concentração nº 08700.010731/2015-72, o CADE analisou a transferência de licença exclusiva de medicamento da Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Ltda. (“BMS”) para os Laboratórios Pfizer Ltda. (“Pfizer Brasil”).

Os precedentes analisados pelo CADE também compreendem ativos que importam na *transferência de capacidade produtiva*. Por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.003862/2015-01, o CADE analisou a aquisição, pela Carbo Gás Ltda. (“Carbo Gás”), de tanques de armazenagem de gás carbônico detidos pela Linde Gases Ltda. (“Linde”). A operação não implicava transferência de participação de mercado, dado que não se tratam de ativos produtivos, resultando apenas no aumento da capacidade produtiva da compradora.

A grande maioria das operações foi, como acontecia sob a lei anterior, aprovada pelo CADE sem qualquer análise sobre sua efetiva subsunção ao conceito de concentração econômica.

Estate III – Fundo de Investimento em Participações (“FIP Pátria III”), de dois imóveis detidos pela Reiter Transportes e Logística Ltda. (“RTL”), bem como direitos aquisitivos sobre terras anexas e contíguas a tais imóveis; Ato de Concentração nº 08700.003156/2015-51, em que o CADE analisou a aquisição, pela Arapuel S.A. (“Arapuel”), de imóveis e florestas detidos pela Klabin; e Ato de Concentração nº 08700.008082/2016-21, em que o CADE analisou a celebração de oferta vinculante por meio da qual a Taeda Empreendimentos Imobiliários S/A (“Taeda Empreendimentos”) fez oferta para adquirir determinados imóveis rurais (terra nua) de propriedade da Klabin e da Monterla Holdings S/A (“Monterla”).

3.1.1 Diretrizes importantes

Ao ser confrontado com pedidos expressos de não conhecimento em três precedentes recentes, o CADE dedicou atenção ao tema e esboçou orientações de grande utilidade.

No primeiro desses casos, o CADE analisou, no Ato de Concentração nº 08700.006524/2016-02, a operação de aquisição, pela Biomm S.A. (“Biomm”), de lotes, trecho de logradouro e bens móveis e utilidades incorporados a ativos da Novartis Biosciências S.A. (“Novartis”). Tais ativos, que seriam originalmente utilizados em uma planta de biotecnologia que não veio a ser concluída, foram adquiridos pela Biomm para instalação de planta de biofármacos.

Ao interpretar o artigo 90, II, da Lei de Defesa da Concorrência, a Superintendência-Geral do CADE ponderou que a aquisição de imóvel configura ato de concentração de notificação obrigatória quando o referido imóvel é caracterizado como um *ativo produtivo* ou como um *ativo que minimamente possua relação com a atividade econômica* a ser ali desenvolvida, resultando na aquisição de *ativo essencial* ou de *capacidade produtiva*. Ressaltou ainda que *não havia articulação de fatores produtivos para produção ou circulação de bens ou serviços* na propriedade e, conseqüentemente, *não houve o desenvolvimento de atividade econômica*.

Como neste caso o imóvel não possuía destinação específica para atividade econômica nem acrescentava capacidade produtiva à compradora, podendo ser empregado em qualquer atividade, em parecer emitido em outubro de 2016 a Superintendência-Geral do CADE concluiu que a operação não configurava ato de concentração sob a Lei de Defesa da Concorrência.

No mês seguinte, a Superintendência-Geral do CADE teve a oportunidade de analisar novamente a necessidade de notificação de operação imobiliária no Ato de Concentração nº 08700.007492/2016-58, referente à aquisição, pela Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. (“Multiplan”), de 4,5% da área bruta locável (“ABL”) do shopping center BarraShopping, da Carvalho Hosken S.A. Engenharia e Construções (“Carvalho Hosken”). A Multiplan já detinha 61,32% da ABL do BarraShopping.

Apesar de se tratar de aquisição de participação imobiliária, a Superintendência-Geral do CADE entendeu que aquela operação poderia ser equiparada a uma aquisição de participação societária diante das características do empreendimento, semelhante às de uma sociedade empresária, tais como organização/funcionamento e relação direta do condomínio com a atividade empresarial.

Sob esse cenário, e considerando que a Multiplan já controlava o BarraShopping, entendeu-se aplicável, por analogia, o artigo 9º, parágrafo único, da Resolução nº 2/2012, segundo o qual as aquisições de participação societária realizada por controlador unitário não são de notificação obrigatória. Em seu parecer, a Superintendência-Geral ressaltou ainda que, caso a Multiplan não fosse a controladora do BarraShopping, seria aplicável, também por analogia, o artigo 10, II, alínea “a” da Resolução nº 02/2012, segundo o qual aquisição de percentual inferior a 5% por empresa concorrente ou verticalmente integrada tampouco está sujeita à notificação obrigatória.

Assim, a Superintendência-Geral do CADE concluiu que a operação não configurava ato de concentração.

Em abril de 2017, a Superintendência-Geral do CADE voltou ao tema no Ato de Concentração nº 08700.008315/2016-95 tratou da aquisição, pela Silcar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda. (“Silcar”) de caminhões betoneiras²⁸ da Polimix Concreto Ltda. (“Polimix”).

Os caminhões betoneira são essenciais à prestação de serviços de concretagem. No entanto, os caminhões objeto da operação nunca haviam sido utilizados e não integravam a força produtiva da Polimix.

Em seu parecer, a Superintendência-Geral do CADE esclareceu que a situação era distinta da aquisição realizada diretamente junto a um fabricante de caminhão. Em primeiro lugar, a Polimix tinha planos de colocar os ativos em operação, o que aumentaria sua capacidade produtiva e de distribuição de concreto, com possíveis efeitos concorrenciais. Em segundo lugar, a aquisição desses ativos produtivos da Polimix, uma empresa concorrente, poderia representar redução no nível de rivalidade entre Polimix e Silcar, afetando o mercado. Essa possível redução de rivalidade seria inimaginável no caso de aquisição diretamente do fabricante do caminhão²⁹. Sob esse prisma, a Superintendência-Geral do CADE conclui que, ao serem transferidos, tais ativos representavam acréscimo de capacidade produtiva de um agente relevante no segmento de serviços de concretagem.

Tais ativos foram tidos, portanto, como ativos essenciais às atividades das partes, configurando ato de concentração nos termos do art. 90, II, da Lei de Defesa da Concorrência.

4. Conclusão

Mesmo na ausência de regulamentação específica do artigo 90, II, da Lei de Defesa da Concorrência, operações de aquisição de ativos têm sido frequentemente submetidas ao controle estrutural do CADE.

A análise das operações notificadas nos últimos cinco anos revela que a grande maioria delas versava sobre ativos que representavam a transferência de uma atividade econômica ao adquirente, que tinham presença no mercado e capacidade de gerar faturamento, ou eram relevantes para o exercício de uma atividade econômica ou para o processo competitivo.

Portanto, nossa prática se aproxima não apenas do conceito de empresa como articulação de fatores produtivos para produção ou circulação de bens ou serviços e o desenvolvimento de atividade econômica, mas também dos parâmetros adotados sobre o tema em jurisdições consolidadas.

Nos ainda escassos precedentes em que se debruçou sobre a efetiva necessidade de notificação de operações dessa natureza, o CADE pautou seu entendimento por tais parâmetros, ao identificar concentração na transferência de *ativos essenciais às atividades das partes*; que minimamente possuam *relação com a atividade econômica a ser desenvolvida*; que representem *capacidade produtiva*; ou que *afetem o nível de rivalidade* entre concorrentes. Além disso, ao aplicar, por analogia, as regras *de minimis* da Resolução nº 2/2012 à situação

²⁸ A operação também previa o possível exercício de direito de compra, pela Silcar, de caminhões betoneiras adicionais.

²⁹ Na visão da Superintendência-Geral do CADE, a aquisição desses ativos também poderia ser vista como barreira à entrada em novos mercados geográficos, afetando o mercado relevante.

em que uma aquisição de ativo assemelhava-se à aquisição de uma sociedade empresária, o CADE aplicou o princípio da razoabilidade em uma decisão digna de nota.

Esses precedentes fornecem ferramentas valiosas para que os operadores do direito antitruste possam avaliar, com maior grau de segurança, a necessidade de notificação dos mais diversos tipos de operações de aquisição de ativos.

CONTRATOS ASSOCIATIVOS NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES DO CADE: EM BUSCA DE SENTIDO

Patrícia Deluca
Ricardo Botelho

1. Introdução

A discussão relativa aos chamados “contratos associativos” envolve duas das cinco categorias de operações cuja necessidade de notificação ao CADE gerou maior controvérsia nestes primeiros cinco anos de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência: os **contratos verticais** e os **acordos horizontais cooperativos**¹.

Prevista no art. 90, IV da Lei de Defesa da Concorrência como uma das hipóteses de ato de concentração para fins do controle estrutural, a figura dos contratos associativos tem sido desde o início da vigência da lei objeto de intenso debate. Em outubro de 2016, o CADE publicou nova Resolução redefinindo o conceito de contratos associativos, numa tentativa de pôr fim a um debate ainda mais amplo que, a rigor, se estende por mais de duas décadas no Brasil. A Resolução CADE nº 17/16, que entrou em vigor em 25 de novembro de 2016, procura fornecer filtro mais seletivo (afastando a necessidade de notificação de acordos com pouca relevância concorrencial) e coerente com o espírito do sistema de controle de concentrações da Lei de Defesa da Concorrência.

Este artigo descreve brevemente a evolução do entendimento do CADE sobre o que constitui um contrato associativo segundo o art. 90, IV da Lei de Defesa da Concorrência, sintetizando os fundamentos legais, a evolução da regulamentação do CADE e os primeiros casos decididos após edição da nova Resolução. O artigo é dividido em seis seções: (i) esta introdução, (ii) contexto, (iii) Resolução nº 10/14, (iv) Resolução nº 17/16, (v) primeiros casos sob a vigência da Resolução nº 17/16 e (vi) conclusões.

2. Contexto

A Lei de Defesa da Concorrência, que entrou em vigor em maio de 2012, reestruturou por completo o sistema de controle de concentrações brasileiro. Além de instituir o regime de notificação prévia de atos de concentração², a nova lei redefiniu as próprias hipóteses de operações sujeitas a notificação obrigatória. Previamente, sob a Lei nº 8.884/94, transações de submissão obrigatória incluíam não apenas “atos que [visassem] a qualquer forma de concentração econômica” (art. 54, § 3º), mas também “os atos, sob qualquer forma

¹ As outras três são: (i) aquisições de participações minoritárias, (ii) aquisições de ativos e (iii) aquisições de títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, tais como debêntures conversíveis em ações.

² De acordo com a lei concorrencial anterior, o controle de concentrações não era prévio e a notificação de uma operação ao CADE poderia ser realizada em até 15 dias úteis após a celebração do primeiro documento vinculante entre as partes.

manifestados, que [pudessem] limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes” (art. 54, *caput*)³.

À época, a delimitação dessa hipótese tão abrangente foi erigida pelo CADE por jurisprudência e incluía não apenas operações envolvendo concentrações econômicas⁴ – *i.e.*, operações que levavam a mudança estrutural dos mercados relevantes, tipicamente por meio de alterações duradouras no controle das partes em questão⁵ –, mas também determinados acordos cooperativos verticais e horizontais. Dito de outro modo, sob a lei anterior, o controle preventivo do CADE não era “exclusivamente estrutural”, visto que também incluía operações com “potencial de restringir a concorrência” que não acarretavam alteração duradoura na estrutura dos mercados relevantes⁶.

³ Desde que os grupos econômicos das partes tivessem registrado faturamento anual ou possuíssem participações de mercado superiores ao valor ou percentual mínimos estabelecidos naquela lei.

⁴ Concentração econômica difere de cooperação econômica. Enquanto a primeira tipicamente implica mudança duradoura na estrutura das partes em questão – *i.e.*, as empresas passarão a atuar no mercado como um único agente, do ponto de vista econômico, em todas as atividades desempenhadas por elas, estando sujeitas a centro decisório único –, a segunda é caracterizada pela promoção de alinhamento comportamental entre agentes independentes, que passam a agir de modo coordenado exclusivamente no que diz respeito aos aspectos sujeitos ao acordo celebrado entre eles, sem nenhuma mudança estrutural no controle das partes (vide SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 297 e 321). Nesse sentido, segundo a ICN: “*The degree of economic integration between the parties and the duration of the relationship (both subsumed in the notion of a “lasting structural change” under the EC Merger Regulation) are often utilized to distinguish qualifying “merger” transactions from mere collaborative arrangements, which are normally reviewed under competition laws that are primarily directed at anticompetitive agreements between independent undertakings*” (“*Defining “Merger” Transactions for Purposes of Merger Review*”. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017).

⁵ Concentrações econômicas são tipicamente realizadas mediante operações que promovem mudança estrutural no mercado relevante por meio de alteração duradoura na **estrutura (controle) das partes**, tais como fusões e aquisições de controle. No Regulamento das concentrações comunitárias da Comissão Europeia: “*O conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado*” (Regulamento n° 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=PT>>. Acessado em 30 de agosto de 2017). Não obstante, há também outras situações capazes de **alterar de maneira duradoura a estrutura do mercado** e, por isso, resultar em concentração econômica, tais como a criação de nova empresa comum (empreendimento comum para a realização de atividade econômica) que não implique integração completa entre as atividades das partes (por exemplo, as chamadas “empresas comuns de pleno exercício” (*full-function joint ventures*) do Direito Europeu, cf. nota de rodapé n° 26 abaixo) – ou seja, uma cooperação entre as partes do empreendimento (eis que elas não integrem totalmente suas atividades), mas com efeitos de concentração econômica especificamente no mercado relevante em que o novo empreendimento comum atua (já que as partes, por meio do empreendimento, se reorganizam de modo a não competir nesse mercado em bases duradouras). Em relação à noção de “concentração econômica típica”, a OCDE, ao examinar como as diferentes jurisdições definem as operações enquadráveis nos requisitos de análise de atos de concentração, esclarece que: “*All these differences [...] matter little for transactions that lie at the core of merger review laws. For example, an outright acquisition of all shares of a previously independent target will invariably be considered a merger transaction. There would be not much difference if the acquiring firm obtains an 80% interest rather than 100% ownership of the target, or substantially all of the target’s assets that are necessary to carry on the target’s business. Merger review laws also would typically apply when two firms combine previously independent lines of business into a newly formed and jointly controlled entity that becomes a new market player. But the more one moves from the core toward transactions at the “fringe”, the more apparent the differences among various jurisdictions become*” (“*Policy Roundtables: Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*”. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017).

⁶ Para referência, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal expedido pela SEAE e pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), por meio da Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50/2001 (disponível em <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50->

Em relação aos **acordos verticais**, que incluem diversos tipos de contratos comerciais típicos (como contratos de distribuição, fornecimento ou acordos de licenciamento), o CADE havia estabelecido em precedentes que eles teriam o “potencial de restringir a concorrência” (e, conseqüentemente, estariam sujeitos a notificação) se os seguintes requisitos estivessem presentes: (i) existência de compromisso de exclusividade; (ii) duração superior a cinco anos, considerando eventuais prorrogações; (iii) transferência de direitos sobre ativos relevantes do ponto de vista concorrencial ou mudanças nas relações societárias entre as partes contratantes; (iv) impossibilidade de rescisão imediata do contrato sem ônus à parte requerente; e/ou⁷ (v) objeto do contrato correspondente a 20% ou mais do mercado relevante⁸⁻⁹.

Em relação aos **acordos horizontais**¹⁰, o CADE considerava-os sujeitos a notificação obrigatória sempre que tivessem o potencial de restringir a concorrência, sem a exigência de qualquer outro requisito mais específico¹¹.

Entretanto, a definição de operações sujeitas a notificação obrigatória na atual Lei de Defesa da Concorrência é significativamente diferente da previsão da lei anterior¹², de modo que a jurisprudência do CADE construída antes de 2012 não é perfeitamente adaptável às hipóteses da nova lei. Segundo o art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência, **apenas “atos de concentração econômica”** estão sujeitos a notificação prévia, desde que os grupos econômicos envolvidos preencham os requisitos mínimos de faturamento¹³. Adicionalmente, o art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência prevê que:

[1 guia para análise economica de atos de concentracao.pdf/view](#)>. Acessado em 30 de agosto de 2017), previa expressamente que “*O presente Guia trata apenas dos atos de concentração econômica. O art. 54 da Lei nº 8.884/94, entretanto, aplica-se também para o controle de outros atos, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, como, v.g. acordos entre concorrentes*”.

⁷ Infelizmente, a jurisprudência do CADE não era muito clara quanto à necessidade de que todos (ou quais) requisitos deveriam estar presentes para gerar o dever de notificação.

⁸ Vide voto do Presidente Arthur Baldin no Ato de Concentração nº 08012.000182/2010-71 (Requerentes: Monsanto e Iharabras), não conhecido pelo Tribunal em 17 de março de 2010.

⁹ Vide voto do Conselheiro Carlos Ragazzo no Ato de Concentração nº 08012.005367/2010-72 (Requerentes: Monsanto e Dow Agrosiences), não conhecido pelo Tribunal em 23 de junho de 2010.

¹⁰ Como definido pelas autoridades americanas nas *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*: “*A ‘competitor collaboration’ comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom*” (disponível em < https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf>. Acessado em 30 de agosto de 2017).

¹¹ Por exemplo, acordos de *codeshare* entre companhias aéreas – vide Atos de Concentração nº 08012.010260/2008-21 (Requerentes: TAM e Pluna), 08012.013004/2007-13 (Requerentes: TAM e United Airlines), 08012.011318/2007-73 (Requerentes: TAM e TAP), 08012.002635/2010-02 (Requerentes: Continental Airlines e TAM), 08012.004855/2010-62 (Requerentes: TAM e US Airways), 08012.011050/2011-56 (Requerentes: TAM e Aerovias de Mexico) e 08012.000062/2012-36 (Requerentes: TAM e Turkish Airlines), todos eles aprovados sem restrições pelo Tribunal do CADE. Nesse sentido, o voto do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan em *TAM/TAP*, julgado em 09.07.2008, mencionava que “*Há alguma discussão quanto à necessidade de apresentação de acordos de code share às autoridades de defesa da concorrência. [...] Essa posição parece ser acompanhada pela própria SDE, que, considerando a existência de parecer da SEAE no caso, optou por não despender maiores recursos e entendeu, conservadoramente, que o acordo é de notificação obrigatória*”.

¹² O que, diga-se, está alinhado com a implementação de um sistema de análise prévia de atos de concentração, no qual a análise da autoridade deveria ser célere e, portanto, mais seletiva.

¹³ O art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência, alterado por meio da Portaria Interministerial do Ministério da Justiça/Ministério da Fazenda nº 994/12, determina que as partes envolvidas na operação devem submeter ao CADE os atos de concentração nos quais, cumulativamente: (i) pelo menos um dos grupos econômicos envolvidos

Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.¹⁴

Interpretação razoável a partir da leitura combinada dos artigos 88 e 90 supracitados é que a obrigatoriedade de notificação ao CADE surge apenas quando a operação gera concentração econômica. Em outras palavras, as hipóteses previstas no art. 90 seriam meios ou modos de se realizar uma concentração econômica, de forma que qualquer uma das hipóteses de operação previstas (fusão, incorporação, aquisições de ativos ou participações, *joint ventures* etc.) estará sujeita a notificação prévia somente se implicarem alteração duradoura na estrutura do mercado¹⁵. Sob essa perspectiva, o controle preventivo realizado pelo CADE poderia ser corretamente considerado como “**exclusivamente estrutural**” – o genuíno “controle de concentrações”, tal como denominado explicitamente pela lei atual¹⁶.

Portanto, sob esse ponto de vista, contratos associativos (assim como, logicamente, *joint ventures* e consórcios) estarão sujeitos ao controle estrutural do CADE apenas quando gerarem **alteração duradoura na estrutura do mercado (concentração econômica)**.

Até o momento, no entanto, o CADE não chegou a adotar e aplicar integralmente essa interpretação. Com efeito, a edição da Lei de Defesa da Concorrência gerou imediatamente amplo debate acerca do sentido da expressão “contrato associativo”, termo vago que não havia ainda sido utilizado na legislação brasileira, não encontrava referência histórica na prática antitruste e, igualmente, não denotava categoria típica de contrato ou transação comercial.

Durante os primeiros anos de vigência da Lei de Defesa da Concorrência (2012/2013), o CADE indicou que interpretaria “contratos associativos” como categoria ampla, incluindo todos os contratos que haviam sido considerados sujeitos a notificação obrigatória na jurisprudência da lei antiga, mas que não possuíam previsão específica correspondente na nova

tenha registrado um faturamento bruto no Brasil, no ano anterior, igual ou superior a R\$ 750 milhões, e (ii) pelo menos outro grupo econômico envolvido tenha registrado um faturamento bruto no Brasil, no ano anterior, igual ou superior a R\$ 75 milhões.

¹⁴ O art. 90 prevê ainda, em parágrafo único, que contratos associativos, consórcios e *joint ventures* não precisam ser notificados “quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”. Trata-se de hipótese específica de dispensa do dever de notificação, que não altera a discussão conceitual sobre o significado de contratos associativos no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência.

¹⁵ O entendimento de que as hipóteses de ato de concentração descritas no art. 90 são sujeitas a notificação apenas quando acarretam concentração econômica já é hoje tranquilamente (e talvez até “irrefletidamente”) aplicado ao menos em relação à hipótese do artigo 90, III (“quando uma empresa incorpora outra”). É pacífica no CADE a visão de que nem sempre “quando uma empresa incorpora outra” há dever de notificação. Quando ambas as empresas (incorporada e incorporadora) estão sujeitas a mesmo controlador (ou seja, mera reestruturação intragrupo), não há que se falar em notificação obrigatória, ainda que estejam atendidos os requisitos mínimos de faturamento de pelo menos dois grupos envolvidos. A única razão a fundamentar o não-enquadramento desse tipo de operação no art. 90, III é o fato de que ela não gera concentração econômica.

¹⁶ “Controle de concentrações” é o título dado à seção da Lei de Defesa da Concorrência que disciplina o sistema de análise prévia de atos de concentração. Ainda que títulos de seções de leis não possuam caráter vinculante, são, sem dúvidas, boas referências para a interpretação dos dispositivos da seção como um todo.

lei. Portanto, em relação aos contratos verticais, o CADE apontou explicitamente que continuaria aplicando os requisitos para notificação obrigatória estabelecidos na lei anterior¹⁷. Além disso, o CADE entendeu que “contratos associativos” também abarcariam qualquer forma de cooperação horizontal que não fosse perfeitamente qualificada como *joint venture* ou consórcio¹⁸. Tais entendimentos, no entanto, eram insuficientes e tecnicamente questionáveis, considerando as diferenças significativas entre as hipóteses de fato das normas do art. 54 da lei concorrencial anterior e daquela do art. 88 c/c art. 90 da lei atual.

A primeira tentativa do CADE de definir “contratos associativos” veio com a Resolução CADE nº 10/14, que entrou em vigor em janeiro de 2015 (atualmente revogada). As regras, porém, não foram satisfatórias e criaram ainda mais dificuldades práticas, como será sintetizado a seguir.

3. Resolução nº 10/14

Nos termos da Resolução nº 10/14, qualquer contrato com prazo superior a dois anos¹⁹ era considerado “associativo” se houvesse “cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que [acarretassem], entre as partes contratantes, relação de interdependência” (art. 2º, *caput*).

O primeiro parágrafo do art. 2º estabelecia que “há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência” quando: (i) em contratos nos quais as partes são horizontalmente relacionadas (concorrentes) no objeto do acordo: a soma de suas participações de mercado no mercado relevante afetado pelo contrato é igual ou superior a 20%; ou (ii) em contratos nos quais as partes contratantes são verticalmente relacionadas no objeto do acordo: uma delas possui pelo menos 30% ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que presentes ao menos uma das condições: (a) o

¹⁷ No Ato de Concentração nº 08700.009957/2013-69 (Requerentes: Raízen Energia e Novozymes), aprovado sem restrições pela SG em 13 de dezembro de 2013, as requerentes alegaram que a notificação do contrato de fornecimento não era obrigatória, já que o contrato não implicava qualquer relação associativa entre as partes, e solicitaram ao CADE o não conhecimento da operação. Entretanto, a SG considerou que, apesar da “existência de algumas discussões em precedentes do CADE relacionados à notificação de contratos de fornecimento, a depender de determinadas características” (em referência expressa ao voto do Conselheiro Arthur Badin no Ato de Concentração nº 08012.000182/2010-71 - Requerentes: Monsanto e Iharabras), “o que importa destacar para o presente caso concreto é que, em todos esses julgados retromencionados, a presença de cláusulas de exclusividade foi considerada um elemento suficiente para a obrigatoriedade da notificação”.

¹⁸ Nesse sentido, acordos de *code share* e outras cooperações horizontais continuaram sendo consideradas de notificação obrigatória nos primeiros anos de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Vide, por exemplo, os Atos de Concentração nº 08700.010858/2012-49 (Requerentes: TAM e American Airlines), 08700.006488/2013-26 (Requerentes: VRG e Alitalia), 08700.009968/2013-49 (Requerentes: VRG, Aerolíneas Argentinas e Austral) e 08700.010625/2013-27 (Requerentes: VRG e Air France), todos eles aprovados sem restrições pela SG. No Ato de Concentração nº 08700.003536/2013-24, que envolvia um contrato para o compartilhamento da infraestrutura de rede 4G entre as empresas de telecomunicações Claro e Vivo, a SG determinou que a operação deveria ser conhecida, visto que (i) o Conselho já havia decidido sobre um caso semelhante, (ii) os requisitos mínimos de faturamento foram verificados e (iii) “em se tratando de um acordo de cooperação entre dois concorrentes diretos, para compartilhamento de ativos necessários às suas atividades econômicas, e que, em tese, em determinados casos podem ser incluídas cláusulas restritivas à concorrência, a cautela demanda a apreciação da operação pela autoridade de defesa da concorrência que, em análise de mérito, verificará se o acordo de cooperação tem o condão de produzir, ou não, restrições à concorrência”.

¹⁹ A hipótese de prorrogação dos contratos de curto prazo também foi objeto da Resolução CADE nº 10/14, que determinava que eles deveriam ser notificados se o prazo de dois anos fosse atingido ou superado.

contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes, ou (b) do contrato decorra relação de exclusividade.

A primeira dificuldade que surgiu com a redação da Resolução nº 10/14 foi a falta de clareza acerca dos elementos essenciais da definição de contrato associativo, estabelecida no *caput* do art. 2º (“cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência”). Em vez de definir esses elementos, o parágrafo primeiro do art. 2º acabou criando requisitos adicionais.

Na prática, qualquer tipo de contrato com duração igual ou superior a dois anos estaria sujeito a notificação prévia desde que as partes atingissem os requisitos mínimos de participação de mercado e faturamento, e, no caso dos contratos verticais, o acordo estabelecesse relações de exclusividade ou compartilhamento dos resultados. Portanto, na realidade, a presença de “compartilhamento dos riscos” ou “relação de interdependência” não era analisada para se concluir pela existência de dever de notificação²⁰.

Assim, o conceito de contrato associativo estabelecido pela Resolução nº 10/14 se mostrava demasiadamente aberto e abrangente, envolvendo inúmeras formas de acordos cooperativos, incluindo diferentes contratos comerciais típicos, a grande maioria incapaz de gerar efeitos adversos sobre a concorrência. Além disso, o conceito englobava acordos que claramente não implicavam alteração duradoura e estrutural nos mercados relevantes – em dissonância com o espírito do sistema de controle de atos de concentração da Lei de Defesa da Concorrência, explicitamente baseado na noção de concentração econômica, como visto.

Como resultado, o sistema instaurado pela Resolução tendia a ser excessivamente custoso tanto para os administrados, que se viam obrigados a incorrer em custos não-desprezíveis para a comunicação dos contratos ao CADE, como para o Conselho, que poderia se ver sobrecarregado com a análise de operações irrelevantes, comprometendo a eficiência e efetividade do controle estrutural como um todo. Curiosamente, no entanto, o número de contratos associativos notificados ao CADE desde a entrada em vigor da Resolução nº 10/14 ficou muito aquém do esperado. De janeiro de 2015 até novembro de 2016 (quando a Resolução nº 10/14 foi revogada), apenas 50 contratos associativos foram notificados (menos de 5% do total das operações notificadas no período), dos quais 15 não foram conhecidos. Todos os outros contratos notificados foram aprovados sem restrições.

Pode-se especular as razões para um número tão reduzido de contratos associativos notificados ao CADE, mesmo diante de requisitos flagrantemente pouco seletivos. Talvez a regra em si não tenha sido completamente compreendida pelos administrados (o que é evidenciado pelo alto percentual de contratos não conhecidos: 30%). Seja como for, esse número certamente não é realista: é improvável que nos últimos 2 anos tenha havido mais fusões e aquisições do que, por exemplo, contratos de distribuição e fornecimento com cláusula de exclusividade. Em outras palavras, não seria errado supor que houvesse elevado descumprimento da obrigação de comunicação de contratos associativos segundo os parâmetros da Resolução nº 10/2014.

²⁰ Sob a vigência da Resolução nº 10/14, 15 contratos notificados ao CADE não foram conhecidos pela SG. Em todos estes casos, a decisão foi baseada nos critérios objetivos estabelecidos pela resolução: (i) a inexistência de uma relação horizontal ou vertical; (ii) o não-atingimento dos requisitos mínimos de participação de mercado; ou (iii) quando se tratava de contrato vertical, a inexistência de cláusula que estabelecesse exclusividade no negócio ou o compartilhamento de receitas e prejuízos.

Outro problema era a utilização do critério de participação de mercado como filtro para a definição de contratos sujeitos a notificação. A aferição de participação embute inevitavelmente algum nível de insegurança jurídica, já que definições de mercado relevante são muitas vezes complexas e sujeitas a controvérsias: para vários mercados não há jurisprudência consolidada e sua delimitação comporta diferentes metodologias e permite adaptações ao longo do tempo²¹.

Todas estas deficiências distanciaram o conceito trazido pela Resolução nº 10/14 das melhores práticas para a definição de operações sujeitas a controle preventivo. A ICN²² e a OECD²³ têm recomendado parâmetros para tal definição, especialmente que os critérios sejam claros, objetivamente quantificáveis e baseados em informações prontamente acessíveis às partes, e não devem implicar ônus desnecessários em operações que não representam preocupações concorrenciais.

No sistema de notificação prévia, a clareza sobre se a operação deve ou não ser notificada é especialmente relevante, visto que a inobservância do dever de notificar pode levar à aplicação de penalidades severas²⁴. Nesse contexto, a necessidade de um novo conceito era evidente, o que levou o CADE a reformular por completo a definição de contrato associativo na nova Resolução nº 17/16.

4. Resolução nº 17/16

Após um longo e intenso período de debate, que contou com ampla participação da comunidade antitruste (vide Consulta Pública do CADE nº 02/16), a Resolução nº 17/16 foi finalmente editada, definindo as novas regras de notificação de contratos associativos e revogando a antiga Resolução nº 10/14.

Sob a nova Resolução, deve-se considerar “associativo” qualquer contrato cuja duração seja superior a dois anos e que estabeleça **empreendimento comum para a exploração de atividade econômica**, desde que, cumulativamente: (i) seja estabelecido o **compartilhamento de receitas e prejuízos** na atividade econômica que constitui o objeto do

²¹ O dever de notificar a renovação de contratos com prazo inferior a dois anos também gerou debate, sendo questionado se os efeitos do contrato deveriam ser suspensos durante o período de análise do CADE, visto que o sistema prevê notificações a priori. Essa dinâmica é, todavia, contrária à prática comercial, em que uma paralisação das atividades acarretaria perdas consideráveis para as partes.

²² ICN. *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* (2005). Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017; *Defining “Merger” Transactions for Purposes of Merger Review* (2007). Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017; *Setting Notification Thresholds for Merger Review* (2008). Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc326.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017.

²³ OECD. *Recommendations & Best Practices – Recommendation of the Council on Merger Review* (2005). Disponível em <<https://www.oecd.org/competition/mergers/40537528.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017; *Policy Roundtables: Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review* (2013). Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017.

²⁴ Se a notificação ao CADE for obrigatória, a consumação (ou qualquer ato de implementação) da operação deve esperar a decisão final do CADE. A violação dessa obrigação (o chamado *gun-jumping*) sujeita as partes ao pagamento de multas que variam entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões e à declaração de nulidade de todos os atos realizados, além da possibilidade de abertura de inquérito formal por prática anticompetitiva (art. 88, § 3º, da Lei de Defesa da Concorrência).

contrato; e (ii) as partes contratantes sejam **concorrentes no mercado relevante objeto do contrato**. Acordos com prazo inferior a dois anos ou com prazo indeterminado devem ser notificados apenas quando o período de dois anos, contado a partir da celebração do contrato, for atingido.

A nova Resolução estabeleceu, assim, base para mudanças significativas nas regras de notificação obrigatória tanto para **contratos verticais** como para **acordos horizontais**.

Ao exigir que as partes sejam efetivamente concorrentes no mercado objeto do contrato, a nova resolução explicitamente exclui da definição de contrato associativo os acordos tipicamente verticais. Não é uma alteração trivial para o CADE. Ela encerra (ou se propõe a encerrar) discussão de mais duas décadas sobre se e em que circunstâncias os contratos verticais deveriam ser obrigatoriamente comunicados. De agora em diante, os contratos verticais estarão sujeitos ao crivo do CADE apenas sob a perspectiva do controle comportamental (ou repressivo), enquanto conduta potencialmente anticompetitiva, quando eventualmente puderem restringir significativa e injustificadamente a concorrência. Essa mudança de abordagem está em linha com o posicionamento já adotado em jurisdições mais maduras, como os Estados Unidos e a União Europeia²⁵⁻²⁶.

Em relação à cooperação horizontal, o conceito trazido pela Resolução nº 17/16 permite a interpretação de que a regra de notificação obrigatória inclui apenas os contratos que criam “novos empreendimentos comuns”, que explorarão atividade econômica diferente daquelas desenvolvidas pelas empresas controladoras (*i.e.*, uma entidade com presença autônoma no mercado). Em outras palavras, sob esta perspectiva, apenas contratos de cooperação que possuem efeito concentrativo – *i.e.*, que de fato acarretam alteração estrutural e duradoura no mercado relevante por meio da integração da atividade das partes que é objeto

²⁵ Tanto nos Estados Unidos quanto na União Europeia, não há previsão legal para a notificação prévia de contratos verticais sem efeitos concentrativos. A análise desses tipos de contratos pelas autoridades antitruste ocorre apenas quando podem constituir uma prática anticoncorrencial, no âmbito do controle de condutas. Na Comissão Europeia, regras especiais para contratos verticais relativos à venda de todos os tipos de bens e serviços (exceção feita a veículos automotores) foram estabelecidas na *Block Exemption Regulation*, que prevê uma presunção de legalidade: contratos que atinjam certos requisitos (sem restrições *hardcore* e limite de participação de mercado de 30% para compradores e vendedores) normalmente não infringem regras concorrenciais. Este mecanismo é distinto da notificação para fins de controle estrutural preventivo tal como se aplicou no Brasil sob a vigência da lei concorrenciais anterior – já que se refere explicitamente a uma isenção à aplicabilidade do Artigo 101(1) TFUE, que proíbe contratos que impedem, restringem ou distorcem a concorrência (controle comportamental). Para referência, vide: Comissão Europeia. *The competition rules for supply and distribution agreements* (2012). Disponível em <<http://bookshop.europa.eu/en/the-competition-rules-for-supply-and-distribution-agreements-pbKD3211986/>>. Acessado em 30 de agosto de 2017.

²⁶ Acordos de cooperação horizontal sem efeitos concentrativos também não estão sujeitos ao escrutínio das autoridades antitruste no controle de concentrações dessas jurisdições. Sobre isso, há guias que estabelecem parâmetros para a análise da regularidade concorrenciais de tais contratos: *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors* do Federal Trade Commission (FTC)/ Department of Justice (DoJ) (disponível em <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelinescollaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf>. Acessado em 30 de agosto de 2017) e *the European Commission's Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* (disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>. Acessado em 30 de agosto de 2017). Na Europa, *joint ventures* concentrativas (as chamadas “*full-function joint ventures*”) estão sujeitas a notificação obrigatória, pois configuram uma forma de concentração (Artigo 3(4) do Regulamento nº 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas).

do contrato (enquanto as demais atividades das partes permanecem independentes) – devem ser notificados sob o controle de concentrações do CADE²⁷.

Em síntese, **embora o estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica sempre envolva colaboração entre as partes, nem todo acordo de cooperação horizontal envolve o estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica.** Nesse sentido, a Resolução reconcilia o conceito de contrato associativo com a noção de concentração econômica estabelecida na Lei de Defesa da Concorrência²⁸.

Os primeiros casos decididos pelo CADE já sob o regime da Resolução nº 17/16, comentados resumidamente a seguir, indicam que houve importante evolução em relação ao entendimento adotado sob a Resolução nº 10/14. No entanto, em alguns casos envolvendo acordos cooperativos horizontais decididos pelo Tribunal do CADE a avaliação do dever de notificação ainda se pautou em grande medida pelo parâmetro anterior e genérico do “potencial de restrição à concorrência” associado apenas a uma análise do grau de cooperação entre as partes, e não necessariamente da avaliação de efeitos concentrativos derivados da cooperação.

5. Primeiros casos sob a Resolução nº 17/16

O primeiro caso no qual o CADE aplicou as regras estabelecidas na Resolução nº 17/16 foi o Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25, decidido pela SG em 16 de janeiro de 2017. O CADE reconheceu inexistir empreendimento comum entre as farmacêuticas Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited no contrato vertical para a

²⁷Na União Europeia, por exemplo, *joint venture* é definida como empreendimento conjuntamente controlado por duas ou mais empresas, englobando, na prática, ampla gama de operações. Para que se qualifique como operação sujeita ao controle de concentrações, uma *joint venture* deve atender a requisitos específicos, definidos pela Comissão Europeia, relacionados à ideia de *full functionality* (i.e., o desempenho de todas as funções de uma entidade econômica autônoma). No âmbito de Lei de Defesa da Concorrência em geral, e da Resolução nº 17/16 em particular, não há, a rigor, a exigência de que o empreendimento comum seja “*full-function*” (ou “de pleno exercício”). De toda forma, é útil a consideração de que a ideia essencial sobre quando um acordo cooperativo ou *joint venture* deva estar sujeito ao controle de concentração é, em termos gerais, semelhante: **apenas os empreendimentos comuns efetivamente capazes de promover alterações duradouras na estrutura do mercado qualificam-se como atos de concentração econômica.** Vide: Comissão Europeia. *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.* Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>. Acessado em 30 de agosto de 2017.

²⁸ Um exemplo de operação notificada ao CADE que se enquadra nesse conceito é a criação de aliança internacional entre os grupos varejistas Dia e Casino para a prestação de “serviços *on top*” para marcas líderes de fornecedores de bens de consumo (Ato de Concentração nº 08700.003252/2016-81, aprovado sem restrições pela SG em 5 de agosto de 2016). Esses serviços incluem o acesso à base de dados com informações sobre consumo varejista, serviços de inteligência de mercado baseados no banco de dados, serviços de suporte comercial e de *marketing* executados em cada loja e outros. Nos termos da decisão do CADE, Dia e Casino permanecem independentes no mercado varejista, mas criam um novo empreendimento comum para a prestação de “serviços *on top*”. Outro exemplo é a associação entre as emissoras de TV aberta SBT, Record e RedeTV! (Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21, aprovado sem restrições pelo Tribunal em 11 de maio de 2016). Seu principal propósito era a comercialização conjunta da transmissão (e licenciamento do seu sinal digital) de conteúdo, programas de televisão e canais para operadores de TV a cabo. De maneira semelhante, essas atividades não constituem o negócio principal das empresas, criando, na prática, um novo agente no mercado. O efeito concentrativo ocorre, portanto, no mercado para a comercialização de conteúdo de televisão para operadores de TV a cabo.

distribuição, licenciamento e fornecimento de três medicamentos genéricos (não protegidos por patentes), não sendo, portanto, notificável²⁹. Com a decisão, a SG confirmou de partida o entendimento de que contratos verticais típicos não estão mais sujeitos a notificação, ainda que celebrados entre concorrentes.

Em seguida, no Ato de Concentração nº 08700.000128/2017-44 (aprovado sem restrições em 27 de janeiro de 2017), foi examinado contrato firmado entre Monsanto Company (“Monsanto”) e Sumitomo Chemical Co. Ltd. (“Sumitomo”) para a cooperação no desenvolvimento, registro e comercialização de determinadas sementes tolerantes a herbicidas de próxima geração e para o fornecimento contínuo de herbicidas à base de flumioxacina da Sumitomo para a Monsanto. A SG considerou a operação como de notificação obrigatória sob a Resolução nº 17/16, sem tecer comentários adicionais sobre a presença de empreendimento comum ou sua atividade econômica³⁰.

De fato, o aspecto de as partes integrarem suas atividades de desenvolvimento, registro e, principalmente, comercialização de nova geração de sementes resistentes a herbicidas parece ser suficiente para qualificar a operação como cooperação com efeitos concentrativos, em linha com a nova definição de contratos associativos da Resolução nº 17/16, como comentado acima³¹.

Entretanto, no julgamento da Consulta nº 08700.008081/2016-86 (julgado em 18 de janeiro de 2017), o Tribunal do CADE adotou um posicionamento mais expansivo em relação à Resolução nº 17/16. Nesse caso, Hamburg Südamerikanische Dampschiffahrts-Gesellschaft KG (“Hamburg Süd”) e a CMA CGM S.A. (“CMA”) consultaram o CADE sobre se o *Vessel*

²⁹ A SG entendeu que o contrato estabelecia apenas obrigações comuns para o fornecimento e revenda dos produtos e que as partes permaneceriam independentes – não coordenariam, total ou parcialmente, suas atividades no mercado. Na prática, o contrato resultaria em um distribuidor adicional para os produtos da Aurobindo, sem exclusividade. Ainda, não havia obrigações que pudessem configurar o compartilhamento de riscos e resultados, uma vez que o contrato previa uma forma usual para pagamento pelo fornecimento dos produtos.

³⁰ Depois disso, o CADE também aprovou três atos de concentração envolvendo contratos de fornecimento de cimento clínquer celebrados entre a InterCement Brasil S.A. e a Companhia de Cimento da Paraíba – CCP (Ato de Concentração nº 08700.000761/2017-32, aprovado sem restrições pela SG em 14 de fevereiro de 2017), a Votorantim Cimentos S.A. (Ato de Concentração nº 08700.002893/2017-07, aprovado sem restrições pela SG em 25 de maio de 2017) e a LafargeHolcim (Brasil) S.A. (Ato de Concentração nº 08700.003634/2017-95, aprovado sem restrições pela SG em 29 de junho de 2017), respectivamente. Tais acordos foram submetidos a notificação devido à obrigação contida no Termo de Compromisso de Desempenho firmado entre a InterCement e o CADE nos autos dos Atos de Concentração nº 08012.002018/2010-07 e 08012.002259/2012-18. Nesse sentido, destaca-se trecho do Parecer da SG no caso InterCement/Votorantim: “*Cabe notar que, à luz da Resolução nº 17/2016 do CADE, a operação ora em análise não seria de notificação obrigatória, visto que não se configura como empreendimento comum para exploração de atividade econômica*”.

³¹ Outro exemplo de decisão acertada do CADE quanto ao conhecimento de operação envolvendo contrato associativo sob a égide da Resolução nº 17/16 tratou do acordo de co-desenvolvimento e co-comercialização em relação a medicamento com princípio ativo indicado para potencial tratamento de diferentes tipos de câncer, entre a Ares Trading S.A. e a Pfizer, Inc., empresas atuantes no mercado de fabricação de medicamentos alopáticos para uso humano, pertencentes aos grupos Merck e Pfizer, respectivamente (Ato de Concentração nº 08700.003575/2017-55, aprovado sem restrições em 7 de julho de 2017). A SG verificou que a operação gerava empreendimento comum entre as partes “pois produzirão e comercializarão em conjunto um novo produto” e também estabelecia o compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica. Houve discussão, porém, quanto ao cumprimento do requisito previsto no inciso II do art. 2º da Resolução nº 17/16, ou seja, se as empresas são ou não concorrentes no mercado relevante objeto do contrato. Após repassar a jurisprudência do CADE sobre as abordagens para a definição do mercado relevante de operações envolvendo medicamentos, a SG concluiu que a operação deveria ser conhecida, ao menos conservadoramente, já que o Grupo Pfizer comercializa no Brasil produtos com a mesma indicação terapêutica e o Grupo Merck é detentor da patente do princípio ativo nos Estados Unidos, havendo, assim, concorrência potencial.

Sharing Agreement (“VSA”) firmado entre elas e a Nile Dutch Africa Line BV (“NDAL”), todas concorrentes no mercado de transporte marítimo de cargas em contêineres, se caracterizava como contrato associativo nos termos da Resolução nº 17/16³².

O Conselheiro Relator João Paulo de Resende entendeu que o VSA constituía contrato associativo segundo a Resolução nº 17/16 devido à presença dos seguintes elementos: (i) relação horizontal entre as partes; (ii) duração superior a dois anos; (iii) empreendimento comum para exploração de uma atividade econômica e (iv) compartilhamento de riscos e resultados.

Em relação ao item (iii), o Conselheiro concentrou sua avaliação no fato de a prestação de serviços de travessia³³ constituir atividade econômica, ainda que apenas teoricamente. Para o Conselheiro, embora a atividade de travessia não seja prestada de forma isolada, separadamente no mercado, a hipótese de que é possível, em tese, prestá-la separadamente com propósito de lucro foi considerado suficiente para o preenchimento dos requisitos da Resolução nº 17/16³⁴. Ao adotar tal interpretação, o Conselheiro Relator deixou de considerar que, para se qualificar como “associativo” segundo a nova Resolução, seria necessário que o contrato estabelecesse empreendimento comum com atividade econômica própria (diferente das demais atividades das partes). Com efeito, as consulentes afirmaram expressamente que o VSA envolvia a operação conjunta da linha marítima, mas não constituía novo negócio ou empreendimento para a venda ou aquisição de bens e serviços no mercado – o que não foi considerado o bastante pelo Conselheiro para o não conhecimento da operação³⁵.

O Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, em voto-vogal, também concluiu que o VSA é contrato associativo segundo a Resolução nº 17/16, baseado principalmente na presença de uma “**cooperação reforçada**” entre as partes resultante da celebração do contrato. Segundo ele, diferentemente do *Slot Charter Agreement* (“SCA”)³⁶, que trata apenas da alocação de espaços, o VSA possui complexidade jurídica maior, visto que implica grau distinto de cooperação entre as partes³⁷. Em síntese, nesse caso, a mera existência de uma cooperação entre concorrentes (e

³² De acordo com o VSA, conforme descrito na Consulta, as partes compartilhariam embarcações para a operação de determinada linha: cada companhia deveria disponibilizar certa quantidade de embarcações e, assim, teria o direito de utilizar um percentual de espaço nos navios das demais, de forma proporcional.

³³ Segundo as consulentes, o serviço de transporte marítimo de cargas em contêineres envolve cinco etapas: (i) a negociação com o cliente; (ii) a colocação da carga nos contêineres da transportadora; (iii) o carregamento do contêiner no porto de origem; (iv) a colocação do contêiner na embarcação e a travessia (*i.e.*, o transporte específico entre os portos de carga e descarga); e (v) descarregamento do contêiner no porto de destino. A travessia é, portanto, apenas uma dessas etapas (item iv) e não é um serviço prestado separadamente pelas empresas transportadoras.

³⁴ “*Não me parece desarrazoado supor que é possível, em tese, que uma empresa apenas realize a travessia, com sua embarcação e tripulação, e cobre um valor fixo de terceiros, mais exatamente negociadores de transporte de carga, para realizar esse serviço, sem que essa própria empresa hipotética venha a negociar com os clientes finais*” (voto do Conselheiro Relator, p.6).

³⁵ Quanto à presença de “compartilhamento de riscos”, o Conselheiro Relator entendeu que: (a) certos riscos e custos eram compartilhados, incluindo “economias operacionais líquidas”; (b) havia cláusulas estabelecendo preferência de parada nos terminais de propriedade das partes sempre que eles estivessem disponíveis nos portos da rota e a possibilidade de redistribuir o espaço das embarcações entre as empresas em caso de flutuação da demanda; e (c) os assuntos operacionais definidos em conjunto afetam todo o lado da oferta do mercado (já que as partes definem conjuntamente aspectos do volume e qualidade dos serviços).

³⁶ Previamente, o tribunal do CADE já havia decidido que SCAs não estão sujeitos a notificação segundo a Resolução CADE nº 17/16 (Consulta nº 08700.006858/2016-78).

³⁷ De acordo com o voto do Conselheiro Burnier (p.40): “*No VSA, a linha é operada conjuntamente, enquanto no SCA há apenas a cessão onerosa de espaço em um navio, sem necessidade de cooperação para operar uma linha.*”

não a presença de qualquer efeito concentrativo), associada a uma avaliação do grau (ou complexidade) dessa relação, foi a base para a conclusão de que o requisito do empreendimento comum era atendido³⁸⁻³⁹.

Em caso mais recente, dessa vez envolvendo acordo de compartilhamento de voos (*codeshare*), a SG firmou posicionamento distinto do adotado pelo Tribunal do CADE na discussão a respeito dos VSA (Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39, entre Tam Linhas Aéreas S.A. e Qatar Airways Q.C.S.C., decidido em 4 de maio de 2017). Na decisão, a SG defendeu de maneira clara o entendimento de que, para ser notificável, o contrato associativo estabelecendo cooperação entre concorrentes precisa criar empreendimento comum com atividade econômica própria (“empresa”), com verdadeiro compartilhamento de risco⁴⁰. No caso, não se caracterizou o compartilhamento de riscos e resultados, já que (i) as empresas têm plena liberdade para descontinuar ou iniciar, unilateralmente, novos voos e rotas; (ii) não há qualquer ingerência de uma parte sobre a outra; (iii) cada parte é livre para definir seus preços e receber os respectivos resultados; e (iv) cada companhia arca com seus próprios custos e despesas de desempenho. Assim, determinou-se o não conhecimento da operação.

6. Conclusão

Embora os contratos associativos constituam desde 2011 uma das hipóteses legais de operação sujeita a notificação prévia, seu sentido mais preciso sempre esteve longe de qualquer consenso. Embora o CADE tenha, num primeiro momento, procurado dar alcance amplo ao conceito de modo a acomodar diversas hipóteses de acordos cooperativos horizontais e verticais, a discussão sobre se e em que circunstâncias tais acordos mereceriam, de fato, o

Assim, como o resultado (criação de uma linha regular de navios com frequência semanal entre a Costa Leste da América do Sul e o Oeste e Sul da África), depende de uma cooperação, que, por sua vez, somente é possível em razão do contrato, conclui-se que este se enquadra no conceito de empreendimento comum referido na Resolução nº 17/2016 do CADE”.

³⁸ Em atenção à decisão do CADE no âmbito da Consulta, Hamburg Süd, CMA e NDAL notificaram o VSA, aprovado sem restrições pela SG em 17 de julho de 2017 (Ato de Concentração nº 08700.001606/2017-33).

³⁹ Mais recentemente, ao examinar pedido de autorização precária e liminar no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002699/2017-13, por meio do qual as empresas Hamburg Süd, Aliança Navegação e Logística S.A. e MSC Mediterranean Shipping Company S.A. pretendiam prorrogar VSA já existente, o Conselheiro Relator Paulo Burnier reiterou a obrigatoriedade de notificação de contratos desse tipo no Brasil. Mais que isso, o conselheiro fez importantes considerações quanto à necessidade de as partes se anteciparem para que as medidas necessárias para a notificação da prorrogação do contrato associativo (que atinja ou supere o período de dois anos) sejam tomadas em tempo hábil para que a operação seja aprovada antes do fim do prazo inicial do contrato, “de modo a evitar eventuais infrações à ordem econômica”. Ainda, o conselheiro afirmou categoricamente, no que foi seguido pelo Tribunal de forma unânime, que o instituto da autorização prévia não seria destinado a casos de contratos associativos, nos seguintes termos: “[...] *cumpro esclarecer que o aludido dispositivo não foi propriamente concebido para as hipóteses de contratos associativos, em particular aqueles já em vigência e com prazo inferior a 2 (dois) anos. Trata-se, em realidade, de mecanismo que permite a implementação antecipada de um ato de concentração sujeito ao controle prévio tradicional; e não o inverso, a continuidade de uma operação já em andamento, como é a hipótese das Requerentes*”.

⁴⁰ Nos termos do Parecer: “*Percebe-se, a partir da redação do art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade, que serão considerados associativos aqueles contratos que, de alguma forma, permitam seus signatários se organizarem para, conjuntamente, explorar uma atividade econômica. Trata-se, como escrito na norma, de um empreendimento comum, semelhante ao exercício conjunto de uma “empresa” (na correta conceituação do direito societário, em que “empresa” é a atividade e não a pessoa física ou jurídica que a exerce, que é o “empresário”), só que por uma via contratual e não por laços societários*”.

tratamento de operação sujeita ao controle estrutural (denominado “controle de concentrações” na lei atual) sempre foi pertinente e objeto de opiniões bastante diversas.

A Resolução nº 17/16 trouxe uma nova definição que representa avanço significativo em relação à Resolução nº 10/14. As mudanças mais relevantes são a eliminação da notificação prévia dos contratos verticais e a restrição do dever de notificação a acordos que criam empreendimentos comuns para a exploração de atividade econômica por pelo menos dois anos.

De fato, contratos verticais são geralmente contratos comerciais típicos, presentes na rotina diária das empresas, que na quase totalidade dos casos não trazem preocupações concorrenciais e, portanto, não deveriam mesmo ser objeto do controle de concentrações. Em relação aos acordos cooperativos horizontais, a nova Resolução estabelece de modo mais claro parâmetros que fundamentam o entendimento de que seriam abrangidos apenas acordos que acarretem efeitos concentrativos – *i.e.*, que criem “novo empreendimento comum” para a realização de atividade econômica diferente das demais atividades das empresas controladoras.

Os primeiros precedentes sob a vigência da Resolução nº 17/16 sugerem que, embora o CADE pareça estar comprometido com o posicionamento de que contratos verticais típicos não estão mais sujeitos a notificação obrigatória, há ainda oscilação no entendimento quanto a acordos horizontais, com decisões que ainda lastreiam em grande medida a existência do dever de notificação à presença de genérico “potencial de restrição à concorrência” associado a uma avaliação do grau ou intensidade da cooperação entre as partes, independentemente de qualquer resultado de natureza estrutural da operação no mercado.

A DISCIPLINA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA LEI N. 12.529/11 E A ISENÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 90

Alexandre Ditzel Faraco

1. Introdução

O controle de estruturas na Lei 12.529/11 trouxe previsão de isenção expressa e inédita à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). Não obstante a atribuição ampla e genérica de competência do CADE para atuar em todos os setores da economia (artigo 31 da Lei 12.529/11), o parágrafo único do artigo 90 afastou do âmbito de sua atuação determinados negócios jurídicos celebrados por particulares para participarem de licitações públicas em geral. O presente texto avalia as interpretações possíveis do sentido dessa norma e o alcance que poderia ter. Em seguida analisa a interpretação bastante restritiva que se consolidou na prática do CADE ao longo do primeiro quinquênio de vigência da Lei 12.529/11.

2. A disciplina dos atos de concentração e o parágrafo único do artigo 90

O controle de estruturas está voltado a negócios jurídicos formalmente lícitos mas que podem resultar na formação ou fortalecimento de estruturas de poder econômico no mercado. Nos termos do artigo 90 da Lei 12.529/11 abrange os denominados “atos de concentração”, os quais só podem se tornar efetivos após aprovação do CADE, sob pena de serem considerados nulos e as partes envolvidas sofrerem a imposição de multa (artigo 88).

O que a Lei denomina como “atos de concentração” são distintos arranjos entre agentes econômicos que podem ter como efeito a dominação de mercado relevante, tal como ocorre quando uma empresa é absorvida por outra em razão de operação de fusão ou incorporação de sociedades. Enquanto o § 1º do artigo 36 afasta do âmbito de ilicitude a dominação de mercado decorrente do crescimento interno natural da empresa, a sistemática do controle de estruturas volta-se às hipóteses em que o crescimento externo ou artificial (i.e., via atos de concentração) também pode não caracterizar infração.

Um agente econômico adquire poder em dado mercado basicamente de duas formas. A primeira, que poderia ser chamada de “natural”, pois é uma decorrência do próprio processo concorrencial, ocorre em virtude do aumento de sua participação no mercado pelo fato de seu produto atrair um número maior de consumidores. Aqui, não há um problema sob o ângulo do direito concorrencial, pois o fortalecimento de sua participação decorre de sua capacidade de oferecer produtos a preços mais baixos ou com características mais aptas a atrair consumidores. A segunda forma, que poderíamos chamar de “artificial”, compreende as diversas hipóteses de concentração empresarial, por meio das quais agentes econômicos, que antes atuavam de forma independente, passam a estar sob controle comum.

Assim, certos acordos e operações empresariais que têm o potencial de produzir ou reforçar posição dominante no mercado podem não caracterizar infração da ordem econômica quando preenchidas determinadas condições que serão aferidas no âmbito do controle de estruturas pelo CADE. Tais condições estão referidas no § 6º do artigo 88 e abrangem o atingimento dos seguintes objetivos: (i) *cumulada ou alternativamente: (a) aumentar a produtividade ou a competitividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico*; e (ii) *sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes*.

Essas condições indicam a razão de se admitir como lícitos atos que podem ter como efeito restringir a concorrência em dado mercado. A concentração empresarial pode ser uma forma de gerar eficiências no processo produtivo, tal como ocorre com o aproveitamento de economias de escala que permitem redução de custos à medida que se aumenta o volume de produção. Muitos empreendimentos precisam de escalas de produção para se viabilizar e certos mercados inevitavelmente serão concentrados – i.e. apenas poucos concorrentes terão escala suficiente para serem viáveis.

Outro exemplo é a reunião de esforços comuns entre concorrentes, no âmbito de *joint ventures* ou consórcios, para viabilizar novo produto ou empreendimento que não teria como ser desenvolvido isoladamente por apenas uma das empresas (em razão dos recursos tecnológicos e *know how* necessários ou dos riscos envolvidos).

Em geral, as empresas irão deixar de atuar como concorrentes no âmbito específico do empreendimento comum e passar a cooperar, mas isso tem o potencial de gerar benefícios econômicos. A presente hipótese não caracteriza estritamente “concentração” econômica, pois as partes envolvidas continuam a existir como agentes independentes. Trata-se de “cooperação” econômica, a qual também apresenta riscos concorrenciais relevantes, pois pode gerar incentivos à atuação coordenada em todos os âmbitos de ação das empresas envolvidas. Embora estruturas de concentração e cooperação econômica não se confundam e apresentem reflexos próprios sobre a concorrência, ambas são objeto do controle de estruturas e estão abrangidas pelo conceito legal de “atos de concentração”.

Assim, os denominados atos de concentração não refletem necessariamente apenas estratégias de incremento ou coordenação do poder econômico e redução da concorrência. Por tal motivo, as legislações concorrenciais tendem a admitir como lícitas algumas dessas operações, normalmente quando puderem ser identificados benefícios que só poderiam ser alcançados por meio delas. Admite-se o custo de um certo nível de restrição às condições concorrenciais em dado mercado em virtude dos benefícios econômicos gerados.

A legislação prevê, portanto, um sopesamento entre os benefícios econômicos dessas operações e seus custos em termos de riscos à concorrência. Em outras palavras, se o impacto negativo à concorrência é compensado pelos benefícios gerados pela operação. Exige-se, ainda, que além de se demonstrar a necessidade do ato para atingir eficiências econômicas, estas pelo menos em parte beneficiem diretamente o consumidor. O parâmetro de análise não se baseia, portanto, apenas na identificação da alocação eficiente dos recursos de uma economia, mas também envolve dimensão distributiva que exige observar os benefícios dessa maior eficiência alcançado concretamente os consumidores.

Se, por exemplo, o ato de concentração viabiliza que as unidades produtivas resultantes produzam a custos menores, essa redução de custos precisa efetivamente ser repassada ao consumidor na forma de preços mais baixos. Em geral não será possível presumir que os

benefícios gerados alcançarão o consumidor se o ato implicar restrição muito significativa à concorrência no mercado. Apenas a permanência de condições efetivas de concorrência pressionará de fato o agente econômico a estender os benefícios aos consumidores para preservar ou expandir sua posição no mercado. Por isso tende a ser improvável que ato de concentração que tenha impacto substancial na concorrência consiga preencher as condições de aprovação do artigo 88, ainda que seja apto a gerar ganhos relevantes em termos de eficiência.

A disciplina dos atos de concentração na Lei 12.529/11, no que diz respeito a quais atos devem assim ser classificados e submetidos ao CADE, foi mais clara e precisa do que aquela da Lei 8.884/94, a qual dava margem a muita insegurança jurídica. Primeiro, fixou-se parâmetro objetivo baseado apenas no faturamento para definir a necessidade de submeter os atos ao CADE (artigo 88), enquanto o artigo 54 da Lei 8.884/94 mencionava também o critério de participação de mercado.

Além disso, o texto legal trouxe especificação de quais negócios caracterizam atos de concentração (artigo 90), o que inexistia na disciplina anterior. Para delimitar o âmbito desse controle pelo CADE o artigo 90 da Lei 12.529/11 define que um ato de concentração se realiza quando: (i) *duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem*; (ii) *uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas*; (iii) *uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas*; ou (iv) *duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture*.

É no âmbito dessa delimitação de quais modalidades de operações empresariais ficam sujeitas ao controle de estruturas que a Lei 12.529/11 trouxe previsão de isenção expressa à competência do CADE. O parágrafo único do artigo 90 estabelece que *[n]ão serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes*.

O dispositivo equacionou dúvida que havia no regime legal anterior quanto à necessidade de submeter ao controle do CADE arranjos cooperativos voltados à participação em licitações públicas. Sob a Lei 8.884/94 essas discussões resultaram na edição de súmula pelo CADE, mas que abrangia apenas licitações voltadas à outorga de concessões. Definiu-se, nesses casos, que seriam submetidos ao CADE apenas a formação do consórcio vencedor da licitação, a partir da assinatura do respectivo contrato de concessão.¹ Não havia qualquer tratamento expresso em relação a outros tipos de licitação.

O parágrafo único do artigo 90 afastou amplamente a competência do CADE para apreciar esses atos em relação a qualquer tipo de licitação – i.e., tanto aquelas voltadas para a contratação de bens ou serviços que serão fornecidos à administração – cujo regime geral encontra-se na Lei 8.666/93 –, como aquelas voltadas à outorga de concessões e permissões de serviços públicos – cujo regime geral encontra-se na Lei 8.987/95. O dispositivo foi ainda além, ao prever que a isenção abrange os “contratos delas decorrentes”. É esse segundo aspecto que tende a gerar as principais dúvidas quanto à extensão do alcance da regra.

¹ O texto da Súmula 3 editada em 21 de setembro de 2007 era o seguinte: *Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão.*

3. Alcance da isenção do parágrafo único do artigo 90

A isenção que consta do parágrafo único do artigo 90 reflete preocupação no sentido de evitar atuações redundantes ou contraditórias dentro da administração pública. Isso poderia ocorrer no contexto de licitações se as regras pertinentes à forma de participação dos agentes econômicos e posterior adjudicação do objeto licitado estivessem sujeitas a revisão ou limitação pelo CADE, ainda que pela via indireta da análise dos atos de concentração. Pode-se questionar se a opção do legislador foi a mais adequada, mas é inequívoco que escolheu afastar o CADE do controle da formação dessas estruturas de cooperação empresarial.

A redação final do parágrafo único do artigo 90 é resultado de subemenda avaliada pela Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado, cuja justificativa foi a seguinte, conforme exposto pelo relator, Senador Francisco Dornelles:

“[As alteração das redações] ao inciso IV do art.90 e parágrafo único, por sua vez, são medidas salutares, porque não se deve exigir a apresentação ao CADE de certo tipo de contrato associativo, caracterizado como consórcio ou joint venture, constituídos para a realização de empreendimento específico com prazo determinado e comumente utilizado para a participação de empresas em licitações, já que tal consórcio lida com prazos para habilitação e julgamento de propostas bem inferiores aos necessários para que o CADE autorize a operação. Ademais, o regime legal dos contratos oriundos de processos licitatórios já assegura, por sua própria natureza, a competitividade e a livre concorrência, não cabendo outra análise a propósito do mesmo tema.”

Em uma licitação o poder público organiza procedimento de competição entre os agentes econômicos para selecionar aquele que terá melhor condição de oferecer certos bens e serviços – para a própria administração pública ou diretamente para a coletividade na hipótese de outorga de concessões e permissões. Para a licitação alcançar sua finalidade – seleção com isonomia da proposta mais vantajosa (v. artigo 3º, da Lei 8.666/93) – é necessário que o processo estabeleça condições para que haja efetiva concorrência entre os interessados. O procedimento licitatório pode, portanto, ser visto como sucedâneo das interações que idealmente ocorreriam num regime de mercado, pois deve estabelecer regras que garantam a existência de ambiente de concorrência entre particulares².

Ao fixar as regras que nortearão a realização da licitação e constarão do respectivo edital o agente público deve considerar a possibilidade de admitir, ou não, a reunião dos potenciais participantes para oferta de proposta conjunta. As características específicas do objeto a ser licitado podem tornar necessária a formação de consórcios entre os agentes econômicos, o que em tese impactará o grau de concorrência potencial no certame, mas ao mesmo tempo viabilizará a execução eficiente de algo complexo, dispendioso e arriscado.

O que em tese se faz na definição dessas regras é análise análoga àquela feita pelo CADE em relação aos atos de concentração, onde se comparam custos associados a estruturas que restringem a concorrência com eventuais benefícios que podem ser derivados delas. No caso específico das licitações esses benefícios não estão adstritos àqueles relacionados à eficiência econômica, foco da análise concorrencial do CADE, mas podem envolver outros

² Nesse sentido, observa Marçal Justen Filho: *Quando é obrigatória a licitação, impõe-se ao agente estatal o dever de adotar um procedimento predeterminado, de modo a assegurar a competição entre todos os potenciais interessados e obter as melhores propostas possíveis (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14 ed., São Paulo, Dialética, 2010, p. 66).*

objetivos de política pública – como o estímulo à indústria nacional (v. artigo 3º, §§ 5º a 13 da Lei 8.666/93) ou o atendimento de metas de universalização de um serviço público.

Tendo em vista as distintas políticas públicas que podem estar associadas ao objeto de uma licitação, a atuação do CADE nesse contexto não seria apenas redundante. Poderia também provocar resultados conflitantes com a realização dessas outras finalidades, pois o escopo de análise do CADE em relação aos atos de concentração é específico e não abrange a efetivação de políticas públicas para além da defesa da concorrência.

Essas questões externas à competitividade do certame, que se refletem nas regras da licitação, podem inclusive levar em conta aspectos concorrenciais associados à realização de políticas públicas setoriais. Assim, por exemplo, a restrição à participação em licitações para outorgas de concessões a empresas que já atuam no respectivo mercado ou com atuação em mercados verticalmente relacionados.³ O órgão encarregado da política pública setorial pode se encarregar, portanto, não apenas de aspectos inerentes à garantia de concorrência em si no momento da licitação, mas do impacto da adjudicação de seu objeto sobre o mercado.

Pode-se argumentar que o órgão setorial não seria aquele em melhores condições para avaliar esses amplos aspectos concorrenciais e que seria adequado envolver o CADE nesse processo. Mas há uma opção clara feita pelo legislador quanto ao tema. O que não parece claro é quais negócios jurídicos subsequentes à licitação seriam alcançados pela isenção à competência do CADE – i.e., qual o sentido da expressão “contratos dela decorrentes”.

O enfoque mais restritivo seria limitar esses “contratos” àqueles assinados com a administração como consequência da adjudicação do objeto da licitação. Essa interpretação esvazia de sentido a parte final do dispositivo, pois os contratos assinados com a administração não seriam atos de concentração nos termos das hipóteses previstas no *caput* do artigo 90 e, portanto, de qualquer forma estariam afastados do controle de estruturas. Reflete, também, pretensão de interpretar o dispositivo a partir de parâmetros formulados sob a Lei 8.884/94 – i.e., a Súmula 3 que, por razões estritamente de ordem prática, atribuiu relevância no âmbito do controle de estruturas ao momento de assinatura do contrato de concessão.

Mas ao se considerar o fundamento no qual se parece basear a isenção – i.e., a apreciação dos aspectos concorrenciais pelo órgão que organiza a licitação – o sentido de contratos “decorrentes” da licitação poderia ser mais amplo e alcançar negócios jurídicos celebrados na fase de execução dos contratos com a administração.

Isso incluiria a cessão do contrato assinado com a administração e mudanças na composição do consórcio ou da sociedade para o qual foi adjudicado o objeto da licitação, negócios jurídicos entre particulares mas que ocorrem sob as regras que originalmente disciplinaram a licitação e inserem-se no âmbito da relação específica com a administração que decorre da licitação. Sob essa perspectiva, os contratos em questão não seriam aqueles assinados com a administração envolvendo o objeto da licitação – que de qualquer forma não seriam atos de concentração – mas aqueles entre particulares e relacionados ao objeto da licitação.

Essa interpretação, que na prática amplia o alcance da isenção à fase de execução do contrato, é coerente com o fato de que as regras do edital que permitem ou limitam a formação de estruturas com efeito de concentração entre os potenciais participantes da licitação

³ Nas outorgas de concessões aeroportuárias em 2012 limitou-se a possibilidade de participação de empresas de transporte aéreo no capital das concessionárias por razões de ordem concorrencial.

continuam aplicáveis durante a execução do contrato. Eventuais cessões de contratos objeto da licitação a outras estruturas empresariais ou alterações em tais estruturas de organização empresarial continuam sujeitas ao controle do órgão que realizou a licitação e só serão permitidas se compatíveis com as regras que nortearam a licitação.

A análise feita no momento da licitação se repete, portanto, na fase de execução do contrato diante de eventos contratuais e societários relevantes ou atinentes à estrutura da empresa. Os editais de licitação e, posteriormente, os próprios contratos exigem que esses atos passem pelo controle do órgão contratante. É considerada causa de rescisão do contrato a sua cessão a terceiros ou as alterações societárias ou na estrutura da empresa não admitidas no edital e no contrato e sem anuência prévia do órgão contratante (v. artigo 78, VI e XI da Lei 8.666/93; artigo 27 da Lei 8.987/95).

Assim, nos atos subsequentes à licitação serão novamente aplicados os mesmos limites e controles que nortearam o procedimento licitatório. Poder-se-ia objetar que o parágrafo único do artigo 90 faria referência apenas aos contratos associativos, consórcios e *joint ventures*, mas não a situações envolvendo a formação de estruturas societárias estáveis que dão origem a novas pessoas jurídicas. Assim, a isenção poderia até alcançar alterações subjetivas em consórcios, mas não em sociedades, cujas alterações na composição de sócios envolveria negócios jurídicos abrangidos pelos demais incisos do artigo 90 e não pelo inciso IV.

O argumento ignora, porém, que, no caso de licitações, quando o edital admite a formação dessas estruturas contratuais – tipicamente por meio de consórcios – em regra é exigida a posterior constituição de sociedades pelos consorciados para assinar o respectivo contrato (v. artigo 20 da Lei 8.987/95). Seria incoerente pretender que o parágrafo único só se aplicaria quando as partes estivessem reunidas em consórcio, mas deixaria de ser aplicado quando transformassem o consórcio em sociedade por exigência do próprio edital.

Há, ainda, o caráter indeterminado do conceito de *joint ventures* mencionado no inciso IV do artigo 90. Trata-se de termo genérico que não remete a tipo contratual específico no direito brasileiro, mas a noção bastante ampla de combinação de esforços para realização de empreendimento comum. O uso do termo na doutrina e na prática empresarial invariavelmente abrange também a organização desses esforços comuns em estruturas societárias⁴. Há, portanto, *joint ventures* de caráter societário, constatação que permite questionar a tentativa de afastar a extensão do parágrafo único do artigo 90 às operações envolvendo participações societárias.

Não obstante essas possibilidades de interpretação do parágrafo único do artigo 90, que poderiam resultar em limitação substancial da atuação do CADE no controle de estruturas em determinados setores da economia, a prática do órgão sob a Lei 12.529/11 foi sempre no sentido de interpretar o dispositivo da forma mais restrita possível – o que, por consequência, implica garantir sua competência em matéria de controle de estruturas da forma mais ampla possível.

⁴ V. Maristela Basso, *Joint ventures – manual prático de associações empresariais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 41 e ss. Sobre o uso do termo no direito concorrencial, v. Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy*, St. Paul, West Publishing, 1994, p. 196.

4. Posição atual do CADE sobre o tema

A questão do alcance do parágrafo único do artigo 90 foi objeto de pouca discussão no âmbito de pareceres da Superintendência-Geral do CADE (“SG”). Há, ainda, diversos casos que poderiam ter sido enquadrados na hipótese – pelo menos numa perspectiva de interpretação extensiva do dispositivo legal – e que foram conhecidos pela SG sem qualquer discussão sobre o tema.⁵

No Ato de Concentração 08700.005308/2013-99 (OAS Soluções Ambientais S.A. e Sanear Saneamento de Araçatuba S.A.), que envolvia a transferência de controle de concessionária de serviço público, a SG, em função de provocação das partes, expressamente avaliou o ponto da extensão do parágrafo único do artigo 90, mas afastou sua aplicação ao caso de forma peremptória porque o dispositivo abrangeria apenas atos inseridos no processo de licitação, mas não mudanças posteriores no quadro de acionistas da concessionária.

O tema veio posteriormente a ter discussão mais aprofundada no Tribunal do CADE quando da análise da Consulta 08700.000207/2014-02 formulada pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (“IBP”). A consulta foi formulada pela dúvida quanto à caracterização como ato de concentração, passível de notificação ao CADE, de operações de cessão de contratos de concessão para exploração de petróleo e gás natural. Dentre as razões levantadas pelo IBP para afastar a necessidade de notificação estava a isenção do parágrafo único do artigo 90.⁶

O Conselheiro-relator Eduardo Pontual opinou inicialmente pelo não conhecimento da consulta sob o argumento de que o assunto já havia sido tratado na análise de atos de concentração precedentes. Em voto vista o Conselheiro Gilvandro Araújo optou por conhecer a consulta e analisou os argumentos do IBP, mas concluiu contrariamente ao entendimento de que tais operações não precisavam ser notificadas, posição seguida pelos demais membros do Tribunal.

Especificamente sobre o parágrafo único do artigo 90, o voto vista observou que os contratos de cessão de direitos e obrigações que alteram a titularidade dos contratos de concessão não se enquadrariam na exceção legal porque não seriam “decorrentes da licitação”, mas “operações independentes” que implicam modificação na titularidade dos contratos após sua assinatura. O voto não fez, porém, qualquer reflexão mais aprofundada sobre os fins do dispositivo legal, os quais poderiam fundamentar eventual interpretação extensiva do seu alcance.

Decisão imediatamente subsequente a esta, envolvendo o mesmo tipo de operação, retomou a discussão e desenvolveu análise que procurou levar em conta os objetivos visados

⁵ V. por exemplo Atos de Concentração 08012.005696/2012-85 (Obrascon Huarte Latin Brasil S.A. e Abertis Infraestructuras S.A.), 08700.010581/2012-54 (Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A. e Concessionária Rio Barra S.A.), 08700.006697/2013-70 (Coimex Empreendimentos e Participações Ltda. e Rio Novo Locações Ltda.) e 08700.007462/2013-03 (Empresa Amazonense de Transmissão de Energia S.A. e Orteng Equipamentos e Sistemas Ltda.).

⁶ Previamente à apreciação da consulta, já havia decisão no sentido de que essas operações deveriam ser notificadas. V. Atos de Concentração 08700.005775/2013-19 (OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A.), 08700.008289/2013-52 (UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A.), 08700.008292/2013-76 (Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.) e 08700.010943/2013-98 (GDF/Suez e Vale S.A.). Mas a discussão nesses processos ficou centrada na caracterização ou não de tais operações como atos de concentração, sem que a SG/CADE ou o Tribunal se manifestassem especificamente sobre o parágrafo único do artigo 90.

pela norma. No Ato de Concentração 08700.007899/2013-39 (Petróleo Brasileiro S.A. e Total E&P do Brasil Ltda.) o Tribunal do CADE voltou a confirmar a interpretação restritiva do parágrafo único do artigo 90, seguindo voto do Conselheiro Alessandro Octaviani.

Ao analisar a exceção legal, o Conselheiro observou que a expressão “decorrente das licitações” deveria ser interpretada de forma restritiva, tendo em vista a excepcionalidade representada pela regra de isenção de notificação. Procurou fundamentar essa posição também em análise teleológica da isenção, a qual teria objetivo concorrencial ao evitar que trâmites burocráticos dificultassem a participação em licitações e reduzissem a pressão competitiva nesses certames.

Seguindo essa mesma lógica, os contratos “decorrentes” seriam apenas aqueles relacionados aos arranjos voltados a estabelecer a relação entre particular e poder público após a licitação. Para esses casos, também a possibilidade de rapidamente se dar efetividade aos contratos garantiria pressão competitiva adicional no mercado, pois os contratos de concessão em questão aumentariam a oferta no mercado:

“Ao se conceder isenção de notificação obrigatória aos contratos associativos, consórcios ou joint ventures (inciso IV) destinados aos contratos decorrentes das licitações (parágrafo único), objetivou-se conceder maior eficácia ao processo licitatório e, com isso, introduzir maior pressão competitiva no mercado.”

Contratos que não fossem decorrência imediata do processo licitatório não poderiam gozar da imunidade prevista no texto legal, pois seriam operações independentes que não teriam por efeito a introdução de pressão competitiva no mercado. A fundamentação da decisão vai além das anteriores ao focar o dispositivo legal a partir de um viés teleológico – embora o tenha feito de forma limitada e não tenha abordado o outro ângulo dessa discussão, destacado no tópico antecedente, que diz respeito ao objetivo de se evitar análises sobrepostas e conflitantes.

Ao menos em sede administrativa, portanto, consolidou-se neste primeiro quinquênio de vigência da Lei 12.529/11 a posição inequívoca de que só estão excluídos da competência do CADE os negócios jurídicos celebrados pelos particulares para participar da licitação e aquilo que se verifica no procedimento perante a administração pública até a assinatura do respectivo contrato administrativo. Negócios jurídicos subsequentes a esse momento, que caracterizem as hipóteses do *caput* do artigo 90, estariam sujeitos ao controle do CADE.

A PRÁTICA DO CADE NA AUTORIZAÇÃO PRECÁRIA E LIMINAR PARA A REALIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Adriana Franco Giannini
João Paulo Salviano Almeida da Costa

1. Introdução

O objetivo deste artigo é descrever a prática do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") na aplicação e abordagem do instituto da autorização precária e liminar para a realização de ato de concentração no regime de controle prévio de concentrações, instituído em maio de 2012 ("Autorização Precária").

Para esse fim, analisaremos os casos em que o Conselho decidiu sobre pedidos de concessão de Autorização Precária, bem como casos em que considerações relevantes foram feitas sobre este instituto.

2. A autorização precária

Com a substituição do antigo regime de notificação *a posteriori* previsto na Lei 8.884/1994 pelo regime de notificação prévia da Lei 12.529/2011, em que o fechamento de operações de notificação obrigatória permanece suspenso enquanto a autoridade antitruste não termina sua análise, o legislador entendeu por bem inserir na nova lei um dispositivo sobre a possibilidade de concretização de um ato de concentração antes que o CADE tome sua decisão final sobre o caso.

A possibilidade da concessão de Autorização Precária está prevista no artigo 59, II, §1º, da Lei 12.529/2011 e artigos 155 a 157 do atual Regimento Interno do CADE ("RICADE")¹.

De acordo com o diploma antitruste, a Autorização Precária poderá ser concedida, pelo Conselheiro Relator, quando as circunstâncias do caso concreto assim o recomendarem, e assegurando a possibilidade da reversibilidade da operação.

Já o RICADE, ao regulamentar a aplicação do dispositivo, estabelece que o requerente de um ato de concentração poderá requerer a Autorização Precária em dois momentos processuais: no momento da notificação do ato de concentração e/ou quando de sua impugnação ao tribunal.

Ainda, o RICADE prevê que ela será cabível quando, cumulativamente, nos termos dos incisos de seu artigo 155:

"I - não houver perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado;

¹ A redação dos artigos 155 a 157 do atual RICADE esteve presente na íntegra em todas as versões passadas do Regimento desde a edição da Lei 12.529/2011 – ou seja, desde sua instituição pela Resolução CADE nº 1/2012, como artigos 115 a 117.

- II - as medidas cuja autorização for requerida forem integralmente reversíveis; e
- III - o requerente lograr demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não seja concedida."

Estabelecidas as condições para o cabimento do pedido, o RICADE esclarece ainda ser ônus das requerentes *demonstrar*, com documentos, a iminente ocorrência dos prejuízos financeiros *irreparáveis e irreversíveis* do inciso III do artigo 155 para fazer *prova inequívoca* de suas alegações.

Em seguida, a Superintendência-Geral ("SG") do CADE terá 30 dias para se manifestar sobre o pedido, e o Tribunal terá 30 dias para apreciar o pedido a partir do envio do pedido pela SG, sem prejuízo da instrução do processo de análise de mérito do próprio ato de concentração. Caso deferido o pedido, o Tribunal deverá impor medidas que assegurem a preservação da reversibilidade da operação, e a autorização permanecerá em vigor até o fim do julgamento de mérito do ato de concentração - entretanto, o Tribunal poderá, a qualquer tempo, rever a autorização e revogá-la e/ou modificá-la.

A forma pela qual foi instituída a possibilidade de concessão de Autorização Precária demonstra uma preocupação do legislador em prestigiar o controle *prévio* de atos de concentração e garantir sua eficácia - e não instituir um mecanismo que pudesse colocá-lo em perigo ainda na infância da Lei 12.529/2011.

Assim, é possível depreender dos dispositivos citados um cuidado em explicitar as situações excepcionais e, mais importante, cumulativas em que a Autorização Precária pode ser concedida: i) inexistência de perigo de dano irreparável, ii) reversibilidade da operação, iii) demonstração de prejuízos financeiros evidentes para que o mecanismo se tornasse efetivamente uma exceção e não a regra.

Maior evidência do caráter excepcional/emergencial da medida está no caráter *precário e liminar* da autorização concedida, e na possibilidade de que ela seja revista a qualquer tempo pelo Tribunal do CADE - o que cria um risco ao administrado (de revisão da decisão) que ele provavelmente não teria interesse em correr caso não fosse realmente necessária a consumação do ato de concentração antes da aprovação pelo CADE.²

Possivelmente por este motivo, foram muito poucas as situações em que o CADE teve a oportunidade de se debruçar sobre o mérito de um pedido de autorização precária e liminar - apenas dois casos - *Monsanto/Bayer*³ e *Hamburg Süd/Aliança/MSC*⁴. Ambos os pedidos foram negados. Uma análise sobre o entendimento do CADE nestes dos casos será apresentada abaixo.

Mesmo tendo em vista o baixo número de casos em que o CADE efetivamente analisou pedidos para concessão da Autorização Precária, o Conselho também teceu considerações

² Vale ressaltar que a autorização administrativa - faculdade dada pelo poder público para praticar ato que, sem este consentimento, seria proibido (no caso a consumação do ato de concentração sem aprovação prévia do CADE) - é por excelência um ato *unilateral, discricionário e precário* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* -27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 237-8).

³ Ato de Concentração nº 08700.004957/2013-72. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A. Aprovado com restrições pelo Tribunal em 20 de março de 2014.

⁴ Ato de Concentração nº 08700.002699/2017-13. Requerentes: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG, Aliança Navegação e Logística S.A. e MSC Mediterranean Shipping Company S.A. Na data de elaboração deste artigo, o caso ainda se encontrava em instrução na Superintendência-Geral.

relevantes a respeito deste instituto em outros casos. Estes também serão abordados, em seus aspectos relevantes a este assunto, em seguida.

3. A prática do CADE

3.1. *Monsanto/Bayer*⁵

O caso *Monsanto/Bayer* envolveu um contrato de licenciamento de tecnologia da Monsanto pela Bayer para o desenvolvimento, teste, produção e comercialização de variedades de sementes de soja contendo determinada tecnologia que conferia às plantas de soja características de tolerância ao herbicida glifosfato e resistência a insetos.

(i) Trâmite Processual:

04/06/2013 - *Notificação*;

03/07/2013 - SG decide *não conhecer* da operação;

11/07/2013 - Ato de Concentração é *avocado pelo ex-Conselheiro Eduardo Pontual*;

19/07/2013 - Ato de Concentração é *distribuído ao ex-Conselheiro Alessandro Octaviani Luís*;

30/07/2013 - Requerentes apresentam *pedido de autorização precária e liminar*;

28/08/2013 - Em despacho referendado, o ex-Conselheiro Alessandro Octaviani Luís *nega o pedido de autorização precária e liminar*;

22/01/2014 - Decisão de mérito - *aprovação com restrições*.

(ii) Pedido de Autorização Precária e Liminar: tendo em vista a avocação do ato de concentração após uma decisão de não conhecimento exarada pela SG - o que alongaria a análise do processo - as Requerentes pediram a autorização⁶ para consumação precária e liminar do ato de concentração para que fosse permitida a *produção e comercialização de sementes de soja*, objeto do contrato, na safra 2013/2014, enquanto a decisão de mérito do CADE não fosse exarada. Buscando atender aos requisitos do antigo artigo 115 do RICADE (hoje artigo 155), as Requerentes pugnaram pela:

(a) *ausência de perigo de dano irreparável para as condições de concorrência*: o ato de concentração seria pró-competitivo e benéfico à sociedade em geral e ao agricultor nacional, não resultando perigo de dano irreparável para as condições de concorrência, e se limitava a uma única safra que poderia ser perdida. Pelo contrário, o *periculum in mora* era reverso;

(b) *reversibilidade da medida*: estaria presente pois, como visto acima, se limitava a uma única safra; e

⁵ Cf. nota 5.

⁶ Neste caso, as requerentes alegaram, primeiramente, a nulidade da avocação; subsidiariamente, pediram a autorização precária e liminar para a realização do ato de concentração.

(c) *prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis da não-concessão da medida*: a Bayer estaria impedida de comercializar seus produtos no mercado de sementes de soja na safra que se aproximava à época (meados de 2013)⁷, caso a decisão final do CADE sobre o ato de concentração sofresse excessiva demora.

(iii) Decisão do CADE sobre o pedido de Autorização Precária⁸: esta foi a primeira oportunidade que o CADE teve de se manifestar sobre esta faculdade, e o fez por meio de despacho do ex-Conselheiro Alessandro Octaviani Luís, referendado pelo Tribunal, que indeferiu o pedido. O Conselheiro entendeu que o pedido não era adequado pelos seguintes motivos:

(a) *Risco das requerentes ao escolher momento da notificação*: A Administração tem o poder-dever de utilizar todo o tempo disponível para sua análise em atos de concentração⁹. No caso concreto, as requerentes deveriam estar cientes de que o tipo de contrato envolvido vinha gerando controvérsia no CADE¹⁰ e, mesmo assim, assumiram o risco de uma demora na decisão ao assinar um contrato "*a menos de dois meses do início da safra*"¹¹;

(b) *Ausência de prejuízo à concorrência no mercado pela não concessão da autorização*: Não haveria prejuízos ao mercado decorrentes da ausência da Bayer na safra, devido ao percentual de sua participação no fornecimento total da tecnologia envolvida no contrato, que afastaria qualquer possibilidade de desabastecimento. Tampouco haveria prejuízo às requerentes, também devido à baixa porcentagem do fornecimento da tecnologia na participação do faturamento de ambas, e, mais importante:

(c) *Ausência de comprovação da incidência de hipótese legal autorizativa*: as Requerentes não trouxeram documentos, demonstrações financeiras ou qualquer documento apto a comprovar a incidência das hipóteses autorizativas do antigo artigo

⁷ Mais especificamente, as Requerentes alegaram que, se não pudessem comercializar suas sementes em agosto de 2013, só poderiam fazê-lo novamente dali a um ano, em agosto de 2014, uma vez que as sementes se deteriorariam ao longo do tempo.

⁸ Despacho AOL nº 22/2013 do ex-Conselheiro Alessandro Octaviani Luís no Ato de Concentração 08700.004957/2013-72 (fls. 367-370).

⁹ De acordo com o Artigo 88, § 9º, incisos da Lei 12.529/2011, o prazo para a análise de atos de concentração é de 240 (duzentos e quarenta) dias, prorrogáveis por até mais 90 (noventa) dias.

¹⁰ Àquela época (meados de 2013), havia um debate no Conselho sobre a necessidade de notificação de contratos de fornecimento não-exclusivo de tecnologia que envolveram, além do caso em questão, por exemplo, os Atos de Concentração 08012.002870/2012-38 (Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Aprovado com restrições em 28 de agosto de 2013); 08012.006706/2012-08 (Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda. Aprovado com restrições pelo Tribunal em 28 de agosto de 2013); 08012.003898/2012-34 (Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola. Aprovado com restrições pelo Tribunal em 28 de agosto de 2013) e 08012.003937/2012-01 (Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes Ltda. Aprovado com restrições pelo Tribunal em 28 de agosto de 2013). O Conselho, tendo em vista a regulamentação vigente à época, se manifestou pela necessidade de notificação deste tipo de contrato.

¹¹ Cf. nota 10 acima, fl. 370.

115 e seguintes do RICADE, que tratavam das hipóteses que deveriam incidir cumulativamente para que a Autorização Precária pudesse ser concedida.¹²

3.2. *Hamburg Süd/Aliança/MSC*¹³

O caso *Hamburg Süd/Aliança/MSC* envolveu a prorrogação de um contrato associativo para operação conjunta de linha regular de transporte de contêineres entre portos da América do Sul e Estados Unidos da América¹⁴¹⁵.

(i) Trâmite Processual:

04/05/2017 - *Notificação*

23/05/2017 - SG decide *emendar a notificação* da operação;

01/06/2017 - Requerentes apresentam *pedido de autorização precária e liminar*;

05/06/2017- SG exara Nota Técnica *sugerindo o indeferimento* do pedido;

06/06/2017 - Ato de Concentração é *distribuído ao Conselheiro Paulo Burnier da Silveira*

07/06/2017 - Em voto seguido à unanimidade, Tribunal *nega o pedido*

(ii) Pedido de Autorização Precária: a operação foi notificada em procedimento sumário; a SG entendeu por bem emendar a notificação e requisitar uma série de informações adicionais. Assim, as Requerentes decidiram solicitar a Autorização Precária após sua emenda, alegando em síntese que:

(a) *ausência de perigo de dano irreparável para as condições de concorrência*: a operação tratava da prorrogação de um contrato já existente e em vigor, apenas mantendo o *status quo*, e não possuía potencial lesivo à concorrência. Pelo contrário, a suspensão do contrato, que expiraria dali a algumas semanas, poderia trazer dano à concorrência, reduzindo a capacidade nas linhas compartilhadas;

(b) *reversibilidade da medida*: envolvendo apenas a manutenção de operações conjuntas, a operação seria integralmente reversível;

(c) *prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis da não-concessão da medida*: a suspensão do contrato geraria uma paralisação na operação conjunta das linhas, sendo necessária a operação individual, que geraria uma redução na regularidade ou, alternativamente, aumento no preço do frete pelo aumento de capacidade ociosa. A suspensão da operação, pela diminuição dos meios de frete disponíveis, afetaria o bem-estar econômico dos consumidores finais de diversas indústrias.

¹² O ex-Conselheiro Alessandro entendeu que, pelo contrário, os dados apresentados pela Bayer que a participação da tecnologia envolvida no contrato na produção representaria "*percentuais extremamente pequenos para uma empresa do porte da Bayer*" (fl. 370 dos autos públicos)

¹³ Cf. nota 6.

¹⁴ Tratava-se de um contrato pré-existente e em execução.

¹⁵ Em 29 de agosto de 2017, o caso seguia em instrução na SG.

(iii) Decisão do CADE sobre o pedido de autorização precária e liminar: neste caso, tanto a SG¹⁶ como Tribunal buscaram analisar ponto a ponto os requisitos para a concessão da autorização precária e liminar. Primeiramente, a SG¹⁷ entendeu o seguinte, recomendando o indeferimento do pedido:

(a) *Intempestividade do pedido*: o antigo artigo 115 do RICADE prevê que o pedido pode ser feito somente em dois momentos: (i) na notificação da operação e (ii) após sua impugnação, sendo o pedido pois intempestivo. Mesmo assim, decidiu analisar o mérito, pugnando por:

(b) *Não atendimento cumulativo às hipóteses legais para autorização*: a SG argumentou que, mesmo que os dois primeiros requisitos ((i) ausência de perigo de dano irreparável e (ii) reversibilidade) pudessem ter sido cumpridos, o que não era certo tendo em vista o momento processual¹⁸, as partes não demonstraram (iii) a iminência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis - apresentaram afirmações abrangentes e "*sem a apuração e medição dos reais impactos financeiros*" ou "*qualquer documento ou demonstração financeira*" para fazer prova inequívoca de suas alegações, e que esta condição tem por objetivo "*evitar situações extremas de perigo em relação à empresa objeto, caso a operação não seja imediatamente implementada*".

(c) *Risco das partes ao escolher o momento de notificação*: entendeu-se que as Partes buscavam evitar penalização por notificação intempestiva, e que o CADE não poderia conceder uma autorização por este motivo - isso beneficiaria requerentes que, por própria "*torpeza*", notificam tardiamente uma operação. Neste caso, segundo a SG, as Requerentes poderiam seguir com as atividades do contrato, assumindo a responsabilidade pela notificação intempestiva.

O Tribunal¹⁹, por sua vez, indeferiu o pedido, confirmando a recomendação da SG. As considerações do Tribunal podem ser assim resumidas:

(a) *Excepcionalidade da Autorização Precária*: por criar uma "reserva à lógica do controle prévio dos atos de concentração, um dos pilares centrais da Lei nº 12.529/2011, o instituto deve ser aplicado de forma excepcional;

(b) *Inadequação relativa do mecanismo aos contratos associativos*: o Conselheiro Paulo Burnier entendeu que havia inadequação relativa deste instituto em relação aos contratos associativos, em especial àquele caso concreto, que tratava da continuidade de um contrato já em andamento - este mecanismo teria sido pensado para atos de concentração sujeitos ao controle prévio tradicional;

(c) *Tempestividade do pedido*: apesar de a SG entender que o pedido era intempestivo, o fato de o RICADE permitir o pedido de Autorização Precária após a

¹⁶ Tratando-se de caso ainda em instrução na Superintendência-Geral, esta apresentou parecer sugerindo o indeferimento do pedido.

¹⁷ Nota Técnica da Superintendência-Geral no AC 08700.002699/2017-13 (SEI nº 0344339).

¹⁸ A SG entendeu que não seria possível afirmar o atendimento das condições porque o caso ainda encontrava-se emendado.

¹⁹ Voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira no AC 08700.002699/2017-13 (SEI nº 0346329).

impugnação do ato, momento mais avançado da análise, autorizava a análise do mérito;

(d) *Sobre a comprovação da incidência das hipóteses previstas nos incisos I e II do antigo Artigo 115 do RICADE*: tendo em vista o momento processual (o ato de concentração ainda pendia de resposta à emenda pelas partes), o Conselheiro-Relator adotou a interpretação de que a expressão "*momento da notificação*" do *caput* do antigo artigo 115 (atual artigo 155) do RICADE significaria a publicação do edital, momento no qual a notificação seria considerada "completa"²⁰. A avaliação da incidência destas hipóteses seria difícil sem as "informações completas das Requerentes", já que, naquele momento, não havia edital publicado - e portanto as informações ainda não estavam "completas";

(e) *Não comprovação dos prejuízos financeiros substanciais e irreparáveis*: O Conselheiro Paulo Burnier entendeu que existiam outros tipos de contrato que poderiam dar continuidade às atividades das partes no caso concreto, e, mais importante, que o mecanismo foi pensado para "situações envolvendo risco de falência ou perigos outros à atividade empresarial, em que a implementação prévia da operação permitiria eliminar ou reduzir esses inconvenientes para a economia como um todo"²¹. Neste caso, como a notificação foi entendida como tardia, não se poderia permitir que as requerentes se beneficiassem de sua própria "torpeza".

4. Outros casos

Tendo em vista o número reduzido de casos em que o CADE analisou pedidos de Autorização Precária, apresentam-se abaixo outros casos em que o Conselho teve a oportunidade de tecer considerações a respeito do instituto - os casos *Petrobras/Total E&P*²² e *Technicolor/Cisco*²³:

4.1 *Petrobras/Total E&P*²⁴

Petrobras/Total E&P envolveu a aquisição pela Total E&P de 50% dos direitos e obrigações da Petrobras em um determinado contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Ao abordar uma alegação de *gun jumping* suscitada pela SG, que restou superada, o Conselheiro Alessandro Octaviani Luís traçou comentários gerais sobre a Autorização Precária e teceu uma breve comparação entre o *gun jumping* e esse instituto.

²⁰ Sobre este ponto, o Conselheiro Paulo Burnier fez referência ao parecer da SG e as considerações do item, mas não afirmou taxativamente entender pela sua não incidência no caso concreto.

²¹ Vide §21 do voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira no AC 08700.002699/2017-13 (SEI nº 0346329).

²² Ato de Concentração nº 08700.007899/2013-39. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. e Total E&P do Brasil Ltda. Aprovado sem restrições pelo Tribunal em 9 de abril de 2014.

²³ Apuração de Ato de Concentração nº 08700.011836/2015-49. Representadas: Technicolor S.A. e Cisco Systems, Inc. Decidido pelo Tribunal em 20 de janeiro de 2016.

²⁴ Cf. nota 24.

Nesta comparação, o Conselheiro explicou que, no novo sistema antitruste, a consumação prévia de uma operação pode se dar de duas maneiras:

"A nova ordenação Antitruste albergou a sistemática de análise prévia, a fim de evitar os problemas que a consumação antecipada de uma operação pode ensejar. Estabeleceu, com esse objetivo, dois institutos: o do *gun-jumping* e o da autorização precária. Quanto ao *gun-jumping*, o Regimento Interno (art. 112) previu a adoção de medidas judiciais e administrativas para bloquear comportamentos apressados, sem respaldo na Lei, vez que inexistente a obrigatória autorização administrativa. A **autorização precária para a "integração prematura" visa ao fim inverso: o comportamento concentracionista deve ser acelerado, por razões julgadas convenientes pela Administração, sendo excepcionalmente admitido, exigindo-se para tanto a manifestação opinativa da Superintendência-Geral e a deliberação decisória do Tribunal.**²⁵"

Ou seja, de acordo com o Conselheiro, o que diferenciaria a consumação prévia legal da ilegal seria a autorização da Administração, concedida em caráter excepcional, condicionada à sua conveniência²⁶. De fato, o resultado do *gun jumping* e da Autorização Precária são similares - a consumação da operação antes de sua aprovação no mérito - mas as consequências jurídicas, como se vê, são bastante distintas.

Technicolor/Cisco²⁷

O caso *Technicolor/Cisco* envolvia a aquisição, pela Technicolor S.A., de subsidiária integral da Cisco Systems, Inc. A operação foi notificada em procedimento sumário, mas convertida em procedimento ordinário pela SG após a identificação de concentrações horizontais superiores a 20% em determinados cenários.

Neste íterim, as Requerentes consumaram a operação no exterior e, em relação ao Brasil, executaram um acordo de *carve-out*. O acordo foi considerado inadmissível pelo CADE para afastar a incidência de *gun jumping*²⁸.

Como parte de sua motivação, para afastar alegações das requerentes de urgência para a consumação da operação, o Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira entendeu que a notificação foi tardia e incompleta por opção dos requerentes.

Neste caso, de acordo com o Conselheiro, ao invés de optar pelo *carve-out* à revelia do CADE, caso fosse realmente necessário fechar a operação e "**os custos de aguardar a decisão do órgão antitruste fossem decisivos para as empresas, estas *poderiam expor suas justificativas e solicitar uma autorização precária (antes da decisão final do CADE)***"²⁹ (grifo nosso), colocando o dispositivo como uma alternativa lícita ao *gun jumping*.

²⁵ Vide §11 do Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luís no AC 08700.007899/2013-39 (fls. 449-496).

²⁶ Vide nota 5, acima, sobre o caráter precário da autorização.

²⁷ Cf. nota 23.

²⁸ As Requerentes e o CADE celebraram um Acordo em Controle de Concentrações neste caso, no valor de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Até a presente data, trata-se da maior contribuição pecuniária ou multa em casos de *gun jumping*.

²⁹ Vide §35 do voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira (SEI nº 0156197)

Conclusões

Os casos acima analisados, apesar de pouco numerosos, indicam que o CADE tende a empreender uma análise estrita dos mecanismo de Autorização Precária, e até o momento da elaboração deste artigo, ainda não havia concedido tal autorização.

Nas oportunidades que o CADE teve de tecer considerações sobre o objetivo, o Conselho manifestou-se reforçando o caráter *excepcional* deste dispositivo, de modo a manter a eficácia do controle prévio de concentrações instituído na Lei 12.529/2011, e a necessidade de que as partes demonstrem de forma efetiva e satisfatória a incidência cumulativa das hipóteses que permitem a concessão da autorização precária contidas no Artigo 155, incisos, do RICADE.

O CADE esclareceu que o mecanismo pode não se aplicar para afastar prejuízos causados pelo momento escolhido pelas possíveis Requerentes de notificar tardiamente um ato de concentração - em ambos os casos julgados, a autoridade teceu manifestações neste sentido.

Os casos acima mencionados convergem quase todos (*Monsanto/Bayer; Hamburg Süd/Aliaça/MSC e Technicolor/Cisco*) sobre a necessidade das partes de demonstrar a falta de prejuízos à concorrência (que, de certa forma, é um juízo do CADE), a reversibilidade da medida (que poderia ser ajustada entre o CADE e as Requerentes, por exemplo, num acordo para a preservação da reversibilidade da operação em conjunto), mas sobretudo, de demonstrar e especialmente quantificar o prejuízo causado pela demora em uma decisão sobre o mérito do ato de concentração.

O QUE FAZER [OU NÃO FAZER] ATÉ QUE A DECISÃO FINAL DO CADE SEJA PROFERIDA: O *GUN JUMPING* E OS DESAFIOS DO SISTEMA DE CONTROLE PRÉVIO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Cristianne Saccab Zarzur
Leonardo Rocha e Silva
Marcos Pajolla Garrido

1. Introdução

Quando a Lei nº 12.529 entrou em vigor, em 29 de maio de 2012, as empresas com atuação no Brasil ficaram naturalmente apreensivas com a instituição de um sistema de controle prévio de atos de concentração econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Havia muitas dúvidas a respeito da capacidade de o CADE analisar operações em um prazo razoável, bem como sobre os atos que poderiam ser praticados e as informações que poderiam ser compartilhadas com a contraparte até a aprovação da operação pela autarquia.

Depois de quase 20 anos de vigência da Lei nº 8.884/94, a comunidade empresarial já havia se adaptado ao sistema de análise posterior de atos de concentração no Brasil, que permitia às empresas fecharem as operações antes de sua aprovação pelo CADE. Nesse contexto, raras foram as discussões sobre os limites que deveriam ser observados antes da aprovação do ato pela autoridade antitruste. A instituição de um sistema de controle prévio de atos de concentração, em sintonia com práticas consagradas em jurisdições mais maduras, certamente foi a mudança mais relevante trazida pela Lei de Defesa da Concorrência. Para as autoridades antitruste, tal mudança significou novos e importantes desafios. Como tratar de práticas que poderiam ser entendidas como consumação antecipada de atos de concentração econômica (*gun jumping*)? Como garantir que as empresas envolvidas em fusões, aquisições e *joint ventures* evitem condutas que possam ser caracterizadas como ilícitas antes da aprovação pelo CADE?

Este artigo tem como objetivo analisar como o CADE vem tratando questões de *gun jumping* desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência. A Seção 2 contém comentários sobre os aspectos legais relacionados ao sistema de análise prévia e as regras gerais instituídas para impedir a prática de *gun jumping* no Brasil. Na Seção 3 são apresentadas as diretrizes sobre *gun jumping* publicadas pelo CADE após a condução de algumas investigações, o chamado “Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica”. A Seção 4 contém uma análise de decisões paradigmas do CADE em casos envolvendo *gun jumping*. Em seguida, são apresentadas as principais conclusões e melhores práticas extraídas durante o período inicial de implementação do sistema de controle prévio de atos de concentração pelo CADE, com foco nas condutas que empresas com negócios no Brasil devem evitar antes de obter a aprovação da autoridade antitruste (Seção 5).

2. Sistema de controle prévio de atos de concentração econômica e questões de gun jumping: regras gerais

Nos termos do artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência, determinadas operações configuram atos de concentração econômica, sujeitando-se, portanto, à análise prévia pela autoridade antitruste nas seguintes hipóteses:

- i duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- ii uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas³⁰;
- iii uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- iv duas ou mais empresas celebram contrato associativo³¹, consórcio ou *joint venture*³² (exceto quando destinados à participação em licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes).

Referidos atos de concentração devem ser notificados e submetidos à aprovação prévia do CADE sempre que envolverem, cumulativamente, os seguintes critérios mínimos³³:

- i pelo menos um dos grupos econômicos³⁴ envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto ou volume de negócios no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e
- ii pelo menos um outro grupo econômico envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto ou volume de negócios no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

A principal alteração na estrutura de análise de atos de concentração econômica foi introduzida pelo artigo 88, § 3, da Lei de Defesa da Concorrência, e está mais especificamente detalhada nos artigos 147 e 152 do Regimento Interno do CADE. Nesse contexto, os atos de concentração sujeitos à submissão obrigatória ao CADE não podem ser consumados antes da

³⁰ A Resolução CADE nº 2 estabelece algumas exceções com relação à aquisição de participações societárias, subscrição e oferta pública de títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações.

³¹ A Resolução CADE nº 17 disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos.

³² Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, atos destinados à participação em licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes não caracterizam atos de concentração e, portanto, não estão sujeitos à notificação obrigatória.

³³ Os valores mínimos foram ajustados na forma do artigo 1º da Portaria Interministerial nº 994/12.

³⁴ Na forma da Resolução CADE nº 2, para fins de cálculo do faturamento bruto, considera-se grupo econômico: (i) as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e (ii) as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. No caso de fundos de investimento, a análise deve englobar: (i) o grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas, e (ii) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. Os faturamentos brutos registrados por um grupo econômico representam a soma do faturamento bruto total das respectivas empresas dele integrantes (e não proporcional) no ano anterior à operação.

decisão final³⁵ da autoridade antitruste, sob pena de violação da lei e caracterização da prática de *gun jumping*.

De acordo com o Regimento Interno do CADE³⁶, as partes de um ato de concentração de notificação obrigatória deverão manter suas estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a decisão final das autoridades no âmbito administrativo. Da mesma forma, ficam proibidas transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não sejam estritamente necessárias para avaliar a viabilidade do negócio e permitir a celebração de um instrumento formal e vinculativo entre as partes. Tal procedimento tem por objetivo evitar eventuais prejuízos irreversíveis ao mercado e assim resguardar o interesse público.

Contudo, especificamente no que diz respeito às práticas que possam ou não configurar infração à ordem econômica, a redação da Lei de Defesa da Concorrência e do Regimento Interno do CADE não esclarece quais atos poderiam ser potencialmente interpretados como consumação de uma operação. Assim, empresas em fase de negociação de atos de concentração no Brasil ficaram expostas a um considerável grau de incerteza quanto ao tipo de informação que poderia ser compartilhado durante as negociações e sobre os atos que poderiam praticar sem caracterizar a prática de *gun jumping*. Tais questões ganharam ainda mais relevância em virtude das punições fixadas em caso de violação à lei.

As punições por prática de *gun jumping* no Brasil incluem multas pecuniárias que variam entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões, possível declaração de nulidade dos atos praticados pelas partes antes da aprovação do CADE, bem como abertura de procedimento administrativo para apuração de potenciais condutas anticompetitivas. Essas punições podem ser aplicadas pelo CADE, a seu exclusivo critério, levando-se em consideração a boa-fé das partes, a extensão do prejuízo à concorrência, a condição econômica das partes, dentre outros fatores³⁷.

Em função do caráter amplo das regras instituídas em 2012, considerando as necessidades específicas das empresas ao realizar negócios no Brasil, e também devido às incertezas em relação à necessidade de notificar determinados atos de concentração que não eram sujeitos à submissão obrigatória no regime legal anterior, o CADE logo teve que lidar com questões envolvendo práticas de *gun jumping*. Como será detalhado a seguir, entre 2013 e 2015, a Superintendência-Geral do CADE identificou práticas de *gun jumping* em cinco casos, tendo decidido celebrar acordos com as empresas envolvidas (os chamados “Acordos em

³⁵ No caso de atos de concentração aprovados pela Superintendência-Geral, o Regimento Interno do CADE estabelece um prazo de 15 dias após a decisão, em que terceiros interessados poderão interpor recursos ou pedidos de revisão pelo Tribunal.

³⁶ Artigo 147, § 2.

³⁷ Na prática, o porte da operação e a condição econômica das partes foram os principais critérios adotados pelas autoridades para balizar as contribuições pecuniárias negociadas pelo CADE nos primeiros casos envolvendo infrações de *gun jumping*. As autoridades ainda apontaram para a seriedade da violação, no sentido de que práticas de *gun jumping* são extremamente nocivas ao mercado. Nesse sentido, Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19 (Requerentes: OGX Petróleo e Gás e Petróleo Brasileiro S.A.). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 28.8.2013. Ato de Concentração nº 08700.008289/2013-52 (Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A.). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014; Ato de Concentração nº 08700.008292/2013-76 (Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014. Ato de Concentração nº 08700.002285/2014-41 (Requerentes: FIAT S.P.A. e Chrysler Group LLC). Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 14.5.2014. Maiores detalhes sobre o mérito da análise e configuração de *gun jumping* nesse casos são apresentados na Seção 4 abaixo.

Controle de Concentração – ACC”). No contexto de referidos acordos, as empresas concordaram em pagar contribuições pecuniárias ao CADE após admitirem a prática de atos não permitidos antes da aprovação das operações pela autoridade antitruste.

Em junho de 2015, visando a garantir maior segurança jurídica no âmbito das investigações sobre práticas de *gun jumping*, foi editada a Resolução CADE nº 13, dispondo sobre procedimentos administrativos específicos para apuração de (i) atos de concentração de submissão obrigatória, notificados e consumados antes de aprovados pelo CADE, e (ii) atos de concentração de submissão obrigatória, não notificados e consumados antes de aprovados pelo CADE. Quase que simultaneamente, em maio de 2015, o CADE emitiu também o guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica (“Guia de *Gun Jumping*”)³⁸ com o objetivo de reduzir incertezas conceituais ao estabelecer parâmetros específicos para evitar práticas de *gun jumping*. As principais disposições do Guia de *Gun Jumping* são descritas a seguir.

3. O Guia de Gun Jumping

O Guia de Gun Jumping é dividido essencialmente em três seções: (i) descrição de atividades que podem caracterizar práticas de *gun jumping*; (ii) procedimentos que podem mitigar riscos de *gun jumping*, e (iii) punições, cuja redação é basicamente a mesma daquela trazida tanto pela Lei de Defesa da Concorrência quanto pelo Regimento Interno CADE.

3.1 Práticas de *gun jumping*

A primeira seção do Guia de *Gun Jumping* divide as atividades relacionadas a atos de concentração econômica que podem gerar preocupações em três principais grupos: (i) compartilhamento de informações sensíveis entre agentes econômicos; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos; e (iii) atividades das partes antes e durante a implementação dos atos de concentração.

3.1.1. Compartilhamento de informações sensíveis

Quanto ao primeiro grupo, as autoridades buscam evitar que informações comerciais e concorrencialmente sensíveis sejam compartilhadas entre as partes antes da aprovação pela autoridade antitruste. O CADE reconhece que qualquer negociação prévia implica um certo nível de interação entre as partes, mas entende que a extensão e o grau de interação devem ser cuidadosamente avaliados exclusivamente em relação à viabilidade do negócio que está sendo discutido.

Conforme detalha o Guia de *Gun Jumping*, informações concorrencialmente sensíveis referem-se a dados específicos sobre custos; nível de capacidade e planos de expansão; estratégias de marketing; precificação de produtos (preços e descontos); principais clientes e descontos assegurados; salários de funcionários; principais fornecedores e termos e condições

³⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Último acesso em 10.8.2017.

de contratos de fornecimento; informações não públicas sobre marcas e patentes e pesquisa & desenvolvimento (P&D); planos de aquisições futuras; e estratégias competitivas.

3.1.2. Cláusulas Contratuais

O segundo grupo trata das regras que disciplinarão a relação entre agentes econômicos antes da decisão final do CADE. Como já mencionado, essa medida visa a manter o mais elevado nível de independência entre as partes (e, por consequência, o ambiente concorrencial o mais intacto possível).

Conforme descrito no Guia de *Gun Jumping*, algumas cláusulas contratuais podem caracterizar práticas de *gun jumping*, tais como: cláusulas de pagamento antecipado integral ou parcial de contraprestação não reembolsável (com exceção de sinal de pagamento normalmente realizado em transações comerciais, depósito em conta bloqueada – *escrow*, ou cláusulas de *break-up fees*); cláusulas estabelecendo que a data de vigência do contrato antecede a data de sua celebração, implicando alguma integração entre as partes; cláusulas estabelecendo obrigações prévias de não-concorrência; cláusulas que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos e sensíveis dos negócios da outra (tais como preços, clientes, políticas comerciais e outros aspectos que não reflitam mera proteção do investimento); quaisquer cláusulas que prevejam atividades que não possam ser revertidas em momento posterior ou cuja reversão implique em custos significativos.

3.1.3. Atividades antes da aprovação

O terceiro e último grupo refere-se às atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração e que possam ser interpretadas como consumação da operação, no todo ou em parte, sem a aprovação prévia do CADE. Nesse ponto específico, o Guia de *Gun Jumping* enumera algumas práticas que podem suscitar maiores preocupações, tais como: recebimento de lucros ou outros pagamentos vinculados ao desempenho da contraparte (*earn-outs*); transferência e/ou usufruto de ativos em geral (inclusive de valores mobiliários com direito a voto), exercício de direito de voto ou de influência relevante sobre as atividades da contraparte; desenvolvimento de estratégias conjuntas de vendas ou marketing de produtos que configurem gestão unificada; integração de força de vendas; licenciamento de uso de propriedade intelectual exclusivo à contraparte; desenvolvimento conjunto de produtos; indicação de membros em órgão de deliberação; e interrupção de investimentos.

3.2 Mitigação de riscos

O Guia de *Gun Jumping* apresenta as principais medidas, já consagradas em outras jurisdições, que podem ser adotadas por empresas para mitigar riscos de caracterização de práticas de *gun jumping*, tais como:

- i formalização de um protocolo antitruste com procedimentos específicos a serem observados pelas partes até a decisão final do CADE;
- ii estabelecimento de times limpos (“*clean teams*”) e/ou comitês executivos para tratar das informações que serão compartilhadas com relação ao ato de concentração;

- iii formação do *clean team* como único ponto de contato entre as partes, fixando-se um método específico para o compartilhamento de informações;
- iv celebração de um termo de confidencialidade por integrantes do *clean team* e do comitê executivo;
- v garantia de que informações comerciais e concorrencialmente sensíveis recebidas pelo *clean team* sejam transmitidas ao comitê executivo de forma agregada e/ou histórica³⁹ e somente quando estritamente necessário para uma decisão fundamentada sobre as negociações;
- vi monitoramento das discussões entre integrantes do comitê executivo sobre a operação (*parlor room*), garantindo assim que nenhuma informação sensível seja divulgada e nenhuma medida seja tomada de forma a interferir no curso normal dos negócios de cada parte.

Alguns esclarecimentos práticos são importantes especificamente em relação à formação de *clean teams*, que usualmente suscitam mais questionamentos por agentes econômicos, e ao mesmo tempo constituem um dos principais artifícios trazidos pelo Guia de *Gun Jumping* para conferir maior segurança nas negociações, sobretudo em operações complexas, consequentemente mitigando riscos de *gun jumping*. *Clean teams* são essencialmente comitês independentes, que podem ser formados por funcionários das partes, consultores independentes ou ambos, que têm como objetivo enviar, receber, reunir, analisar e tratar as informações relativas ao ato de concentração, que de outra forma não seriam, e não poderiam ser, compartilhadas entre as partes.

Dada a importância dos *clean teams*, uma primeira recomendação é que seus membros, quando também funcionários das empresas envolvidas na operação em análise, estejam o mais desvinculados possível das atividades operacionais e comerciais das suas respectivas empresas. Nesta hipótese, ainda, devem solicitar e receber informações apenas de sua empresa de origem, reportando-se aos membros do comitê executivo (comitê independente formado por executivos de cada empresa), que devem receber, ao mesmo tempo, informações idênticas para avaliação. Uma boa disciplina e limitação dos canais de comunicação, com um fluxo de informação bem definido coordenado, evita que haja acessos indevidos e até vazamento de dados.

Além disso, o instrumento contratual que disciplina a formação e atuação do *clean team* deve ser suficientemente específico para indicar as informações que serão compartilhadas, enquanto estritamente necessárias para as negociações, e ao mesmo tempo amplo o suficiente para evitar que constitua um entrave às negociações. Um documento objetivo e bem elaborado, vale dizer, não só garante maior segurança às partes, como também reduz o tempo de negociação, permitindo que as partes foquem em questões essenciais da operação, e alcancem um acordo de forma mais eficiente.

3.3 *Punições*

Por fim, o Guia de *Gun Jumping* ratifica a aplicação das punições previstas na Lei de Defesa da Concorrência e estabelece que a imposição de multas pecuniárias levará em conta o estágio da operação (se e quando ela foi notificada e consumada), a natureza da decisão do CADE (se a operação foi reprovada ou aprovada com ou sem restrições), a existência de

³⁹ O Guia de *Gun Jumping* recomenda um período de no mínimo três meses de sua ocorrência.

sobreposição horizontal ou integração vertical entre as partes, bem como suas respectivas condições econômicas. O CADE poderá inclusive realizar apurações mais detalhadas para verificar se existem possíveis condutas anticompetitivas relacionadas à integração de estruturas decorrente do ato de concentração, com a possível declaração de nulidade dos atos realizados pelas partes, dependendo da gravidade das circunstâncias que envolvem tal conduta.

4. Casos envolvendo a prática de *gun jumping*

Conforme mencionado, desde que a Lei de Defesa da Concorrência entrou em vigor, há cinco anos, o CADE teve a oportunidade de analisar alguns casos envolvendo a prática de *gun jumping*. Alguns desses casos serviram de base para determinadas orientações apresentadas e consolidadas no Guia de *Gun Jumping*. Nesse contexto, precedentes recentes proporcionam maiores esclarecimentos sobre como as autoridades interpretam a conduta das empresas e aplicam os artigos específicos que tratam da prática de *gun jumping*.

É razoável considerar que o caso paradigma envolvendo práticas de *gun jumping* no Brasil é o ato de concentração *OGX/Petrobras*⁴⁰, que envolveu a aquisição, pela OGX, de 40% de participação da Petrobras em um contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás. Em decisão emitida em agosto de 2013, o CADE entendeu que o contrato entre as partes entrou em vigor imediatamente após sua assinatura e, portanto, antes da aprovação do CADE. De acordo com o órgão, o contrato permitia o compartilhamento de informações confidenciais entre as empresas; a OGX teria participado das decisões que seriam tomadas pela Petrobras relativamente ao contrato de concessão; e a OGX teria participado de reuniões para discussão de aspectos técnicos e operacionais da concessão. Além disso, o contrato não teria estabelecido que a aprovação da autoridade antitruste era condição precedente ao fechamento da operação. No mérito, a operação foi aprovada. Entretanto, as partes acordaram o pagamento de uma contribuição pecuniária no valor de R\$ 3 milhões e, ainda, reconheceram a prática de *gun jumping*.

Depois do caso *OGX/Petrobras*, o CADE julgou outros atos de concentração⁴¹ envolvendo supostas práticas de *gun jumping* e as principais conclusões da autoridade foram

⁴⁰ Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19. Requerentes: OGX Petróleo e Gás e Petróleo Brasileiro S.A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 28.8.2013.

⁴¹ Ato de Concentração nº 08700.008289/2013-52. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014; Ato de Concentração nº 08700.008292/2013-76. Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 5.2.2014. Ato de Concentração nº 08700.002285/2014-41. Requerentes: FIAT S.P.A. e Chrysler Group LLC. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 14.5.2014. No caso Petrobras/Total E&P (Ato de Concentração nº 08700.007899/2013-39 - Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. e Total E&P do Brasil Ltda.), o CADE concluiu que não houve prática de *gun jumping* e a operação foi aprovada pelo Tribunal em 9 de abril de 2014. No caso JBS/Tramonto, as partes alegaram que a notificação da operação às autoridades antitruste não era obrigatória no contexto de um contrato de locação de frigoríficos. O CADE discordou, exigiu que a operação fosse notificada e aplicou uma multa pela consumação do ato de concentração econômica antes de sua aprovação pela autoridade antitruste, no valor de R\$ 388.718,45 (Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.007160/2013-27 – Partes: JBS S.A., Tinto Holding Ltda., Unilav Industrial Ltda., Flora Produtos de Higiene e Limpeza Ltda. e Tramonto Alimentos S.A., julgado pelo Tribunal em 17.8.2016). No caso Goiás Verde/Brasfrigo, o CADE também exigiu que o ato de concentração fosse notificado após comunicados à imprensa sobre o teor da operação, e concluiu que as partes consumaram a operação antes da aprovação antitruste. (Ato de Concentração nº 08700.010394/2014-32. Requerentes: Goiás Verde Alimentos Ltda., Brasfrigo Alimentos Ltda. e Brasfrigo S/A. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 22 de abril de 2015). No caso GNL/Gasmig, a operação foi notificada

compiladas no Guia de *Gun Jumping*. Em resumo, o CADE entendeu que os atos indicados abaixo caracterizariam *gun jumping* se praticados antes da aprovação final da autoridade antitruste:

- Pagamento do preço, já que haveria uma alteração na dinâmica da concorrência entre as partes em termos de lucros e obrigações;
- Participação efetiva de uma parte na tomada de decisões da outra, tais como consolidação de gestão ou ingerência nas atividades operacionais;
- Apresentação pública conjunta das partes, como se fossem uma única empresa;
- Comunicados à imprensa e aos investidores sobre o fechamento/consumação da operação;
- Participação da adquirente nos custos e resultados da empresa-alvo;
- Compartilhamento de informações e poder decisório relativamente a questões comercial e concorrencialmente sensíveis;
- Ausência de cláusula no contrato estabelecendo que a aprovação do CADE constitui condição precedente ao fechamento da operação.

Desde que houve o lançamento do Guia de *Gun Jumping* em 2015 e recomendações mais claras às partes envolvidas na operação passaram a vigorar, o CADE julgou três atos de concentração que merecem destaque, já que fornecem esclarecimentos adicionais sobre o entendimento da autoridade.

No caso *Reckitt/Hypermarcas*⁴², envolvendo a aquisição, pela Reckitt, do negócio brasileiro de preservativos e lubrificantes pertencente à Hypermarcas, a Superintendência-Geral considerou que as partes incorreram na prática de *gun jumping* em função de um sinal de pagamento de 20% realizado pela Reckitt. O Tribunal, entretanto, discordou desse entendimento e considerou que o sinal de pagamento é prática comum em transações comerciais e, no caso específico⁴³, foi proporcional, enquadrando-se nas exceções previstas no Guia de *Gun Jumping*. O Tribunal concluiu que sinais de pagamento e *break-up fees* poderiam ser estabelecidos no mesmo contrato e até mesmo ser mutuamente compensados se a operação sob análise fosse eventualmente rejeitada. Contudo, o Tribunal foi enfático no sentido de que tais cláusulas deveriam ser consideradas como exceção à regra geral, que proíbe sinais de pagamento antes da aprovação do CADE.

O segundo caso, ato de concentração *Technicolor/Cisco*⁴⁴, refere-se à aquisição, pela Technicolor, do negócio de CPE (equipamento nas instalações do consumidor) pertencente à Cisco, no contexto de uma operação global. A operação foi consumada mundialmente sem a aprovação do CADE, mas as partes informaram a autoridade antitruste sobre o seu fechamento, argumentando sobre a necessidade de urgência em implementar o negócio e a ausência de

ao CADE quase um ano após sua celebração, e as autoridades concluíram que os atos de consumação, como pagamentos e prestação de serviços, foram praticados antes de sua aprovação pela autoridade antitruste (Ato de Concentração nº 08700.000137/2015-73. Requerentes: GNL Gemini Comercialização e Logística Ltda. e Companhia de Gás de Minas Gerais. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 24.6.2015).

⁴² Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.005408/2016-68. Partes: Reckitt Benckser (Brasil) Ltda. e Hypermarcas S.A. Arquivado pelo Tribunal em 17.8.2016.

⁴³ O Relator do caso mencionou que o CADE não deveria estabelecer um valor fixo para sinais de pagamentos sob o argumento de que cada caso tem suas particularidades.

⁴⁴ Ato de Concentração nº 08700.011836/2015-49. Requerentes: Technicolor S.A. e Cisco Systems, Inc. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 20.1.2016.

impactos negativos no mercado brasileiro. Especificamente nesse caso, o Tribunal foi instado a decidir sobre *carve-out agreements*, em que uma jurisdição (na qual a aprovação da autoridade antitruste estaria pendente) seria blindada dos demais mercados, de forma a permitir o fechamento parcial da operação. O Tribunal rejeitou os argumentos apresentados pelas partes e afirmou que a maioria das autoridades antitruste no mundo são relutantes em aceitar *carve-out agreements* para fins de excluir ou mesmo mitigar práticas de *gun jumping*, considerando a incerteza de sua efetividade (principalmente todas as dificuldades para controlar/impedir o intercâmbio de informações sensíveis). Em outras palavras, de acordo com o entendimento do CADE, as partes deveriam ter aguardado a aprovação da operação e o *carve-out agreement* não evitaria a caracterização da prática de *gun jumping*. Um Acordo em Controle de Concentração foi então negociado entre o Tribunal e as partes, resultando em uma contribuição pecuniária de R\$ 30 milhões, a mais alta até o momento no Brasil no contexto de práticas de *gun jumping*.

Por fim, no caso *Blue Cycle/Shimano*⁴⁵, referente à formação de uma *joint venture* para distribuição exclusiva no Brasil de produtos para ciclismo da Shimano, o Tribunal pela primeira vez aplicou o dispositivo que trata da nulidade prevista no artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência. Ainda que a operação em si não tenha sido anulada, o Tribunal aplicou essa punição relativamente ao contrato de fornecimento associado à *joint venture* até que a decisão final de mérito fosse finalmente proferida.

5. Conclusão: o que fazer e não fazer até a aprovação do CADE

Passados quase cinco anos desde a vigência da Lei de Defesa da Concorrência, o CADE envidou extensos esforços para identificar o que de fato constitui prática de *gun jumping* e assim diminuir a insegurança dos agentes econômicos.

Nesse sentido, e observados os critérios estabelecidos no Guia de *Gun Jumping*, há três fases principais que devem ser objeto de maior atenção pelas partes a fim de evitar eventuais condutas infrativas de *gun jumping*:

- i* *Negociações que precedem a operação*: durante essa fase, é importante garantir que quaisquer informações sensíveis a serem compartilhadas entre as partes sejam cuidadosamente analisadas e que um protocolo seja adotado para evitar o uso indevido de tais informações;
- ii* *Redação de contratos*: durante essa fase, além das preocupações com o compartilhamento de informações, as partes devem assegurar que as cláusulas contratuais sejam elaboradas de tal forma que não haja qualquer interferência entre elas até a aprovação do CADE;
- iii* *Após a assinatura, antes da aprovação*: durante essa fase, além das preocupações com o compartilhamento de informações, as partes devem manter o curso normal de seus negócios sem nenhuma ingerência de uma sobre a outra.

A obtenção de aprovação prévia para um ato de concentração de notificação obrigatória é essencial para evitar danos irreversíveis ao mercado e aos consumidores. Portanto, se, de um lado, as partes devem garantir que as condições de mercado sejam mantidas nesse

⁴⁵ Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002655/2016-11. Partes: Blue Cycle Distribuidora S.A., RR Participações S.A., Douek Participações Ltda. e Shimano Inc. Acordo em Controle de Concentração aprovado pelo Tribunal em 27.7.2016.

interim, de outro, as autoridades devem envidar seus melhores esforços para assegurar que seja realizada uma análise precisa e que a decisão final seja proferida em tempo hábil. Definitivamente, o CADE promoveu grandes progressos nessa área, conforme demonstram as diretrizes e decisões aqui examinadas.

ACORDOS DE *CARVE-OUT* OPERAÇÕES TRANSNACIONAIS E O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL APÓS O CASO CISCO/TECHNICOLOR

José Carlos Berardo
Paulo Eduardo Lilla

1 Introdução

As operações internacionais sujeitas a diferentes regimes de controle concentrações geralmente são complexas e envolvem planejamento significativo e coordenação das notificações dos atos de concentração em diferentes jurisdições, de modo a garantir a fluidez do processo de análise e aprovação dentro de prazo razoável. Tendo em vista o número considerável de países com regimes de controle de concentrações, a coordenação das notificações em múltiplas jurisdições costuma ser uma tarefa bastante complexa.

Uma das questões mais recorrentes no planejamento e coordenação de concentrações multi-jurisdicionais é saber em que medida as partes poderiam fechar a operação em jurisdições nas quais a decisão final já tenha sido proferida, sem resultar em *gun jumping* (consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste) naquelas jurisdições onde a decisão ainda esteja pendente. A questão é saber em que medida uma lei antitruste local permitiria a consumação de uma operação internacional no exterior sem ferir as normas que estabelecem o controle prévio de concentrações?

Aceitos em determinadas legislações antitruste nacionais, os acordos de *carve-out* costumam ser apontados como alternativa para mitigar os riscos de *gun jumping* em operações transnacionais sujeitas ao controle de concentrações em múltiplas jurisdições. Estes acordos – quando aceitos – permitem que as partes isolem os efeitos do fechamento de uma operação global em jurisdições nas quais a autorização não tenha sido concedida, eliminando, assim, o risco de *gun jumping* naquelas jurisdições na qual a autorização ainda está pendente.

Entretanto, as autoridades antitruste internacionais têm visto com muita reticência e desconfiança o uso dos acordos de *carve-out* no controle de atos de concentração de caráter global. Mesmo nas jurisdições nas quais estes acordos são aceitos, há exigências claras que devem ser cumpridas para que seja possível isolar o negócio e/ou ativo local dos negócios ou ativos globais, sem infringir o caráter prévio da análise concorrencial.

No Brasil, esta questão foi analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE no Ato de Concentração n.º 08700.009018/2015-86, envolvendo as empresas Cisco Systems Inc. (“Cisco”) e Technicolor S/A (“Technicolor”).¹ Em 20 de janeiro de 2016, o Tribunal do CADE multou a Cisco e a Technicolor em R\$ 30 milhões em decorrência da prática de *gun jumping*. Em sua decisão, o CADE rejeitou expressamente o chamado “acordo

¹ Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração – APAC 08700.011836/2015-49.

de *carve-out*”.² Apesar de as partes terem celebrado o acordo de *carve-out* para excluir os efeitos do fechamento no Brasil, o CADE entendeu que o acordo não foi suficiente para evitar a prática de *gun jumping*. De acordo com o CADE, não são aceitáveis arranjos contratuais com o objetivo de isolar os efeitos do fechamento de uma operação internacional em outras jurisdições, enquanto a “parte” que diz respeito ao Brasil é bloqueada (*carved out*) e ainda sujeita à aprovação da análise do ato de concentração.

Apesar da posição incisiva do CADE contrária aos acordos de *carve-out*, não há qualquer referência a esses arranjos nas normas brasileiras que tratam da análise prévia de atos de concentração. De acordo com tais regras, a proibição do *gun jumping* apenas estabelece que as partes não (i) deverão modificar as estruturas físicas, nem transferir ou combinar ativos; (ii) deverão influenciar as decisões comerciais da outra parte; nem (iii) trocar informações concorrencialmente sensíveis.

Até a decisão do caso *Cisco/Technicolor*, era possível argumentar que, teoricamente, a proibição da prática de *gun jumping* não afetaria as atividades de integração realizadas fora do Brasil, desde que as sociedades, ativos e negócios operantes no Brasil permanecessem independentes. Isso se dá por conta da “teoria dos efeitos” prevista na Lei n.º 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”). De acordo com essa teoria, a Lei somente é exequível em relação às operações realizadas no Brasil, ou que possam produzir efeitos no território brasileiro. Assim, se a parte brasileira de uma operação global for devidamente “segregada” ou isolada (*carved out*) da operação, o fechamento ocorrido em outros países não produziria efeitos no país, de forma que não haveria infração decorrente da prática de *gun jumping* no âmbito local.

De qualquer maneira, conforme reconhecido na decisão do CADE no caso da *Cisco/Technicolor*, os acordos de *carve-out* são de difícil monitoramento e sua eficácia é bastante questionável para evitar a troca de informações sensíveis entre concorrentes. De acordo com o CADE, as partes de uma operação global não conseguiriam isolar os efeitos decorrentes do fechamento internacional no Brasil, tendo por este motivo decidido estabelecer a proibição geral dos acordos de *carve-out*, sem estabelecer mais considerações sobre os possíveis cenários nos quais estes acordos poderiam efetivamente isolar o Brasil em relação ao fechamento realizado em qualquer outra jurisdição.

O objetivo deste artigo é avaliar criticamente o ato de concentração *Cisco/Technicolor*, colocando em perspectiva o entendimento de que os acordos de *carve-out* seriam ilícitos independente dos efeitos reais do fechamento no Brasil. Também avaliaremos as possíveis alternativas quanto à estruturação da operação que possam permitir, com sucesso, a separação (*carve out*) da parte brasileira da negociação, conforme os termos da “teoria dos efeitos” estabelecida na Lei de Defesa da Concorrência.

2 Controle dos atos de concentração e prática de *gun jumping* no Brasil

2.1 Regras gerais de controle dos atos de concentração

A grande inovação trazida pela atual Lei de Defesa da Concorrência foi estabelecer um regime suspensivo para a análise de atos de concentração econômica, impondo, assim, o

² As partes celebraram Acordo em Controle de Concentração (“ACC”) com o CADE por meio do qual reconheceram a consumação prévia da operação e aceitaram o pagamento da multa.

dever de notificação prévia dessas operações ao CADE, impedindo que as partes procedam ao fechamento da operação antes da decisão definitiva da autoridade antitruste.

O Artigo 2 da Lei de Defesa da Concorrência define a sua aplicabilidade territorial, e, conseqüentemente, a competência do CADE. O dispositivo estabelece que: (i) a lei aplica-se às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos, e (ii) a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante será considerada domiciliada no Brasil.

Com base na “teoria dos efeitos”, se uma operação de concentração for realizada no exterior, sem qualquer relação com o mercado brasileiro, não deveria estar sujeita ao controle de concentrações no Brasil. Entretanto, avaliar se uma operação realizada no exterior produz efeitos no mercado brasileiro nem sempre é uma tarefa simples, uma vez que não há qualquer regra *de minimis* contendo orientações quanto ao montante das vendas realizadas no mercado brasileiro a ser considerado relevante e sujeito, assim, à jurisdição do CADE. Exploraremos esta questão de maneira mais detalhada nos próximos itens deste artigo.

2.2 *Gun jumping*: consumação prévia de operações de notificação obrigatória

Conforme dito anteriormente, as operações de notificação obrigatória (sujeitas ao controle obrigatório e preventivo da autoridade concorrencial) não poderão ser “consumadas” antes da decisão final proferida pelo CADE.

É nesse sentido que o Artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência dispõe que o controle dos atos de concentração será prévio (§2º), e que estes não podem “ser consumados antes de apreciados” (§3º), determinando, ainda, que “*até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas*”. A infração desses dispositivos, além de implicar eventual nulidade do ato jurídico, pode resultar em multa pecuniária de até R\$ 60 milhões, além de possível decretação de nulidade dos atos de consumação prematura, sem prejuízo da abertura de processo administrativo contra as partes envolvidas por potencial infração à ordem econômica.

Já o Artigo 108, § 2º do Regimento Interno estabelece de maneira mais detalhada, mas ainda assim de forma panorâmica, os atos que poderiam caracterizar infração ao art. 88 da Lei, ao dispor que “*as partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do CADE, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes*”

Em suma, considerando as normas acima mencionadas, as partes não podem fechar qualquer operação de notificação obrigatória e nem modificar as condições concorrenciais entre si, até que a autoridade antitruste tenha proferido a sua final decisão de autorização.

Estas regras amplas referentes à prática de *gun jumping* geraram incerteza jurídica quanto a quais medidas as partes de uma operação de notificação obrigatória poderiam adotar ao realizarem auditoria legal (*due diligence*) e planejamento do negócio, até que o CADE profira a sua decisão final. Em 2015, com base nos poucos casos sobre o tema decididos nos primeiros anos subsequentes à promulgação da Lei de Defesa da Concorrência, o CADE

publicou o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica (o “Guia”).

Apesar de o Guia não trazer muitas novidades sobre o tema, limitando-se a consolidar práticas internacionais, as suas diretrizes oferecem maior transparência e certeza jurídica quanto às operações societárias sujeitas ao controle dos atos de concentração no Brasil.

O Guia indica de maneira clara a posição atual do CADE em relação ao que as partes de podem fazer, ou evitar, antes da decisão final da autoridade concorrencial. Além disso, o Guia estabelece o que o CADE entende como prática de *gun jumping*, e quais tipos de condutas as partes devem evitar para não incorrer em consumação prematura da operação e, assim, evitar riscos de *gun jumping*.

De acordo com o “Guia, é possível afirmar que os atos suscetíveis de caracterizar *gun jumping* normalmente envolvem: (i) trocas de informações concorrencialmente sensíveis além daquelas necessárias para a consecução da operação; (ii) transferência de ativos; (iii) influência de uma parte sobre a outra; e (iv) pagamento antecipado, total ou parcial, que não seja caracterizado como mero sinal ou arras. Todos os esforços do CADE neste contexto alinham-se à orientação sobre, dentro de cada um desses tipos de atos, quais medidas são proibidas pela Lei, não sendo possível extrair posicionamento definitivo para casos específicos.

O Guia também traz recomendações para auxiliar as partes na mitigação de riscos, como, por exemplo, para o estabelecimento dos chamados “*clean teams*” e salas de conversa (“*parlor rooms*”), para os fins de processamento de informações sensíveis com vistas a impedir que sejam acessadas pelos executivos e equipes dos departamentos comercial ou de marketing da compradora. Estas medidas são altamente recomendadas em operações complexas que exigem troca significativa de informações nas negociações e em procedimentos auditoria legal (*due diligence*).

Contudo, nenhuma das regras incluídas na Lei de Defesa da Concorrência e no Regimento Interno do CADE, nem mesmo no Guia, contém indicação clara sobre se os acordos de *carve-out* em concentrações internacionais poderiam configurar prática de *gun jumping* em violação ao regime suspensivo. Dessa forma, na ausência de orientação clara neste sentido, seria possível presumir que a proibição do *gun jumping* não alcançaria as atividades de integração realizadas fora do Brasil, desde que as sociedades, ativos e negócios operantes no Brasil permanecessem independentes.

Com base nesta interpretação, se a parte brasileira da operação global for devidamente ‘segregada’ (*carved out*) do restante da operação, a consumação havida em outros países seria incapaz de produzir efeitos no Brasil, de modo que, nessa hipótese, não haveria que se falar em *gun jumping* no âmbito local.

No caso do ato de concentração da *Cisco/Technicolor*, o CADE rejeitou expressamente o uso dos “acordos de *carve-out*” para mitigar os riscos de *gun jumping* em operações internacionais. Neste caso, apesar de as partes terem celebrado um acordo de *carve-out* para excluir os efeitos do fechamento no Brasil, o CADE chegou à conclusão de que referido acordo não teria sido suficiente para evitar a prática de *gun jumping*, conforme detalharemos melhor no Item 4, abaixo.

Antes de entrar nas especificidades do caso *Cisco/Technicolor*, vale esclarecer o conceito e o escopo dos chamados “acordos de *carve-out*” em operações internacionais e, mais

especificamente, estabelecer a relação entre tais acordos e o “teste dos efeitos” estabelecida na Lei de Defesa da Concorrência.

3. Os Acordos de *carve-out* nas operações internacionais e o “teste dos efeitos” de acordo com a Lei Antitruste Brasileira

O artigo 2 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece a aplicabilidade da Lei com base na avaliação dos possíveis efeitos locais de uma determinada operação ou conduta anticoncorrencial. Por esse motivo, o CADE não possui competência sobre atos que não produzam efeitos no mercado Brasileiro.

O teste para determinar se uma operação realizada ou conduta praticada em outra jurisdição produz “efeitos locais” tem sido, em geral, bastante objetivo, considerando a redação ampla do artigo 2: “*Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos*”. Deste modo, não há um conjunto claramente estabelecido de condições necessárias e suficientes que devam ser cumpridas para identificar quais práticas realizadas no exterior estariam sujeitas à jurisdição do CADE.

Não há também uma linha consistente e convergente de precedentes associada a este tema. Desse modo, não há, até o presente momento, uma prática geral que possa ser seguramente extraída dos precedentes. Por conta disso, caso se decida por assumir uma postura mais conservadora, é necessário levar em consideração que o CADE tem competência sobre as práticas (operações ou infrações) que venham a afetar os consumidores locais, mesmo que indiretamente.³

A interpretação mais apropriada do escopo do Artigo 2 é essencial à discussão da legalidade dos acordos de *carve-out* envolvendo o Brasil, justamente porque a ausência de jurisdição do CADE sobre um determinado aspecto de uma operação de notificação obrigatória constitui a base jurídica para contestar qualquer alegação de prática de *gun jumping*.

Em outras palavras, de acordo com a redação do Artigo 2, o acordo de *carve-out* somente infringiria as regras locais de *gun jumping* caso o fechamento da operação em outra jurisdição seja capaz de afetar os consumidores locais, mesmo que indiretamente.

4 Decisão do CADE no caso *Cisco/Technicolor*

O caso diz respeito à aquisição global da subsidiária integral da Cisco pela Technicolor. A operação foi notificada no Canadá, Estados Unidos, Colômbia, Holanda e Ucrânia. No Brasil, foi notificada em 4 de setembro de 2015, sendo que a notificação foi considerada completa pelo órgão apenas em 16 de outubro do mesmo ano, após as partes apresentarem informações e documentos adicionais.

Durante a análise, a Superintendência Geral do (SG) do CADE tomou conhecimento de um *press release* publicado no site da Technicolor, por meio do qual as partes comunicaram

³ Diversas decisões referentes às investigações de cartel proferidas em 2016 parecem confirmar este entendimento (vide os Processos Administrativos nº 08012.005255/2010-11, 08012.005930/2009-79, 08012.000774/2011-74, 08700.009161/2014-97, 08012.000773/2011-20), mesmo de há pouquíssimas decisões especificamente relacionadas à questão da interpretação do artigo 2 em atos de concentração.

o início conjunto de suas atividades a partir daquela data, afirmando que a aquisição foi concluída em todas as jurisdições, com exceção do Brasil e Colômbia, onde a aprovação das respectivas autoridades antitruste permaneciam pendentes.

A publicação desse *press release* motivou a SG a instaurar Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração (“APAC”) para investigar se de fato teria havido a consumação prematura da operação (*gun jumping*), em violação ao art. 88, §3º, da Lei de Defesa da Concorrência.

4.1 Considerações do CADE nos acordos de *carve-out* em operações internacionais

Após a nota à imprensa confirmando o fechamento da operação no exterior, as partes informaram ao CADE que assinaram o acordo de *carve-out* para isolar a parte brasileira da operação em relação aos possíveis efeitos do fechamento no âmbito global.

Após a divulgação do fechamento da operação, as partes informaram à SG sobre a existência de um “*carve-out agreement*”, que teria o objetivo de blindar o Brasil dos potenciais efeitos do fechamento da operação em nível mundial.

Nesse sentido, o Conselheiro Relator mencionou no mínimo três argumentos para sustentar que este tipo de arranjo não pode ser usado para mitigar os riscos de *gun jumping* em operações internacionais, de acordo com as leis brasileiras.

O Conselheiro Relator afirmou que a maioria das autoridades antitruste internacionais não aceitam os acordos de *carve-out* como instrumento de exclusão ou mesmo mitigação da penalidade de *gun jumping*, conforme se verifica nos Estados Unidos, Canadá, União Europeia, Alemanha, Ucrânia, Índia e Israel. O Conselheiro trouxe, ademais, exemplos internacionais de condenações por prática de *gun jumping* mesmo quando as partes celebraram acordos de *carve-out*, tais como a multa de €4,5 milhões imposta pela Autoridade Federal de Investigação de Cartes da Alemanha (FCO), contra as empresas norte-americanas Mars, Inc. e Nutro Products, Inc.⁴

Ademais, o Conselheiro Relator manifestou o seu entendimento no sentido de que os acordos de *carve-out* seriam de difícil monitoramento para as autoridades, com eficácia questionável para evitar a troca de informações sensíveis entre concorrentes.

Tendo em vista o acima exposto, o Conselheiro Relator concluiu que há larga reticência e desconfiança por parte das autoridades antitruste do mundo em relação ao uso deste instrumento, mesmo naquelas jurisdições nas quais estes arranjos são aceitos.

4.2 Avaliação do acordo de *carve-out* apresentado pelas partes

De acordo com a decisão do CADE, o acordo de *carve-out* apresentado pelas partes não teria sido suficiente para impedir os efeitos do fechamento no Brasil e, deste modo, não seria suficiente para impedir o *gun jumping*. O Conselheiro Relator baseou seu voto em três motivos.

⁴ *Bundeskartellamt*. “Fine imposed against Mars for violating the prohibition to put merger into effect”. Disponível em: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2008/15_12_2008_Mars_Vollzugsverbot.html. Acesso em 8 de março de 2017.

Primeiramente, a própria natureza da operação tornaria difícil o isolamento dos efeitos do fechamento, já que as empresas atuam no mercado global e o negócio foi estruturado em unidade (*single cash and share global transaction*). Ou seja, não há qualquer operação separada no Brasil, ou exclusivamente referente aos ativos e bens brasileiros.

Apesar do *carve-out* ter impedido a transferência de contratos, bens e ativos exclusivamente relacionados à parte brasileira da operação, essa limitação não seria suficiente para impedir que o fechamento da operação em âmbito mundial levasse à transferência de tecnologia, propriedade intelectual, documentos de estratégias de marketing e a troca de informações sensíveis (e.g. custos, listas de clientes, ordens de compra, fornecedores, etc.).

Apesar da disposição incluída no Contrato de Compra e Venda de Ações de acordo com a qual as partes deveriam evitar a troca de informações comercialmente sensíveis, o Conselheiro Relator inferiu que não seria possível evitar que a troca de informações fora do Brasil produzisse efeitos no país. Deste modo, o CADE presumiu que os acordos de *carve-out* jamais seriam capazes de impedir o vazamento de informações comercialmente sensíveis no Brasil durante a análise da notificação dos atos de concentração.

Em segundo lugar, o Relator também concluiu que o acordo de *carve-out* apresentado pelas partes sequer pode ser utilizado como elemento de boa-fé das partes a permitir eventual atenuação da penalidade, já que: (i) o acordo não havia sido mencionado antes do fechamento; (ii) o *carve-out* não foi mencionado no Contrato de Compra e Venda de Ações submetido pelas partes; e (iii) o CADE não foi consultado sobre o assunto em nenhum momento antes do fechamento da operação e o acordo de *carve-out* foi apresentado apenas após a publicação do *press release*.

Em terceiro lugar, para criar um precedente claro referente à questão, o Conselheiro Relator esclareceu que “os acordos de *carve-out* não serão aceitos no Brasil para fins de exclusão ou mitigação da pena de *gun-jumping*” em operações globais.

As partes chegaram a um acordo com o CADE ao (i) reconhecer a infração; e (ii) recolher a penalidade no montante de R\$ 30 milhões.

O CADE justificou o motivo da não aplicação da sanção de nulidade dos atos realizados para consumar a operação, conforme previsto na Lei de Defesa da Concorrência como uma das possíveis sanções em caso de *gun jumping*. De acordo com o Conselheiro Relator, a sanção não seria aplicável ao caso pois não seria proporcional, considerando a ausência de efeitos anticoncorrenciais da operação. Além disso, o mercado brasileiro afetado ainda era pequeno em relação ao negócio mundial total.

5. Análise crítica da decisão do CADE no caso *Cisco/Technicolor*: perspectivas referente ao uso dos Acordos de *Carve-Out* nas operações internacionais envolvendo o Brasil

A decisão do CADE no caso *Cisco/Technicolor* claramente dá a entender que qualquer acordo de *carve-out* envolvendo o Brasil seria *presumidamente ilegal*, sujeitando às partes a penalidades pela prática de *gun jumping*. Conforme se depreende da decisão, esta presunção de ilicitude dispensaria a necessidade de análise para verificar em que medida, no caso concreto, a consumação de uma operação realizada no exterior seria capaz produzir efeitos no Brasil, conforme determina o artigo 2 da Lei de Defesa da Concorrência.

Apesar da decisão específica estabelecer a solução geral – que resultam, na prática, na proibição absoluta – às questões levantadas pelos acordos de *carve-out*, a decisão peca ao deixar de observar os limites impostos à jurisdição do CADE pela “teoria dos efeitos” adotada na Lei de Defesa da Concorrência. É fato que nas aquisições de controle ou de participação minoritária de sociedades estrangeiras que possuam subsidiárias no Brasil ou exportações para o país, pareceria difícil, se não impossível, isolar o Brasil (ou qualquer outra jurisdição, na realidade) dos efeitos do fechamento. As regras do artigo 2 que dispõem sobre os efeitos locais, entretanto, oferecem a oportunidade – e possivelmente o ônus –, às partes, de demonstrar que a estrutura jurídica de uma determinada operação seria capaz de isolar eficientemente os efeitos, no Brasil, do fechamento realizado no exterior, ainda que esta seja uma tarefa bastante difícil.

Por exemplo, a decisão do CADE no caso *Cisco/Technicolor* não oferece qualquer orientação quanto à forma como a autoridade tratará quaisquer outros tipos de operações internacionais que possam conter acordos de *carve-out* eficientes – ou seja, operações realizadas no exterior que não teriam como produzir efeitos no território brasileiro – tais como aquisições de ativos. Em suma, a decisão oferece uma solução genérica e única para todos os tipos de concentrações multi-jurisdicionais, colocando, assim, em um mesmo pacote, as aquisições de controle e participação societária, de ativos e os contratos associativos, apesar das diferentes naturezas, especificidades e estruturas desses negócios jurídicos.

Exploraremos, abaixo, as circunstâncias de acordo com as quais os acordos de *carve-out* poderiam ser eficazes, pelo menos em tese, para isolar o Brasil dos efeitos de operações internacionais consumadas no exterior, considerando a “teoria dos efeitos” estabelecida no Artigo 2 da Lei Antitruste Brasileira.

5.1 Aquisição de controle e de participação minoritária

Conforme dito anteriormente, isolar o Brasil de operações envolvendo a aquisição de controle ou de participação minoritária no âmbito das controladoras dos grupos envolvidos é extremamente desafiador. A decisão do caso *Cisco/Technicolor* afirma, corretamente, desse modo, que a própria natureza da operação dificultaria o isolamento dos efeitos do fechamento no Brasil, já que as sociedades operam nos mercados globais e aquela fusão havia sido estruturada na forma de uma única operação – aquisição de ações por sociedade estrangeira que possuía exportações ou subsidiárias locais.

De fato, resta evidente que uma operação envolvendo a aquisição de participações societárias entre grupos econômicos distintos – no último nível da cadeia de controle –, é capaz de produzir efeitos em todas as jurisdições nas quais os grupos atuam, seja através de subsidiárias locais ou por meio de exportações. Não parece haver qualquer medida jurídica disponível para sustentar o entendimento de que uma aquisição de controle havida no exterior, por exemplo, não seja capaz de afetar a jurisdição brasileira, mesmo no caso de ausência de alteração da administração local.

Assim, o acordo de *carve-out* apenas funcionaria, em teoria, nos termos do Artigo 2 da Lei de Defesa da Concorrência, se as partes conseguissem isolar o negócio local dos efeitos de qualquer fechamento realizado no exterior. Com base nos argumentos utilizados no voto do Conselheiro Relator para rejeitar o acordo de *carve-out* apresentado no caso *Cisco/Technicolor*, o isolamento dos efeitos do fechamento no Brasil somente seria eficaz se as partes conseguissem adotar as seguintes medidas:

- (i) Evitar a transferência de contratos, bens e ativos, incluindo propriedade intelectual, tecnologia e *know how* referente à parte brasileira da operação;
- (ii) Evitar qualquer troca de informações comercialmente sensíveis entre as controladoras/matrizes envolvidas na fusão e as suas subsidiárias brasileiras, incluindo documentos operacionais e de marketing, estratégias comerciais e de precificação, planos de negócios, custos, listas de clientes, listas de fornecedores, e ordens de compras, entre outros;
- (iii) Evitar que as decisões comerciais tomadas pelos órgãos de governança das controladoras/matrizes interfiram nas subsidiárias brasileiras e em seus respectivos negócios, os quais devem permanecer independentes até a decisão final do CADE.

Em última instância, este conjunto de medidas resulta na presunção de que um acordo de *carve-out* numa aquisição de controle ou de participação societária seria, de fato, ilícito, já que é virtualmente impossível, do ponto de vista legal e societário, adotar todas estas medidas em uma operação de aquisição dessa natureza. Assim, ônus da prova de que o *carve-out* não resulta em *gun jumping* no Brasil deve recair sobre as partes, e não sobre a autoridade antitruste.

5.2 *Aquisição de ativos estruturadas em contratos separados*

No Brasil, de acordo com o artigo 90, II, da Lei Antitruste Brasileira, a aquisição de ativos, sejam eles tangíveis ou intangíveis, deverá ser submetida ao CADE sempre que a operação resultar na aquisição de uma empresa (ou negócio).⁵

Diferentemente das operações internacionais de fusão e aquisição de ações, que geralmente são estruturadas na forma de uma única transação global, as aquisições de ativos costumam ser estruturadas por meio de instrumentos contratuais individuais em cada jurisdição ou conjuntos de jurisdições. Mesmo que haja um contrato principal (i.e., um *master agreement*) de compra e venda de ativos, há normalmente contratos individuais locais, firmados em separado, referentes a cada jurisdição na qual os grupos envolvidos possuem presença por meio de subsidiárias locais. Esta abordagem faz sentido considerando que os ativos envolvidos nessas operações variam de uma jurisdição para outra. De fato, as instalações, equipamentos, PI, *know how*, licenças e alvarás regulatórios, funcionários e clientes, entre outros ativos, tendem a ser diferentes em cada jurisdição, dependendo do setor. Deste modo, é possível presumir que operações internacionais de aquisição de ativos constituem apenas um meio de estruturar e organizar aquisições individuais e separadas de ativos que são realizadas em cada jurisdição na qual as partes operam.

A consumação de uma aquisição de ativos localizados em uma jurisdição específica pode não produzir efeitos em outras jurisdições, considerando que: (i) os ativos são diferentes e estão localizados em cada jurisdição; (ii) os documentos da operação são estruturados com base nas características locais dos ativos; (iii) não há qualquer transferência de controle societário ou de participação minoritária que possa conferir, à compradora, poderes para influenciar decisões comerciais da outra parte, mundialmente, e (iv) as partes e seus respectivos grupos econômicos permanecem independentes após a consumação de cada operação local.

⁵ Aquisições de bens ou ativos esparsos que não sejam suficientes para serem considerados um negócio não devem ser notificados.

Ademais, muitas aquisições de ativos costumam ser estruturadas a partir de operações societárias específicas, tais como a cisão dos ativos da sociedade compradora para uma nova sociedade (ou veículo de propósito específico) constituída exclusivamente para os fins de consumação da transferência dos ativos, de modo que, subsequentemente, esta nova sociedade seria incorporada ou adquirida pela compradora. Mesmo neste caso, haveria – ou poderia haver, em teoria – operações individuais em casa jurisdição, sem a transferência de controle ou de ações no âmbito das controladoras/matriz resultando no deslocamento da tomada de decisão entre os dois grupos envolvidos, os quais permaneceriam independentes após o fechamento.

Conforme mencionado acima, a decisão no caso *Cisco/Technicolor* não incluiu qualquer discussão referente a este tipo de operação. De qualquer forma, há justificativas sólidas para argumentar que a decisão no caso *Cisco/Technicolor* não se aplica às operações internacionais de aquisição de ativos estruturadas separadamente em casa uma das jurisdições afetadas.

6. Comentários finais

Conforme demonstrado anteriormente, o CADE expressou claramente o seu entendimento contrário aos “acordos de *carve-out*” no caso *Cisco/Technicolor*. Deste modo, a autoridade antitruste estabeleceu uma presunção de ilicitude para esses arranjos, sujeitando as partes a penalidades pela prática de *gun jumping*, independentemente de qualquer análise mais aprofundada sobre se a consumação da operação realizada no exterior é suscetível de produzir efeitos locais, conforme dispõe o Artigo 2 da Lei de Defesa da Concorrência.

Todavia, mesmo em caso de presunção clara no sentido de que os acordos de *carve-out* são ilegais, a decisão no caso *Cisco/Technicolor* foi estruturada para resolver uma questão referente a uma fusão internacional, e não dever ser usada como solução genérica para todos os demais tipos de operações multi-jurisdiçãoais, tais como as aquisições de ativos. Em casos futuros, o CADE deveria basear-se na “teoria dos efeitos” e ater-se às especificidades de cada caso concreto. Está claro que as aquisições de controle, de participação societária, de ativos e demais tipos de operações de notificação obrigatória possuem características diferentes e, em algumas hipóteses, poderiam ser estruturadas como operações locais separadas separado.

Em aquisições internacionais de controle e de participações minoritárias, é bastante improvável que as partes consigam isolar a parte brasileira da operação dos efeitos do fechamento ocorrido no exterior. Mesmo se o CADE basear-se no artigo 2 da Lei de Defesa da Concorrência para avaliar os efeitos do fechamento realizado no exterior vis-à-vis um acordo de *carve-out* isolando o Brasil, seria praticamente impossível evitar a transferência de contratos, bens e ativos e a propriedade intelectual relativos à parte brasileira da operação, bem como a troca de informações comercialmente sensíveis entre as controladoras/matriz envolvidas na operação e as suas subsidiárias brasileiras. Também seria extremamente difícil impedir que as decisões comerciais tomadas pelos órgãos de governança no âmbito das controladoras/matriz interfiram nas subsidiárias brasileiras e em seus respectivos negócios, mesmo caso não haja qualquer mudança na administração local.

Assim, ônus da prova de que o *carve-out* não resulta em *gun jumping* no Brasil recai sobre as partes; e este tipo de prova seria muito difícil de apresentar.

Por outro lado, em geral, as aquisição internacionais de ativos são geralmente estruturadas na forma de operações separadas em cada jurisdição, já que os ativos localizados em cada país são diferentes entre si, além do fato de as partes e seus respectivos grupos econômicos permanecerem independentes após a consumação de cada uma destas operações locais. Esta afirmação é verdadeira mesmo quando as negociações de ativos são estruturadas por meio da cisão dos ativos da sociedade compradora uma nova sociedade constituída exclusivamente para os fins de concluir a venda dos ativos à compradora.

Tendo em vista a complexidade das operações internacionais e a aplicação necessária da “teoria dos efeitos” na avaliação da possível prática de *gun jumping*, o CADE deve analisar cada caso individualmente, para determinar se a parte brasileira da respectiva operação foi devidamente isolada dos respectivos efeitos do fechamento.

O NOVO GUIA BRASILEIRO DE ANÁLISES DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

Fabiana Tito

1. Introdução

Após consultas públicas, em 27 de julho de 2016, o CADE publicou uma nova versão do Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, também conhecido como “Guia H”, cuja atualização vinha sendo preparada desde 2007.

A primeira versão desse manual foi publicada em 2001, conhecido como “Guia SEAE”, desenvolvido em parceria com as antigas Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). Era um conjunto original de regras, uma excelente compilação das melhores práticas em análises de fusões e aquisições horizontais, clareando e sistematizando a metodologia de análise do CADE. Seu propósito era tornar os procedimentos de análise do CADE mais transparentes e acessíveis, bem como auxiliar os agentes do mercado a entender as etapas, métodos e critérios adotados pela agência em suas análises.

No entanto, desde 2001 outras abordagens, além daquelas contidas no Guia SEAE, vinham sendo discutidas e empregadas em casos analisados pelo CADE – muitas em linha com precedentes internacionais, especialmente dos Estados Unidos e da Europa – fornecendo novas referências para a análise de fusões. Assim, o Guia SEAE foi-se tornando gradualmente desatualizado em alguns aspectos, surgindo a necessidade de atualizá-lo e alinhá-lo com as boas práticas agora prevalescentes entre as autoridades antitruste internacionais e também no CADE em suas avaliações de casos de fusão.

Depois de anos de discussão e melhorias feitas pelos membros técnicos da agência, seguido de análises comparativas com outros sistemas legais – guias internacionais em particular – o novo guia de análise horizontal (Guia H) foi publicado em 2016. O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE foi o principal colaborador, o que explica porque o novo documento coloca ênfase considerável em aspectos econômicos e quantitativos.

Além disso, em linha com as melhores práticas adotadas no exterior, o Guia H se baseou na nova lei brasileira antitruste (Lei nº 12.529/11), que em 2012 reestruturou o sistema de regulação antitruste brasileiro e instituiu a análise prévia dos casos de fusão⁶.

⁶ A nova lei introduziu quatro mudanças fundamentais: (i) redesenhou a organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC); (ii) estabeleceu a obrigatoriedade da notificação prévia dos atos de concentração; (iii) fez novas disposições processuais em relação a revisão e investigação de casos de fusão, bem como de conduta anticompetitiva; e (iv) modificou as sanções criminais relativas a condutas anticompetitivas. A mudança mais importante trazida pela nova lei foi a adoção de um sistema de análise pré-fusão, a qual instituiu requerimento de suspensão antes do fechamento do negócio. Essa nova estrutura legal alterou a dinâmica do processo de análise antitruste não apenas para a autoridade, que passou a cumprir um prazo determinado nas análises de casos de fusão e aquisição, como também para as empresas, que devem ter em conta a obrigação de suspender o fechamento durante o período de análise do caso. Para mais detalhes, ver FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana – “New year, new law”, *Concurrences Review* N° 1-2012, February, 2012, Art. N° 41412.

O novo guia delinea a jurisdição do CADE sobre a avaliação de atos de concentração horizontais, refletindo novas tendências sobre o assunto e trazendo mudanças significativas desde a última edição. Essas mudanças incluem, por exemplo,

- o fato de que a definição estrita de mercado relevante pode não ter a preeminência que tinha anteriormente, uma vez que análises alternativas podem ser adotadas em paralelo ao se tentar chegar a uma conclusão na avaliação concorrencial do caso;
- a introdução de novas técnicas metodológicas (análises de cenários, teste de mercado, simulação e contrafactual, entre outras); e
- a inclusão de análises de poder de portfólio, competição potencial, eliminação *maverick* e aquisição parcial, as quais representam uma importante atualização na análise de atos de concentração.

O propósito desse artigo é enfatizar os principais aspectos do novo guia de análises horizontais e as mudanças trazidas nas análises de atos de concentração. Após esta introdução, uma breve comparação entre a regulação antiga (Guia SEAE) e a nova (Guia H) será delineada na próxima seção, enquanto que os aspectos principais e as mudanças no novo guia serão discutidos na terceira seção, especialmente no que diz respeito a mercado relevante, análises quantitativas e poder de portfólio e de compra. Por fim, a última seção traz as considerações finais.

2 O Antigo Guia

O Guia de Atos de Concentração Brasileiro anterior (2001)⁷ era fortemente influenciado pelo Guia Horizontal americano de 1992⁸, e seu propósito era estabelecer os procedimentos e princípios adotados pela SEAE e pela SDE em suas análises de atos de concentração. Para servir a esse propósito, cinco estágios principais de análise eram estipulados: Estágio I – Definição de Mercado Relevante; Estágio II – Cálculo de Participação de Mercado; Estágio III – Análise de Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado; Estágio IV – Análise de Eficiências Econômicas Geradas pelo Ato; Estágio V – Definição dos Efeitos Líquidos do Ato de Concentração.

O antigo guia focava principalmente na definição de mercado relevante, esforçando-se para uma conclusão definitiva sobre o assunto. Ele também recomendava o uso de participação de mercado (estabelecendo o limite de 20% como uma “bandeira amarela” ou *benchmark*) para medir a dominância e calcular a possibilidade de uma redução significativa da competição depois da fusão. Quanto à avaliação da probabilidade de exercício de poder de mercado, se a entrada se provasse suficiente, provável e tempestiva, quando submetido à análise sequencial, não era necessária análise de rivalidade. Com o tempo, esses conceitos rígidos foram afrouxados, de forma a considerar em conjunto tanto evidências de entrada quanto de rivalidade para determinar a probabilidade de efeitos anticompetitivos. Mais recentemente, a

⁷ CADE – Guia SEAE – Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf> Acesso em 24.02.2017.

⁸ FTC – Horizontal Merger Guidelines, publicado em abril de 1992 e revisado em 1997. Disponível em <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>> Acesso em 24.02.2017.

definição restrita de mercado relevante passou também a ser relativizada, especialmente em mercados com produtos diferenciados, em que uma definição acurada de mercado é sempre mais complexa e de difícil obtenção direta.

2.1. 2.1 Motivação do Novo Guia

Alguns fatores motivaram a revisão do conjunto antigo de regulações e a publicação de um novo:

- (i) a consciência do descompasso entre o disposto no Guia SEAE e as complexas análises depreendidas pelo CADE;
- (ii) a necessidade de disseminar as melhores práticas desenvolvidas e empregadas por autoridades estrangeiras e instituições internacionais nos últimos anos, e
- (iii) o esforço do CADE de tornar suas atividades mais transparentes, de auxiliar os agentes de mercado em suas interações com a agência e de guiar sua equipe nas análises de casos de fusão e aquisição.

Isso ocorreu porque, desde que o Guia SEAE foi publicado, outras metodologias e técnicas vinham sido aplicadas nas análises de atos de concentração do CADE em uma tentativa de ajustar alguns aspectos das ações da agência concorrencial aos precedentes usados em jurisdições internacionais, especialmente os dos Estados Unidos e da Europa. Ao longo dos anos, o uso de novas técnicas, que não estavam nas diretrizes antigas, acabou por tornar o regulamento desatualizado, seguindo-se a mesma estrutura básica que ele proporcionava. Portanto, o guia necessitava de uma atualização e ajustes às boas práticas prevaescentes nas cortes do exterior e do próprio CADE.

Foram pelo menos sete anos de discussão e avaliação para que o novo guia tomasse forma. Ele se baseou em contribuições de diversos membros do CADE, particularmente do DEE, cujas importantes adições fundamentaram a inserção de metodologias econômicas e quantitativas de análise. Em adição, análises comparativas com outros sistemas legais também foram feitas, baseadas, principalmente, em manuais de diretrizes internacionais. É importante pontuar que, em 2010, o *Federal Trade Commission*⁹ publicou seu próprio conjunto de diretrizes, as quais, entre outras mudanças, colocaram menos ênfase no uso de definições estritas de mercado relevante. Isso, em conjunto com mudanças em outras jurisdições, ajudou o CADE a desenvolver seu novo guia de análise, que reflete a crescente experiência de ambas as agências.

3. O Novo Guia de Análise

Os últimos anos foram de extrema importância para o CADE, uma vez que ele ganhou reconhecimento tanto por modernizar seu sistema e implementar análises complexas, quanto por interagir com agências internacionais. Como resultado, a *Global Competition Review* o listou entre as principais agências antitruste do mundo¹⁰, atrás somente de autoridades da

⁹ FTC – New Horizontal Guidelines, publicado em agosto de 2010. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>> Acesso em 24.02.2017.

¹⁰ Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/series/rating-enforcement>>. Acesso em 24.02.2017.

França, Alemanha, Estados Unidos (Departamento de Justiça, Divisão Antitruste e FTC), Comissão Europeia, Japão e Coreia do Sul.

Em adição à política antitruste em geral, o CADE divulgou um guia formal sobre *gun-jumping* em maio de 2015, como também publicou, no ano passado, uma compilação adicional de diretrizes e logo é esperada uma nova regulação sobre remédios em atos de concentração.

O CADE tem ampliado cada vez mais o uso de análises econômicas em assuntos mais complexos, expandido sua cooperação com autoridades estrangeiras na avaliação de transações com componentes internacionais e também introduziu novas ferramentas e mecanismos não comumente vistos.

A renovação do seu conjunto de regulações era, assim, necessária para sua modernização e alinhamento com as principais práticas antitruste internacionais.

3.1 *Comparação entre o antigo e o novo guia*

Quando se comparam os dois conjuntos de diretrizes, o aspecto que mais se destaca é que o guia antigo era baseado em uma análise estrutural, focando principalmente na definição de mercado relevante, que era o começo de qualquer análise de competição. A nova regulação, por outro lado, admite múltiplas formas de se analisar um ato de concentração.

Embora ele tenha sido referido como não vinculativo (Guia SEAE, §3), o Guia SEAE era baseado em procedimentos que foram delineados em um fluxo de análise linear de cinco passos (§9 e §25). Ainda, nas decisões desfavoráveis do CADE, que seguiam a lógica do antigo guia de análise, os efeitos de um ato de concentração analisado sobre o bem-estar econômico não correspondiam a nenhum dos seguintes cenários: (i) baixa participação de mercado no mercado relevante; (ii) baixa probabilidade de exercício de poder de mercado); ou (iii) existência de eficiências compensatórias.

O novo guia, por outro lado, não recomenda uma sequência estrita de passos. Se o analista do corpo antitruste encontrar que existe rivalidade no mercado, ele não precisa discutir ou exaurir as questões de barreiras à entrada, por exemplo, para decidir sobre o caso.

Entretanto, e mais importante, enquanto definir o mercado relevante permite às agências identificarem os concorrentes do mercado e mensurarem suas participações e a concentração no mercado, uma definição mais acurada não é um fim em si, mas sim um instrumento para guiar a análise dos prováveis efeitos competitivos decorrentes do ato de concentração. Portanto, a análise não precisa começar com a definição de mercado, especialmente em casos complexos (como aqueles envolvendo produtos diferenciados), em que a definição normalmente pode desempenhar um papel complicado nessas avaliações.

Além disso, outros métodos podem ser empregados, alternativa ou cumulativamente, como

- (i) análise contrafactual e de simulação;
- (ii) avaliação de competição potencial (que não gera variações de HHI); e
- (iii) eliminação de *maverick*, para citar alguns.

3.2 Principais mudanças

O novo guia de análise é um documento longo (59 páginas) e se propõe a cobrir todos os possíveis aspectos de competição. Foi estruturado nos seguintes itens:

- análise;
- fontes de informação;
- mercado relevante;
- níveis de concentração;
- efeitos unilaterais;
- poder de compra;
- efeitos coordenados;
- ganhos de eficiência;
- métodos complementares e alternativos;
- processos de reorganização relacionados a fusões; e
- cláusula de não concorrência.

É importante notar, no entanto, que a metodologia estabelecida pelo documento não é mandatória ou vinculativa, nem exaure todos os possíveis métodos de análises disponíveis ao CADE, que sempre irá tomar suas decisões em análises caso a caso.

O Guia H incorpora as melhores práticas relativas à concorrência, incluindo metodologias adotadas nos Estados Unidos e na Europa. Ele também introduz novos métodos como análise contrafactual e análise de competição potencial, a consideração de companhias operando em diferentes frentes no mesmo mercado e o clássico paradigma Estrutura, Conduta e *Performance*.

Adicionalmente, o Guia H¹¹ considera aspectos relacionados a cláusulas de não concorrência e critérios relativos à análise de fusões completas em casos em que a companhia está enfrentando uma reorganização, incluindo diretrizes sobre aplicação do chamado “*failing firm defense*”, itens que não estavam inclusos nas diretrizes da edição anterior.

Alguns aspectos do novo manual valem a pena serem destacados:

- ✓ É mais didático;
- ✓ Mantém o foco em análises clássicas (cinco passos), mas destaca a existência de técnicas e fatores alternativos;
- ✓ Adota uma metodologia não vinculativa, que, não obstante, é baseada nas melhores experiências internacionais;
- ✓ Foca em testes de mercado e em vários documentos e informações submetidos pelas partes – encorajando as Partes a trazerem o máximo de informação possível desde o começo (estudos de mercado, pesquisas, projeções internas, relatórios de negócio, posicionamento de produto, planejamento estratégico, etc.); e

¹¹ CADE – Novo Guia de Análise Horizontal, julho de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf> Acesso em 24.02.2017.

- ✓ Foca menos na definição de mercado relevante (que não é um fim em si), recomendando, ao invés disso, a construção de cenários de mercado relevante e o uso de técnicas alternativas.

A proposta do Guia H é estruturada em sete capítulos. No entanto, embora essas seções sejam arranjadas em uma ordem específica (como apresentado no fluxo de análise do Anexo I do Guia H), as novas diretrizes não necessariamente seguem uma série de passos sequenciais (ou decisões mandatórias) como o antigo guia de análise fazia. Essa abordagem segue uma tendência global, como exposto no novo guia do FTC¹².

Embora o novo guia mantenha o foco em uma análise clássica (cinco passos), ele também discorre sobre a existência de técnicas alternativas, como análise contrafactual e de simulação, entre outros fatores discutidos abaixo. Isso porque a participação de mercado não é o único instrumento a ser usado na análise de concentração horizontal.

Nas seções seguintes, alguns aspectos críticos do novo guia serão brevemente discutidos.

3.2.1 *Mercado Relevante*

A definição de mercado relevante permite que as agências identifiquem os participantes e estimem suas participações de mercado. No entanto, o novo guia de análise deixa claro que uma definição estrita não deve ser um fim em si, mas uma ferramenta útil na identificação de possíveis efeitos competitivos da fusão. Isso porque tais efeitos podem ser usados na definição de mercado, assim como a definição de mercado pode ser informativa sobre os efeitos competitivos da fusão.

Em seu novo guia, o CADE afirma que uma definição aberta de mercado pode ser usada especialmente onde há baixa concentração de mercado, em todos os possíveis cenários de delimitação geográfica e de produto. Neste caso, definir o mercado relevante não deve limitar a análise seja porque ele é um instrumento de análise ou porque o mercado é dinâmico. Mais ainda, identificar possíveis efeitos competitivos envolve avaliar restrições que são algumas vezes externas ao mercado relevante pré-determinado.

Na avaliação da delimitação de mercado relevante, os principais fatores são ainda relacionados à substituição do lado da demanda, quanto à capacidade e à propensão do mercado em substituir um produto por outro, em resposta a um aumento de preços. Neste aspecto, a principal diferença para o antigo guia é que, agora, isso é destacado e melhor descrito, com indicações sobre como e quando avaliar esse aspecto. Em linha com práticas internacionais, o CADE privilegia a determinação do mercado relevante do ponto de vista da demanda e entende que considerações sobre a substituição do ponto de vista da oferta são, portanto, complementares à análise de fusão.

Com respeito à avaliação do mercado relevante, o novo guia reconhece o uso de ferramentas quantitativas, como análise de perda crítica e de elasticidade crítica, para implementar o Teste do Monopolista Hipotético. Essa análise é desenhada para determinar

¹² FTC – *New Merger Guidelines*, p. 4. “Este Guia deve ser lido como a consciência de que uma análise de fusão não consiste em uma aplicação uniforme de uma única metodologia. Ao contrário, é um processo específico ao fato através do qual as agências, guiadas pela sua vasta experiência, aplicam um conjunto de ferramentas analíticas para a evidência razoavelmente disponível e confiável para avaliar preocupações competitivas em um período limitado de tempo.” (tradução livre).

quanto as vendas devem cair, como resultado de um aumento de preços, para tornar o negócio não lucrativo.

De maneira geral, o Guia H melhora o conceito de mercado relevante em alguns aspectos. Por exemplo, ele indica metodologias mais específicas para ajudar a determiná-lo, como abordagens qualitativas (teste de mercado¹³ ou pesquisa de opinião) e abordagens quantitativas (perda crítica¹⁴, teste UPP – *Upward Price Pressure*¹⁵, análise de taxa de desvio¹⁶, entre outros).

3.2.2 Análise de Concentração

Muito embora o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) tenha sido usado nas análises de fusão do CADE antes, apenas no novo guia o conceito foi formalizado e foram apresentados os valores de referência (regra HHI) para avaliar a causalidade e possíveis problemas competitivos.

As regras HHI são (i) mercados não concentrados: aqueles com HHI abaixo de 1.500 pontos; (ii) mercados moderadamente concentrados: aqueles com HHI entre 1.500 e 2.500 pontos; e (iii) mercados altamente concentrados: aqueles com HHI maior que 2.500 pontos. Em complemento ao valor absoluto de HHI, a variação do HHI (delta HHI) também é utilizada para inferir nexos de causalidade – enquanto um delta HHI abaixo de 100 pontos não é problemático, outro com patamar superior a 200 pontos pode, a depender do valor absoluto, chamar a atenção.

De acordo com o novo guia, a “regra HHI” como um indicativo denexo causal é uma suposição inicial, sesível a outros argumentos. Portanto, deve ser destacado que a regra HHI não deve ser usada sem restrição em mercados que são muito estratificados e difusos.

3.2.3 Análise Quantitativa

O uso de métodos quantitativos em análise de fusão é difundido no novo guia de análise. Ele abrange a definição de mercado relevante, a introdução do teste do monopolista hipotético (via análise de perda crítica, teste UPP, análise de taxa de desvio ou outros instrumentos), na avaliação dos efeitos unilaterais, por meio de análise de entrada, em que modelos econométricos podem ser usados; ou análise de rivalidade, quando são usados

¹³ Teste de mercado consiste em questões endereçadas pela autoridade antitruste a concorrentes e consumidores das empresas participantes da fusão sobre a região de atuação do produto e geográfica como forma de entender a dinâmica do mercado em análise.

¹⁴ Análise de perda crítica é a estimacão de quanto as vendas de um monopolista hipotético devem cair diante de um aumento de preços de 5-10% para tornar seu produto não lucrativo. A análise de perda crítica estima o nível máximo que as vendas devem cair em resposta a um aumento de preços, enquanto se certifica de que os lucros não caem – isto é, o ponto em que os dois efeitos nos lucros anulam um ao outro.

¹⁵ O teste UPP determina quão alto o preço de um bem pode aumentar e quão baixo o custo marginal de produzir aquele bem pode cair para que a fusão seja considerada geradora de melhorias para o bem-estar geral do mercado. O teste UPP fornece uma ideia quanto aos efeitos de substituição e da fusão, e é um elemento na análise geral da situação do mercado. Ele não pode, no entanto, substituir a definição de mercado relevante por completa.

¹⁶ Taxa de desvio é uma ferramenta básica para simular os efeitos de uma fusão entre firmas que produzem produtos diferenciados, fornecendo uma estimativa aproximada do preço pós-fusão. A análise de taxa de desvio é complementar, mas não substitui análises de modelagem da fusão.

modelos de simulação para inferir a probabilidade de aumento de preços, ou testes da estabilidade/instabilidade da participação de mercado, avaliando a evolução ao longo do tempo.

Como em todos os modelos econômicos, a abordagem correta depende da disponibilidade de dados e do tipo da indústria (com produtos homogêneos ou diferenciados) em análise.

Quanto à análise contrafactual, podem ser extraídas conclusões válidas, independentemente da definição estrita dos limites do mercado relevantes ou da avaliação de participação de mercado para os agentes envolvidos na operação. Para isso, o CADE pode comparar diferentes cenários como evidências que demonstram os efeitos competitivos da fusão em análise.

A análise de simulação, por sua vez, consiste em um conjunto de modelos matemáticos e econométricos que simulam os efeitos da fusão e que podem ou não depender da definição do mercado relevante. Isso permite que o CADE avalie:

- (i) o nível real de preços e a margem de lucro de que a indústria ou o agente possui nesse mercado;
- (ii) a fração de demanda desviada (*diversion ratio*) para concorrentes devido ao aumentos de preços, e
- (iii) outros fatores que podem ter impacto no nível de concorrência e na rentabilidade do mercado.

3.2.3 Poder de Compra e Poder de Porfólio

Nem o poder de compra nem o poder do portfólio foram explicitamente abordados no guia antigo. Na análise do CADE, o tema do poder de portfólio é considerado tanto quando ele é resultante da fusão quanto quando dificulta a entrada efetiva de novos agentes no mercado, reduzindo sua capacidade de competir com rivais estabelecidos ou facilitando uma conduta anticompetitiva.

A oferta de vários produtos maximiza a exposição da marca de uma empresa e, quanto maior o seu portfólio de produtos, mais eficaz é o seu esforço publicitário, visto que, ao comercializar sua marca, a empresa promove automaticamente todos os seus produtos. Esse é o aspecto analisado pelo CADE.

Já o conceito de poder de compra, por sua vez, não foi abordado como antes, uma vez que a análise na Guia SEAE concentrou-se apenas nas fusões entre vendedores e não na concentração entre compradores. Havia, de fato, uma menção ao poder de compra como um sinal de eficiência ao criar um poder compensatório, mas somente no novo regulamento o conceito foi discutido com um pouco mais de detalhes.

Um aumento do poder de compra poderia tornar uma fusão mais suscetível a resultar em perda de competição e até mesmo gerar poder de monopólio¹⁷.

¹⁷ Poder de monopólio é o poder de mercado do comprador em adquirir insumos a ponto de parcialmente drenar o excedente de seus fornecedores.

3.2.5 Outros

Outros tópicos, como *failing firm defense* e cláusula de não concorrência, foram também formalmente endereçados no Guia H.

O argumento de *failing firm defense* pode ser usado quando a empresa fusionada está enfrentando um processo de recuperação judicial, extrajudicial e/ou falência. Neste caso, foi estipulado que não basta apresentar o argumento; o CADE também deve ser notificado sobre o estado de todos os processos de insolvência, a fim de preservar a coerência das ações governamentais.

Uma cláusula de não concorrência, por sua vez, para ser válida e ter efeitos legais, deve ser garantida (subordinada) e ser acessória ao negócio jurídico principal (capaz de produzir ganhos de eficiência que compensem a restrição competitiva imposta).

4. Comentários Finais

O presente capítulo brevemente apresentou os aspectos metodológicos mais importantes das mudanças feitas nas diretrizes de análises de atos de concentração no Brasil, comparando o antigo conjunto de regras (Guia SEAE) ao novo (Guia H).

As novas diretrizes de fusão horizontal são marcadamente diferentes, na medida em que seguem e reforçam as novas tendências e melhores práticas que têm sido adotadas em jurisdições internacionais. O regulamento é mais acessível e transparente do que o anterior no que diz respeito à análise de fusões horizontais ou a aquisições envolvendo concorrentes.

Todas essas mudanças refletem um esforço louvável das autoridades de concorrência brasileiras para criar um manual atualizado que esteja de acordo com práticas recomendadas internacionalmente de análise de atos de concentração.

EFEITOS NÃO-PREÇO NA ANÁLISE ANTITRUSTE: JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Bernardo Gouthier Macedo
Paulo Adania Lopes
Silvia Fagá de Almeida¹⁸

1 Aspectos teóricos: como a interação entre Direito e Economia focaliza a análise antitruste para a variável preço

Uma das características mais nítidas da teoria econômica convencional e hegemônica é o foco analítico na variável “preço”. Originária do campo da macroeconomia, esta variável encontrou espaço também na microeconomia, por intermédio de Marshall¹⁹, que inaugurou a análise de equilíbrio parcial, isto é, a teoria de que o preço de um produto é a expressão do equilíbrio entre as forças da oferta e da demanda. A doutrina conta com três pressupostos principais, a saber: (i) cada mercado é tido como operando em livre concorrência, onde muitas empresas ofertam o produto, que é homogêneo; (ii) todos os agentes dispõem de informação plena; e (iii) há livre mobilidade de fatores e ausência de barreiras à entrada. Nessas condições, o equilíbrio econômico é estável, no sentido de que as forças de oferta e demanda estão sempre atuando como corretivos automáticos. Na ocorrência de variações de preços, os desvios são corrigidos por ampliação ou redução da demanda, retornando, no curto prazo, todos os preços para o ponto de equilíbrio.

Trata-se de uma construção teórica suficientemente atraente para ter se tornado o paradigma dominante nos últimos cem anos. Essa teorização, contudo, traz consigo premissas tão exigentes que chegam a descaracterizar o objeto real que se propõe analisar. Na análise real, o que normalmente se verifica é a presença de um número limitado de empresas, que produzem de forma diferenciada, com condições de informação assimétricas e na presença de restrições à mobilidade dos trabalhadores e dos bens de capital. Ademais, nos mercados reais, os processos produtivos são complexos e as compras são atividades em que os consumidores não dispõem sempre de condições objetivas para adquirir os produtos mais baratos.

Desde a virada do século XIX para o XX, os mercados responsáveis pelo diferencial produtivo dos diversos países vêm se mostrando tipicamente oligopolizados. Em outras palavras, estes mercados caracterizam-se pela presença de poucas empresas, que concorrem de forma estratégica entre si. Ou seja, longe de serem meros *price takers*, como no mundo da concorrência perfeita, em que a profusão de empresas faz com que nenhuma delas se destaque, as empresas que concorrem em oligopólio se conhecem e se reconhecem como rivais. Ao se reconhecerem rivais, elas entendem, de maneira individual, que as reduções de preço estão ao alcance de todas e, portanto, guerras de preços podem não resultar em ganhos de fatias de mercado. Mais do isso: dada a presença de custos fixos relevantes, guerras de preços podem

¹⁸ Os autores agradecem ao Gabriel Takahashi e Fernando Silveira pela assistência à pesquisa.

¹ MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics*. London: Macmillan and Co., 1920.

minar sua capacidade de gerar lucros e de investir. Dessa forma, a concorrência tende a se dar via busca de novos mercados e de novas formas de produzir.

É um movimento de criação de novos espaços econômicos de valorização, uma “fuga para a frente”. Para Joseph Schumpeter, essa dimensão ampla e acirrada da concorrência, que move as economias de mercado rumo ao desenvolvimento, constitui um processo de “destruição criadora”. Nesse processo, a concorrência em preços é muito pouco efetiva:

Economists are at long last emerging from the stage in which price competition was all they saw. As soon as quality competition and sales effort are admitted into the sacred precincts of theory, the price variable is ousted from its dominant position. However, it is still competition within a rigid pattern of invariant conditions, methods of production and forms of industrial organization in particular, that practically monopolizes attention. But in capitalist reality as distinguished from its textbook picture, it is not that kind of competition which counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization (the largest-scale unit of control for instance)—competition which commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms but at their foundations and their very lives. This kind of competition is as much more effective than the other as a bombardment is in comparison with forcing a door [...]
(SCHUMPETER, 1942, p. 84-5)²⁰.

A análise econômica antitruste, como análise microeconômica aplicada, tem como objeto o mundo real dos oligopólios. No guichê das agências antitruste do mundo inteiro, são as grandes empresas que em geral enfrentam escrutínio, seja repressivo – quando suas condutas comerciais são investigadas –, seja preventivo – quando se analisam os chamados atos de concentração, isto é, as fusões, aquisições e contratos associativos. É a análise econômica dos efeitos dos atos de concentração em variáveis que não sejam os preços que será tratada neste texto.

Embora o objeto da análise antitruste seja o oligopólio, ainda prevalece nas ferramentas analíticas a preocupação focada no impacto dos atos de concentração sobre os preços. Isso ocorre porque, no campo do antitruste, a hegemonia da análise econômica convencional é potencializada pela interação com o direito, que se preocupa sobremaneira com a detecção de regularidades e de variáveis que possam ser reconhecidas como evidências em todo o conjunto de processos – vale dizer, em todos os mercados em que o direito antitruste será aplicado. Jurisprudência e regras gerais combinam bastante com regularidades e, se essas regularidades puderem ser apreendidas de forma simples e quantitativa, tanto melhor. Surge daí o casamento quase perfeito entre economia e direito no âmbito da análise antitruste, tendo como foco de atenção principal o impacto das operações entre empresas sobre os preços dos mercados afetados.

Contribuí também para a solidez desse casamento a aplicação da chamada racionalidade econômica ao direito – conforme observado em várias outras áreas das humanidades –, influente sobretudo no programa de pesquisa conhecido como *Law and Economics*. Os seus adeptos, de certa forma, abdicam da hermenêutica e da ontologia do direito como campo de conhecimento em favor de sua subordinação à racionalidade econômica.

²⁰ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism & Democracy*. New York: Harper & Row, 1942.

Essa linha de pesquisa vai na contramão do prolífico campo de pesquisa do neo-institucionalismo econômico, que, ao menos no que toca a algumas de suas vertentes e autores mais importantes, percorre rota inversa: reconhece que um dos limites da análise econômica convencional consiste no seu confronto com as instituições, elementos que habitam a realidade dos sistemas econômicos e impõem comportamentos (e resultados) não necessariamente condizentes com a racionalidade econômica. E, dentre tais elementos, sobressai o direito e o sistema legal. Trata-se, portanto, do reconhecimento de limites que direcionam os agentes econômicos em sentidos diversos do que preconiza a teoria convencional – ao passo que o programa da *Law and Economics* faz exatamente o inverso, ao subordinar o direito à economia.

Essa busca por regularidades e regras gerais faz sentido em teoria. Na prática, no entanto, a análise antitruste acaba se vendo às voltas, inexoravelmente, com análises *ad hoc*, isto é, caso a caso. Tem-se presente aqui, evidentemente, os casos considerados mais complexos. Desde logo, todas as operações que precisam ser submetidas ao escrutínio da agência antitruste referem-se a empresas de grande porte – ou seja, a estruturas de mercado oligopolizadas. No caso brasileiro, no contexto da Lei n. 12.529/11, apenas operações envolvendo uma empresa cujo faturamento anual supere os R\$ 750 milhões, e outra, R\$ 75 milhões, devem ser submetidos à autoridade antitruste. No entanto, apesar de se tratar somente de empresas de médio e grande porte, a esmagadora maioria das operações é aprovada sem qualquer restrição, e num rito de análise simplificado. No primeiro semestre de 2017, de um total de 172 operações apreciadas pela autoridade antitruste brasileira, apenas cinco (0,3%) foram levadas a julgamento pelo Tribunal. Ainda que haja mais algumas operações de maior complexidade entre as que não foram levadas a julgamento pelo Tribunal, resta claro que o total de operações analisadas com maior detalhe é muito restrito, configurando um subconjunto muito pequeno de um universo já composto somente por empresas de maior porte.

Fica claro, portanto, que, diante dos filtros indicados pela Lei de Defesa da Concorrência, na prática, somente em situações extremamente complexas a eliminação de um concorrente em uma estrutura oligopolizada é percebida como causadora de preocupações relacionadas à redução da concorrência. Deste modo, reconhece-se que, de forma regular – e isso ocorre em todas as jurisdições –, a rivalidade oligopolística é tida como suficiente para impedir que a eliminação de um concorrente, por intermédio de uma fusão, comprometa sistematicamente e de maneira relevante a eficiência econômica do mercado em questão. Por outro lado, a quantidade diminuta de casos que podem suscitar problemas concorrenciais torna imperativa uma análise caso a caso, ainda que sujeita a ferramentas e etapas analíticas relativamente padronizadas.

Este artigo tem por objetivo discutir os possíveis efeitos de operações de fusões de aquisições, revisitando a jurisprudência consolidada no contexto da Nova Lei de Defesa da Concorrência. Constatou-se que, apesar de reconhecidamente a análise antitruste focar nos efeitos sobre preços, as demais dimensões são consideradas com elevada frequência, notadamente nos casos de maior complexidade. Além desta introdução teórica, o artigo será desenvolvido na seção seguinte, em três subseções, apresentando: (i) impactos de fusões para além da dimensão estritamente concorrencial; (ii) as dimensões não-preço presentes na análise antitruste – inovação, qualidade e marca; e (iii) aspectos analíticos que também escapam ao foco em preço – nomeadamente, entrada potencial, presença de *maverick* e poder de portfólio. Cada um desses aspectos será ilustrado com exemplos da jurisprudência recente, sobretudo do CADE. Incluímos, ao final, uma seção que resume as principais conclusões.

2 Dimensões não-preço e a jurisprudência recente

Conforme mencionado, o paradigma convencional tem ferramentas para analisar apenas os casos extremos de concorrência perfeita ou de monopólio. Para as situações intermediárias, oligopolísticas, nas quais se encontram praticamente todos os mercados relevantes vislumbrados na análise antitruste, os resultados obtidos são indeterminados teoricamente, podendo ser apreendidos apenas a partir de uma análise específica. Por outro lado, conforme Schumpeter e vários outros críticos da análise convencional preconizam, e o mundo concreto dos negócios atesta, a rivalidade entre as poucas empresas que compõem um oligopólio é intensa, e da concorrência entre elas, poucas vezes focada em preços, é que advém o desenvolvimento dos mercados.

2.1 *Impactos não estritamente concorrenciais de fusão*

Em realidade, os aspectos não relacionados ao preço estão presentes na grande maioria das operações de fusões e aquisições. Embora em teoria a análise antitruste insista em afirmar a prevalência da dimensão preço na concorrência, na prática, todavia, ela se encontra constrangida a realizar escrutínios mais exigentes apenas sobre um número muito reduzido de operações, o que torna inescapável que as demais dimensões da concorrência ganhem espaço relevante.

Desta maneira, faz-se pertinente a análise, em maior detalhe, dos fundamentos dessas dimensões não-preço e, para além disso, do quanto elas influenciam ou ganham presença na análise antitruste.

Em primeiro lugar, há dimensões que são usualmente tidas como alheias ao espaço da análise antitruste. Pode-se listar aqui inúmeras dessas dimensões, mas vale destacar algumas: interesse nacional; política industrial; emprego; meio-ambiente; direito do consumidor.

De fato, à exceção de algumas poucas jurisdições, a grande maioria das autoridades antitruste tende a considerar tais dimensões como não pertinentes à sua competência, à medida que não seriam atinentes à concorrência das empresas. A título de exemplo, se uma empresa, cujo capital é pertencente a nacionais do país daquela jurisdição, for adquirida por empresa de capital estrangeiro, este fato deveria ser desconsiderado na análise antitruste, uma vez que nacionalidade do capital não teria impacto sobre as condições de concorrência no mercado relevante afetado pela operação.

Da mesma forma, preocupações com políticas industriais, notadamente as que se voltam a fortalecer empresas nacionais (a chamada política de “campeões nacionais”), não deveriam prevalecer na análise antitruste. Em outras palavras, se uma fusão estimulada por políticas governamentais implicar poder de mercado excessivo no espaço econômico doméstico, ela não deveria ser aprovada incondicionalmente pela autoridade antitruste. Aqui, a dimensão globalizada da concorrência entre empresas oligopolísticas termina por não ser considerada, dado o foco mais restrito da análise no impacto sobre preços no mercado relevante, que raramente é considerado internacional.

Ainda, se uma fusão provoca impactos negativos sobre o nível de emprego nos mercados afetados (o que, aliás, é a regra), esse impacto, mais do que desconsiderado, tende a ser visto como positivo, à medida que traz eficiências para a operação, sob a forma de reduções de custos marginais, o que se traduz, em última instância, em pressões baixistas sobre preços.

Cabe dizer, no entanto, que essas dimensões impactam direta e indiretamente o objeto da análise antitruste de fusões em várias jurisdições. Recentemente, a Alemanha deliberou por restringir a possibilidade de aquisição de empresas alemãs por capital chinês. Restrições desse tipo são registradas em diversas jurisdições ditas como liberais e adeptas de uma visão estrita de concorrência. Como exemplo, o governo do Canadá barrou a aquisição da PotashCorp pela anglo-australiana BHP Billiton, sob a justificativa de que a operação não apresentaria benefícios ao Canadá²¹.

Aqui no Brasil, vale mencionar declarações do Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro, designado para examinar as condições em que se obteve um acordo para encerrar o contencioso em torno do caso Nestlé-Garoto²². Ele afirmou “ter agido preservando os trabalhadores e evitando prejuízos aos interesses do Espírito Santo – onde a Garoto está sediada”²³. Ou seja, embora a decisão, no mérito, tenha sido embasada tecnicamente de forma rigorosa, tanto em seus aspectos jurídicos como econômicos, houve também a preocupação em dirimir eventuais questionamentos relacionados ao tema do emprego ou ao tema do impacto regional da decisão.

O fato é que essas dimensões, por assim dizer extra concorrência, mesmo quando não sejam diretamente tratadas no âmbito da análise de uma fusão, influenciam indiretamente as condições em que a autoridade antitruste atua – pois seus integrantes, além de serem servidores públicos, o que os torna inerentemente influenciados pela visão de política dos governos, são cidadãos nacionais daquela sociedade, portanto imersos no conjunto de circunstâncias que conformam o ambiente em que se insere uma operação. Dessa interação, muitas vezes advêm considerações explícitas sobre interesse nacional ou emprego pela autoridade – mas, mais tipicamente, tais temas afetam indiretamente

Ademais destas dimensões, que na maior parte das jurisdições são consideradas como fora do escopo da análise concorrencial, há diversas outras dimensões analíticas que extrapolam o efeito preço, mas que podem afetar a dinâmica competitiva e o bem-estar dos consumidores – tanto é que são consideradas explicitamente pelas autoridades antitruste, conforme indica a análise recente da jurisprudência brasileira, conforme apresentada a seguir. Eis a visão exposta pelo Conselheiro Paulo Burnier²⁴:

[Em alguns contextos], o ato de concentração deve ser analisado sob perspectiva especial dos seus efeitos não-relacionados a “preço”. Esse assunto foi recentemente objeto de destaque na

²¹ Na ocasião, o Ministro da Indústria justificou a decisão salientando que a operação não traria benefícios líquidos ao Canadá. Paralelamente, o Governo da província de Saskatchewan expressou desaprovação à aquisição, uma vez que a mesma desejava manter o controle canadense da Potash em função de seu posicionamento estratégico sobre recursos naturais. Ver COLLINS, Simone. *Recent decisions under the Investment Canada Act: Is Canada changing its stance on foreign direct investment?*. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, v. 32, p. 141, 2011.

²² Ato de Concentração n. 08700.003861/2016-30.

²³ Ver <<http://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2016/10/cade-aprova-solucao-para-o-caso-nestle-garoto-1013987519.html>>. Acesso em 29.08.2017.

²⁴ CADE. Voto do Conselheiro Paulo Burnier (versão pública) referente ao Ato de Concentração 08700.006185/2016-56. Disponível em <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?GFNU60Uq5cInNkKn8pNEgGOob-CELL7ddUbr0z4Vbus2mUItAgFFh8vICT4Jz0xin3z1xaT67bty-nyipvkvxJw,,>>. Acesso em 29.08.2017.

International Competition Network (ICN), sob o título “*non-price effects*”, que ressaltou a importância de se levar em consideração, sobretudo em setores-chaves, como é o setor de educação, aspectos relacionados à qualidade dos serviços, à variedade da oferta e ao potencial de inovação.

Mais precisamente, serão discutidos casos analisados pelo CADE durante a vigência da Lei de Defesa da Concorrência, que avaliaram mais detidamente dimensões não-preço, tais como inovação, qualidade, marca, entrada potencial, *maverick* e poder de portfólio.

2.2 Dimensões não-preço da análise antitruste de fusões

2.2.1 Inovação

Para além do preço, são explicitamente consideradas, sobretudo em mercados intensivos em tecnologia, o impacto de fusões no ritmo e na dinâmica inovativa. Nestes casos, a análise antitruste clássica, estática, torna-se insuficiente para identificação dos efeitos concorrenciais promovidos por determinada fusão, havendo necessidade de uma abordagem dinâmica da concorrência²⁵. A lógica principal é que, nestes mercados, as empresas não se adaptam a condições exógenas de equilíbrio, mas são, na verdade, geradoras de assimetrias competitivas na dimensão inovação, com efeito pró-competitivo, que não pode ser traduzido diretamente em preço. Os efeitos positivos também não são objetivamente observáveis e tampouco verificados, necessariamente, no curto prazo. Contudo, são resultados tão ou mais desejáveis, do ponto de vista da concorrência e do bem-estar social, que a redução de preços, já que são promotores do desenvolvimento econômico.

Um exemplo notável de operação com efeito na dimensão inovação é o AC Dow e DuPont²⁶, julgado em 2017. No caso, a Comissão Europeia identificou possibilidade de efeitos deletérios no ritmo de inovações da futura empresa fusionada e exigiu compromisso, por parte das Requerentes, de alienação da divisão de pesquisa da DuPont para um terceiro, que deveria ser capaz de preservar a competição via inovação. Quando se menciona a preocupação com Pesquisa e Desenvolvimento, já havia precedentes de análise do tema Desenvolvimento, sobretudo no que diz respeito ao *pipeline* de produtos prestes a serem lançados no mercado, mas esta foi a primeira vez em que o tema Pesquisa foi alvo de investigação criteriosa e objeto de desinvestimento.

2.2.2 Qualidade

Outra preocupação não-preço que apresenta, já de maneira tradicional, relevância na análise antitruste de fusões e aquisições, é o vetor qualidade²⁷. De maneira geral, preocupa-se

²⁵ Ver SIDAK, J. Gregory & TEECE, David J. *Dynamic competition in antitrust law*. Journal of Competition Law & Economics, v. 5, n. 4, p. 581-631, Novembro de 2009.

²⁶ Ato de Concentração n. 08700.005937/2016-61, aprovado com restrições pelo Tribunal em 17.05.2016.

²⁷ Preocupações relacionadas à qualidade já estavam fortemente presentes no primeiro Guia H. Ver: SEAE/SDE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view>. Acesso em 29.08.2017.

aqui com os possíveis impactos de uma operação na qualidade do serviço ou produto oferecido, sendo que, por vezes, possíveis efeitos positivos em termos de qualidade podem ser entendidos como eficiência decorrente da operação, conforme estabelece o Guia de Análise de Atos de Concentração do CADE²⁸.

Um exemplo da importância dos efeitos em termos de qualidade é a *joint venture* (JV) firmada, em 2016, entre os canais de televisão aberta SBT, Record e RedeTV²⁹. Em sua decisão, o CADE condicionou a aprovação ao compromisso da JV (denominada Simba) em direcionar parte representativa de sua receita futura em “investimentos individuais das Compromissárias em fomento de oferta e/ou qualidade de conteúdo”³⁰. De maneira clara, a preocupação era com o aprimoramento de conteúdo e ampliação da diversidade a ser oferecida aos consumidores.

O setor de saúde seria outro exemplo em que a dimensão qualidade ganha elevada importância na análise antitruste. A relevância da qualidade dos serviços é amplamente reconhecida neste setor, com literatura e jurisprudência já consolidadas³¹ – não à toa, esta é uma preocupação constante da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que possui diversos indicadores e dados de qualidade relativos ao mercado³².

De maneira ilustrativa, cabe mencionar a operação de aquisição de controle, pela Unimed Franca, do Hospital Regional de Franca e seu plano de saúde, submetida ao CADE logo no início da vigência da Lei de Defesa da Concorrência³³. No caso, escrutinou-se a possibilidade de que a operação geraria eficiências que se traduziriam, em grande parte, na dimensão qualidade, com aumento dos investimentos e ampliação de leque de serviços ofertados aos consumidores. Não obstante, como o estabelecimento de um acordo não foi possível, a operação foi rejeitada pelo Tribunal.

2.2.3 Marca

Outro tema frequente na análise antitruste de fusões é a preocupação com as marcas envolvidas na transação. Sobretudo em mercados de produtos diferenciados, a marca é um vetor

²⁸ CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 29.08.2017.

²⁹ Ato de Concentração n. 08700.006723/2015-21, aprovado com restrições pelo Tribunal em 22.06.2016.

³⁰ CADE. Acordo em Controle de Concentração (versão pública) referente ao Ato de Concentração n. 08700.006723/2015-21. Disponível em <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?39YTcUUQz2-s_Q2NZCwcg3pO11CNFAMFPG2t2FuOPpX9IRNvyTGAs_GpSvojtYYB2jsgMINYa54xwTlx6Sw2w,,>>. Acesso em 29.08.2017.

³¹ A título de exemplo, já em 2005 a Conselheira Ana de Oliveira Frazão concluía pela importância do vetor qualidade no mercado de saúde suplementar: “setor em que a qualidade dos serviços assume um papel preponderante, de forma que a própria proteção da saúde como direito fundamental pode estar dissociada das condições em que os médicos exercem seus serviços”. Ver: CADE. Cadernos do CADE - mercado de saúde suplementar: condutas. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/copy_of_cadernos-do-cade-2013-mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf>. Acesso em 29.08.2017.

³² Ver <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em 29.08.2017.

³³ Ato de Concentração n. 08700.003978/2012-90, rejeitado pelo Tribunal em 03.04.2013.

essencial de concorrência. Esta relevância, aliás, faz com que marcas se tornem, de maneira recorrente, objeto de desinvestimento quando da aplicação de remédios - mesmo tendo características intangíveis, a marca é tratada como um ativo, similar aos ativos produtivos.

Este fator esteve presente, por exemplo, na operação firmada entre Hypermarchas e Reckitt Benckiser³⁴. No caso, as empresas atuavam através de diversas marcas nos mercados de preservativos masculinos e lubrificantes íntimos, os quais são caracterizados como mercados de produtos diferenciados³⁵. Neste sentido, o CADE observou que, para que a entrada de um novo concorrente fosse efetiva, este teria de possuir um produto no qual os consumidores confiem na qualidade, atributo tipicamente ligado à marca. Em outras palavras, a marca constituía-se como objeto especialmente importante na decisão dos consumidores³⁶. Assim, o CADE concluiu pela aprovação do AC mediante alienação da KY, marca líder do mercado de lubrificantes íntimos³⁷.

Outro exemplo de jurisprudência envolvendo análise de poder de marca foi na recente operação firmada entre Kroton e Estácio³⁸. No caso, os mercados relevantes em questão, educação superior presencial e ensino a distância (EAD), têm a marca como um vetor competitivo importante. Nas palavras da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin³⁹, “com relação à marca, tanto sua jurisprudência, quanto por todas as partes interessadas deste AC, pode-se dizer que esta é relevante na modalidade presencial. No EAD, [...] a SG e o DEE/CADE

³⁴ Ato de Concentração n. 08700.003462/2016-79, aprovado com restrições pelo Tribunal em 14.09.2016.

³⁵ Conforme salientado pelo CADE, “no mercado privado de preservativos masculinos, a imagem da marca é muito importante para os consumidores e os gastos de um entrante para estabelecer uma nova marca pode envolver custos irrecuperáveis substanciais, o que torna a entrada de um concorrente improvável”. Fonte: SG/CADE. Anexo ao Parecer n. 10/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em <[³⁶ Este ponto foi reforçado no voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier que, dentre outros pontos, salientou o fato de os gastos com marketing e da construção de uma marca serem “o grande empecilho para a entrada”. Fonte: CADE. Anexo ao voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier \(versão pública\). Disponível em <\[³⁷ CADE. Acordo em Controle de Concentração \\(versão pública\\) referente ao Ato de Concentração n. 08700.003462/2016-79. Disponível em <\\[³⁸ Ato de Concentração n. 08700.006185/2016-56, rejeitado pelo Tribunal em 11.07.2017.\\]\\(http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?rDERy2jyHTvRt0esVMGYMdJWvAPUJI4CX8JZG-MDyNUA_fhmxCx0sv3sQmps2OigoI8zbvC1awajJDYEVDBQ,,>”. Acesso em 29.08.2017.</p></div><div data-bbox=\\)\]\(http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?OacZUAfJ3ITuktSH3OSNWX6hwec3s3K6GJTznZddIrsXeiydFB49qJqcoCj5Nnrppj0I5YTecBFG7I2fRF_qBg,,>”. Acesso em 29.08.2017.</p></div><div data-bbox=\)](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?sBbjNQSM8tifa852M2GVLzXhPT6uOvFUTKAVaEbeMO_twFAkiCOTocFYDZvBIAPVzsLNLvQqdoPe87VfX6tt6Q,,>”. Acesso em 29.08.2017.</p></div><div data-bbox=)

³⁹ CADE. Anexo ao voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin. Disponível em <[171](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?H4iju9A_qZ80ylPzqXZB6EZWYZhNT6D2ORzACgt33iRsx00vPSFVA0I0c7PclkjnzBWTdJzWQQ78sszzeAas6Q,,>”. Acesso em 29.08.2017.</p></div><div data-bbox=)

disseram que marca era importante”⁴⁰. De maneira divergente à SG, a Conselheira Relatora entendeu que, através da implementação de remédios – dentre os quais estava a alienação da marca Anhanguera, recém adquirida pela Kroton –, a operação geraria efeitos líquidos positivos aos mercados e seus consumidores. Contudo, a operação foi reprovada no Tribunal, por maioria de votos.

2.3 Aspectos analíticos não relacionados a preço

2.3.1 Entrada potencial

Outra dimensão analítica em que prevalecem preocupações não-preço surge quando se avalia a possibilidade de que a operação possa provocar um arrefecimento da competição potencial. Neste caso, o rival em questão apresenta presença muito limitada ou até mesmo não ingressou no mercado afetado, mas já estaria em condições de impor concorrência potencial e inibir o exercício de poder de mercado, em linha com a teoria dos mercados contestáveis⁴¹.

Conforme exposto no Guia H do CADE, “ACs de concentrações entre uma empresa já ativa e um concorrente potencial em um mesmo MR [mercado relevante] podem ter efeitos anticoncorrenciais semelhantes aos ACs entre duas empresas ativos no mesmo MR”⁴². Tal concorrente potencial pode estar localizado em mercados adjacentes ou verticalmente relacionados.

Este tipo de preocupação esteve presente na análise empreendida pelo CADE na operação firmada entre BM&FBovespa e Cetip⁴³, que possuíam plataformas de negociação de ativos - com elevada participação - nos mercados de bolsa e de balcão, respectivamente. No entanto, a Cetip concorria marginalmente no mercado de bolsa de valores, de maneira que o CADE entendeu que a empresa se constituía como um concorrente potencial em tal mercado, caracterizado por elevadas barreiras à entrada. Nesse sentido, a operação teria o condão de eliminar essa concorrência potencial, de modo que o AC foi aprovado com restrições⁴⁴, condicionada à implementação de remédios que visassem reduzir as barreiras à entrada e, com isso, viabilizar a entrada de novos concorrentes.

Outro exemplo recente da preocupação com a concorrência potencial pode ser identificado na análise empreendida pela SG na aquisição do HSBC Brasil pelo Bradesco⁴⁵. A SG aventou preocupação com a possibilidade de que a operação tivesse sido realizada com sobre preço, o que seria motivado pela intenção de afastamento de rivais que pudessem

⁴⁰ No que tange à jurisprudência, a Conselheira Relatora Cristiane se refere especialmente ao AC firmado entre Kroton e Anhanguera (Ato de Concentração n. 08700.005447/2013-12, aprovado com restrições pelo Tribunal em 14.05.2014).

⁴¹ BAUMOL, William J. Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure. *The American Economic Review*, v. 72, p. 40-54, Março de 1982.

⁴² Fonte: CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Op. Cit.

⁴³ Ato de Concentração n. 08700.004860/2016-11, aprovado com restrições pelo Tribunal em 22.03.2017.

⁴⁴ CADE. Acordo em Controle de Concentração (versão pública) referente ao Ato de Concentração n. 08700.004860/2016-11. Disponível em <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4LNorn1UseRA11XdI28h1YqpjzCgVoQTbTaXEH74QoauMpnou9ioXMyG-pv6ZhOuL8bLBqT6nrbPSZdzjcyxw,,>. Acesso em 29.08.2017.

⁴⁵ Ato de Concentração n. 08700.010790/2015-41, aprovado com restrições pelo Tribunal em 08.06.2016.

ingressar no mercado nacional via aquisição do HSBC e, assim, contestar o poder de mercado do Bradesco. Essa preocupação, ao final, foi afastada pelo escrutínio da operação.

2.3.2 *Maverick*

Outro pilar analítico não-preço que vem apresentando relevância nas análises antitruste é a identificação de empresas do tipo *maverick*. De maneira geral, essas empresas são capazes de promover um ambiente mais competitivo, a despeito de deter participação de mercado mais tímida, sendo caracterizadas como “substancialmente diferente das rivais”⁴⁶. Os diferenciais competitivos das empresas *mavericks* são que, em geral, elas apresentam estrutura de custos mais competitiva e/ou capacidade mais favorável de inovação – com isso, possuem condições de apresentar estratégia disruptiva⁴⁷. Diante destas características, há que se ressaltar ainda que as *mavericks* estão em condições de também dirimir eventuais preocupações com condutas coordenadas.

Preocupações neste sentido estiveram presentes na recente operação envolvendo as distribuidoras de combustíveis Ipiranga e Alesat⁴⁸. No caso, foram levantadas preocupações quanto à caracterização da Alesat como uma *maverick*⁴⁹. À preocupação com a eliminação de um possível *maverick*, somou-se também a constatação de que o mercado de revenda de combustíveis seria especialmente caracterizado pela presença de práticas não competitivas⁵⁰. Assim, levando em consideração os pontos supracitados⁵¹, entre outros, o CADE concluiu pela rejeição da operação.

2.3.3 *Poder de portfólio*

No que se refere a efeitos não-preço, outro aspecto analítico que merece destaque encontra-se nas fusões entre empresas atuando em mercados adjacentes. Neste caso, mesmo

⁴⁶ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2004.

⁴⁷ BAKER, Jonathan B. *Mavericks, mergers, and exclusion: proving coordinated competitive effects under the antitrust laws*. NYUL Rev., New York, v. 77, p. 135-203, Abril 2002.

⁴⁸ Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49, rejeitado pelo Tribunal em 02.08.2017.

⁴⁹ LCA CONSULTORES. Considerações adicionais à análise concorrencial da Operação Ipiranga-Alesat - AC n° 08700.006444/2016-49. Disponível em <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?7EVCERA3aD7vU4OCa03sbpy9pm6jjjYZk_ltyqdH8TbWHPadclQJFmgVK9cm8j0VdtleaFpf7lktl2CdSY67QQ,>. Acesso em 29.08.2017.

⁵⁰ De acordo com levantamento realizado pelo CADE, de 1996 a 2013 centenas de denúncias chegaram aos órgãos do SBDC, de maneira que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) instaurou 168 investigações no período. Fonte: CADE. Cadernos do CADE - varejo de gasolina. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/cadernos-do-cade-varejo-de-gasolina.pdf>>. Acesso em 29.08.2017.

⁵¹ O Conselheiro Relator João Paulo de Resende concluiu pela definição da Alesat como *maverick* e votou pela rejeição da operação. Fonte: CADE. Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende. Disponível em <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?pmEoD42UPi0AZUDzO7MpEOxi-6-4eLs7gd1iJWg1CF_kdMCITNrF_SRX8USgHKNTPQIempEinKZD1gNANApRWw,>. Acesso em 29.08.2017.

que a sobreposição horizontal decorrente da operação não seja relevante, há preocupação concorrencial associada ao possível poder de portfólio.

O receio é que a empresa fusionada passe a alavancar poder de mercado com o seu amplo portfólio. Mais precisamente, ainda que a detenção de portfólios extensos possa permitir eficiências, com redução de custos de transação⁵² e possibilidade de economias de escopo⁵³, há também a possibilidade de efeitos deletérios, como dificultar a entrada de novos concorrentes, limitar a capacidade de os rivais imporem concorrência efetiva e até mesmo favorecer a adoção de práticas anticompetitivas (como venda casada, tipicamente).

A possibilidade de a operação resultar em ampliação do poder de portfólio ensejou preocupação em diferentes análises empreendidas recentemente pelo CADE. Como exemplos, pode-se citar os ACs Kroton e Estácio⁵⁴, ChemChina e Syngenta⁵⁵ e Dow e Dupont⁵⁶. Especificamente no caso da operação julgada em 2016 entre a Reckitt Benckiser e a Hypermarchas, já mencionada neste artigo⁵⁷, a Superintendência Geral escrutinou a existência de poder de portfólio, relacionando-o com o leque de marcas da empresa pós-operação. De acordo com a SG, à medida que a operação concentraria algumas das principais marcas de preservativos e lubrificantes íntimos, a empresa fusionada ficaria com demasiado “poder de portfólio de marcas”. Desta mera profusão de marcas, a SG depreende que “a redução do custo de transação para distribuidores e varejistas [...] pode aumentar o custo dos rivais, gerando fechamento de mercado”⁵⁸. Não é possível retirar algum entendimento inteligível desta frase, menos ainda conclusão tão peremptória – que foi ingrediente importante para a impugnação da operação. Trata-se de análise típica de conduta unilateral – que requer, como se sabe, padrão de prova muito exigente, a demonstrar como, nessa situação concreta, uma redução de custo de transação, certamente pró-competitiva, poderia ensejar fechamento de mercado. Temos aqui, portanto, um exemplo de como um elemento analítico não relacionado a preço pode ser utilizado de forma pouco adequada, obscurecendo, e não esclarecendo, o impacto da operação no mercado.

3 Conclusão

Como visto, apesar de a doutrina antitruste indicar que o preço deve ser o foco da avaliação de atos de concentração, existem diversas outras dimensões consideradas na análise, notadamente nos casos complexos.

Tais casos precisam ser analisados em base *ad hoc*, ainda que algumas ferramentas econômicas sejam comuns a vários. E as análises de mercado, necessariamente prospectivas, precisam ser alimentadas pelos mais diversos elementos. Explicitamente, inovação e qualidade já fazem parte do menu da análise antitruste de fusões. Embora a quantificação seja mais difícil, esses vetores vêm ganhando atenção cada vez mais – sobretudo o tema da inovação. Ademais,

⁵² Dado que o cliente negocia apenas com uma empresa que possui diversos tipos de produtos e marcas.

⁵³ Decorrente da produção conjunta de produtos relacionados.

⁵⁴ Ato de Concentração n. 08700.006185/2016-56, rejeitado pelo Tribunal em 11.07.2017. Op. Cit.

⁵⁵ Ato de Concentração n. 08700.006269/2016-90, aprovado pela SG em 24.02.2017.

⁵⁶ Ver Ato de Concentração n. 08700.005937/2016-61. Op. Cit.

⁵⁷ Ato de Concentração n. 08700.003462/2016-79, aprovado com restrições pelo Tribunal em 14.09.2016.

⁵⁸ Fonte: SG/CADE. Anexo ao Parecer n. 10/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Op. Cit.

registre-se o empenho das autoridades em incluir nos guias de análise os temas analíticos mais diversificados. No âmbito do CADE, o renovado Guia H, elaborado na esteira da nova Lei de Defesa da Concorrência, impregnado pelo vasto repertório da autoridade brasileira, trouxe destaque explícito para os temas da concorrência potencial, da presença de *mavericks* no mercado e para o poder de portfólio. Por fim, mas não menos importante, vale consignar que temas tidos como extra concorrência, como emprego e interesse nacional, insistem em influenciar as análises, em que pese o fato de que nem sempre tais elementos estejam explicitamente registrados nos documentos de análise.

ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

Barbara Rosenberg
Carolina Cury Ricciardi
Luis Bernardo Coelho Cascão
Vitor Jardim Machado Barbosa

1 Introdução

O regime de controle prévio de estruturas no Brasil, existente desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) em 2012, introduziu recursos sofisticados para o processo de análise de concentrações. Nos últimos anos, o CADE ampliou a utilização de análises econômicas e intensificou a adoção de remédios concorrenciais em operações complexas. No contexto de operações com um componente internacional, houve um considerável aumento na cooperação com autoridades estrangeiras, especialmente para fazer uso de negociações de remédios no Brasil de forma mais próxima das autoridades concorrenciais de outras jurisdições, especialmente da Comissão Europeia e, em menor medida, dos Estados Unidos.

O CADE analisou diversas operações complexas desde 2012¹. Desde a aprovação dos primeiros Acordos em Controle de Concentração (os chamados “ACCs”), a negociação de remédios com a autoridade brasileira evoluiu significativamente tanto sob o aspecto material quanto sob aspectos processuais².

Os primeiros cinco anos de regime de controle prévio de concentrações brasileiro demonstraram certo redirecionamento das preocupações concorrenciais resultantes das operações notificadas. Além disso, o CADE demanda cada vez mais pacotes de remédios mais extensos e complexos. E, apesar da falta de um procedimento detalhado ou guia a respeito das negociações de remédios, a experiência nos anos iniciais do regime prévio de controle de concentrações brasileiro mostra que o CADE introduziu novas ferramentas e mecanismos para desenvolver negociações construtivas direcionadas a resultados positivos, espelhando a experiência estrangeira.

Na medida em que o CADE demonstra um interesse crescente no uso de remédios como ferramenta para aprovar operações complexas, no processo de negociação há também uma maior intenção de aprofundar a análise dos remédios oferecidos pelas partes requerentes do ato de concentração com um grau de detalhes inédito.

¹ Nos termos do artigo 56 da Lei de Defesa da Concorrência, o CADE deve declarar um caso complexo para poder prorrogar o prazo legal de análise em casos de necessidade de tempo adicional para instrução do caso e a análise concorrenciais. Deve se destacar, no entanto, que a declaração de complexidade não é necessária para todo caso complexo.

² De modo semelhante a outras autoridades concorrenciais, o CADE reconhece que determinadas operações em certos setores podem levar a sinergias significativas, e, portanto, podem ser benéficas para o mercado e os consumidores. A discrepância entre o número de ACCs negociados e as operações bloqueadas demonstram, em geral, uma disposição da autoridade brasileira de encontrar meios para permitir a conclusão de operações.

Esses fatores afetam significativamente a duração das negociações de remédios e, diante da natureza suspensiva³ do regime prévio de controle de concentrações brasileiro, influenciam o tempo de análise e os incentivos para as partes requerentes do ato de concentração econômica.

A seguir, este capítulo apresenta um breve panorama das tendências atuais sobre a negociação de remédios na prática do CADE, os procedimentos e aspectos materiais envolvidos e alguns comentários a respeito da implementação de remédios.

2. Preocupações concorrenciais e tipos de remédios negociados com o CADE

No contexto de um ato de concentração, o CADE pode reprovar uma operação, aprová-la sem restrições ou aprová-la com restrições. Dessa forma, a autoridade pode unilateralmente impor restrições ou negociar remédios por meio de um ACC. Durante a análise concorrencial, caso a operação gere preocupações, o CADE pode requerer manifestação das partes, que podem tanto discutir o mérito do caso ou iniciar negociações para superar as preocupações apontadas.

É importante notar que o CADE não apenas faz sua própria análise dos efeitos de uma operação, mas também tenta encaminhar preocupações específicas mencionadas por terceiros consumidores, fornecedores e concorrentes durante a fase de teste de mercado⁴. Na verdade, o CADE considera com atenção os problemas levantados pelos consumidores. Assim, a autoridade realiza uma análise profunda desses temas, e tenta, na medida do possível, encontrar meios de permitir a implementação da operação neutralizando possíveis problemas concorrenciais.

³ Sob o regime brasileiro de controle de concentrações, as operações que são sujeitas à notificação obrigatória no Brasil não podem ser fechadas ou implementadas antes de obter aprovação do CADE. Isso significa que as partes devem se manter independentes da outra até que consigam obter a aprovação final do CADE, mas, mais importante, que esse período se tornou um aspecto muito importante para as partes requerentes. O CADE tem até 330 dias para emitir sua decisão final a respeito de operações notificadas. O período de análise formal pode levar até 240 dias, contados a partir da submissão formal, que pode ser estendida por um período adicional de 60 dias, se solicitado pelas partes requerentes ou por um período adicional de 90 dias por meio de uma decisão fundamentada emitida pelo Tribunal do CADE.

⁴ Vide, por exemplo, Atos de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados), aprovado com restrições pelo Tribunal em 22 de março de 2017; 08700.005719/2014-65 (Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 11 de fevereiro de 2015; e 08700.000344/2014-47 (Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 10 de dezembro de 2014.

Para esse propósito, o CADE pode usar remédios estruturais e comportamentais, cobrindo desinvestimento de ativos (tangíveis⁵ e intangíveis⁶), licenciamento de direitos de propriedade intelectual⁷, proibição de certas práticas discriminatórias⁸⁹, proibição de firmar acordos de aquisição específicos por um certo período¹⁰, etc.

Os precedentes indicam que a autoridade tem por objetivo atingir um remédio efetivo, que deve ser adequado para ser monitorado, viável e não deve criar novos problemas. Nesse sentido, o CADE prefere remédios estruturais quando possível, dado que essa modalidade remédios requer menores esforços com medidas de monitoramento.

Apesar da experiência prática demonstrar uma preferência por remédios estruturais, alguns casos podem combinar obrigações comportamentais com medidas estruturais. Também vale a pena notar que em casos envolvendo relações verticais, remédios estruturais podem não

⁵ Vide Acordos de Controle em Concentração nos Atos de Concentração nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I. DuPont De Nemours and Company), aprovado com restrições pelo Tribunal em 17 de maio de 2017; 08700.006567/2015-07 (Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC), aprovado com restrições pelo Tribunal em 9 de dezembro de 2015; nº 08700.005447/2013-12 (Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Anhangera Educacional Participações S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 14 de maio de 2014; 08700.008607/2014-66 (Requerentes: GlaxoSmithKline e Novartis AG), aprovado com restrições pelo Tribunal em 25 de fevereiro de 2015; 08700.010688/2013-83 (Requerentes: JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e Forte Empreendimentos e Participações Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 18 de outubro de 2016; 08700.000658/2014-40 (Requerentes: Minerva S.A. e BRF S.A.) aprovado com restrições pelo Tribunal em 14 de agosto de 2014; e 08700.009882/2012-35 (Requerentes: Ahlstrom Corporation and Munksjö AB), aprovado Tribunal em 22 de maio de 2013.

⁶ Vide Acordos de Controle em Concentrações nos Atos de Concentração nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I. DuPont De Nemours and Company), aprovado com restrições pelo Tribunal em 17 de maio de 2017; 08700.003462/2016-79 (Requerentes: Reckitt Benckiser e Hypermarchas), aprovado com restrições pelo Tribunal em 14 de setembro de 2016; 08700.006567/2015-07 (Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC) aprovado com restrições pelo Tribunal em 9 de dezembro de 2015; 08700.001437/2015-70 (Requerentes: Dabi Atlante e Gnatus) aprovado com restrições pelo Tribunal em 25 de novembro de 2015; 08700.009731/2014-49 (Requerentes: Telefónica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A e Mediobanca S.p.A.) aprovado com restrições pelo Tribunal em 25 de março de 2015; 08700.009732/2014-93 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A., GVT Participações S.A., Telefônica S.A. e Vivendi S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 25 de março de 2015; 08700.008607/2014-66 (Requerentes: GlaxoSmithKline e Novartis AG), aprovado com restrições pelo Tribunal em 25 de fevereiro de 2015; e 08700.010688/2013-83 (Requerentes: JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e Forte Empreendimentos e Participações Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 18 de outubro de 2016.

⁷ Vide Acordo de Controle em Concentração no Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Innova S.A., Petróleo Brasileiro S.A. e Videolar S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 1º de outubro de 2014.

⁸ Vide Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 11 de maio de 2016.

⁹ Vide Acordos em Controle de Concentração no Atos de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros e CETIP S.A. – Mercados Organizados), aprovado com restrições pelo Tribunal em 22 de março de 2017; 08700.005719/2014-65 (Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina Logística S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 11 de fevereiro de 2015; 08700.000344/2014-47 (Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 10 de dezembro de 2014; e 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Innova S.A., Petróleo Brasileiro S.A. e Videolar S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 1º de outubro de 2014.

¹⁰ Vide Acordos de Controle em Concentração nos Atos de Concentração nº 08700.001642/2017-05 (Requerentes: Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 16 de agosto de 2017; 08700.010790/2015-41 (Requerentes: HSBC Bank Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 8 de junho de 2016; e 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Innova S.A., Petróleo Brasileiro S.A. e Videolar S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 1º de outubro de 2014.

resolver corretamente os problemas concorrenciais relacionados ao ato de concentração. Nesses casos, o CADE também aplica remédios comportamentais isolados ou em combinação com remédios estruturais. Até mesmo em casos com preocupações concorrenciais relacionadas a sobreposições horizontais, o CADE pode aplicar principalmente compromissos comportamentais, uma vez que remédios estruturais podem não ser aplicáveis ou podem não tratar apropriadamente as preocupações concorrenciais.¹¹

Apesar de ser mais comum em restrições unilaterais impostas, o CADE também pode solicitar que o ACC cubra ajustes a itens específicos do acordo para alinhar os contratos aos precedentes do CADE sobre alguns assuntos, especialmente com relação a cláusulas de não concorrência, restrição a direitos de propriedade intelectual, etc.

No geral, o CADE busca estabelecer remédios que eliminem especificamente as preocupações concorrenciais do caso concreto. Não obstante, alguns remédios adotados podem ultrapassar o efetivo problema concorcencial para envolver outras atividades das partes. Isso pode vir a ocorrer caso seja necessário adotar uma medida para tornar o pacote de remédios viável como um todo¹².

3. O processo de negociação

De acordo com o artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência, o CADE deve completar a análise de casos não sujeitos ao procedimento sumário¹³ em até 240 dias corridos contados a partir da notificação formal completa. As requerentes podem solicitar uma extensão de 60 dias para submeter informações adicionais sustentando suas argumentações para aprovação. Por sua vez, a autoridade pode estender o período de análise por 90 dias, por meio de uma decisão fundamentada do Tribunal de CADE, especificando os motivos para extensão, o período de extensão (que não pode ser renovado novamente) e as medidas que são necessárias para decidir o caso.

Após analisar a operação, a SG pode tanto emitir um parecer aprovando a operação ou, caso entenda que o caso deva ser reprovado ou que remédios são necessários para a aprovação, pode enviá-lo ao Tribunal. Portanto, o Tribunal tem a última palavra no escopo e na aceitação do ACC.¹⁴

¹¹ Vide Acordo de Controle m Concentração no Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Innova S.A., Petróleo Brasileiro S.A. e Videolar S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 1º de outubro de 2014.

¹² Vide, por exemplo, alguns remédios aplicados no Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47 (Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 10 de dezembro de 2014, como os compromissos de adotar uma política de portas abertas ao CADE e um programa de compliance.

¹³ O procedimento sumário se aplica às seguintes operações (i) joint-ventures cooperativas; (ii) entradas (substituição de agentes econômicos); (iii) sobreposições com baixas participações de mercado (necessariamente abaixo de 20%); (iv) integração vertical em que nenhuma das partes, ou de seus grupos econômicos detenha mais do que 30% de participação de mercado nos mercados verticalmente integrados; (v) aumentos mínimos de participação de mercado (variação de HHI menor do que 200 pontos), se a participação de mercado combinada não exceder 50%; e (vi) outros casos, que forem considerando simples o suficiente, a critério da SG, a ponto de não merecerem análise mais aprofundada.

¹⁴ Vide Atos de Concentração nº 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 11 de maio de 2016; 08700.005719/2014-65 (Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL – América Latina

Assim que o caso chega ao Tribunal, um Conselheiro Relator é aleatoriamente designado para o ato de concentração, mas todos os outros Conselheiros também devem votar. Portanto, nesses casos, é necessário negociar diretamente com o Conselheiro Relator e convencer todos os membros do Tribunal do CADE.

As partes requerentes podem apresentar proposta de acordos de controle em concentrações a qualquer momento entre a notificação do ato de concentração e 30 dias contados a partir da emissão do parecer da Superintendência Geral que determinar a imposição de remédios e encaminhar o caso ao Tribunal.¹⁵ Portanto, exceto pelo prazo para apresentar a proposta de ACC e o tempo máximo para análise, não há um cronograma específico que a Superintendência Geral ou o Tribunal devam seguir para emitir decisão impondo restrições ou condicionando a aprovação aos termos do ACC.

A experiência mostra que negociações de acordos de controle em concentrações dependem do momento da proposta, da complexidade da operação e da necessidade do CADE em realizar testes de mercados relacionados aos remédios propostos. Além disso, o CADE pode também querer checar a capacidade dos compromissos resolverem as preocupações da autoridade (e possivelmente, as preocupações de terceiros), e se o ACC contém previsões padrões que o CADE solicita para garantir a efetividade do acordo proposto.

Apesar de não serem mandatórias, negociações diretas e indiretas com todos os níveis do CADE ajudam a tornar o trabalho mais eficiente, facilitam o processo de revisão e podem economizar tempo valioso. Diferentes instâncias e agentes públicos dentro do CADE podem rever o ACC proposto (e o Tribunal deve necessariamente aprová-lo) e podem solicitar alterações a seus termos e escopo. Se as requerentes do ato de concentração propuserem o acordo quando o caso estiver sob a análise da Superintendência Geral, elas devem tentar checar se a proposta atende as preocupações que o próprio Superintendente Geral ou os Conselheiros do Tribunal possam ter.

A habilidade de negociar os remédios com a SG paralelamente (pelo menos até um certo nível) à negociação com o Tribunal é fundamental para garantir um processo ágil.¹⁶ A

Logística S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 11 de fevereiro de 2015; 08700.005447/2013-12 (Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Anhanguera Educacional Participações S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 14 de maio de 2014; 08700.009198/2013-34 (Requerentes: Estácio Participações S.A. e TCA Investimento em Participações Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 14 de maio de 2014; 08700.004185/2014-50 (Requerentes: Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies Inc.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 29 de janeiro de 2015; 08700.009924/2013-19 (Requerentes: INNOVA S.A.; Lírio Albino Parisotto; Petróleo Brasileiro S.A.; Videolar S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 1º de outubro de 2014; 08700.000658/2014-40 (Requerentes: Minerva S.A. e BRF S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 14 de agosto de 2014.

¹⁵ A Lei de Defesa da Concorrência Brasileira e regulações aplicáveis não preveem aspectos processuais específicos a respeito da negociação de ACCs frente ao Tribunal quando a Superintendência Geral aprovar o caso, mas terceiros apelarem ou um Conselheiro do Tribunal solicitar o caso para mais uma análise aprofundada. Houve apenas um caso em que isso aconteceu, i.e. Vide Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 (Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo, Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 24 de fevereiro de 2016.

¹⁶ Vide Acordos de Controle em Concentrações nos Atos de Concentração nº 08700.001642/2017-05 (Requerentes: Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 16 de agosto de 2017; 08700.005937/2016-61 (Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I. DuPont De Nemours and Company), aprovado com restrições pelo Tribunal em 17 de maio de 2017; 08700.008607/2014-66 (Requerentes: GlaxoSmithKline e Novartis AG), aprovado com restrições pelo Tribunal em 25 de fevereiro de 2015; 08700.007621/2014-42 (Requerentes: Holcim e Lafarge), aprovado com restrições pelo Tribunal em 10 de dezembro de 2014; 08700.002372/2014-07 (Requerentes: Cromossomo Participações II S.A. e Diagnósticos da

experiência mostra que ter algum feedback dos Conselheiros pode auxiliar em obter uma rápida homologação por parte do Tribunal, uma vez que pode evitar demandas desconhecidas ou inesperadas em estágios posteriores, dando às partes a chance de se anteciparem com relação a tais demandas.¹⁷ Em precedente recente do CADE, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira destacou que “*O julgamento ágil foi facilitado pelos contatos empreendidos entre a Superintendência e o Tribunal durante a análise do caso no CADE*”.¹⁸

Negociações de remédios podem tomar um tempo considerável, especialmente quando os compromissos não oferecerem uma solução clara, não cobrirem a totalidade dos mercados afetados ou demandarem medidas comportamentais. Conseqüentemente, as partes devem saber desde o início as etapas processuais fundamentais para determinar o melhor cronograma para apresentar a proposta de remédios.

Em termos de tempo, negociar com SG tende a ser uma boa estratégia quando as requerentes esperarem que a autoridade imponha restrições por si só. Nesse sentido, forçar excessivamente uma aprovação incondicionada pode atrasar significativamente a aprovação (e, portanto, seu fechamento). Se as requerentes deixarem a discussão inteira para o Tribunal do CADE, novos agentes terão de analisar o caso todo e isso pode implicar tempo adicional de análise. As requerentes do ato de concentração também devem considerar que não há limitação para a submissão de mudanças aos remédios inicialmente propostos. O CADE indica suas preocupações e as requerentes podem propor remédios a respeito desses problemas.

No final do dia, negociar remédios e as condições para sua implementação tende a permitir que as partes se beneficiem em termos de tempo, o que não acontece quando o CADE impõe condições unilateralmente.

Sobre este ponto, algumas contribuições recentes de Conselheiros do CADE merecem destaque. Por exemplo, o ex-Conselheiro do CADE Marcio de Oliveira Jr. indicou em decisão recente que o CADE deve apontar suas preocupações antes de reprovar formalmente um ato de concentração.¹⁹ Essa declaração foi dada no contexto de um caso aprovado pela Superintendência Geral, que foi analisado no Tribunal do CADE, após recurso de terceiros. Nesse caso, o Conselheiro Marcio de Oliveira Jr. entendeu que a autoridade não havia permitido às partes apresentarem apropriadamente uma proposta de ACC e, em razão desse erro, ele votou pela aprovação do caso sem restrições.

O Conselheiro Paulo Burnier da Silveira fez outro comentário importante recentemente. Ele indicou que as partes requerentes devem apresentar uma proposta de ACC específica e não apenas mencionar seu interesse em chegar a um acordo. Nesse sentido, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira afirmou “*(...) a mera manifestação formal do desejo de firmar um ACC não preenche os requisitos materiais estabelecidos no art. 125 do Regimento*

América S.A. Grupo Edson Bueno), aprovado com restrições pelo Tribunal em 15 de julho de 2014; 08700.009882/2012-35 (Requerentes: Munksjö AB e Ahlstrom Corporation), aprovado com restrições pelo Tribunal em 22 de maio 2013.

¹⁷ Vide, por exemplo, Acordo de Controle em Concentração no Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41 (Requerentes: HSBC Bank Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 8 de junho de 2016.

¹⁸ Vide Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: The Dow Chemical Company Company e E.I. DuPont De Nemours and Company), aprovado com restrições pelo Tribunal em 17 de maio de 2017.

¹⁹ Vide Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 (Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo, Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 24 de fevereiro de 2016.

*Interno do CADE (“RICADE”), que prevê, expressamente, a apresentação de uma proposta no prazo de 30 (trinta) dias do parecer da SG pela impugnação da operação: (...)”.*²⁰

Nesses últimos cinco anos, também houve soluções alternativas diferentes de acordos de controle em concentração negociadas diretamente com o CADE. Em alguns casos, as requerentes resolveram as preocupações concorrenciais do CADE levantadas por terceiros por meio de acordos privados entre as requerentes e o terceiro.²¹ O CADE especificamente mencionou em sua decisão que o acordo privado resolvia as preocupações concorrenciais supostamente criadas pela operação.

Em outros casos, remédios negociados com autoridades concorrenciais estrangeiras solucionavam as preocupações concorrenciais do CADE e não demandaram remédios específicos no Brasil.²² Nesse sentido, a Superintendência Geral do CADE ressalta a “coordenação entre o CADE e autoridades antitruste internacionais durante análises de concentrações em comum, incluindo a coordenação de remédios”.²³

No entanto, o CADE não está vinculado aos desinvestimentos globais estabelecidos com autoridades estrangeiras e pode (e o faz às vezes) solicitar um ACC sobre o mesmo objeto ou algo similar ou combinar remédios negociados em outras jurisdições com remédios específicos para problemas concorrenciais do mercado brasileiro. Em caso recente envolvendo remédios coordenados com outras jurisdições, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira destacou que o “(...) *caso reflete o amadurecimento institucional do CADE na coordenação de fusões transnacionais, com a identificação de problemas concorrenciais comuns a outras jurisdições, mas também locais e particulares ao Brasil.*” Segundo ele, dessa maneira, teria sido “(...) *possível desenhar um remédio coordenado com o resto do mundo no tocante aos problemas comuns e outros específicos à realidade do mercado brasileiro.*”²⁴

Com relação à implementação de um acordo de controle em concentração e a autorização para o fechamento da operação, o CADE decidiu recentemente suspender o fechamento da operação até que as partes cumpram com as obrigações assumidas. O Conselheiro Gilvandro Araújo de Vasconcellos decidiu em um caso relacionado ao

²⁰ Vide Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.), aprovado com restrições pelo Tribunal em 11 de maio de 2016.

²¹ Vide Ato de Concentração nº 08700.010224/2014-58 (Requerentes: The Dow Chemical Company e Univation Technologies, LLC), aprovado pela SG em 15 de abril de 2015

²² Vide, por exemplo, Ato de Concentração nº 08700.000206/2015-49 (Requerentes: Merck KGaA e Sigma-Aldrich Corporation), aprovado pela SG em 10 de agosto de 2015.

²³ RODRIGUES, Eduardo Frade. Questions & Answers In: ZARZUR, Cristiane; KATONA, Krisztian; and VILELA, Mariana. *Overview of Competition law in Brazil*. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015, p. 41 - 52: “*Within relatively little time, competition policy related to mergers also achieved new, interesting and positive developments regarding challenged mergers: it is a notable feature that, with a single exception, all mergers challenged by CADE in the new system (approximately 16 from 2012 to 2014) resulted in settlements, as opposed to imposed restrictions or blockages. The new framework also incentivized greater interaction and coordination between CADE and international antitrust authorities during common merger reviews, including the coordination of remedies. At the same time, such interaction and experience has immensely improved the design and implementation of remedies by CADE in comparison to past precedents.*”

²⁴ Vide Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61 (Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I. DuPont De Nemours and Company), aprovado com restrições pelo Tribunal em 17 de maio de 2017.

desinvestimento de ativos que as partes requerentes não poderiam fechar a operação sem definir o comprador dos ativos.²⁵

Finalmente, em dois casos rejeitados pelo CADE nos últimos cinco anos, o CADE também afirmou que as partes requerentes deveriam resolver efetivamente as preocupações da autoridade.²⁶ Em um desses casos, o ex-presidente do CADE, Vinicius Marques de Carvalho, afirmou em sua manifestação que “(...) *essa não era uma operação que precisava ter sido reprovada. (...) Poderiam ter sido criadas alternativas, mas infelizmente, não foram*”. Nesse caso, o Tribunal do CADE indicou a necessidade de remédios estruturais e as requerentes tentaram apresentar remédios comportamentais. No outro caso, de acordo com o CADE, até foram apresentadas às partes requerentes medidas que deveriam ser adicionadas às trazidas por elas.²⁷

Os precedentes do CADE mencionados indicam que o processo de negociação de remédios avançou nos últimos anos, apesar de haver espaço considerável para maior padronização, conforme mencionado pelo ex-Superintendente Geral do CADE.²⁸

4. Implementação de remédios

Talvez a mais sensível mudança procedimental em relação a ACCs no Brasil se relacione às formalidades no que envolve a implementação de obrigações acordadas com as partes. Há não muito tempo, os ACCs não tinham linguagem padronizada ou até mesmo cláusulas específicas. Os documentos eram curtos e cobriam as principais características dos remédios. Atualmente, o CADE impõe um número consistente de cláusulas pré-estabelecidas e obrigações abrangendo desde o procedimento de desinvestimento, monitoramento de acordos provisórios, nomeação de *trustees*, etc. Deve se reconhecer que o CADE espelhou algumas das características padrões de compromissos firmados entre requerentes de atos de concentração econômica e a Comissão Europeia.

Se de um lado essas obrigações auxiliares não mudam efetivamente o escopo do remédio, o encargo excessivo de cumprir com elas pode (e isso de fato acontece) atrasar as negociações e a efetiva implementação dos compromissos.

²⁵ Vide Ato de Concentração nº 08700.006567/2015-07 (Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC), aprovado com restrições em 9 de dezembro de 2015.

²⁶ Vide Atos de Concentração nº 08700.009988/2014-09 (Requerentes: Tigre S.A. – Tubos e Conexões e Condor Pincéis Ltda.), reprovado pelo Tribunal em 2 de setembro de 2015; 08700.000436/2014-27 (Requerentes: Braskem S.A. e Solvay S.A.), reprovado pelo Tribunal em 12 de novembro de 2014.

²⁷ Vide comunicado de imprensa “CADE não autoriza compra da Condor pela Tigre”, disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-nao-autoriza-compra-da-condor-pela-tigre>

²⁸ RODRIGUES, Eduardo Frade. Questions & Answers In: ZARZUR, Cristiane; KATONA, Krisztian; and VILELA, Mariana. *Overview of Competition law in Brazil*. São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015, p. 41 - 52: “*Still in the mergers field, in its current position in the national and international spheres, the Brazilian competition authority cannot afford to stay behind the main antitrust agencies in the world when it comes to delivering proper quality analysis of mergers and applying adequate remedies. A policy of constant and increasing training, updating and interaction with international counterparts is necessary, and there is a concrete will to further improve the quality of merger assessments. Converging with an eventual regulation of merger remedies, there is no doubt that although the content and procedure regarding remedies (especially through settlement) has greatly improved in the past years, there is considerable room for greater standardization, transparency, predictability and speediness of remedies procedures, negotiation and construction.*”

Especialmente em compromissos comportamentais, o ACC geralmente implica medidas de monitoramento que permitem à autoridade checar a execução de sua decisão. Há diversos mecanismos de monitoramento negociados com o CADE; o uso de *trustees* de monitoramento e desinvestimento, previsões regulando situações nas quais o CADE pode decidir pelo desfazimento da operação, envio de documentos periódicos com relatórios auditados, políticas de portas abertas, etc. O CADE também geralmente estabelece sanções para descumprimento do ACC, que vão desde multas até outras sanções.

Durante a execução do ACC, em circunstâncias excepcionais, as partes requerentes podem pedir ao CADE para analisar obrigações específicas que sejam comprovadas como excessivamente onerosas e não efetivas em relação aos objetivos do ACC. Geralmente, o próprio ACC apresenta cláusulas de revisão específicas que permitem às partes solicitarem um ajuste ou modificação dos remédios. Nesse sentido, o CADE tem a capacidade de autorizar a modificação das obrigações com base em um pedido formal e justificado pelas requerentes que podem, por exemplo, solicitar mudança de um remédio comportamental para um remédio estrutural. Não obstante, se o CADE rejeitar esse pedido, não há previsão legal impedindo que as partes solicitem revisão judicial dos remédios.

Cumprir destacar também que, quando as partes requerentes assinam um ACC com o CADE, elas dificilmente possuem razões para questionar os remédios ou os termos do acordo. De toda forma, ainda que não haja precedentes de pedido de revisão judicial do ACC por terceiros, é possível formular tal pedido.

5. Principais conclusões

Desde a introdução do regime de controle prévio de concentrações, o CADE implementou com sucesso uma abordagem bem sofisticada em negociações, resultando em mais acordos do que decisões unilaterais impondo restrições, se comparado com a prática do CADE em análises de concentração anteriores ao atual regime de análise de concentrações.

O CADE também se empenhou para alcançar remédios apropriados por meio de negociações multilaterais, para melhorar a análise dos remédios propostos pelas requerentes, incluindo testes de mercado para algumas questões e dando relevância substancial às opiniões de terceiros. O novo sistema de controle prévio de concentrações também permitiu à autoridade brasileira melhorar a coordenação com autoridades concorrenciais de outras jurisdições.

Com relação a desenvolvimentos futuros, o CADE irá publicar um guia de remédios, com procedimento específico para a negociação de modo a oferecer orientações mais aprofundadas para as requerentes. Esse documento representará um grande avanço na prática do CADE e servirá para organizar e consolidar a opinião da autoridade em um tópico que impacta o tempo de análise de concentrações. Portanto, emitir guias formais traz mais transparência e celeridade à negociação de remédios, oferecendo às partes maior previsibilidade.

IMPACTO DAS DECISÕES DO CADE SOBRE O VALOR DE MERCADO DAS FIRMAS ENVOLVIDAS EM FUSÕES: ANTES E APÓS A NOVA LEGISLAÇÃO

Edgard A. Pereira
Ricardo R. G. Avelino

1. Introdução

Normalmente, acredita-se que empresas envolvidas em fusões horizontais e aquisições se beneficiam do poder de mercado crescente da firma resultante, que permite a redução do preço pago aos fornecedores ou a cobrança de um preço maior dos consumidores, e da realocação dos ativos combinados de ambas as empresas em usos com valor superior. Na medida em que, em um mercado eficiente, o preço de uma companhia reflete o valor presente de seu fluxo de caixa futuro esperado, qualquer evento que influencie as perspectivas futuras de uma firma, como, por exemplo, fusões e aquisições, impactará o preço da ação. Diversos pesquisadores têm investigado o efeito do anúncio da operação e das decisões da autoridade antitruste sobre os preços das ações, entre eles Eckbo e Wier (1985)¹, Kim e Singal (1993)², Aktas e outros (2004)³, Duso e outros (2007)⁴ e Duso e outros (2011)⁵. Esses estudos, entretanto, têm se concentrado nas jurisdições dos Estados Unidos e da União Europeia.

O presente estudo avalia o impacto das decisões das autoridades antitruste brasileiras sobre os preços das ações antes e após a edição da Lei nº. 12.529/11, com base em uma amostra de 16 fusões e aquisições realizadas entre outubro de 2006 e abril de 2013 nas quais tanto o adquirente quanto a empresa-alvo estavam listados na BM&FBovespa. Utilizamos como base a metodologia tradicional de estudo de eventos, introduzida por Fama e outros (1969)⁶. Para uma análise aprofundada da metodologia de estudo de eventos é possível consultar MacKinlay (1997)⁷.

A avaliação da força das decisões tomadas pelas autoridades antitruste brasileiras é motivada pelo debate ora existente na literatura sobre a eficácia das instituições de defesa da concorrência. Kim e Singal (1993)⁸, entre outros, argumentam que as instituições são muito

¹ Eckbo, B. e Wier, P. (1985). Antimerger Policy under the Hart-Scott-Rodino Act: A Reexamination of the Market Power Hypothesis. *Journal of Law and Economics*, 28 (1), 119-149.

² Kim, E. e Singal, V. (1993). Mergers and Market Power: Evidence from the Airline Industry. *American Economic Review*, 83 (3), 549-569.

³ Aktas, N., de Bodt, E. e Roll, R. (2004). Market Response to European Regulation of Business Combinations. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 39 (4), 731-757.

⁴ Duso, T., Neven, D. e Röller, L. (2007). The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data. *Journal of Law and Economics*, 50 (3), 455-489.

⁵ Duso, T., Gugler, K. e Yurtoglu, B. (2011). How Effective is European Merger Control? *European Economic Review*, 55 (7), 980-1006.

⁶ Fama, E., Fisher, L., Jensen, M. e Roll, R. (1969). The Adjustment of Stock Prices to New Information. *International Economic Review*, 10 (1), 1-21.

⁷ MacKinlay, C. (1997). Event Studies in Economics and Finance. *Journal of Economic Literature*, 35, 13-39.

⁸ Kim, E. e Singal, V. (1993). *Op. cit.*

lenientes e permitem a realização de operações anticompetitivas, enquanto que Aktas e outros (2004)⁹ salientam que as instituições destroem eficiências por meio de sua intervenção desnecessária no mercado, levantando a questão da adequação das medidas propostas pelas autoridades de defesa da concorrência para impedir fusões anticompetitivas e reestabelecer a concorrência.

Após a seleção de um evento de interesse e do intervalo de tempo (janela) fixado para os eventos, calculamos o retorno anormal da ação durante esse intervalo, considerando a diferença entre o retorno observado e o retorno previsto (construído a partir das estimativas dos parâmetros do modelo de mercado em um período anterior à janela do evento). Então somamos esses retornos anormais ao longo do tempo para as diferentes ações, obtendo a média cumulativa do retorno anormal agregado, que serve de base para os testes estatísticos. Sob a hipótese nula de inexistência de impacto, o retorno anormal cumulativo não deveria ser estatisticamente diferente de zero durante qualquer janela ao redor do evento de interesse.

Nossos resultados sugerem que o mercado antecipa o anúncio das fusões e aquisições brasileiras e que elas possuem um impacto considerável sobre os preços das ações. Esse impacto está basicamente concentrado nos sete dias anteriores, à data de anúncio e nesta própria data. A média cumulativa do retorno anormal ao longo desse intervalo é de, aproximadamente, 7,3% e estatisticamente positiva a qualquer nível de significância convencional.

Os resultados também evidenciam que as decisões definitivas do CADE também afetam os preços das ações. As estimativas empíricas apontam para um ganho também de 7,3% durante o período de 41 dias centrado na data de evento durante a vigência da Lei nº. 8.884/94, indicando que o mercado interpreta o encerramento da incerteza e a consequente aprovação da operação, mesmo com restrições, como uma boa notícia. A ausência de uma correlação negativa entre os retornos anormais próximo ao anúncio da operação e próximo à decisão do CADE sugere que as restrições não impõem perdas econômicas significativas ao comportamento do adquirente ou que a maioria dos benefícios atribuíveis às firmas emergentes são decorrentes de ganhos de sinergia.

O impacto do anúncio da decisão do CADE é mais do que 50% superior durante a vigência da Lei nº. 12.529/11, excedendo 12% durante o período de 41 dias centrados na data do evento. Essa evidência preliminar (baseada em duas fusões apresentadas às autoridades de defesa da concorrência para sua aprovação) indica que os participantes do mercado revisaram as chances de rejeição da operação pelo CADE ou que o impacto aparentemente maior pode ser decorrente de movimentações nos preços das ações sem qualquer relação com a decisão do CADE.

Cumpramos destacar que este não é o primeiro estudo que aplica a metodologia de estudo de evento para analisar o efeito das fusões e aquisições de companhias brasileiras sobre os preços das ações. Camargos e Barbosa (2006)¹⁰, por exemplo, analisam se as informações contidas no anúncio da fusão são imediatamente incorporadas aos preços das ações. Patrocínio e outros (2007)¹¹ examinam a relação entre a intangibilidade, mensurada pela razão entre o

⁹ Aktas, N., de Bodt, E. e Roll, R. (2004), *Op. Cit.*

¹⁰ Camargos, M. e Barbosa, F. (2006). Eficiência Informacional do Mercado de Capitais Brasileiro Pós-Plano Real: Um Estudo de Eventos dos Anúncios de Fusões e Aquisições. *Revista de Administração*, 41 (1), 43-58.

¹¹ Patrocínio, M., Kayo, E. e Kimura, H. (2007). Aquisição de Empresas, Intangibilidade e Criação de Valor: Um Estudo de Evento. *Revista de Administração*, 42 (2), 205-215.

valor contábil e o valor de mercado (*book to market ratio*), e os ganhos resultantes das aquisições empresariais. No entanto, nenhum desses estudos aborda a eficácia da política de fusões no Brasil e seu impacto sobre os retornos das ações.

O restante do presente estudo está organizado da seguinte forma. A Seção 2 apresenta a metodologia empregada para avaliar o impacto dos eventos de interesse sobre os retornos das ações. A Seção 3 descreve a base de dados utilizada no presente estudo. A Seção 4 apresenta os resultados empíricos, destacando as estimativas de retornos anormais e de retornos anormais cumulativos próximas ao anúncio da fusão e da decisão do CADE. Finalmente, a Seção 5 apresenta as conclusões.

2. Metodologia de Estudo de Evento

Primeiramente, definimos a notação para facilitar a mensuração e a análise dos resultados anormais, seguindo MacKinlay (1997). Os retornos são indexados por τ . Denote por $\tau = 0$ a data do evento, por $\tau = T_1 + 1$ e $\tau = T_2$ a janela do evento e por $\tau = T_0 + 1$ e $\tau = T_1$ a janela de estimação. Portanto, $L_1 = T_1 - T_0$ e $L_2 = T_2 - T_1$ são, respectivamente, o período de duração dos intervalos das janelas do evento e de estimação.

Define-se, adicionalmente, R_{it} como o retorno continuamente composto da ação i no período t , para $i = 1, \dots, N$ e $t = T_0, \dots, T_2$, e, da mesma forma, R_{mt} como o retorno de mercado no período t . O modelo de mercado assume que R_{it} e R_{mt} estão relacionados por meio da especificação a seguir

$$R_{it} = \alpha_i + \beta_i R_{mt} + \varepsilon_{it} \quad (1)$$

em que ε_{it} é um termo de erro com média zero não autocorrelacionado com variação constante, isto é,

$$E[\varepsilon_{it}] = 0, \quad \text{Var}[\varepsilon_{it}] = \sigma_{\varepsilon_i}^2$$

e α_i e β_i são parâmetros desconhecidos, estimados com base na janela de estimação.

O retorno anormal para a i -ésima ação é computado utilizando a janela fixada para o evento como a diferença entre o retorno observado e o retorno previsto pelo modelo de mercado, qual seja,

$$\hat{AR}_{i\tau} = R_{i\tau} - \hat{\alpha}_i - \hat{\beta}_i R_{m\tau}, \quad \tau = T_1 + 1, \dots, T_2$$

em que $\hat{\alpha}_i$ e $\hat{\beta}_i$ são as estimativas de mínimos quadrados ordinários de α_i e β_i .

Sob a hipótese nula de que o evento não afeta da ação, o retorno anormal tem média zero e variância dada por

$$\sigma^2(\hat{AR}_{i\tau}) = \sigma_{\varepsilon_i}^2 + \frac{1}{L_1} \left[1 + \frac{(R_{m\tau} - \hat{\mu}_m)^2}{\hat{\sigma}_m^2} \right]$$

em que $\hat{\mu}_m$ e $\hat{\sigma}_m^2$ denotam, respectivamente, a média e a variância do retorno de mercado durante a janela de estimação.

MacKinlay (1997) enfatiza que o modelo de mercado representa uma melhora em comparação ao modelo com média constante tendo em vista que remove parte da variação do retorno da ação que esteja relacionada ao índice. Como resultado, a variância dos retornos anormais é reduzida, melhorando a possibilidade de serem detectados os efeitos do evento. Obviamente, quanto maior o R^2 da regressão em (1), maior será a redução na variância e maior o ganho resultante da utilização do modelo de mercado.

Com o intuito de avaliar o impacto do evento durante uma janela de vários dias, os retornos anormais individuais devem ser somados durante o período. Defina a média cumulativa do retorno anormal para a i -ésima ação entre τ_1 para τ_2 , para $T_1 < \tau_1 \leq \tau_2 \leq T_2$, como a soma dos retornos anormais individuais durante esse intervalo, isto é,

$$\hat{CAR}_i(\tau_1, \tau_2) = \sum_{\tau=\tau_1}^{\tau=\tau_2} \hat{AR}_{i\tau}$$

Sob a hipótese nula, $\hat{CAR}_i(\tau_1, \tau_2)$ também tem média zero e variância assintomática (à medida que L_1 aumenta) dada por

$$\sigma_i^2(\tau_1, \tau_2) = (\tau_2 - \tau_1 + 1)\sigma_{\varepsilon_i}^2$$

Para obter conclusões gerais, temos que somar ainda os retornos anormais cumulativos entre as ações, como na equação (2), e trabalhar com as médias :

$$\overline{CAR}_i(\tau_1, \tau_2) = \frac{1}{N} \sum_{i=1}^N \hat{CAR}_i(\tau_1, \tau_2) \quad (2)$$

A variância correspondente pode ser expressa como

$$Var(\overline{CAR}_i(\tau_1, \tau_2)) = \frac{1}{N^2} \sum_{i=1}^N \sigma_i^2(\tau_1, \tau_2)$$

e a hipótese nula pode ser testada empregando-se uma estatística CAR padronizada

$$\frac{\overline{CAR}_i(\tau_1, \tau_2)}{Var(\overline{CAR}_i(\tau_1, \tau_2))^{1/2}}$$

que converge para uma distribuição normal padrão à medida que L_1 aumenta.

3. Descrição dos Dados

O ponto de partida para a construção da base de dados utilizada no presente estudo é uma amostra de 19 fusões e aquisições ocorridas entre outubro de 2006 e abril de 2013, nas quais tanto o adquirente quanto a empresa-alvo estavam listados na BM&FBovespa. Dessa amostragem inicial foram selecionadas somente as operações nas quais o valor de mercado da empresa-alvo, no trimestre anterior à data de anúncio, correspondia, no mínimo, a 10% do valor de mercado da companhia adquirente.

A Tabela 1 lista a amostra final com 16 fusões e aquisições analisadas no presente artigo, em conjunto com as datas de anúncio da fusão e da decisão definitiva do CADE e os valores de mercado das firmas no trimestre anterior ao anúncio da aquisição. Verificamos que

há grande variação nos valores de mercado dos adquirentes e das empresas-alvo, que oscilam, respectivamente, entre R\$ 1.398 bilhões a R\$ 93.830 bilhões e R\$ 436 milhões a R\$ 31.604 bilhões. O valor de mercado médio dos adquirentes corresponde a R\$ 12.465 bilhões e é aproximadamente duas vezes maior do que o valor de mercado médio de R\$ 6.064 bilhões das empresas-alvo.

Tabela 1 – Datas de Anúncio das Aquisições e da Decisão do CADE e Valores de Mercado do Adquirente e da Empresa-Alvo no Trimestre Anterior ao Anúncio da Fusão

| Empresas | Anúncio da Fusão | Valor de Mercado (R\$ bilhões) | | Decisão do Cade |
|--------------------------|------------------|-----------------------------------|------------------|--------------------|
| | | Adquirente | Empresa- Alvo | |
| Net/Vivax | 11/10/2006 | 5.021 | 1.314 | 12/12/2007 |
| BMF/Bovespa | 25/03/2008 | 16.173 | 16.684 | 09/07/2008 |
| Oi/Brasil Telecom | 25/04/2008 | 15.731 | 11.940 | 20/10/2010 |
| Totvs/Datasul | 22/07/2008 | 1.398 | 658 | 05/08/2009 |
| Gafisa/Tenda | 01/09/2008 | 3.581 | 1.795 | 15/04/2009 |
| Brascan/Company | 10/09/2008 | 1.579 | 853 | 21/01/2009 |
| VCP/Aracruz | 15/09/2008 | 8.681 | 14.430 | 24/11/2010 |
| Itaú/Unibanco | 03/11/2008 | 93.830 | 31.604 | 18/08/2010 |
| Perdigão/Sadia | 18/05/2009 | 5.938 | 2.522 | 13/07/2011 |
| Pão de Açúcar/Ponto Frio | 08/06/2009 | 7.289 | 799 | 17/04/2013 |
| Duratex/Satipel | 22/06/2009 | 1.777 | 436 | 29/06/2011 |
| Amil/Medial | 19/11/2009 | 3.466 | 757 | 17/04/2013 |
| Braskem/Quattor | 22/01/2010 | 12.299 | 1.746 | 04/05/2011 |
| Drogasil/Raia | 02/08/2011 | 2.000 | 1.612 | 23/05/2012 |
| Cosan/Comgás | 03/05/2012 | 13.730 | 5.118 | 12/09/2012 |
| Kroton/Anhanguera | 22/04/2013 | 6.954 | 4.750 | 14/05/2014 |
| Mean | | 12.465 | 6.064 | |

4. Resultados Empíricos

Nesta seção, nós examinamos se o anúncio da aquisição e da decisão do CADE influenciam os retornos das ações dos adquirentes. O Ibovespa foi utilizado como referência de mercado e consideramos um período anterior à aquisição de 250 dias e uma janela do evento de 41 dias centrada na data do evento. Para as empresas que possuem ações ordinárias e preferenciais listadas na BM&FBovespa, optamos pelas ações preferenciais, que são negociadas mais frequentemente.

4.1 Anúncio da Fusão

A Tabela 2 apresenta os retornos médios anormais e retornos anormais cumulativos próximos à data do anúncio, a partir do 20º dia anterior à data do anúncio (-20) até o 20º dia

posterior ao anúncio, em conjunto com os respectivos erros padrões. Para a maioria dos retornos anormais, não é possível rejeitar a hipótese de que eles são estatisticamente iguais a zero em favor da hipótese de que eles são positivos adotando-se o nível de significância convencional de 5%. Há evidência de que eles são maiores do que zero somente nos dias $t=-19$, $t=-5$, $t=-3$ e $t=0$. Esses retornos anormais positivos de 2,159%, 0,455%, 1,704% e 2,307% estão associados a estatísticas t de 3,450, 2,325, 2,724 e 3,687.

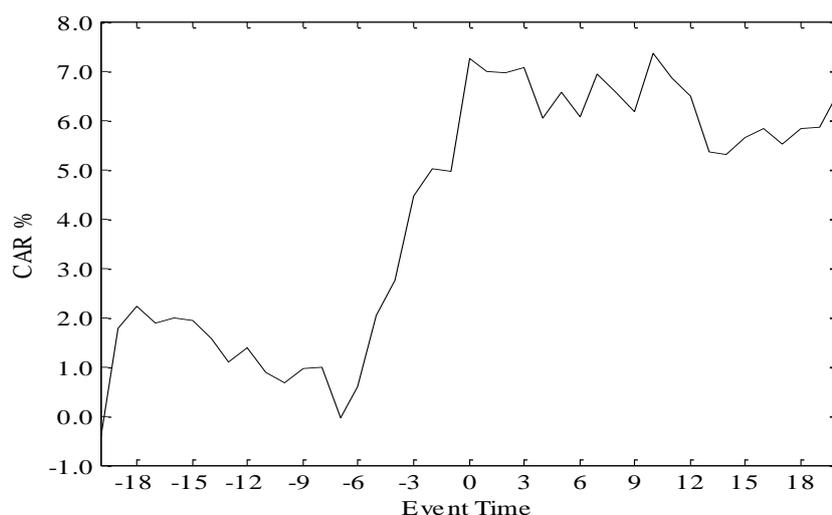
Os retornos anormais cumulativos mostrados na Figura 1 sugerem que o mercado antecipa o anúncio vindouro. O CAR médio cresce abruptamente a partir do dia $t=-7$ até o dia $t=0$, variando de -0,032% a 7,257% durante esse período. Mesmo se nós nos concentrarmos no CAR a partir do dia -20 até o dia 0, podemos rejeitar com segurança a hipótese de que ele é igual a zero, como indicado pelo estatística t de 2,532. Também observamos que nos dias posteriores ao anúncio e antes do dia $t=-7$, o CAR permanece relativamente estável, como seria esperado.

Tabela 2 – Retornos Anormais Agregados e Anormais Cumulativos em torno do Anúncio da Fusão

| Dia do Evento | AR_t % | t-stat | CAR_t % | t-stat |
|----------------------|-------------------------|---------------|--------------------------|---------------|
| -20 | -0,395 | -0,631 | -0,395 | -0,631 |
| -19 | 2,159 | 3,450 | 1,765 | 1,994 |
| -18 | 0,450 | 0,719 | 2,214 | 2,043 |
| -17 | -0,326 | -0,521 | 1,888 | 1,509 |
| -16 | 0,091 | 0,145 | 1,979 | 1,415 |
| -15 | -0,041 | -0,066 | 1,938 | 1,265 |
| -14 | -0,378 | -0,604 | 1,560 | 0,943 |
| -13 | -0,460 | -0,735 | 1,100 | 0,622 |
| -12 | 0,291 | 0,466 | 1,391 | 0,741 |
| -11 | -0,504 | -0,806 | 0,887 | 0,449 |
| -10 | -0,206 | -0,330 | 0,681 | 0,328 |
| -9 | 0,284 | 0,454 | 0,965 | 0,445 |
| -8 | 0,019 | 0,030 | 0,984 | 0,436 |
| -7 | -1,016 | -1,625 | -0,032 | -0,014 |
| -6 | 0,619 | 0,990 | 0,587 | 0,242 |
| -5 | 1,455 | 2,325 | 2,042 | 0,816 |
| -4 | 0,703 | 1,124 | 2,745 | 1,064 |
| -3 | 1,704 | 2,724 | 4,449 | 1,676 |
| -2 | 0,562 | 0,898 | 5,010 | 1,838 |
| -1 | -0,060 | -0,096 | 4,950 | 1,770 |
| 0 | 2,307 | 3,687 | 7,257 | 2,532 |
| 1 | -0,258 | -0,413 | 6,999 | 2,385 |
| 2 | -0,047 | -0,075 | 6,952 | 2,317 |
| 3 | 0,117 | 0,187 | 7,069 | 2,307 |
| 4 | -1,037 | -1,655 | 6,032 | 1,928 |
| 5 | 0,546 | 0,872 | 6,578 | 2,062 |
| 6 | -0,518 | -0,827 | 6,060 | 1,864 |
| 7 | 0,878 | 1,402 | 6,938 | 2,096 |

| Dia do Evento | AR _t % | t-stat | CAR _t % | t-stat |
|---------------|-------------------|--------|--------------------|--------|
| 8 | -0,367 | -0,586 | 6,571 | 1,950 |
| 9 | -0,398 | -0,637 | 6,173 | 1,801 |
| 10 | 1,196 | 1,910 | 7,368 | 2,115 |
| 11 | -0,519 | -0,829 | 6,849 | 1,935 |
| 12 | -0,375 | -0,599 | 6,474 | 1,802 |
| 13 | -1,112 | -1,777 | 5,362 | 1,470 |
| 14 | -0,061 | -0,098 | 5,301 | 1,432 |
| 15 | 0,338 | 0,540 | 5,639 | 1,502 |
| 16 | 0,182 | 0,291 | 5,821 | 1,530 |
| 17 | -0,301 | -0,482 | 5,520 | 1,431 |
| 18 | 0,301 | 0,481 | 5,820 | 1,490 |
| 19 | 0,030 | 0,047 | 5,850 | 1,478 |
| 20 | 0,718 | 1,146 | 6,568 | 1,639 |

Figura 1 – Retorno Anormal Cumulativo para o Anúncio da Fusão a partir da Data do Evento -20 até a Data do Evento 20



O impacto da fusão documentado na Tabela 3 é maior do que aquele anteriormente reportado na literatura para os Estados Unidos. Malatesta (1983)¹², por exemplo, fornece uma estimativa de 0,80 para a retorno anormal cumulativo médio de uma amostra de 256 aquisições bem-sucedidas durante o mês de anúncio ao mercado. Eckbo (1983)¹³ também reporta um ganho médio moderado de 1,58% para 102 companhias adquirentes a partir do vigésimo dia anterior até o décimo dia posterior ao anúncio. Asquith (1983)¹⁴, com base em uma amostra de

¹² Malatesta, P. (1983). The Wealth Effects of Merger Activity and the Objective Functions of Merging Firms. *Journal of Financial Economics*, 11, 155-181.

¹³ Eckbo, B. (1983). Horizontal Mergers, Collusion, and Stockholder Wealth. *Journal of Financial Economics*, 11, 241-274.

¹⁴ Asquith, P. (1983). Merger Bids, Uncertainty and Stockholder Returns. *Journal of Financial Economics*, 11, 51-83.

196 companhias adquirentes bem-sucedidas, reporta um CAR ainda menor de apenas 0,20% a partir do décimo nono dia anterior ao primeiro anúncio ao público.

4.2. *Decisão do CADE*

4.2.1. *Evidência Empírica nos termos da Lei n.º. 8.884/94*

A Tabela 3 apresenta os retornos anormais e os retornos anormais cumulativos próximo à decisão do CADE. Somente três retornos anormais, nos dias $t=-1$, $t=6$ e $t=9$, são, individualmente, maiores do que zero, considerando o nível de 5%. No entanto, considerados em conjunto, todos os retornos anormais fornecem fortes evidências de que a decisão do CADE tem impacto.

Observamos na Figura 2, que ilustra a evolução dos retornos anormais cumulativos, e na Tabela 3 uma reação atrasada à decisão do CADE. O retorno anormal cumulativo sofre um crescimento brusco alguns dias antes da aprovação da operação. A partir do dia $t=5$ até o $t=12$, por exemplo, ele salta de 2,575% para 7,509%. Nos dias seguintes, o CAR apresenta uma pequena queda, chegando a 7.300% no dia $t=20$, com uma estatística t correspondente de 1.648. O ganho durante o intervalo de 41 dias próximo à decisão do CADE é similar ao ganho de 7.257% durante o período de sete dias anterior e o dia do anúncio da fusão.

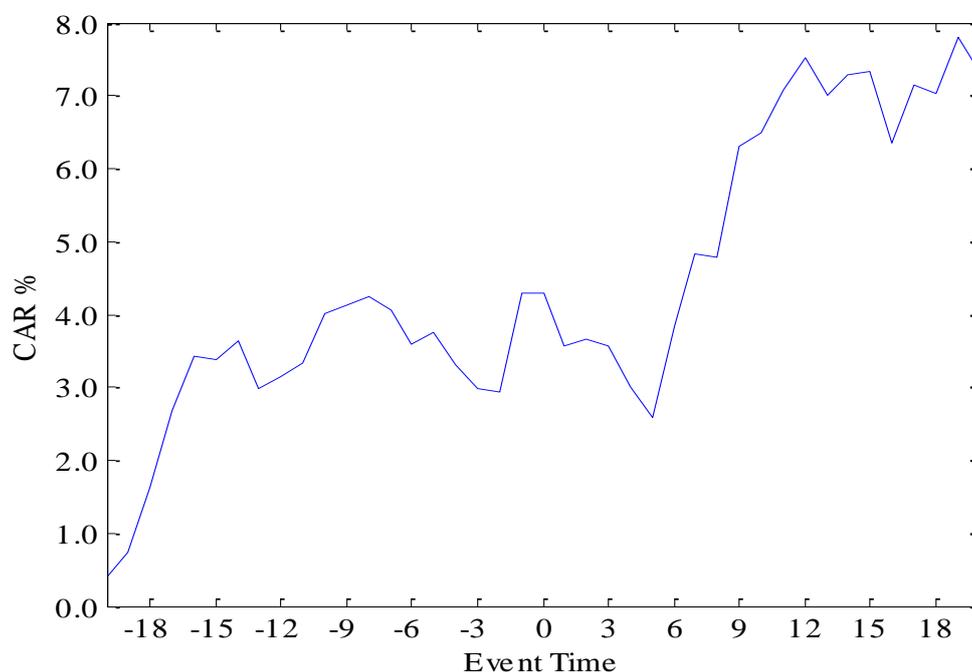
Não há evidência de que as rendas anticompetitivas geradas pelas fusões e aquisições sejam dissipadas pela decisão da autoridade de defesa da concorrência. No caso de decisões efetivas de natureza antitruste, nós esperaríamos uma correlação negativa entre os preços das ações próximo ao anúncio da fusão e os preços das ações próximo à decisão do CADE, o que nós não observamos nos dados. Consequentemente, parece que as restrições impostas pelo CADE para a aprovação de uma operação são muito fracas se os benefícios decorrerem predominantemente do aumento do poder de mercado da empresa resultante.

Alternativamente, pode-se sugerir que os ganhos são primordialmente atribuíveis às economias de escala ou escopo, ao crescimento da eficiência gerencial ou a outros ganhos de sinergia. Nesse cenário, nós não deveríamos observar nenhuma correlação entre os preços das ações próximo ao anúncio da fusão e próximo à decisão do CADE se o mercado antecipar que a autoridade de defesa da concorrência irá identificar, de maneira correta, as fontes dos ganhos.

Ficamos, portanto, com um enigma. Se o mercado é eficiente e o CADE raramente bloqueou uma operação na vigência da Lei n.º. 8.884/94, nós esperaríamos que os investidores tivessem conhecimento do resultado final. Nesse caso, o preço da ação deveria incorporar quase que a totalidade dos benefícios decorrentes da fusão/aquisição no momento do anúncio. É claro que sempre havia uma probabilidade da operação ser rejeitada e o mercado, como resultado, atribuiria um valor à solução favorável dessa incerteza. Mas a pequena probabilidade de rejeição da operação parece incompatível com o aumento anormal do preço de 7,3% próximo à decisão do CADE, que é da mesma ordem de grandeza do aumento do preço das ações próximo ao anúncio da fusão.

Tabela 3 – Retornos Anormais Agregados e Retornos Anormais Cumulativos Próximo à Decisão do CADE

| Dia do Evento | AR_t % | t-stat | CAR_t % | t-stat |
|----------------------|-------------------------|---------------|--------------------------|---------------|
| -20 | 0,414 | 0,641 | 0,414 | 0,641 |
| -19 | 0,326 | 0,505 | 0,740 | 0,810 |
| -18 | 0,894 | 1,383 | 1,634 | 1,460 |
| -17 | 1,043 | 1,614 | 2,677 | 2,071 |
| -16 | 0,747 | 1,157 | 3,424 | 2,370 |
| -15 | -0,046 | -0,071 | 3,378 | 2,135 |
| -14 | 0,267 | 0,413 | 3,645 | 2,132 |
| -13 | -0,666 | -1,031 | 2,979 | 1,630 |
| -12 | 0,160 | 0,247 | 3,138 | 1,619 |
| -11 | 0,202 | 0,312 | 3,340 | 1,635 |
| -10 | 0,680 | 1,053 | 4,020 | 1,876 |
| -9 | 0,115 | 0,178 | 4,135 | 1,848 |
| -8 | 0,122 | 0,188 | 4,256 | 1,827 |
| -7 | -0,187 | -0,289 | 4,070 | 1,684 |
| -6 | -0,479 | -0,741 | 3,591 | 1,435 |
| -5 | 0,153 | 0,237 | 3,744 | 1,449 |
| -4 | -0,430 | -0,666 | 3,314 | 1,244 |
| -3 | -0,338 | -0,523 | 2,976 | 1,086 |
| -2 | -0,034 | -0,052 | 2,942 | 1,045 |
| -1 | 1,347 | 2,084 | 4,289 | 1,485 |
| 0 | 0,015 | 0,023 | 4,304 | 1,454 |
| 1 | -0,744 | -1,152 | 3,560 | 1,175 |
| 2 | 0,101 | 0,156 | 3,660 | 1,181 |
| 3 | -0,104 | -0,161 | 3,556 | 1,124 |
| 4 | -0,559 | -0,866 | 2,997 | 0,928 |
| 5 | -0,421 | -0,652 | 2,575 | 0,782 |
| 6 | 1,267 | 1,961 | 3,842 | 1,144 |
| 7 | 0,982 | 1,520 | 4,824 | 1,411 |
| 8 | -0,039 | -0,061 | 4,785 | 1,375 |
| 9 | 1,515 | 2,344 | 6,299 | 1,780 |
| 10 | 0,194 | 0,300 | 6,493 | 1,805 |
| 11 | 0,592 | 0,916 | 7,085 | 1,939 |
| 12 | 0,424 | 0,657 | 7,509 | 2,023 |
| 13 | -0,510 | -0,790 | 6,999 | 1,858 |
| 14 | 0,276 | 0,427 | 7,275 | 1,903 |
| 15 | -0,513 | -0,753 | 7,322 | 1,755 |
| 16 | -0,965 | -1,416 | 6,357 | 1,504 |
| 17 | 0,800 | 1,174 | 7,156 | 1,671 |
| 18 | -0,126 | -0,184 | 7,030 | 1,621 |
| 19 | 0,779 | 1,142 | 7,809 | 1,779 |
| 20 | -0,509 | -0,748 | 7,300 | 1,648 |

Figura 2 – Retorno Anormal Cumulativo para a Decisão do CADE a partir do Dia do Evento -20 até o Dia do Evento 20

4.2.2. Evidência Empírica nos termos da Lei n°. 12.529/11

Somente duas aquisições que foram submetidas para aprovação durante a vigência da nova Lei antitruste atendem às condições empregadas para a construção da amostra utilizada no presente artigo. Com base nessa evidência limitada avaliamos se, sob a vigência da nova lei, a decisão do CADE impacta os preços das ações.

A Tabela 4 apresenta os retornos anormais e os retornos anormais cumulativos próximos às decisões da autoridade de defesa da concorrência em conjunto com as respectivas estatísticas *t*. Observamos que cinco retornos anormais individuais são estatisticamente maiores do que zero, dos quais quatro são anteriores à data do evento, nos dias $t = -20$, $t = -12$, $t = -8$ e $t = -5$. Verificamos também que a estatística *t* associada ao CAR no dia $t = 20$ corresponde a 1,786. Por conseguinte, a hipótese nula de nenhum efeito é rejeitada em favor da alternativa de um efeito positivo ao nível de significância convencional de 5%.

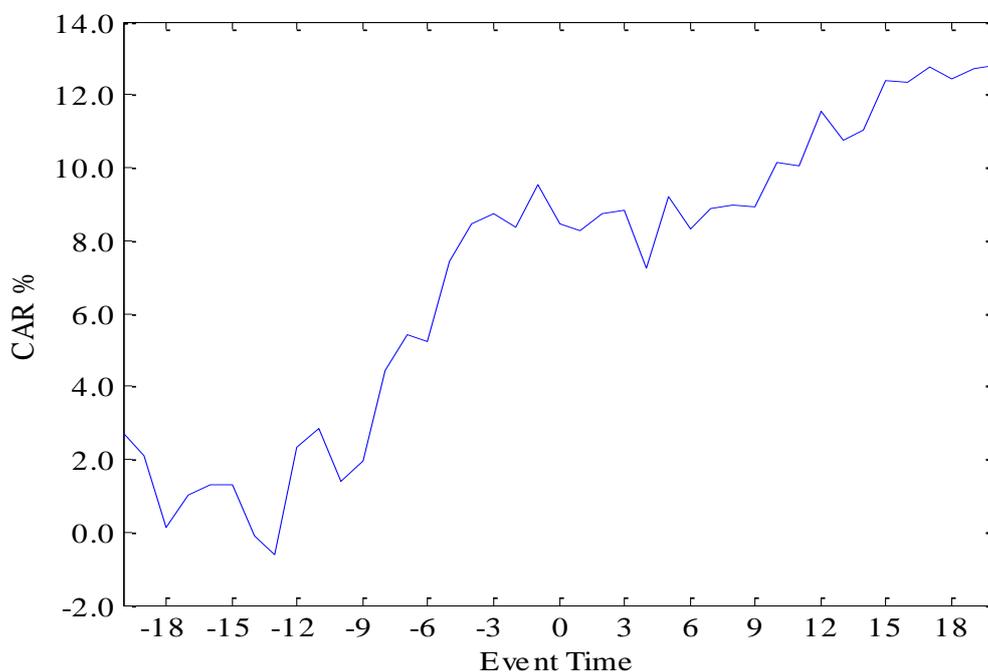
Tabela 4 – Retornos Anormais Agregados e Retornos Anormais Cumulativos Próximo à Decisão do CADE nos termos da Lei n°. 12.529/11

| Dia do Evento | AR _t % | <i>t</i> -stat | CAR _t % | <i>t</i> -stat |
|---------------|-------------------|----------------|--------------------|----------------|
| -20 | 2,717 | 2,427 | 2,717 | 2,427 |
| -19 | -0,639 | -0,571 | 2,079 | 1,313 |
| -18 | -1,969 | -1,757 | 0,110 | 0,057 |
| -17 | 0,885 | 0,791 | 0,995 | 0,444 |
| -16 | 0,309 | 0,276 | 1,304 | 0,521 |
| -15 | -0,003 | -0,003 | 1,301 | 0,474 |

| Dia do Evento | AR_t % | t-stat | CAR_t % | t-stat |
|----------------------|-------------------------|---------------|--------------------------|---------------|
| -14 | -1,407 | -1,257 | -0,106 | -0,036 |
| -13 | -0,491 | -0,438 | -0,597 | -0,189 |
| -12 | 2,943 | 2,630 | 2,346 | 0,699 |
| -11 | 0,508 | 0,454 | 2,854 | 0,806 |
| -10 | -1,456 | -1,301 | 1,398 | 0,377 |
| -9 | 0,534 | 0,477 | 1,932 | 0,498 |
| -8 | 2,486 | 2,219 | 4,419 | 1,095 |
| -7 | 1,008 | 0,901 | 5,427 | 1,296 |
| -6 | -0,191 | -0,171 | 5,236 | 1,208 |
| -5 | 2,169 | 1,937 | 7,404 | 1,654 |
| -4 | 1,040 | 0,929 | 8,444 | 1,830 |
| -3 | 0,294 | 0,263 | 8,738 | 1,840 |
| -2 | -0,357 | -0,319 | 8,381 | 1,718 |
| -1 | 1,159 | 1,035 | 9,540 | 1,906 |
| 0 | -1,092 | -0,976 | 8,448 | 1,647 |
| 1 | -0,156 | -0,139 | 8,292 | 1,579 |
| 2 | 0,440 | 0,394 | 8,733 | 1,627 |
| 3 | 0,096 | 0,085 | 8,828 | 1,610 |
| 4 | -1,609 | -1,437 | 7,220 | 1,290 |
| 5 | 2,003 | 1,790 | 9,222 | 1,616 |
| 6 | -0,891 | -0,796 | 8,331 | 1,432 |
| 7 | 0,538 | 0,480 | 8,869 | 1,497 |
| 8 | 0,087 | 0,078 | 8,955 | 1,486 |
| 9 | -0,039 | -0,035 | 8,916 | 1,454 |
| 10 | 1,220 | 1,090 | 10,136 | 1,626 |
| 11 | -0,103 | -0,092 | 10,033 | 1,585 |
| 12 | 1,521 | 1,358 | 11,554 | 1,797 |
| 13 | -0,787 | -0,703 | 10,767 | 1,650 |
| 14 | 0,280 | 0,250 | 11,048 | 1,668 |
| 15 | 1,337 | 1,195 | 12,384 | 1,844 |
| 16 | -0,033 | -0,030 | 12,351 | 1,814 |
| 17 | 0,431 | 0,385 | 12,782 | 1,853 |
| 18 | -0,365 | -0,326 | 12,417 | 1,776 |
| 19 | 0,308 | 0,275 | 12,725 | 1,797 |
| 20 | 0,073 | 0,065 | 12,798 | 1,786 |

A Figura 3 mostra a evolução do retorno anormal cumulativo durante a janela do evento. Há uma clara tendência de crescimento e se observa que a maior parte do efeito está concentrada antes da data do evento. O CAR se eleva de 2,717 no dia $t = -20$ para 9,540 no dia $t = -1$ e, então, sofre um crescimento para 12,798 no dia $t = 20$. O impacto é numericamente mais do que 50% superior do que sob a vigência da Lei n°. 8.884/94.

Figura 3 – Retorno Anormal Cumulativo para a Decisão do CADE nos termos da Lei nº. 12.529/11 a partir do Dia do Evento -20 até o Dia do Evento 20



Destacamos que essa evidência preliminar deve ser analisada com cautela, tendo em vista que se baseia exclusivamente em duas aquisições. Ela pode ser consequência de uma mudança na probabilidade atribuída pelos participantes do mercado de recusa da operação pelo CADE, desencadeada pela nova legislação de defesa da concorrência. A Lei nº. 12.529/11 trouxe a necessidade de prévia aprovação dos atos de concentração pelo CADE, indubitavelmente eliminando as dificuldades inerentes à integral reversão de uma operação na qual as partes já estariam completamente operando de maneira integrada.

Alternativamente, é possível que os resultados possam ser decorrentes de uma tendência de crescimento do preço das ações da Kroton sem qualquer vinculação à decisão do CADE. Com um tamanho de amostra moderado, os choques idiossincráticos tendem a se cancelar. Mas este não é o caso em uma amostra com duas observações. A pequena variação dos retornos da Kroton explicada pelos retornos de mercado, indicada pelo baixo R^2 nas regressões, é consistente com essa hipótese. Nesse cenário, esperamos que o CAR próximo à decisão do CADE sob a vigência da Lei nº. 12.529/11 convirja para os números da Tabela 3 à medida que mais observações se tornem disponíveis e a precisão das estimativas aumente.

5. Conclusão

O presente estudo aplicou a metodologia de estudo de eventos a uma amostra de 16 fusões e aquisições realizadas no Brasil, entre outubro de 2006 e abril de 2013, visando avaliar o impacto do anúncio da fusão e da decisão dos órgãos antitruste sobre o valor de mercado dos adquirentes antes e após a nova legislação de defesa da concorrência. Os resultados sugerem que há um retorno anormal positivo de, aproximadamente, 7,3% próximo ao anúncio da operação, concentrado nos sete dias anteriores e no dia da data do anúncio.

Os resultados também sugerem que a decisão definitiva do CADE influencia os retornos das ações. O retorno anormal cumulativo médio, durante um período de 41 dias próximo à decisão definitiva é de 7,3% sob a vigência da Lei nº. 8.884/94 e tem aproximadamente a mesma magnitude dos ganhos auferidos pelos acionistas das firmas adquirentes próximo ao anúncio da aquisição.

Na medida em que os resultados gerados pelas fusões e aquisições não são posteriormente dissipados pela decisão do CADE, os resultados são consistentes com a visão de que os remédios propostos pelo CADE para a aprovação de uma operação anticompetitiva e para reestabelecer a concorrência são fracos ou com a noção de que os resultados auferidos pelas partes são predominantemente decorrentes de ganhos de sinergia. O retorno anormal positivo considerável próximo à decisão definitiva é, no entanto, desafiador, mesmo se reconhecermos que o mercado atribui um valor à solução da incerteza. É difícil conciliar a magnitude do ganho próximo à decisão do CADE com o fato de que raramente uma operação foi bloqueada pela autoridade antitruste sob a vigência da Lei nº. 8.884/94.

O impacto da decisão do CADE sob a vigência da Lei nº. 12.529/11 é igual a 12,8% e é mais do que 50% maior do que sob a vigência da legislação anterior. Destacamos que o pequeno tamanho da amostra não nos permite distinguir uma situação na qual esse impacto maior resulta de uma revisão da probabilidade atribuída pelos participantes do mercado de rejeição da operação pelo CADE de outra situação na qual o impacto maior é consequência dos movimentos dos preços das ações de uma companhia específica sem relação com a decisão do CADE.

CONTROLE DE CONDUTAS

O CADE E A REPRESSÃO ÀS CONDUTAS UNILATERAIS

Bruno De Luca Drago¹

1. Introdução

O ano de 2017 marca o primeiro quinquênio de mudanças implementadas pela nova lei de defesa da concorrência (“Lei nº 12.529/2011”). Além de alterações estruturais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a nova lei também implementou o sistema de submissão prévia de atos de concentração, alterando paradigmas e a forma como o mercado passou a analisar operações societárias.

A nova estrutura e novas regras estabelecidas pela Lei nº 12.529/2011 foram ainda complementadas, ao longo desses cinco anos, por alterações no regimento interno do CADE, edição de novas resoluções e guias de análise, verificando-se fortalecimento ainda maior no combate a cartéis, prioridade eleita após a satisfatória implementação do novo modelo de análise de atos de concentração. Acordos de leniências e TCCs certamente ocupam, desde então, papel de destaque nas funções do CADE, permitindo a instauração de casos mais robustos, bem como o encerramento de condutas e recolhimento de contribuições de forma mais eficiente.

Os avanços do direito concorrencial refletem-se em toda estrutura econômica e jurídica do mercado brasileiro. As interpretações, as novas resoluções e guias e a criação de uma jurisprudência sólida e consistente contribuem para que o Brasil possa se posicionar no cenário global com maior autoridade e independência.

Coincidentemente ao quinto ano da nova lei de defesa da concorrência, o CADE, pelo quinto ano consecutivo, mantém sua posição entre as dez melhores agências antitruste do mundo, pelo ranking realizado pela *Global Competition Review – GCR*, o que evidencia ainda mais seu destaque e importância no cenário global.

Ainda que tenha apresentado importantes evoluções, não se pode negar que o direito concorrencial brasileiro ainda carece de evolução em pontos relevantes, como, por exemplo, a promoção de um sistema de livre concorrência efetivo, a coordenação entre as diversas autoridades envolvidas em investigações, a definição de seu papel com relação às discussões concorrenciais verificadas no Poder Judiciário - em especial com relação às ações indenizatórias decorrentes de infrações concorrenciais - e, por fim, a repressão às condutas unilaterais verificadas no país.

O presente artigo propõe breve discussão sobre o último ponto destacado acima, apresentando um panorama, ao longo destes cinco anos, de cinco das principais condutas unilaterais: recusa de contratação, venda casada, preço predatório, descontos de fidelidade e exclusividade. Propõe-se ainda a tentativa de esclarecer o posicionamento do CADE frente às condutas em questão, principalmente com relação ao padrão probatório aplicado, procurando

¹ O autor agradece a pesquisa e assistência sempre consistente de Fernanda Harari e Mariana Llamazales Ou na elaboração do presente artigo.

ainda estabelecer, quando pertinente, pontos de reflexão com o tratamento dado ao tema pela legislação ou jurisprudência norte-americana e europeia.

2. Sobre as Condutas Unilaterais

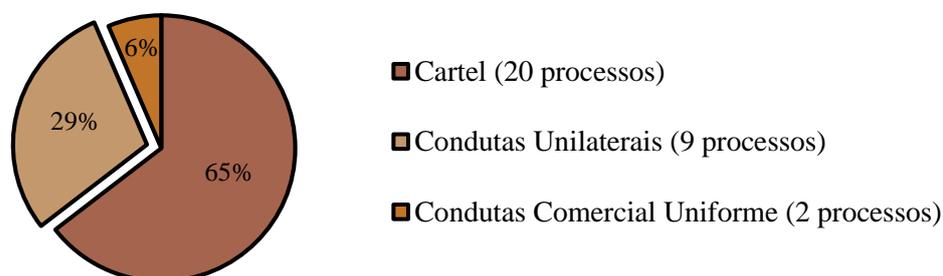
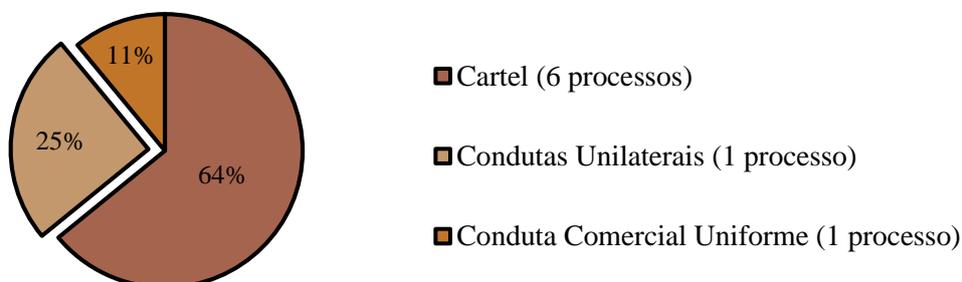
Condutas unilaterais envolvem ações - comissivas ou omissivas – praticadas por agentes econômicos com poder de mercado, e que visam promover alterações artificiais no mercado de forma a prejudicar a livre concorrência, conseqüentemente provocando perda de bem-estar social em consumidores finais.

Diferentemente das condutas colusivas, as condutas unilaterais são analisadas sob a ótica de sua potencialidade lesiva², permitindo que haja maior flexibilização para a análise de possíveis efeitos positivos ao mercado decorrentes da conduta, cabendo à Administração Pública a comprovação de sua existência e de seus efeitos negativos, ainda que potencialmente, os quais superem eventuais benefícios alcançados. Percebe-se assim o grande desafio, e a razão pela qual a repressão a esses tipos de conduta não é trivial, sendo normalmente deixada em segundo plano: um ônus probatório mais complexo que recai sobre a autoridade.

Dessa forma, nota-se que a avaliação dos efeitos de condutas unilaterais é promovida pelas autoridades brasileiras levando em consideração argumentos de eficiência, que permitem às empresas investigadas maior espaço para demonstração de justificativas objetivas para a forma como atuam no mercado e sobre o compartilhamento de seus benefícios com o consumidor. Tal análise visa, portanto, contrapor e balancear possíveis efeitos negativos da prática ao mercado com seus respectivos benefícios para a cadeia de consumo.

De acordo com a plataforma do “CADE em números”, em 2016 o CADE julgou 9 processos administrativos envolvendo condutas unilaterais, acumulando um total de aproximadamente R\$60 milhões em multas, frente a um total de 21 processos administrativos de cartel, dos quais 12 resultaram em condenações que arrecadaram, aproximadamente, R\$136 milhões em multa. Já em 2017, até junho o CADE julgou apenas 1 processo administrativo que foi arquivado pelo Tribunal do CADE envolvendo conduta unilateral, frente a 6 processos administrativos de cartel, todos condenados, acumulando um total de aproximadamente R\$ 53 milhões em multa.

² Ainda que equivocadamente em razão das diferenças fundamentais de sistemas jurídicos, normalmente o padrão probatório firmado na análise da potencialidade lesiva de uma conduta, ou de uma “conduta por efeito” prevista no artigo 36 da Lei 12.529/11, é associada, por analogia, à regra da razão.

Processos Administrativos julgados pelo CADE em 2016**Processos Administrativos julgados pelo CADE até junho de 2017**

Com vistas a melhor subsidiar esta análise de como o CADE tem enfrentado o assunto, abaixo foram avaliadas as diferentes modalidades de condutas e o tratamento recebido por parte do CADE nestes cinco anos, avaliando-se ainda o precedente dominante no tocante ao padrão probatório aplicado, ainda que vigore direito anterior ao período sob análise.

2.1 *Exclusividade*

Acordos ou cláusulas de exclusividade são bastante comuns em alguns mercados, na medida em que produzem eficiências em diversas situações, como, por exemplo, quando firmados com o propósito de garantir um investimento específico que poderia ser apropriado por terceiros na sua ausência. Por outro lado, acordos ou cláusulas de exclusividade podem gerar efeitos anticompetitivos na medida em que fechem mercados para concorrentes de tal forma que venham a distorcer a competição como um todo. Por essa razão, acordos ou cláusulas de exclusividade devem ser avaliados para verificar-se se o seu racional seria suficiente para justificar a exclusividade imposta, ou se ela poderia ser relacionada a uma *naked exclusion* (restrição pura à concorrência).

Assim, a exclusividade imposta por um agente econômico com posição dominante resulta na prevenção de contratação de serviços ou aquisição de produtos de seu concorrente, criando verdadeira reserva de mercado. A depender da situação, a exclusividade pode configurar uma das mais graves limitações à concorrência, confrontando de forma direta o princípio da livre iniciativa.

Não há nenhum dispositivo explícito na lei de defesa da concorrência que trate especificamente dessa questão.³ Não obstante, alguns de seus incisos, de tipologia mais aberta, embasam a subsunção do fato à norma, como os incisos III: "*limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado*"; IV: "*criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços*"; e V: "*impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição*".

Quando comparada às demais condutas unilaterais, observa-se que o CADE tem construído base jurisprudencial mais sólida para os casos envolvendo exclusividade. De forma geral, a jurisprudência do CADE considera que para que a exclusividade seja possível, é preciso que apresente eficiências que justifiquem a sua existência. Caso contrário, ela poderia ser considerada uma *naked exclusion*. A expressão *naked exclusion* é geralmente utilizada para práticas restritivas verticais, voltadas a exclusão de rivais, e para as quais não se verifica qualquer justificativa de eficiência.

Em oposição às *naked exclusions* estariam as *ancillary restraints*, ou restrições acessórias, correspondendo a práticas restritivas que estão associadas a efeitos benéficos, tais como a diminuição de preços e o aumento da oferta e/ou da qualidade, e que por isso podem ser consideradas lícitas.

A exclusividade, portanto, é avaliada sob esses dois aspectos: *ancillary restraints*, ou seja, se a exclusividade está associada a uma justificativa objetiva de um ponto de vista da legítima condução do negócio, versus *naked exclusions*, ou seja, se a exclusividade está associada a uma restrição pura.

Os efeitos negativos decorrentes da exclusividade estão associados a possibilidade de fechamento de mercado por parte de empresas que detêm posição dominante. Assim, a prática concorrencial para essa situação é de analisar a magnitude desse fechamento de mercado para verificar-se o potencial lesivo da conduta.

Ainda que o agente econômico detenha posição dominante, o CADE avaliará potenciais eficiências compensatórias, uma vez que a exclusividade pode apresentar evidentes benefícios à concorrência, como a prevenção ao efeito carona ou o aumento de incentivo a investimentos e desenvolvimento de novos ou atuais mercados. É possível ainda que elementos integrantes dos contratos de exclusividade demandem maior atenção das autoridades, como é o caso de cláusulas de longo prazo e cláusulas de renovação automática.

No segmento de saúde, mais de uma centena de procedimentos administrativos foram abertos pelo CADE ao longo da última década contra cooperativas médicas por abuso de posição dominante. De acordo com tais precedentes, tais cooperativas, na grande maioria das

³ Vale mencionar a tipologia específica trazida pela lei no tocante à exclusividade para publicidade de mídia: "*VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa*". No tocante ao inciso em questão, vale mencionar que em 2000 o CADE condenou as empresas Folha da Manhã S/A e O Estado de São Paulo por práticas contratuais de exigência de exclusividade para veiculação de propaganda publicitária em troca de preço – bonificação – usando de meios fraudulentos para desviar clientela de outrem em proveito próprio, ainda sob a égide da Lei n. 4.137/62, que trazia dispositivo semelhante (Processo Administrativo 08000.000128/1995-98. Representada: S.A. O Estado de São Paulo; e Processo Administrativo 08000.16153/95-89. Representada: Empresa Folha da Manhã S/A.).

vezes as Unimed, se beneficiariam de sua posição dominante em seus mercados regionais para exigirem exclusividade na prestação de serviços médicos de cooperados.⁴

Outra discussão clássica envolvendo o tema de exclusividade, e que tem envolvido condenações pelos efeitos negativos gerados ao mercado, refere-se às cláusulas de raio, ou exclusividade de atuação geográfica, envolvendo shopping centers em diversos municípios.⁵ Ainda no que tange aos casos decididos antes da entrada em vigor da nova lei, talvez um dos casos mais emblemáticos tenha sido a exclusividade de venda e de exposição de cigarros, envolvendo a Phillip Morris e a Souza Cruz, que resultou em acordos com as autoridades em que as empresas se comprometiam a excluir de seus contratos cláusulas de exclusividade relacionadas a merchandising, exposição, armazenamento ou venda de produtos nos pontos de vendas que comercializavam produtos derivados do tabaco.⁶

Além dos casos julgados ainda na vigência da antiga lei,⁷ nos últimos cinco anos foram proferidas algumas decisões envolvendo o tema de exclusividade, como, por exemplo, o processo administrativo que investigou a denúncia feita pela Pepsico & Cia em relação às cláusulas de exclusividade mantidas pelas representadas com grandes varejistas para a venda exclusiva dos refrigerantes da Coca-Cola, em detrimento dos produtos da Pepsico. Nesse processo, o Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro entendeu que não haveria indícios suficientes para considerar que as cláusulas se configurariam como um ilícito concorrencial, tendo em vista que a participação da própria representante cresceu nos últimos anos, enquanto a das representadas diminuiu. Além disso, durante a instrução realizada pelas autoridades, grandes redes de supermercado, como WalMart, Carrefour e Pão de Açúcar, enfatizaram que comercializavam normalmente os produtos da Pepsico.

Recentemente, a SG também determinou o arquivamento do processo administrativo que investigou a prática de acordos de exclusividade pelas empresas Unilever Brasil Ltda. e Nestlé S/A no mercado de sorvetes por impulso⁸. Inicialmente, quando da instauração das investigações, a SG entendeu que poderia haver problemas concorrenciais em relação a dois tipos de acordo de exclusividade: (i) contratos de exclusividade de merchandising/vendas e (ii) contratos de comodato de freezers. Entretanto, ao longo da instrução do processo, as partes teriam demonstrado a racionalidade econômica da exigência da exclusividade. Segundo as partes, esta racionalidade era decorrente dos investimentos realizados pelas empresas em ativos

⁴ A condenação das cooperativas tem sido uma prática constante, bem como a determinação para alteração das cláusulas contratuais. Neste sentido foi editada a Súmula n. 07 do CADE: “[...]constitui infração contra a ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante”.

⁵ Representadas: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13. Representado: Center Norte S/A.; Processo Administrativo n. 08012.012081/2007-48. Representados: Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A., Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A., Plaza Shopping Administradora Ltda., Condomínio do Shopping Center Morumbi, Condomínio Comercial Villa-Lobos, Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis, Administradora PMV S.A., Participações Morro Vermelho S.A. e Condomínio Shopping Jardim Sul.

⁶ Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10.

⁷ Processo Administrativo n. 08000.022579/1997-05. Representada: S.A. White Martins e White Martins Gases Industriais Ltda.; Processo Administrativo n. 08012.006459/1998-31. Representado: Unimed de Ribeirão Preto SA.; Processo Administrativo n. 08000.0022500/96-66. Representada: Visa do Brasil.; PA 08012.009991/1998-82.; Processo Administrativo n. 53500.000502/2001. Representada: Celular CRT SA.;

⁸ Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 decidido pela Superintendência Geral do CADE em 14 de julho de 2017 pelo arquivamento. Representante: Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Representadas: Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda.

físicos, envolvendo também os custos de instalação e manutenção, bem como a imagem do fabricante e das marcas, sem, no entanto, impor qualquer restrição à colocação, pelo comerciante, de outros equipamentos no local para comercialização de produtos concorrentes. Além disso, também não teria havido a comprovação de que os acordos de exclusividade teriam criado barreiras ao estabelecimento de novos concorrentes no mercado, evidenciando-se o fortalecimento de marcas regionais.

Já no âmbito de processos licitatórios, em consulta realizada pela empresa ABB Ltda.⁹, a Conselheira Ana Frazão esclareceu que cláusulas de exclusividade para negociações em pré-licitação podem apresentar dois formatos: (i) exclusividade pré-leilão; e (ii) exclusividade pós-leilão – que é considerada um ilícito concorrencial, conforme entendimento já consolidado pelo órgão. Em relação a exclusividade em fase de pré-leilão, apesar de a Conselheira apontar que necessitaria de mais elementos para chegar a uma conclusão, ela destacou que a admissibilidade da cláusula de exclusividade dependeria das peculiaridades do mercado em questão, embora sua utilização em leilões possa levar ao fechamento do mercado, com a diminuição no número de licitantes.

O debate pode trazer à tona ainda questões de exclusividade de fato, ainda que não de direito. Cláusulas de nação mais favorecida ou de preferência¹⁰ na aquisição ou fornecimento de produtos podem travestir tais efeitos, e não deveriam estar à margem deste escrutínio. No processo administrativo que investigou o Clube dos 13¹¹, o ex-Conselheiro César Costa Alves de Mattos considerou que, para aquele caso, a cláusula de nação mais favorecida criaria baixos estímulos aos concorrentes, uma vez que aquele que possui a preferência, detém uma vantagem sobre os demais, diminuindo a eficiência da concorrência no mercado.

A conclusão que se pode alcançar dos julgados do CADE no tocante ao padrão probatório das práticas de exclusividade seria de que, para caracterização de uma infração, deve-se verificar: (i) a detenção de posição dominante por parte do fornecedor; (ii) a criação ou aumento de barreiras à entrada no mercado relevante; e (iii) a possibilidade real de fechamento

⁹ Consulta nº 08700.009476/2014-34 decidida pelo Tribunal do CADE em 11 de fevereiro de 2015. Consultante: ABB Ltda.

¹⁰ Atualmente encontra-se em fase de inquérito administrativo (Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13) uma investigação aberta a partir de denúncia feita pelo Fórum de Operadores hoteleiros do Brasil em face das empresas Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo, Decolar.com e Booking.com, em que as representadas estariam utilizando suas plataformas de venda a fim de impor aos hotéis cláusulas de paridade abusivas. O representante ainda afirma que essas cláusulas seriam do tipo nação mais favorecida e estariam impedindo os hotéis de oferecer, em seus próprios sites ou em sites concorrentes, quartos a preços ou condições de vendas mais vantajosos do que os ofertados nos canais de venda das representadas. A SG ainda está investigando a denúncia.

¹¹ Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11 decidido pelo Tribunal do CADE em 20 de outubro de 2010. Representante: Chandre de Araújo Costa, José Cândido de Carvalho Junior e Rogério Santos Muniz. Representados: TV Globo Ltda., Globo Comunicações e Participações Ltda., Rádio Televisão Bandeirantes S.A., TVA Sistema de televisão S.A., União dos Grandes Clubes do Futebol Brasileiro (Clube dos Treze), Associação Brasileira dos Clubes de Futebol (Clube dos Onze), Associação Portuguesa de Desportos, Botafogo de Futebol e Regatas, Clube Atlético Mineiro, Clube Atlético Paranaense, Coritiba Foot Ball Club, Cruzeiro Esporte Clube, Esporte Clube Bahia, Esporte Clube Vitória, Sport Clube do Recife, Fluminense Football Club, Goiás Esporte Clube, Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, Guarani Futebol Clube, Santos Futebol Clube, São Paulo Futebol Clube, Sociedade Esportiva Palmeiras, Sport Clube Corinthians Paulista, Sport Clube Internacional, Clube de Regatas do Flamengo, Clube de Regatas Vasco da Gama, América Futebol Clube/RN, Esporte Clube Juventude e União São João Espôrte Clube.

de mercado para concorrente, ou aumento impeditivo do custo de operação da concorrência.¹² (por exemplo, Souza Cruz/ Philips Morris).

2.2 Venda casada

Sob a luz do artigo 36, parágrafo 3º, inciso XVIII da Lei de Defesa da Concorrência, a venda casada se caracteriza como o ato de “*subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.*”

Assim como todas as demais condutas unilaterais, a prática da venda casada pode proporcionar eficiências ou prejuízos ao mercado, sendo avaliada de acordo com o caso concreto. Em geral, os casos envolvendo venda casada possuem razões suficientemente plausíveis que justifiquem sua existência, como economias de escala relacionadas a sua produção, aumento do valor agregado do produto e a proteção à marca e ao produto comercializado. Entretanto, pode ser considerada um ilícito quando praticada por um agente com posição dominante no mercado que dela se utiliza com a finalidade de limitar ou falsear a concorrência no mercado complementar, alavancando posição de seu produto.

A experiência concorrencial brasileira com casos dessa natureza é restrita a poucos casos¹³, não havendo nenhuma condenação pela prática de venda casada principalmente pela ampla flexibilização para a apresentação de justificativas e racionalidade econômica.

No processo administrativo que investigou a empresa Microsoft Informática Ltda.¹⁴ por suposta venda casada, o então Conselheiro Thompson de Andrade considerou que “*os efeitos anticompetitivos desta conduta relacionam-se com a transferência (“alavancagem”) do poder de mercado de um produto para outro, elevando abusivamente os lucros em detrimento dos adquirentes e, em última análise, do consumidor, ao mesmo tempo em que promove o “bloqueio” do segmento a jusante (em geral, de distribuição) para concorrentes efetivos e potenciais (aumento das barreiras à entrada)*”.

As autoridades concorrenciais costumam utilizar quatro requisitos para verificar se há de fato efeitos prejudiciais ao mercado advindos da prática de venda casada: (i) existência de dois produtos ou serviços separados; (ii) presença de algum elemento de coerção; (iii) existência de posição dominante em algum dos dois mercados; e (iv) caracterização de efeitos anticompetitivos em algum dos mercados envolvidos. Sob a égide da Lei nº 12.529/2011, todos

¹² Padrão probatório caracterizado no caso Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10, e ratificado no caso mais recente Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

¹³ Averiguação Preliminar nº 08012.004118/2002-50, decidido pelo Tribunal do CADE em 15 de maio de 2009 pelo arquivamento. Representante: Procuradoria da República/Bauru/SP. Representada: Unimed-Bauru – Cooperativa de Trabalho Médico. Processo Administrativo nº 08012.009373/1998-23, decidido pelo Tribunal do CADE em 21 de julho de 2006 pelo arquivamento. Representante: Coservel – Conservadores de Elevadores Ltda. Representadas: Elevadores Otis Ltda. Schindler Elevadores do Brasil S.a., Indústria Villares S.A., Elevadores Sur S.A., Elevadores Atlas S.A., Elevadores Kone S.A.

¹⁴ Processo Administrativo nº 08012.001182/98-31, decidido pelo Tribunal do CADE em 12 de maio de 2004 pelo arquivamento. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Representada: Microsoft Informática Ltda.

os processos administrativos¹⁵ envolvendo a prática de venda casada foram arquivados pelo CADE justamente pela ausência de algum dos elementos mencionados acima.

O último caso analisado pelo órgão concorrential¹⁶ envolvendo essa conduta tratava de uma Averiguação Preliminar decorrente de denúncia do Ministério Público do Rio de Janeiro em face da Confederação Brasileira de Futebol (“CBF”) e da Irontour Agência de Viagens Ltda. – Planeta Brasil (“Irontour”), em que a Irontour seria a única agência de turismo responsável pela venda de ingressos da Copa do Mundo de 2006, e estaria promovendo a venda desses ingressos por meio de pacotes que incluiriam hotel, traslado, ônibus e outros serviços. Entretanto, o processo foi arquivado em março de 2015, pois restou comprovado que não havia qualquer oferta de venda de hospedagem no canal de venda de ingressos, ou provas de que os consumidores eram constrangidos a adquirir pacotes de viagem ou serviços junto aos ingressos da Copa do Mundo, portanto ausente a verificação do elemento coação.

Dessa forma, é possível concluir, com base nas análises do CADE em casos de venda casada, que a interferência da Administração na economia deve ser limitada às situações em que há evidências de que a prática da venda casada pode causar prejuízos ao mercado. Em todos os casos analisados até o momento, o CADE considerou que havia justificativas econômicas suficientes para a implementação da prática.

2.3 *Preço predatório*

A prática de preços predatórios já foi alvo de extensa regulamentação e estudo pelas autoridades concorrentiais brasileiras. Encontra-se assim disciplinada no artigo 36, parágrafo 3º, inciso XV da Lei nº 12.529/2011, na Resolução nº 20/1999, além do Guia para Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios (“Guia”), editado pela SEAE em 2002, que é a principal fonte para a análise de casos envolvendo essa conduta.

O preço predatório é considerado um ilícito concorrential se o preço de venda de determinado produto for injustificadamente inferior ao seu preço de custo, com vistas a dominação do mercado ou abuso de posição dominante. Contudo, conforme dispõe a Resolução nº 20/1999, *“o exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários*

¹⁵ Averiguação Preliminar nº 08012.001049/2003-11, decidido pelo Tribunal do CADE em 2 de novembro de 2011 pelo arquivamento. Representante: J Queiroga. Representadas: Bandeirantes Propaganda Cearense Ltda. e Divulcart Propaganda Ltda. Averiguação Preliminar nº 08012.000777/2003-06, decidido pelo Tribunal do CADE em 30 de novembro de 2011 pelo arquivamento. Representante: Salésio Hames. Representadas: Distribuidora de Bebidas Príncipe Ltda. Averiguação Preliminar nº 08012.001626/2008-71, decidido pelo Tribunal do CADE em 25 de fevereiro de 2012 pelo arquivamento. Representante: Luís Antonio de Lélis Gomes Bezerra. Representadas: Companhia de Bebidas das Américas - Ambev. Averiguação Preliminar nº 08012.008005/2008-19, decidido pelo Tribunal do CADE em 26 de março de 2013 pelo arquivamento. Representante: Braspack. Representadas: TOTVS S.A. Averiguação Preliminar nº 53500.006044/2004, decidido pelo Tribunal do CADE em 15 de maio de 2013 pelo arquivamento. Representante: Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. Representadas: Telecomunicações de São Paulo S.A. e Telefônica Empresas S.A. Averiguação Preliminar nº 08012.004584/2005-88, decidido pelo Tribunal do CADE em 15 de maio de 2013 pelo arquivamento. Representante: José Carlos de Saboia Representadas: NET TV.

¹⁶ Averiguação Preliminar nº 08012.002019/2006-67, decidido pela Superintendência Geral do CADE em 16 de março 2015 pelo arquivamento. Representante: Ministério Público Federal/RJ. Representada: Confederação Brasileira de Futebol, Irontour Agência de Viagens Ltda. – Planeta Brasil.

posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo”.

Quando da análise de processos que envolvem a prática de preço predatório, as autoridades se valem do Guia, pautado na experiência internacional, para verificar se houve, de fato, algum ilícito concorrencial. Esse Guia propõe um modelo de análise objetivo de 5 (cinco) etapas:

Etapa 1 – definição do mercado relevante afetado pela conduta.

Etapa 2 – análise da estrutura do mercado para verificação das condições de entrada e possibilidades de monopolização.

Etapa 3 – análise das condições de oferta da firma supostamente predadora para verificação de capacidade ociosa ou possibilidade de expansão da capacidade instalada.

Etapa 4 – análise das condições de financiamento da firma supostamente predadora.

Etapa 5 – realização de um comparativo entre preço e custo para verificação de justificativas para que o preço seja inferior ao custo.

Antes da entrada em vigor da nova lei, diversos foram os casos de preço predatório arquivados pelo CADE.¹⁷ Já na vigência da nova lei, o CADE analisou poucos casos¹⁸ envolvendo a prática de preços predatórios. O primeiro deles¹⁹ analisado pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo investigou as condutas de preço predatório e de cartel em licitação no mercado de alimentos especiais nos Estados de Santa Catarina e Ceará. No que se refere aos preços predatórios, as investigações foram arquivadas pois verificou-se desde logo que não havia racionalidade econômica para a execução da conduta, tendo em vista que essa prática se daria no âmbito de um cartel licitações, no qual a concorrência se dá pelo mercado e a empresa investigada teria uma participação de mercado inferior a 10%.

Um segundo processo administrativo²⁰ analisado pelo CADE, que investigou um cartel no mercado de leite pasteurizado Tipo C, também foi arquivado em relação à conduta de preço

¹⁷ Por exemplo: Averiguação Preliminar nº 53500.004382/2003 decidido pelo Tribunal do CADE em 21 de julho de 2010 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08012.001040/2007-26 decidido pelo Tribunal do CADE em 07 de julho de 2010 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08012.008899/2008-47 decidido pelo Tribunal do CADE em 03 de março de 2010 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08012.007004/1998-04 decidido pelo Tribunal do CADE em 17 de março de 2010 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08012.012047/2007-73 decidido pelo Tribunal do CADE em 20 de janeiro de 2010 pelo arquivamento. Processo Administrativo nº 08012.009745/1998-76 decidido pelo Tribunal do CADE em 11 de novembro de 2009 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08012.000217/2006-96 decidido pelo Tribunal do CADE em 01 de outubro de 2008 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08012.008233/2003-84 decidido pelo Tribunal do CADE em 17 de setembro de 2008 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08012.009453/2006-78 decidido pelo Tribunal do CADE em 27 de agosto de 2008 pelo arquivamento. Averiguação Preliminar nº 08700.005688/2007-13 decidido pelo Tribunal do CADE em 27 de agosto de 2008 pelo arquivamento.

¹⁸ Averiguação Preliminar nº 08012.003882/2007-12 decidido pelo Tribunal do CADE em 12 de dezembro de 2012 pelo arquivamento. Requerente: AFREBRAS - Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil. Representada: Companhia de Bebidas das Américas - Ambev.

¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.009645/2008-46 decidido pelo Tribunal do CADE em 16 de novembro de 2017 pelo arquivamento em relação a conduta de preço predatório e condenação em relação ao cartel. Representante: CMW Saúde e Tecnologia Importação e Exportação Ltda. Representada: Support Produtos Nutricionais Ltda., Pronutri Nutrição e Farmacêutica Ltda., Nutrifar Nutrição e Farmacêutica Ltda., Art Médica Comércio e Representações de Produtos Hospitalares Ltda. e Milena Torres Chaves Seabra - ME

²⁰ Processo Administrativo nº 08012.010744/2008-71 decidido pelo Tribunal do CADE em 23 de janeiro de 2017 pela condenação. Representante: Departamento de Polícia Federal de Pelotas/RS Representada: Elegê Alimentos

predatório. A Conselheira Relatora Cristiane Alkmin, que foi seguida apenas pelo Conselheiro João Paulo Resende, sustentou que é difícil encontrar evidências concretas aptas a comprovar a prática de preço predatório. Por essa razão, indícios seriam suficientes para a condenação dessa conduta (como a dinâmica de preços, quantidades e relatos de funcionários das empresas menores). No entanto, a Conselheira Relatora foi voto vencido e prevaleceu o voto-vista proferido pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, que foi seguido pelos demais conselheiros.

O Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo considerou que as evidências presentes nos autos e os laudos periciais foram incapazes de demonstrar qualquer relação entre os preços praticados e os custos de produção, não identificando nos autos relação de causa e efeito entre os preços e uma possível predação de concorrentes.

Assim, o Conselheiro Gilvandro acompanhou o parecer da SG no sentido de que “*a prática de preços abaixo dos custos, isoladamente, não configura a prática de preços predatórios. A lógica da predação está na capacidade de o infrator excluir seus concorrentes do mercado, para depois poder auferir lucros de monopólio de forma estável e duradoura, de modo a, no mínimo, recuperar os custos incorridos*” (grifos nossos).

É possível notar que apesar de a experiência brasileira não ser vasta no que se refere a prática de preços predatórios, a legislação sofreu uma importante alteração com a introdução da Lei nº 12.529/2011, uma que vez a prática de preços predatórios deixou de ser considerada crime, como era na legislação anterior, e passou a ser enquadrada apenas como infração à ordem econômica.

É possível verificar que a prática de preços predatórios é normalmente avaliada com maior atenção quando está associada à prática de cartel. Contudo, conforme apontado pelo ex-Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, “*a repressão preventiva de práticas comerciais corriqueiramente adotadas pelas empresas sem que haja uma efetiva configuração de infração da ordem econômica extrapola em muito as competências legalmente atribuídas ao CADE.*”, sendo necessária a comprovação efetiva dos efeitos negativos resultantes da conduta.

Como se pode perceber, não há histórico de condenação no CADE envolvendo práticas de preços predatórios. As razões para tanto são diversas, mas principalmente pela dificuldade de avaliação da estrutura de custo do suposto predador. Da mesma forma, e diferentemente do que se verifica na Europa, a necessidade de demonstração da possível recuperação das perdas ocorridas dificulta sobremaneira a comprovação desta modalidade de conduta.

Não obstante, pode-se verificar um padrão probatório para caracterização desta modalidade de infração, como decorrência de algumas decisões de arquivamento proferidas pelo CADE e do próprio Guia, que implicaria na comprovação de: (i) poder de mercado; (ii) existência de barreiras à entrada; (iii) recuperação das perdas incorridas; (iv) possibilidade de rápida expansão da oferta; e (v) capacidade de financiamento da conduta.

S.A. (atual BRF Brasil Foods S.A.); Cooperativa Sul-Rio Grandense de Laticínios Ltda.; Cooperativa dos Pequenos Agricultores e Produtores e Leite da Região Sul; Indústria de Laticínios Santa Silvana Ltda. – ME; Thurmer & Leitzke Ltda.; Sindicato da Indústria de Laticínios e Produtos Derivados do Estado do Rio Grande do Sul; Alex Sander Guarnieri Ramos; Michele Correa Laydner; Edemar Xavier Silveira; Osmar Krause; Everson Daniel do Amaral Nunes; Manoel Gonçalves; Jorge Luiz Almeida da Silva; Jorge Antônio Vallejos Arnez; Arno Alfredo Kopereck; Enilton Sell Wolter; Adilson Uarthe; Maura Thurmer Leitzke e Paulo César Leitzke

2.4 Descontos de Fidelidade

Os descontos de fidelidade, ou condicionados, podem ser considerados como benefícios comerciais oferecidos a fornecedores e distribuidores com o intuito de aumentar o consumo de seus produtos ou serviços em detrimento da concorrência, a partir do cumprimento de determinadas metas. O grande problema relacionado a essa conduta ocorre quando agentes de mercado se utilizam dos descontos de maneira não linear, provocando o fechamento do mercado e a exclusão de outras empresas concorrentes.

Essa conduta ganhou maior atenção das autoridades concorrenciais a partir do programa de fidelidade “Tô Contigo”²¹, implementado pela Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV) a seus fornecedores, sendo o principal caso da jurisprudência brasileira a tratar do tema e analisado sob a ótica da antiga lei de defesa da concorrência.

Um importante ponto destacado pelo Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan em seu voto no caso do programa de fidelidade da AMBEV, analisado no âmbito da antiga lei de defesa da concorrência, foi a questão da ausência de linearidade nos descontos proporcionados, apontando que *“a não-linearidade de preços ocorre quando o custo unitário pago pelo comprador decresce com o número de unidades adquiridas do vendedor”*. Com essa não-linearidade de preços, os concorrentes do mercado teriam que elevar seus custos, o que implicaria em um aumento de preços e, até mesmo, a saída de concorrentes do mercado.

Os descontos condicionados podem ainda ser usualmente relacionados aos acordos de exclusividade, tendo em vista que podem levar aos mesmos efeitos negativos, isto é, o fechamento de mercado, como ocorreu no caso do programa de fidelidade da AMBEV. Como concluiu o Conselheiro, sem a exclusividade, o programa “Tô contigo” não teria a capacidade resultar na concentração demasiada dos produtos da AMBEV nos pontos de vendas participantes.

Além da análise do programa de fidelidade “Tô contigo” da AMBEV, o CADE também condenou os dois maiores jornais de São Paulo, O Estado de São Paulo e a Folha de São Paulo²², em 2000, pela prática de descontos às empresas que concentrassem seus anúncios em um único jornal, a fim de desviar os clientes dos concorrentes para proveito próprio. O ex-Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca entendeu que a conduta praticada seria equivalente a acordos de exclusividade e, por ter sido praticada pelos dois maiores jornais paulistas, levaria ao fechamento do mercado.

A experiência concorrencial brasileira, sob a luz da nova lei de defesa da concorrência, nunca condenou a prática de descontos de fidelidade, uma vez que em todos os casos envolvendo essa conduta os representantes e as instruções realizadas pela SG não foram capazes de apresentar indícios ou evidências concretas de que a conduta teria gerado danos ou teria levado ao fechamento do mercado.²³

²¹ Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 decidido pelo Tribunal do CADE em 22 de julho de 2009 pela condenação. Representante: Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes. Representada: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV

²² Processo Administrativo nº 08000.000128/1995-98 decidido pelo Tribunal do CADE em 19 de junho de 2000. Representante: Empresa Folha da Manhã S.A. Representada: O Estado de São Paulo.

²³ Averiguação Preliminar nº 08012.001626/2008-71 decidido pelo Tribunal do CADE em 25 de maio de 2012 pelo arquivamento. Representante: Luís Antônio de Lélis Gomes Bezerra. Representada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV. Averiguação Preliminar nº 53500.007820/2004 decidido pelo Tribunal do CADE em 20 de outubro de 2013 pelo arquivamento. Representante: Empresa Brasileira de Telecomunicações. Representado:

Mas de maneira geral, pode-se afirmar que o CADE tem se posicionado no sentido de que os descontos condicionados podem apresentar efeitos positivos ou negativos ao mercado. Descontos de quantidade que apresentam claras eficiências ao mercado são considerados pró-competitivos, como, por exemplo, quando aproximam os preços dos custos marginais do produtor ou aumentam o poder de barganha do comprador. Nessas hipóteses, por estarem relacionados ao volume de compras, os programas de fidelidade apresentam efeitos positivos. Entretanto, quando relacionados a outros fatores não-lineares e impostos por empresas que detêm posição de mercado, os descontos de fidelidade chamam maior atenção das autoridades e são revistos de maneira mais cuidadosa e detalhada.

2.5 *Recusa de contratação*

A recusa de contratação ou recusa de venda pode ser considerada infração à ordem econômica, estando prevista no artigo 36, parágrafo 3º, inciso XI da Lei nº 12.529/2011. Assim como ocorre com as demais condutas unilaterais aqui apresentadas, a recusa de contratação gera preocupação das autoridades concorrenciais quando é associada a empresas que detêm posição dominante, uma vez que, com essa prática, tais empresas dificultam o desenvolvimento e atuação de seus concorrentes ao se recusar a prestar ou fornecer determinados produtos, insumos ou serviços que são fundamentais para as atividades do mercado.

Assim como a Comissão Europeia, o Brasil adota doutrina norte-americana para a avaliação de casos envolvendo o tema. Assim, a doutrina das infraestruturas essenciais (“*essential facilities*”) prega que empresas dominantes no mercado podem ser compelidas a fornecer determinado produto ou insumo, se não o fizer de forma voluntária e desde que o objeto seja considerado essencial. A recusa de contratação é comumente vista em casos envolvendo monopólios naturais. Isso porque, os insumos e produtos objeto da recusa apresentam características particulares desses monopólios, como economias de escala.

No âmbito da antiga lei de defesa da concorrência brasileira, o voto do ex-Conselheiro Celso Campilongo na investigação envolvendo as empresas TVA Sistema de Televisão e a Rede Globo²⁴ mencionou que, para que se pudesse cogitar a presença da recusa de contratação, alguns requisitos relacionados à doutrina das instalações essenciais deveriam ser cumpridos: (i) o produto, insumo ou serviço deve ser essencial para que haja concorrência; (ii) a duplicação do produto, insumo ou serviço é economicamente inviável; (iii) o controle da estrutura gera ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) a facilidade deve ser efetivamente essencial; e (v) a recusa de disponibilização do produto, insumo ou serviço não possua justificativa razoável, econômica ou juridicamente.

Essa conduta foi ainda amplamente analisada pelo CADE em precedentes envolvendo o mercado de cimento²⁵, em razão da própria estrutura do mercado e pela presença de um

Telemar Norte Leste S.A. Averiguação Preliminar nº 53500.015661/2007 decidido pelo Tribunal do CADE em 20 de dezembro de 2013. Representante: ABRANET – Associação Brasileira de Acesso a Serviços e Informações de provedores de Internet. Representada: Telecomunicações de São Paulo S.A. – TELESP.

²⁴ Processo Administrativo nº 53500.000359/99 decidido pelo Tribunal do CADE em 20 de junho de 2001 pelo arquivamento. Representante: TVA Sistema de Televisão S/A. Representada: TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo Ltda.

²⁵ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. Inquérito Administrativo nº 08012.004823/2001-76 (arquivado). Processo Administrativo nº 08012.010208/2005-22 (arquivado por *bis in idem*). Inquérito

número reduzido de agentes. Nos processos analisados, as autoridades consideraram que, no mercado de cimento, a recusa poderia se dar das seguintes maneiras: (i) pela recusa propriamente dita; (ii) pela imposição de custo proibitivo por meio de reajustes no preço dos cimentos tipo CP II e CP V em paralelo à redução de preço do cimento tipo CP III ou (iii) pela criação de dificuldade ao desenvolvimento de concreteira independente. Entretanto, todos esses casos foram arquivados em razão da insuficiência de provas e pelo princípio de *non bis in idem* em razão da condenação das cimenteiras no cartel do cimento.²⁶

Na esfera da nova lei de defesa da concorrência, o CADE analisou alguns casos²⁷ envolvendo a prática de recusa de venda, e entendeu, em todos eles, que não haveria indícios suficientes para que se pudesse comprovar a presença de prejuízos ao mercado.

Recentemente, foi instaurado pela SG processo administrativo²⁸ para investigar a acusação feita pela BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda., de que as empresas Claro S.A., Oi Móvel S.A. e Telefônica Brasil S.A. estariam impondo dificuldades aos concorrentes para a participação em licitações públicas, a partir de discriminação de preços e recusa de contratar circuitos de comunicação necessários à formação da proposta da BT para participação nas licitações. Até o momento, as empresas investigadas não foram capazes de apresentar justificativas econômicas contundentes que expliquem as condutas investigadas, além de a SG entender que há robustos indícios para a existência dessas condutas.

Assim, com base nos precedentes do CADE, para que reste configurada uma recusa de contratação, não é necessário que haja efetiva e expressa negativa por parte do agente econômico com posição dominante, pois muitas vezes esta recusa vem disfarçada de condutas que geram dificuldades à concorrentes dependentes de um único agente dominante. Não se consegue, contudo, extrair válida sistematização nas decisões encontradas, até porque não há muitos casos analisados envolvendo o assunto para que se possa consolidar jurisprudência concreta. Também por essa razão, não há análises concretas sobre o reconhecimento da teoria das infraestruturas essenciais.

3. Conclusão

Com a instauração de diversos processos administrativos de carteis e a intensificação das investigações no contexto da Operação Lava-Jato, o direito concorrencial brasileiro tem se voltado para o combate das condutas colusivas. Contudo, mesmo diante desse cenário, as

Administrativo nº 08012.012986/2010-13 (arquivado por *bis in idem*) Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11 (arquivado por *bis in idem* e insuficiência de provas)

²⁶ Processo Administrativo nº 8012.011142/2006-79.

²⁷ Processo Administrativo nº 08012.007505/2002-48 decidido pela Superintendência Geral do CADE em 21 de janeiro de 2015 pelo arquivamento. Representante: Líder Signature S.A. Representada: Helicópteros do Brasil S.A. – Helibrás. Processo Administrativo nº 08012.008855/2003-11 decidido pelo Tribunal do CADE em 16 de outubro de 2016 pelo arquivamento. Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico. Representadas: Intercement Brasil S.A. (antiga Camargo Corrêa Cimentos S.A.), CCB Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Ciplan – Cimento Planalto S.A., Votorantim Cimentos Ltda., Cia. De Cimento Itambé, Holcim Brasil S.A., Lafarge Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S.A., Itautinga Agro Industrial S.A., Cimentos do Brasil S.A. – Cibrasa, Itapicuru Agro Industrial S.A., Itapissuma S.A., Ibacip – Indústria Barbalhense de Cimento Portland S.A., Itapetinga Agro Industrial S.A., Itapessoca Agro Industrial S.A., Itaguassu Agro Industrial S.A., Cimento Tupi S.A. (incorporadora da antiga CP Cimento e Participações S.A.) e Empresa de Cimentos Liz S.A. (antiga Soecom S.A. – Sociedade de Empreendimentos Industriais, Comerciais e Mineração).

²⁸ Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02 instaurado em 28 de agosto de 2017 pela SG.

condutas unilaterais permanecem no radar das autoridades, e merecem ser tratadas no detalhe para que se crie jurisprudência sólida capaz de proporcionar segurança jurídica ao mercado.

A principal preocupação de todas as jurisdições no que se refere a condutas unilaterais é a possibilidade de fechamento de mercado e exclusão de concorrentes por parte das empresas detentoras de posição dominante.

O que se pode extrair da prática nacional é que, para as condutas unilaterais, a flexibilização e o espaço para apresentação de justificativas jurídicas e econômicas sempre estão presentes. As autoridades brasileiras têm valorizado a ponderação entre os efeitos positivos e negativos decorrentes desse tipo de conduta.

Carece, contudo, de melhor sistematização, padrões probatórios de análise das diferentes modalidades de condutas unilaterais verificadas no presente artigo. A maior parte dos casos julgados não resultaram em análises aprofundadas e alguns dos entendimentos firmados são anteriores à edição da Lei nº 12.529/11.

Muito se diz que os cartéis são mais lesivos à livre concorrência e aos consumidores e, portanto, merecem maior atenção. A dúvida que se coloca é sobre esta assertiva, ao verificamos verdadeiros monopólios e reservas de mercado que privam o consumidor final de melhores preços, qualidade e opções, vezes criada pela própria eficiência do agente, mas vezes misturadas a práticas ilegais que tolhem concorrentes efetivos ou potenciais de oportunidades. Maior cuidado, neste sentido, faz-se necessário, e novos instrumentos e teses para persecução destas condutas se fazem necessárias.

***SHAM LITIGATION* POR MEIO DO ABUSO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL: A JURISPRUDÊNCIA DO CADE**

Bruno Herwig Rocha Augustin
Leonardo Canabrava Turra
Lara Tie Maeno Sturion¹

1. Introdução

As normas concorrenciais têm como fim último o bem-estar dos consumidores, através da prevenção e repressão de infrações à ordem econômica e com base nos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.²

Os direitos de propriedade intelectual, por outro lado, buscam incentivar a inovação ao conferir proteção aos detentores destes direitos, permitindo sua exploração em regime de monopólio temporário.

Os direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência, cada qual a seu modo, tem como objetivo a eficiência econômica dos mercados através da concorrência pela inovação e diferenciação de produtos e serviços. Há complementariedade ao invés de contrariedade entre as matérias.³

Essa constatação pode ser observada no próprio tratamento constitucional conferido a ambas as matérias. Se, por um lado, a Constituição Federal define direitos de propriedade intelectual como direitos fundamentais em seu artigo 5º, XXVII e XXIX, esse tratamento deve ser interpretado juntamente com outros princípios constitucionais, tais como a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e 170, III), a livre iniciativa (art. 170, *caput*) e a livre concorrência (art. 170, IV). Nesse sentido, Paulo Eduardo Lilla entende que:

“É possível constatar que a Constituição Federal vislumbra a propriedade intelectual e o direito da concorrência como instrumentos complementares de promoção, de inovação e de desenvolvimento econômico, gerando eficiências econômicas – estáticas e dinâmicas – que resultarão em ganhos de bem-estar social.”⁴

Pela sua natureza restritiva e excludente, não se pode descartar que os agentes de mercado utilizem de forma *abusiva* os direitos de propriedade intelectual de modo a prejudicar a concorrência. Nesse aspecto, é um desafio determinar até que ponto o exercício desses direitos é legítimo e a partir de que momento ele passa a ser um ilícito concorrencial.

¹ Os autores agradecem aos valiosos comentários de Lucas Spadano no processo de revisão deste artigo.

² LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência, uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPs. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 58-59.

³ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência, uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPs. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 60.

⁴ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência, uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPs. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 261.

A maior parte dos casos julgados pelo CADE envolvendo direitos de propriedade intelectual nos últimos 5 anos envolvem justamente o abuso desses direitos no contexto da conduta denominada *sham litigation*. Ressalta-se que são poucos os casos envolvendo discussões de propriedade intelectual e direito da concorrência, tanto sob a Lei n. 8.884/94 quanto sob Lei n. 12.529/11.⁵

2. Jurisprudência do CADE sobre *sham litigation* e propriedade intelectual

A doutrina do *sham litigation* tem origem norte-americana, tendo sido definida, de forma ampla, como:

“Litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, isto é, o uso impróprio do judiciário ou do processo administrativo governamental contra rivais com objetivos anticompetitivos”⁶

Não obstante sua origem estrangeira, o *sham litigation* possui base legal na legislação concorrencial pátria, tendo sido objeto de especial atenção do CADE. A conduta é considerada ato ilícito, tipificado no art. 36, I, II e IV, e §3º, IV e XIX, da Lei n. 12.529/11:

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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

§3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

O abuso do direito de petição com o objetivo de prejudicar concorrentes já vinha sendo discutido pelo CADE no âmbito da Lei n. 8.884/947, que tem reprimido, com base na doutrina da *sham litigation*, empresas e respectivos executivos que se prestam a esse tipo de medida considerada abusiva. O trecho a seguir, do voto do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia no Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51, apresenta o entendimento do *sham litigation*:

⁵ LILLA, Paulo Eduardo. Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência, uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPs. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 257.

⁶ KLEIN, Christopher C., The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases and Policy, Washington: Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989, p. 1. No original, *sham litigation* foi definido como:

“predatory or fraudulent litigation with anticompetitive effect, that is, the improper use of the courts and other government adjudicative processes against rivals to achieve anticompetitive ends”

⁷ Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81, decidido pelo Tribunal em 29/11/2011; Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, Decidido pelo Tribunal em 10/09/2007; Processo Administrativo nº 8012.004484/2005-51, Decidido pelo Tribunal em 10/09/2010.

33. A difícil distinção entre o normal acionamento do Judiciário para a defesa de direitos individuais e a utilização maliciosa do processo jurisdicional para criação de dificuldades a concorrentes depende da constatação de um padrão antijurídico de atuação por parte do respectivo autor que possa ser explicado por um desígnio de lesar a parte adversária e, conseqüentemente, a dinâmica concorrencial.

34. Tal objetivo anticompetitivo pode ser revelado em diferentes práticas desleais como, por exemplo, a imputação de acusações falsas aos concorrentes ou a invocação de direitos absolutamente desamparados pelo ordenamento. A marca distintiva das ações anticompetitivas não é, todavia, a intenção de prejudicar a parte ré pela obtenção da pretensão demandada, mas sim o objetivo de causar constrangimentos aos negócios do concorrente por meio da própria instituição do processo. Nesse sentido, o potencial anticompetitivo da conduta deve se revelar nos efeitos não do eventual provimento jurisdicional final, mas nos que decorrem da própria instituição do processo.

(...)

36. O que é juridicamente inaceitável, e aqui reside o sinal distintivo da predação judicial, é que os esforços do autor da ação estejam voltados não para vencer o concorrente no mérito do feito, mas para derrotá-lo ou prejudicá-lo na arena dos negócios por meio dos danos colaterais advindos da própria existência do processo.⁸

De modo geral, o CADE levou em consideração nos casos analisados na Lei n. 8.884/94, ao auferir a existência de *sham litigation*: (i) a plausibilidade do direito invocado; (ii) a veracidade das informações; e (iii) a adequação e razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação, ou seja, se a medida adotada pela parte representada teria por objetivo, por si, causar constrangimento/prejuízo aos negócios do concorrente, e não um provimento favorável com base na plausibilidade da existência do direito pleiteado. Nestas situações, há *sham litigation* quando: (i) não houver base objetiva que justifique a ação (sendo relevante nessa análise atitudes de aumento indevido do escopo de seu direito), bem como (ii) quando houver a intenção de prejudicar estrategicamente a concorrência.

Nos casos envolvendo *sham litigation* analisados nos últimos 5 anos, o CADE continuou a fazer referência à jurisprudência estrangeira (o que começou na vigência da Lei n. 8.884/94), inclusive utilizando testes desenvolvidos principalmente pela jurisprudência dos EUA para analisar a conduta de *sham litigation*.⁹ Nos casos analisados na seção seguinte, a SG e os conselheiros fizeram uso desses testes.

No Processo n. Administrativo 08012.011508/2007-91 (analisado mais adiante), a Conselheira Ana Frazão analisou a prática de *sham litigation* e sua relação com direitos de propriedade intelectual.¹⁰ A Conselheira ressalta que a falta de rigor na análise de pedidos de registro de patentes, por exemplo, pode criar incentivos à prática de *sham litigation*. Nesse sentido, cita a prática conhecida como *patent troll*, em que patentes são registradas propositalmente com limites pouco claros ou ambíguos com o objetivo de serem utilizadas de

⁸ Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51, decidido pelo Tribunal em 18.11.2010.

⁹ Existem diversos precedentes, inclusive recentes, do CADE, condenando a prática de *sham litigation*. Vide, dentre outros, os parágrafos 26 e seguintes da Nota Técnica da Superintendência Geral do CADE no Processo Administrativo 08012.001594/2011-18, em que o CADE condenou o Instituto Aço Brasil (“IABr”) pela prática de *sham litigation*. A Nota Técnica analisa detalhadamente a teoria do *sham litigation* e traz extenso histórico de condenações do CADE (e de outros países) com base na referida prática anticompetitiva.

¹⁰ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 14, para. 169 e seguintes, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

pretexto para guerras judiciais contra concorrentes.¹¹ Um ponto importante levantado pela Conselheira ao se referir à prática de *patent troll* é que mesmo uma patente devidamente registrada pode se constituir em uma prática anticompetitiva.¹² Nesse contexto, é relevante para a análise das condutas as circunstâncias em que o pedido de patente foi feito:

“Dessa maneira, questões como a de saber se o INPI foi induzido a erro, se as informações prestadas no processo de registro eram propositalmente insuficientes, se a patente foi posteriormente declarada nula, dentre outras, passam a ser de fundamental importância, na medida em que podem revelar uma estratégia anticompetitiva”¹³

Obviamente, o uso do judiciário e o acesso às instâncias administrativas para tentar proteger suposta patente (não registrada) tem potencial ainda maior de restrição à concorrência.¹⁴

2.1 Caso Ediouro – Processo Administrativo 08012.005335/2002-67¹⁵

Trata-se de representação da Editora Nova Atenas em face da Ediouro Publicações Ltda. Em síntese, os fatos do caso referem-se à (i) acordos judiciais de não-concorrência; (ii) abuso de posição dominante mediante fraude – notificações extrajudiciais e atestação falsa de patente e (iii) tentativa de dificultar o acesso de concorrentes aos meios de distribuição – sob a alegação de suposta violação a direitos de propriedade intelectual.

A SG opinou pela condenação da Ediouro em relação às três condutas indicadas acima.¹⁶ Nesta seção, analisaremos a conduta de *sham litigation*, praticada pela Ediouro ao realizar acordos judiciais de não-concorrência. As condutas de abuso de posição dominante e de dificultar acesso de concorrentes a meios de distribuição serão analisadas na seção seguinte.

Antes de analisar a conduta da Ediouro, a SG fez extensa análise da jurisprudência estrangeira, em particular a dos EUA, para extrair testes que devem ser utilizados em caso de *sham litigation*, para se determinar se de fato houve o abuso do direito de petição. A SG, ao resumir os testes, fez uma ressalva importante:

“Portanto, para fins de generalização, poder-se-ia citar os exemplos de litigância abusiva, por meio de uma lista não-exaustiva abaixo relacionada. Diz-se que se trata de um rol não-exaustivo porque, embora de algum modo abarcadas pelo conceito geral exposto em cada uma dessas teses, a litigância abusiva, na prática, pode se revestir de variações dessas formas ou, não raro, misturar várias delas. A análise de cada caso concreto, conforme a regra da razão, é essencial para a ponderação da licitude ou não da conduta analisada. Não obstante, entende-se que os exemplos de práticas anteriormente descritas, e resumidas a seguir, são um guia inicial

¹¹ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 14, para. 171 e seguintes, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹² Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 14, para. 173, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹³ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 17, para. 220, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹⁴ A Lei n. 9.279/1996, artigo 195, XIII, inclusive, tipifica como crime de concorrência desleal a oferta de produto com declaração de que o mesmo é objeto de patente, sem que o seja.

¹⁵ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, decidido pelo Tribunal em 17.08.2016.

¹⁶ Posteriormente, foi celebrado TCC no Tribunal do CADE, em 10/08/2016.

razoável para o estudo de condutas de litigância potencialmente abusiva, com efeitos anticompetitivos.”¹⁷

A definição de *sham litigation* apresentada no início deste artigo é de fato muito abrangente justamente pelas inúmeras possibilidades que podem configurar tal prática. Da mesma forma, é importante que fique claro o papel auxiliar (e não determinante) dos testes desenvolvidos na jurisprudência norte-americana. Em relação a estes, a SG os resumiu como:

A - TESTE PRE¹⁸ - Pode ocorrer quando a parte ajuíza expedientes objetivamente sem fundamento, com intuito e resultado potencialmente anticompetitivo (mas que não pressupõe a utilização de fatos enganosos). Tais ações podem ocorrer, por exemplo:

A1 - Quando há clara carência das condições da ação, omissões relevantes ou posições contraditórias por parte dos querelantes, que podem criar confusão no Poder Judiciário.

A2 - Também, é possível haver *sham litigation* pelo teste PRE quando a parte ajuíza ação manifestamente improcedente visando causar dano colateral ao concorrente, a partir da exposição da imagem do concorrente e da elevação dos custos de defesa judicial.

B – TESTE POSCO¹⁹ – Ocorre quando a parte ajuíza uma série de ações contra concorrentes, também com baixa probabilidade de provimento favorável e de forma a gerar danos colaterais, gerando custos ou retirando, mesmo que temporariamente, rivais do mercado, gerando efeitos anticompetitivos no mercado.

C – LITÍGIOS FRAUDULENTOS - Nos litígios fraudulentos, a avaliação é diferenciada, já que, neste ilícito, a parte tem expectativa de causar um dano direto, via provimento estatal que lhe seja favorável, mas por uma via de falsidade. Nesta hipótese, deve-se verificar se houve alguma falsidade na argumentação apresentada ao Poder Judiciário ou a agente administrativo. Por exemplo, entende-se como simulação:

Quando a parte mente sobre fatos objetivamente determinados, incontroversos ou notórios, conseguindo, assim, no Poder Judiciário ou em foro administrativo, uma guarida jurídica capaz de lhe conferir poder de mercado. Tal conduta pode representar, ao mesmo tempo, infração ao art. 17, II, do CPC[40] e à Lei Concorrencial. Também, a própria constituição de um título jurídico patentário, por exemplo, pode estar eivada de vícios decorrentes de fatos falsos contados, por exemplo, a órgãos da administração, que, por acreditarem na parte, lhe conferem um título, um direito, uma patente ou qualquer outro benefício. A parte poderá, ainda, mentir sobre fatos que afetem a extensão de seu direito, sem prejuízo de outras formas de enganosidade ou má-fé.

Sobre fraude, é necessário esclarecer que, se a parte estiver defendendo no Poder Judiciário uma tese jurídica viável[41], havendo diferentes hipóteses plausíveis de interpretação em que o administrado escolhe uma vertente possível, acreditando que efetivamente possui determinado direito, ou até mesmo buscando constituir um direito, sem alegar qualquer falsidade a respeito de fatos, não caberia alegar a existência de fraude anticompetitiva.

D – ACORDO JUDICIAIS E OUTRAS AÇÕES

Um acordo judicial capaz de cancelar saída consensual de concorrente do mercado ou a mudança de sua conduta, em troca de compensação específica, em mercado com elevadas barreiras à entrada, criando monopólios ou elevação de poder de mercado, pode, a depender do contexto, ser considerado uma prática ilícita.

¹⁷ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 15, parágrafo 109, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

¹⁸ A denominação PRE vem da jurisprudência dos EUA que desenvolveu o referido teste no caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920, 123 L.Ed.2d 611 (1993).

¹⁹ A denominação POSCO vem da jurisprudência dos EUA que desenvolveu o referido teste no caso *United States of America. U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. USS-POSCO Industries contra Costa Building & Construction Trade Council.*

Outras ações judiciais que busquem implementar práticas anticompetitivas clássicas, como fixação de preço de revenda, venda casada, cláusula de exclusividade, dentre outros, não são imunizadas a respeito de responsabilidade antitruste porque o juízo cível discute apenas questões privadas e interpartes de tais contratos.²⁰

No caso, a Ediouro celebrou três acordos judiciais que resultaram na exclusão de concorrentes do mercado.

As disputas judiciais iniciadas pela Ediouro contra as editoras Escala e Heavy Metal versavam sobre a prática de concorrência desleal praticada pela demandadas (editoras Escala e Heavy Metal), por práticas que causavam confusão no consumidor (devido à semelhança entre os produtos das demandas e da Ediouro) e por violação do dever de lealdade do administrador, uma vez que ex-funcionário da Ediouro teria sido admitido pela Editora Escala.²¹

Segundo a Ediouro, as demandadas estariam se utilizando de segredo de fábrica e negócio da Ediouro. Mais especificamente, afirma que o tipo de passatempo palavra cruzada (produto em relação ao qual estaria sendo praticada a concorrência desleal) foi patenteado em 1970 e que, após expirada, a patente se transformou em segredo industrial. Este segredo industrial, segundo a Ediouro, havia sido transmitido para concorrentes por ex-funcionário da empresa.²²

A evidente contradição da Ediouro, ao reconhecer a publicidade e domínio público do produto objeto da discussão, e, ao mesmo tempo, afirmar que tal produto é um segredo industrial foi precisamente identificada pela SG:

119. Ora, tal contradição cometida pela Requerida demonstra claramente o erro da tese por ela defendida, qual seja, de que expirada a patente seu conteúdo torna-se segredo de negócio. Isso porque, evidentemente, uma das características principais da Patente é a sua publicidade. Nesse sentido, enquanto o segredo de negócio é uma exclusividade de fato, a Patente é uma exclusividade de direito, vez que seu conteúdo é publicizado e, portanto, conhecido.

120. É cediço que, após a extinção da patente, seu objeto passa a ser de domínio público, conforme preceitua o parágrafo único do art. 78 da Lei nº 9.279/96. Portanto, não há que se falar que, após a expiração da patente, seu objeto se tornaria segredo de fábrica, indústria ou negócio, não podendo ser explorado por nenhuma outra empresa. Se essa tese fosse aceita, isso implicaria, na prática, situação semelhante a uma patente eterna, o que é claramente incompatível com o sistema jurídico pátrio.²³

Para por fim à lide, a Ediouro e as demandas celebraram acordo judicial, no qual estas se comprometeram, em suma, a cessar a produção e comercialização de revistas com palavras-cruzadas, mediante pagamento mensal pela Ediouro de valores estipulados contratualmente, enquanto durar o contrato (cujo prazo de vigência era indeterminado). O acordo foi considerado

²⁰ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 15-16, parágrafo 110, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²¹ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 16, parágrafo 116, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²² Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 16, parágrafo 117, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²³ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 17, parágrafo 120, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

pela SG como uma remuneração periódica para a manutenção das concorrentes fora do mercado.²⁴

No caso envolvendo a SR3 Editora e Comunicação Ltda., por sua vez, houve Queixa-Crime e Busca e Apreensão movida por esta editora em face da Ediouro. A SR3 Editora denunciou que a Ediouro estava incluindo avisos em suas revistas de que certos passatempos seriam protegidos por patente, em que pese a expiração da patente. A SR3 Editora juntou ao processo laudo pericial demonstrando que as palavras-cruzada eram de domínio público.²⁵

Neste caso, também foi firmado acordo judicial, em que a Ediouro se comprometeu a adquirir, a um preço fixo determinado, todo o estoque de revistas de passatempo da SR3 Editora. A publicação e comercialização das revistas da editora SR3, por sua vez, passariam a ser de responsabilidade da Ediouro, sendo vedado à SR3 Editora publicar e comercializar revistas do mesmo gênero no futuro.²⁶

Em relação a esse acordo, a SG também entendeu se tratar de pagamento para que concorrente se retirasse do mercado.

Concluindo sua análise em relação aos acordos a SG aplicou ao caso o teste PRE, concluindo que:

155. No que concerne ao teste PRE, verifica-se que a Ediouro, através de ações judiciais, buscou aumentar indevidamente seus supostos direitos marcários, bem como estender direitos patentários expirados, demonstrando pretensão anticompetitiva ao buscar excluir concorrentes do mercado. Desta forma, a Ediouro defendeu posições jurídicas evidentemente equivocadas, ao tentar ampliar a abrangência de seu título judicialmente, de maneira a impedir que concorrentes publicassem palavras cruzadas diretas.

156. Assim, nota-se um padrão no comportamento da Representada, que, a partir de fundamentos no mínimo questionáveis, promovia litígios contra seus concorrentes. Das referidas ações derivaram acordos judiciais de não-concorrência que cancelavam a saída de concorrentes do mercado, mediante pagamento. Tendo em vista não haver racionalidade na conduta referida, ficando patente o objetivo de que os concorrentes deixassem de contestar o domínio da Ediouro em um mercado no qual sua participação já era muito elevada, considera-se presente o interesse anticompetitivo da Representada. Nesse sentido, a Representada utilizou-se de acordos judiciais para obter fins ilícitos do ponto de vista concorrencial, posto que em dissonância com a Lei 12.529/2011.²⁷

A SG recomendou condenação em setembro de 2015.²⁸ No Tribunal, as partes celebraram Termo de Compromisso de Cessação. O Conselheiro Relator Paulo Burnier seguiu análise semelhante à da SG, concluindo pela prática *sham litigation*. Em seu voto, inclusive, identificou outros 2 acordos celebrados pela Ediouro, semelhantes aos acordos analisados pela

²⁴ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 17-18, parágrafo 127 e seguintes, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²⁵ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 19, parágrafo 139, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²⁶ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 19-20, parágrafo 140 e seguintes, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²⁷ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 21, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²⁸ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 28, parágrafo 197, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

SG. Estes acordos (totalizando, portanto, 4 acordos) derivaram de casos em que a Ediouro alegou violação de patentes.²⁹

No TCC celebrado, a Ediouro se comprometeu a pagar contribuição financeira, bem como, em relação à conduta futura:

“3.2. Conduta Futura – A Compromissária, de forma irrevogável e irretroatável, se obriga a cessar a prática das condutas investigadas, nos termos das cláusulas seguintes.

3.2.1. Acordos de não-concorrência

(i) Abster-se de celebrar, com quaisquer de seus concorrentes, acordos judiciais ou extrajudiciais para encerrar possíveis litígios sobre violação de direitos de propriedade intelectual da EDIOURO (industrial ou autoral) em que constem cláusulas de não-concorrência vedando de forma genérica a publicação de revistas de passatempo por parte de seus concorrentes, com ou sem pagamento de qualquer tipo de indenização, remuneração ou benefício, direto ou indireto.”³⁰

Além disso, a Ediouro foi proibida de (i) ajuizar ações por violação da patente nº 83.672 e 7.508.595, já extintas; ii) ajuizar ações por concorrência desleal pela imitação de marcas registradas, cujos termos não são de sua comercialização exclusiva; e iii) firmar acordos com concorrentes prevendo a saída dos mesmos do mercado mediante pagamento de indenização, ou qualquer tipo de benefício. Por fim, para assegurar o cumprimento das obrigações do TCC, a Ediouro abriu mão da comercialização exclusiva de 32 palavras e expressões cujo pedido de marca já havia sido concedido ou depositado no INPI.³¹

2.2 *Caso Eli Lilly - Processo Administrativo 08012.011508/2007-91*³²

O caso em questão refere-se a processo administrativo instaurado pela SDE contra a Eli Lilly do Brasil Ltda. e da Eli Lilly and Company (conjuntamente denominadas “Eli Lilly”), a partir de representação feita pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos (doravante Pró-Genéricos).

De maneira resumida, a alegação de *sham litigation* baseou-se em um conjunto de ações da Eli Lilly, que começou com um pedido de proteção de patente no INPI (que foi indeferido), seguido de várias ações judiciais questionando a decisão do INPI, bem como novos pedidos feitos ao INPI alterando o escopo de pedido de patente, e recurso à ANVISA para exclusividade na comercialização do medicamento.³³

O esquema abaixo resume a série de ações e processos, tanto em âmbito judicial quanto em âmbito administrativo, para assegurar posição monopolística:

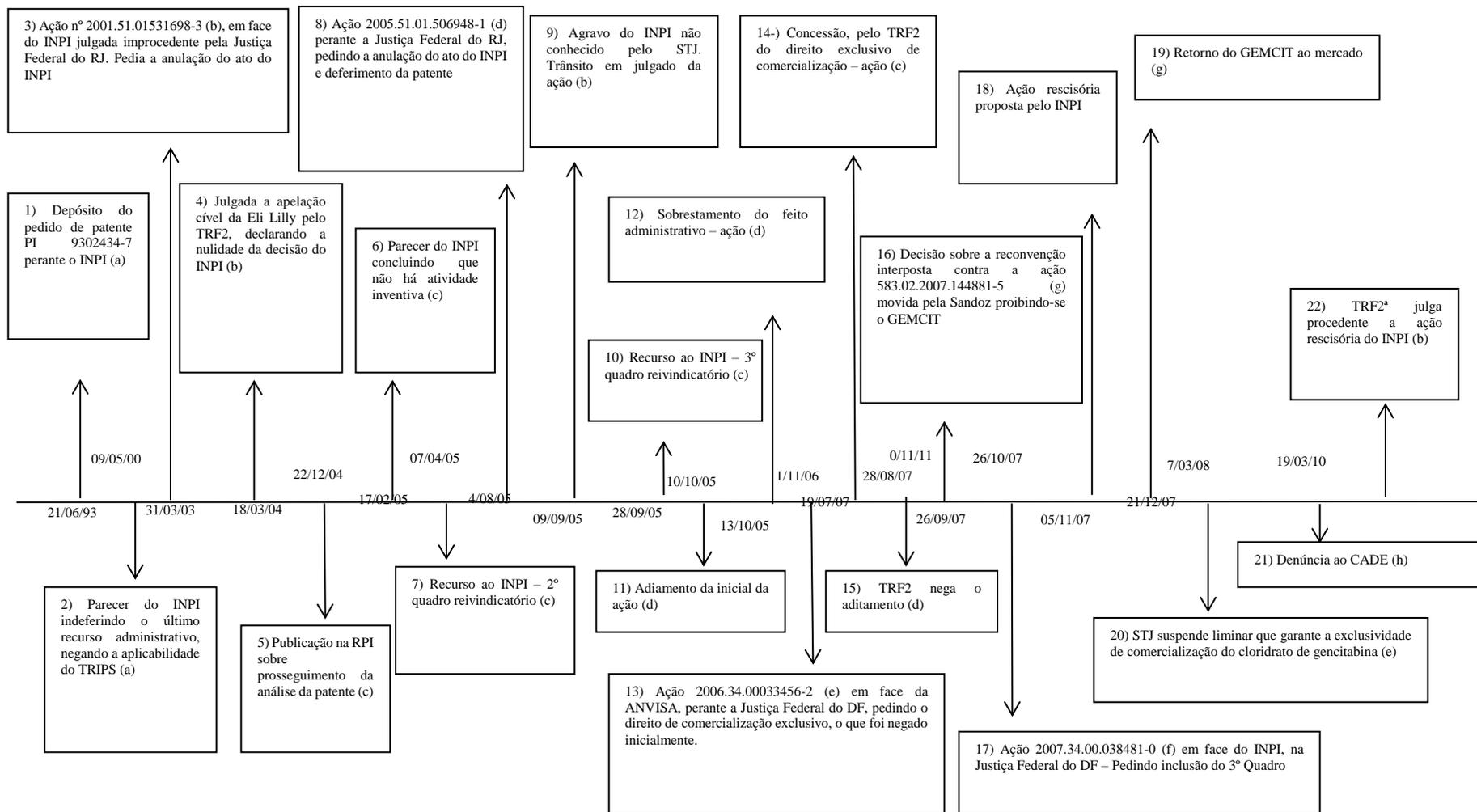
²⁹ Requerimento nº 08700.003082/2016-34, Voto do Conselheiro Paulo Burnier, para. 44, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

³⁰ Requerimento nº 08700.003082/2016-34, Voto do Conselheiro Paulo Burnier, para. 68, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

³¹ Requerimento nº 08700.003082/2016-34, Voto do Conselheiro Paulo Burnier, para. 69 e 70, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

³² Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 10, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

³³ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 2 – 11, para 9 – 106, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.



Fonte: Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 10, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

Em especial, destacam-se algumas condutas específicas da representada.

Em relação ao pedido de patente da Eli Lilly e decisões do INPI:

- (i) Após indeferimento do INPI de pedido de patente (que tratava de **processo** de produção de medicamento)¹ por falta do requisito de atividade inventiva, em 17/02/2005 (6), a empresa interpôs, em 7/04/2005, recurso administrativo contra a decisão do INPI (7), acrescentando a reivindicação 14 (que tratava do processo de produção) – que foi indeferida pelo INPI (em 6/06/2005).²
- (ii) Paralelamente, após a negativa do INPI, a empresa ajuizou, em 4/08/2005, ação judicial na Justiça Federal contra a decisão do INPI, pedindo sua anulação (8).³
- (iii) Em seguida, em 28/09/2005, a empresa apresentou recurso administrativo ao INPI contra a decisão do órgão (i), contra a qual havia impetrado ação judicial (ii), acrescentando outras duas novas reivindicações (15 e 16) que tratavam não mais de processo de produção, mas de determinado **produto** (10).⁴ Como resultado, o pedido de registro de patente que tratava de processo inicialmente passou a tratar de processo **e** produto.⁵
- (iv) Logo em seguida, em 10/10/2005, pediu aditamento de sua petição inicial (11) na ação ajuizada (ii) para incluir as reivindicações 15 e 16, dias depois, em 13/10/2005, requereu também o sobrestamento do processo no INPI até a decisão judicial (12).⁶
- (v) Após manifestação do INPI, em 17/10/2006, o juízo negou o aditamento da inicial, em 26/11/2006, por entender que as reivindicações 15 e 16 não haviam sido analisadas pelo órgão (15). A representada agravou a decisão, em 31/01/2007, pedindo que fosse realizada perícia técnica sobre as reivindicações 15 e 16 e enviou o pedido de patente contendo tais reivindicações.⁷
- (vi) Logo após o pedido de Agravo, a Pró-Genéricos, autora da representação perante o CADE, ingressou nos autos como assistente do INPI, explicitando que a Eli

¹ Pedido de patente PI 9302434-7, referente a “processo para preparar um nucleosídeo enriquecido com beta-anômero”, ocorreu em 21.06.93, perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial. O pedido dizia respeito ao patenteamento do processo de preparação do cloridrato de gencitabina, princípio ativo do medicamento GEMZAR, de fabricação da representada e não ao medicamento. Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 2, para 11, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

² Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 4, para 44, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

³ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 4, para 49, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

⁴ Produto cloridrato de gencitabina, e não seu processo de obtenção.

⁵ Nesse momento, o pedido tratava de **processo** para preparar nucleosídeo enriquecido com beta-anômero **e composto**.

⁶ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 4, para 51 e 52, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

⁷ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 5, para 55 e 59, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

Lilly havia submetido à perita o pedido de patente contendo as reivindicações 15 e 16, contrariamente à decisão anterior do juízo.⁸

- (vii) Em resposta à Pró-Genéricos, a Eli Lilly **afirmou expressamente que o juízo havia deferido os quesitos formulados sobre as reivindicações 15 e 16.**⁹

A Conselheira Ana Frazão considerou que a atitude da representada como uma manobra para ampliar o escopo da perícia é problemática do ponto de vista da lealdade processual, especialmente devido à manifestação evidentemente falsa (em relação ao aditamento da inicial).¹⁰

Em relação à ação contra a ANVISA para obter exclusividade na comercialização do cloridrato de gencitabina:

- (i) Em 01.11.2006, a Eli Lilly ajuizou ação contra a ANVISA (13), desta vez perante a Justiça Federal do Distrito Federal, com pedido de declaração do direito de exclusividade na comercialização do cloridrato de gencitabina, nos termos do artigo 70.9 do TRIPs, que trata da concessão de patentes de produto.¹¹
- (ii) A ANVISA indeferiu o pedido, alegando que não teria competência para a concessão do direito pleiteado.¹²
- (iii) A empresa apresentou recurso, que foi indeferido em 20/04/2007, seguido de agravo de instrumento, que foi rejeitado, em 30/05/2007. A decisão fundamentou-se no fato de que o TRIPs havia diferenciado processo de produto, conferindo direito de comercialização exclusiva de produto somente. Como o pedido de patente da Eli Lilly referia-se a processo, e não produto, não poderia ser concedida tal proteção à patente em exame no INPI.¹³
- (iv) Nesse momento, a empresa ingressou com pedido de reconsideração, afirmando expressamente que o seu pedido continha reivindicações tanto referentes ao processo quanto ao produto (fazendo referência às reivindicações 15 e 16).¹⁴

⁸ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 5, para 61, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

⁹ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 5, para 63, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹⁰ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 6, para 66, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹¹ O texto do artigo 70.9 do TRIPs diz que:

“Quando um produto for objeto de uma solicitação de patente num Membro, em conformidade com o parágrafo 8 (a), serão concedidos direitos exclusivos de comercialização não obstante as disposições da Parte VI acima, por um prazo de cinco anos, contados a partir da obtenção da aprovação de comercialização nesse Membro ou até que se conceda ou indefira uma patente de produto neste Membro se esse prazo for mais breve, desde que, posteriormente à data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, uma solicitação de patente tenha sido apresentada e uma patente concedida para aquele produto em outro Membro e se tenha obtido a aprovação de comercialização naquele outro Membro.”

¹² Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 6-7, para 76, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹³ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 7, para 77-78, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹⁴ O pedido de reconsideração (retirado do voto da Conselheira Ana Frazão, p. 7, parágrafo 79) é claro:

“Sob todas as penas e conseqüências, as Agravantes expressamente afirmam e reiteram que o pedido de patente **P1930243434 tem como objeto um produto farmacêutico, conforme requerido pelo Art. 70.9,**

Importante destacar que isso ocorreu após a negativa da Justiça Federal do Rio de Janeiro de incluir as referidas reivindicações (15 e 16) no exame pericial. A empresa, portanto, deliberadamente, omitiu tal informação.¹⁵

- (i) Com base nas informações prestadas, o Desembargador responsável pelo caso reconsiderou sua decisão em 19/07/2007, determinando que a ANVISA se abstivesse, até o trânsito em julgado da sentença, de conceder registro autorizando a comercialização de produto similar ao produzido pela Eli Lilly, enquanto o INPI não analisasse o pedido de patente (incluindo as reivindicações 15 e 16).¹⁶ (14)
- (ii) Após a decisão, a Sandoz ajuizou, em 15/08/2007, ação na Justiça Estadual de São Paulo, alegando que a Eli Lilly estava divulgando caluniosamente que o registro do medicamento GEMCIT (produzido pela Sandoz) havia sido cancelado.¹⁷
- (iii) Em sede de reconvenção, a Eli Lilly alegou concorrência desleal por parte da Sandoz, já que a decisão proibindo a ANVISA de conceder registros a medicamentos similares aos produzidos pela Eli Lilly inclui o medicamento GEMCIT.¹⁸
- (iv) Como resultado, em decisão liminar datada de 28/09/2007, a Sandoz foi efetivamente proibida de comercializar o GEMCIT. Importa ressaltar que a decisão proibiu a comercialização total do produto, e não somente em razão de tratamento de câncer de mama, que havia sido objeto da decisão proibindo a ANVISA de conceder registros.¹⁹ (16)

especificamente o produto Gemzar®. O fato é comprovado pela prova documental juntada aos autos desde o ajuizamento da demanda perante o MM juízo a quo.

(...) O título do pedido de patente P1930243434 é "Processo para preparar um nucleosídeo enriquecido com beta-anômero **E COMPOSTO**". Ocorre que, diferentemente do esposado pela ANVISA, que tenda induzir V.Exa. em erro, o composto nada mais é do que uma referência específica ao produto Gemzar. Ademais, não é o título de uma patente que define a natureza do que é protegido (seu objeto). A natureza do objeto do pedido é definida por suas reivindicações, à luz do que é revelado em seu relatório descritivo (Art. 41 da Lei 9.279/96).

O pedido de patente P1 9302434 tem como objeto o produto Gemzar®. As reivindicações do pedido de patente P19302434 cobrem **especificamente o composto, que é o produto Gemzar®.** As reivindicações 15 e 16 do pedido de patente são absolutamente claras. Gemzar® é um composto químico, e as reivindicações 15 e 16 têm como objeto de proteção exatamente o composto químico que é o exato produto farmacêutico, como é registrado perante a ANVISA e comercializado em todo o mundo!

Não há na Lei 9.279/96, ou em qualquer outra, proibição para um pedido de patente ter reivindicações de produto e de processo, abrangendo os diferentes aspectos de uma invenção. Patentes com reivindicações de produto e de processo são usuais, deferidas pelo INPI e aprovadas pela ANVISA, (art. 229-C da Lei 9.279/96).

Assim, é violador do art. 14 do CPC e do princípio da moralidade a alegação da Agravada de que o pedido P19302434 tem como objeto apenas processo farmacêutico.

¹⁵ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 7, para 79, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹⁶ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 7-8, para 82, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹⁷ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 9, para 97, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹⁸ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 9, para 98, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

¹⁹ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 9, para 99 e seguintes, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

A Conselheira Ana Frazão destaca, em relação à ação contra a ANVISA, que a representada deixou de informar ao TRF do sobrestamento do feito administrativo perante o INPI, o indeferimento do aditamento à petição inicial (em relação às reivindicações 15 e 16) bem como omitiu também fato importante, relacionado à extensão da decisão em relação à ANVISA. Como resultado, obteve proteção e pôde atuar em regime de monopólio indevidamente na comercialização de seu medicamento por três meses.²⁰

O voto da relatora Ana Frazão, de julho de 2015, recomendou a condenação da empresa pelo conjunto de ações tomadas pela representada. Segundo a Conselheira, o que estava em jogo não era a “a quantidade de ações ajuizadas pela representada, diferentemente do que sugere o parecer acostado aos autos, mas a forma concatenada e abusiva com que esses litígios foram manejados para obter indevidamente o monopólio sobre o cloridrato de gencitabina”.²¹ A Conselheira ainda concluiu que a conduta das representadas se enquadrava no Teste PRE, desenvolvido nos EUA. Segundo a Conselheira:

É evidente a existência do aspecto subjetivo do sham, que se consubstancia no dolo de obter vantagem sobre a concorrência por meio do ajuizamento de demandas. Também é claro o elemento objetivo, uma vez que o pleito da representada só faz sentido se embasado no conjunto falso de informações levadas ao Judiciário, sem o total esclarecimento dos fatos.²²

A Conselheira Ana Frazão, em sua conclusão sobre as condutas da representada, explicitou os efeitos lesivos à concorrência da prática de *sham litigation* no caso concreto:

“390. Tendo em vista que a representada obteve monopólio indevido, com base em decisões judiciais favoráveis conseguidas mediante a condução de estratégia que envolveu a omissão de dados relevantes ao convencimento do magistrado, não há que se falar em efeitos potenciais, mas em efeitos concretos de prejuízo à concorrência.

391. A Eli Lilly obteve o monopólio sobre o cloridrato de gencitabina de 19 de julho de 2007 (supra, 83) até 07 de março de 2008. Os concorrentes da representada permaneceram afastados do mercado, portanto, por quase oito meses.

392. É importante lembrar, ainda, que por três meses a empresa Sandoz foi proibida de comercializar seu produto GEMCIT para o tratamento de qualquer câncer (supra, 99). Entre 28 de setembro de 2007 e 21 de dezembro de 2007, a Sandoz ficou afastada do mercado, ainda que o monopólio obtido pela Eli Lilly somente se tratasse da venda de medicamento para o tratamento de câncer de mama.

393. Consta dos autos que o monopólio gerou distorção dos preços do mercado. Em pregão realizado no período em que a Sandoz ficou proibida de comercializar o cloridrato de gencitabina, o GEMZAR foi vendido por R\$ 540,00. Já no retorno da Sandoz ao mercado, o preço cobrado pelo medicamento da Eli Lilly caiu para R\$189,00.

394. Os dados corroboram o estudo do DEE a respeito do prêmio patentário farmacêutico, anexo a este voto. A partir do Banco de Dados do Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (Banco Sammed) referente ao ano de 2012, enviado ao CADE, por meio de acordo de cooperação com a ANVISA, o órgão concluiu que, na ausência de patente, o preço dos medicamentos cai, em média, 66%, de modo que eventuais defesas artificiais de poder de mercado podem garantir razoável sobrepreço.

²⁰ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 9 e 10, para 101 e seguintes, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

²¹ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 29, para 400, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

²² Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 26, para 342, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

395. O monopólio e a distorção de preços, sobretudo em razão da natureza do produto, podem causar efeitos graves sobre os consumidores, como bem apontou o voto do Ministro Barros Monteiro na decisão do STJ que suspendeu os efeitos da tutela antecipada que concedeu o EMR à Eli Lilly:

“Sem adentrar o mérito da decisão que concedeu a tutela antecipada, verifica-se que seus efeitos poderão causar grave lesão à saúde e à economia públicas, porquanto concedeu exclusividade de comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, utilizado no tratamento de câncer de mama, às empresas “Eli Lilly do Brasil Ltda.” e “Eli Lilly and Company”, fabricantes do medicamento GEMZAR, impossibilitando os portadores de tal enfermidade de optarem por um tratamento de custo mais acessível, mediante uso de medicamento genérico ou similar.

Ademais, os pacientes portadores de câncer de mama que se utilizam da rede pública de saúde correm o risco, com a diminuição na distribuição gratuita dos medicamentos, de naturais prejuízos no seu direito ao adequado tratamento da moléstia, dada a possível escassez do produto”.²³

3. Conclusão

Embora ainda sejam incipientes as discussões sobre a interação entre direitos de propriedade intelectual e direito concorrencial no Brasil, nota-se em particular a relevância dessa discussão em casos envolvendo *sham litigation*. Além dos casos discutidos na seção anterior, durante a nova Lei outros dois casos foram analisados e arquivados. Tratam-se dos Processos Administrativos n. 08012.002917/2002-91²⁴ e 08700.005241/2013-92.²⁵

Além disso, encontram-se em andamento no CADE inquéritos administrativos envolvendo a discussão sobre *sham litigation* no setor de medicamentos (vide Inquéritos Administrativos n. 08012.001693/2011-91²⁶ e 08012.011615/2008-08²⁷).

Ademais, importa observar que direitos de propriedade intelectual também estão sendo discutidos em casos envolvendo abuso de posição dominante. No caso envolvendo a Ediouro, inclusive, além das questões envolvendo *sham litigation*, parte das condutas praticadas pela empresa envolviam o abuso de posição dominante mediante fraude (por meio do envio de notificações extrajudiciais com informações inverídicas acerca da detenção de patentes e registro de marcas) bem como dificultar o acesso de concorrentes a meios de distribuição ao pressionar distribuidoras a não distribuírem produtos de concorrentes sob a alegação de suposta violação de direitos de propriedade intelectual.²⁸

Já no caso 08012.002673/2007-51, recentemente a SG emitiu nota técnica extensa sugerindo a condenação da Fiat, Volkswagen e Ford por abuso no exercício de direitos exclusivos sobre desenhos industriais registrados no *aftermarket*, restringindo indevidamente a concorrência com a fabricantes independentes de autopeças.²⁹

²³ Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, Voto da Conselheira Ana Frazão, p. 29, decidido pelo Tribunal em 24.06.2015.

²⁴ Processo Administrativo n. 08012.002917/2002-91, decidido pelo Tribunal em 10.08.2015.

²⁵ Processo Administrativo n. 08700.005241/2013-92, decidido pelo Tribunal em 23.12.2013.

²⁶ Inquérito Administrativo n. 08012.001693/2011-91, em andamento.

²⁷ Inquérito Administrativo n. 08012.011615/2008-08, em andamento.

²⁸ Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67, Nota Técnica da Superintendência-Geral de 23.09.2015, p. 22, para 157 e seguintes, e p. 25, para. 177 e seguintes, decidido pelo Tribunal em 27/06/2016.

²⁹ Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51, Nota Técnica de 15.06.2016.

Nota-se, portanto, que as discussões envolvendo direitos de propriedade intelectual, embora ainda incipientes e em muitos casos relacionadas a casos envolvendo *sham litigation*, estão assumindo cada vez mais importância na jurisprudência do CADE, com disputas envolvendo novos temas relacionados a ambas as disciplinas. É de se esperar, nesse sentido, que a jurisprudência do CADE sobre a matéria se diversifique e envolva discussões cada vez mais complexas.

CINCO ANOS DE PERSECUÇÃO DE CARTÉIS SOB A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: COMO MUDANÇAS NA REGULAÇÃO CONCORRENIAL BALANCEARAM A MATRIZ DE DECISÕES A FAVOR DE SOLUÇÕES COOPERATIVAS

Frederico Donas
Lauro Celidonio Neto
Michelle Machado

1. Introdução

A persecução de práticas anticompetitivas no Brasil passou por várias mudanças importantes nas últimas duas décadas. A Lei nº 8.884, promulgada em 1994, foi alterada nos anos 2000 para prover as autoridades brasileiras de defesa da concorrência com o aparato normativo necessário para a criação do Programa Brasileiro de Leniência e a realização de buscas e apreensões¹ autorizadas judicialmente. Com a celebração do primeiro acordo de leniência em 2003,² o combate a práticas anticompetitivas³ tornou-se prioridade no Brasil.

A promulgação da Lei nº 12.529, datada de 30 de novembro de 2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “Lei nº 12.529/11”), reforçou a autoridade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) para investigar e instaurar processos contra cartéis⁴. O CADE ampliou a cooperação com outras autoridades brasileiras envolvidas na persecução de cartéis, o que mudou a forma como o CADE investiga, processa e pune cartéis. O resultado foi um aumento no número de investigações de cartéis, bem como no número de acordos de leniência e Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”) firmados com empresas e pessoas envolvidas em tais práticas.

As mudanças que começaram nos anos 2000 e foram acentuadas com a promulgação da Lei de Defesa da Concorrência tiveram um impacto direto nos fatores a serem levados em consideração por empresas e pessoas investigadas por cartéis no Brasil na definição da estratégia do caso. O objetivo deste artigo é analisar como esses fatores foram impactados pelas

¹ Na época, a Lei nº 8.884 era o diploma legal que coibia infrações anticompetitivas na esfera administrativa no Brasil. As mudanças foram introduzidas pela Medida Provisória nº 2.055-4, que posteriormente foi convertida na Lei nº 10.149. Durante a vigência da Lei nº 8.884, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência era composto: (i) pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), cujas atividades tinham como foco a análise de atos de concentração, (ii) pela Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), responsável principalmente pela investigação de práticas anticompetitivas, e (iii) pelo CADE, que proferia decisões finais a respeito de atos de concentração e processos administrativos.

² Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, julgado pelo CADE em 21 de setembro de 2007.

³ CARVALHO, Vinícius Marques. *et al. Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: CADE, 2013, p. 89.

⁴ A Lei nº 12.529 unificou e consolidou as funções de investigação e julgamento no CADE, que é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

mudanças no arcabouço regulatório concorrencial e como afetaram o processo de tomada de decisão dos investigados.

2. Principais fatores que afetam a estratégia do caso

A primeira e mais importante decisão que uma empresa ou pessoa investigada por prática de conduta anticompetitiva tem que tomar é se irá se defender ou celebrar um acordo. Esta não é uma decisão que se toma uma única vez; é, na verdade, um processo iterativo, que é aprimorado e redefinido ao longo de cada fase da investigação. A melhor estratégia para os representados é aquela que minimiza ou elimina sua exposição aos riscos associados a uma condenação.

A análise da natureza da conduta investigada, as características do mercado supostamente afetado, bem como o volume e tipo de documentos apresentados como provas é um ponto de partida para avaliar se o caso pode ser defendido com sucesso. Obviamente, quanto mais fraco for o conjunto probatório e a responsabilidade do representado, maiores as chances de sucesso da estratégia de defesa. Por outro lado, quanto mais clara e mais evidente for a responsabilidade do representado, maiores serão os incentivos para firmar um acordo.

Outros fatores devem ser considerados e a importância relativa de cada um deles variou bastante antes e depois da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência, tais como: a duração da investigação; a celebração de acordos por parte dos demais representados e a sua disposição para cooperar com a investigação; níveis de sanções administrativas, civis e criminais contra os representados; a cooperação entre o CADE e outras autoridades.

2.1. Duração da investigação

A longa duração dos processos administrativos sempre foi uma crítica recorrente à atuação do CADE. Antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência, as autoridades concorrenciais brasileiras estavam sobrecarregadas por um ineficiente processo de análise de atos de concentração que era lento e demandava muitos recursos.⁵ Mais de 600 operações eram notificadas ao CADE por ano, sendo que o tempo médio de análise era superior a 150 dias.⁶ O grande volume de operações a serem analisadas, o número limitado de profissionais qualificados e a alta rotatividade dos funcionários comprometeram a capacidade das autoridades concorrenciais brasileiras para encerrar investigações.

Em maio de 2012, quando a Lei de Defesa da Concorrência entrou em vigor, o número de casos em andamento no CADE era superior a 800. Mais da metade desses casos eram investigações de condutas anticompetitivas.⁷ O relatório da OCDE de 2010 indicava que a

⁵ Até a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência, o Brasil era um dos poucos países que não adotava o regime de notificação prévia, o qual permitia que as partes implementassem a operação antes mesmo de obter a aprovação do CADE.

⁶ CADE. Balanço de 4 anos da Lei 12.529/2011. Disponível em <www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf/view> Acesso em 2 de março de 2017.

⁷ Em maio de 2012, havia 444 investigações de condutas em curso, das quais 320 ainda estavam na fase de instrução processual e 124 aguardavam o julgamento pelo Tribunal do CADE (ibid.).

duração da fase de instrução processual sozinha variava entre dois a seis anos,⁸ e que mesmo esse longo período era frequentemente excedido. A Tabela 1 mostra a duração de processos administrativos relevantes conduzidos pelo CADE nos últimos 16 anos.

Tabela 1 – Duração de processos administrativos relevantes conduzidos pelo CADE

| Ano | Caso | Duração |
|------|---|-----------------------|
| 2000 | Associação de Anestesiologistas | 2 anos e 11 meses |
| 2001 | Cartel dos Estaleiros | 1 ano e 1 mês |
| 2002 | Revenda de Dióxido de Carbono | 4 anos e 9 meses |
| 2003 | Revenda de Combustíveis em Minas Gerais | 4 anos e 8 meses |
| 2004 | Microsoft/TBA ⁹ | 5 anos e 4 meses |
| 2005 | Cartel do Aço | 6 anos e 6 meses |
| 2006 | Autoescolas | 1 ano e 5 meses |
| 2007 | Cartel dos Vigilantes | 4 anos e 7 meses |
| 2008 | Cartel da Areia | 3 anos e 5 meses |
| 2009 | “Tô Contigo” ¹⁰ | 5 anos e 2 meses |
| 2010 | Gases Industriais | 6 anos e 9 meses |
| 2011 | Revenda de Combustíveis em Guaporé | 9 anos e 2 meses |
| 2012 | Peróxidos | 8 anos e 6 meses |
| 2013 | Carga aérea | 8 anos |
| 2014 | Cimento | 8 anos e 10 meses |
| 2015 | Revenda de Combustíveis em Vitória | 8 anos e 8 meses |
| 2016 | Laranja | 17 anos ¹¹ |

A consolidação das funções de defesa da concorrência em uma única autoridade pela Lei nº 12.529/11 permitiu que o CADE concentrasse os esforços para reduzir o acúmulo de casos. Em primeiro lugar, o foco foi concluir a análise de todas as operações apresentadas nos termos da Lei nº 8.884. O objetivo era a liberação de recursos que seriam destinados aos casos de conduta ilícita, reduzindo assim o tempo necessário para a conclusão da análise dos casos.

Os esforços do CADE foram recompensados: o número de investigações de conduta acumuladas caiu quase pela metade entre 2012 (444 casos) e 2016 (257 casos). Atualmente, há um equilíbrio entre o número de casos abertos e de casos fechados pela Superintendência-Geral do CADE.¹² As investigações também se tornaram mais ágeis. O Gráfico 1 abaixo apresenta o resultado dos esforços da Superintendência-Geral na redução da duração dos casos de conduta.¹³

⁸ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review* (2010). Disponível em <www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>. Acesso em 2 de março de 2017.

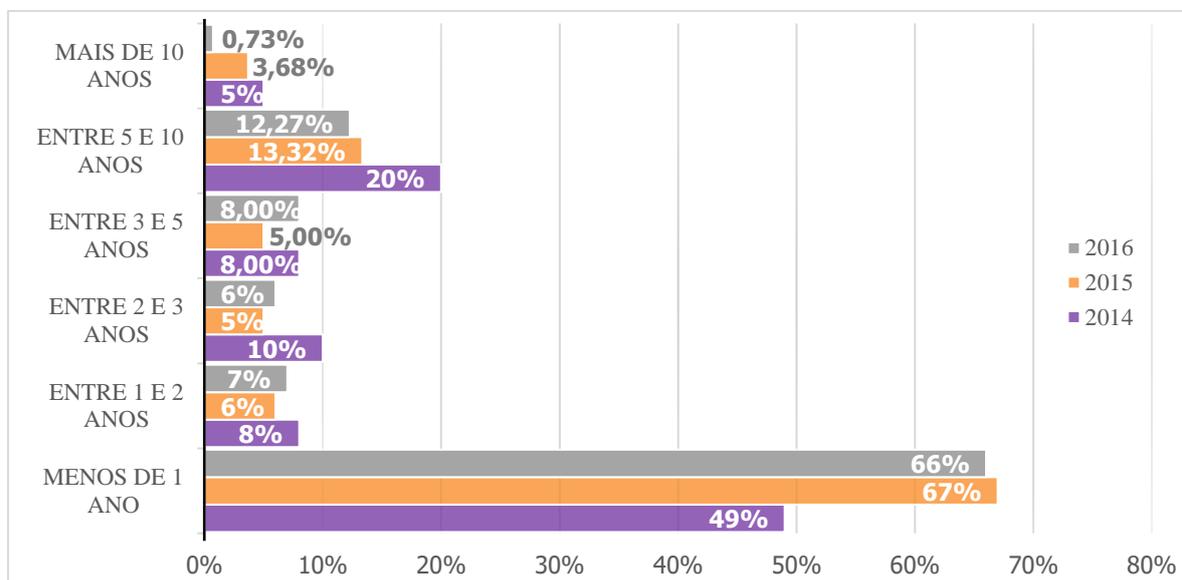
⁹ Investigação de venda casada.

¹⁰ Investigação de abuso de posição dominante pela Ambev.

¹¹ A investigação do CADE não foi concluída até que todos os representados tivessem firmado acordo com o CADE.

¹² A Superintendência-Geral do CADE instaurou 248 novos casos em 2016, enquanto que 258 casos foram concluídos e encaminhados ao Tribunal do CADE.

¹³ CADE. Balanço 2016. Disponível em <www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacaobalanco-2016.pdf/view> Acesso em 2 de março de 2017.

Gráfico 1 – Tempo de análise dos casos pela Superintendência-Geral do CADE

2.2. Leniência e Termos de Compromisso de Cessação

Os progressos do CADE no combate a cartéis podem ser diretamente atribuídos ao sucesso incontestável dos programas criados para celebração de acordos de leniência e de TCCs. Ambos os instrumentos provaram ser ferramentas muito eficazes para prevenção e punição de cartéis.

Os acordos de leniência conferem aos seus proponentes imunidade total ou parcial das sanções aplicáveis. A imunidade total só será concedida quando a comunicação com as autoridades competentes ocorrer antes de que estas tenham qualquer conhecimento prévio sobre a conduta. Caso contrário, o proponente da leniência só fará jus a imunidade parcial, e a penalidade aplicável poderá ser reduzida de um a dois terços. O programa de leniência brasileiro também prevê a chamada “leniência *plus*”, instrumento por meio do qual qualquer coparticipante de um cartel que apresentar provas sobre outra conduta colusiva que ainda seja desconhecida pelo CADE receberá redução de um terço das penalidades aplicáveis à investigação inicial e imunidade total para a segunda prática informada (para a qual foi o primeiro proponente).

As demais empresas do grupo econômico do proponente também se beneficiam com a celebração do acordo de leniência, assim como seus empregados (atuais ou passados) que firmem o instrumento em conjunto com a empresa proponente.¹⁴ O acordo de leniência também resguarda esses indivíduos contra ações e sanções na esfera criminal ao impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público com relação a tais indivíduos. Inovação importante trazida

¹⁴ Pessoas físicas e empresas do mesmo grupo econômico podem celebrar o acordo conjuntamente com a empresa proponente ou em adesão posterior formalizada em documento separado.

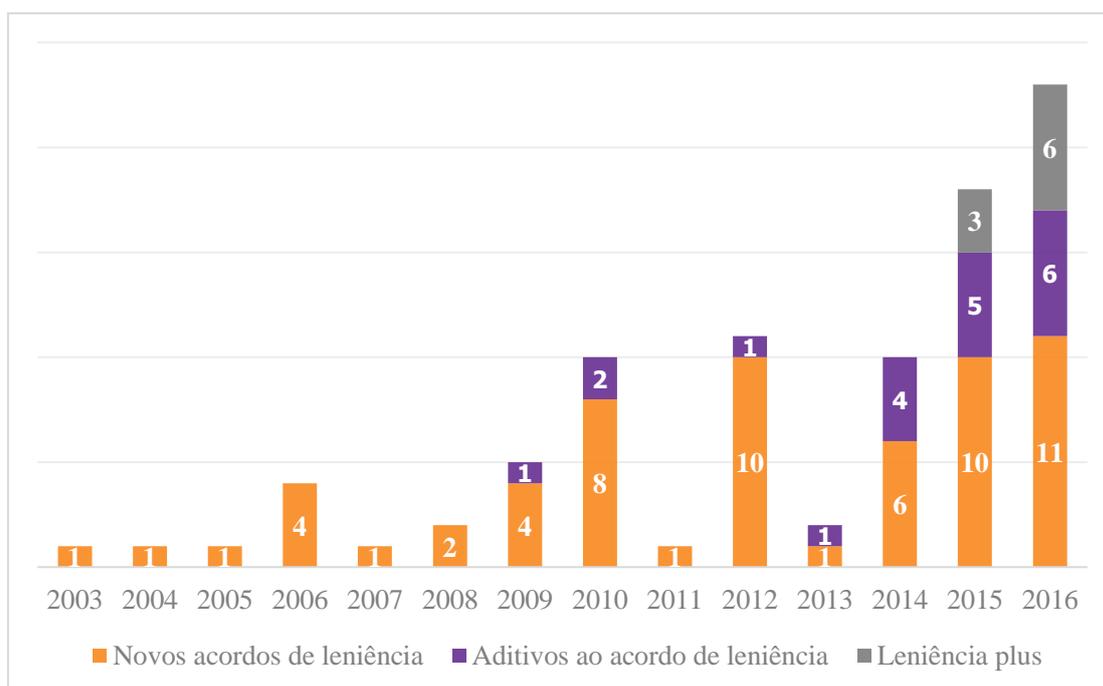
pela Lei de Defesa da Concorrência é que a imunidade conferida pelo acordo de leniência agora está vinculada a todos os crimes relacionados com cartéis, inclusive o de fraudes à licitação.¹⁵

Para ter direito à imunidade conferida pelo acordo de leniência, o signatário deve reportar e confessar ter participado da conduta, comprometer-se a cessar a prática e a colaborar com as investigações. Um grande avanço trazido pela Lei de Defesa da Concorrência é que o líder do cartel agora pode ser elegível à leniência concedida pela autoridade. Duas razões motivaram essa mudança: primeiro, porque era difícil determinar qual dos participantes do cartel era o líder da conduta; em segundo lugar, porque negar os benefícios da leniência a um líder acabava impedindo o acesso aos conteúdos importantes que provavelmente continham informações relevantes sobre o cartel.

Os acordos de leniência têm sido cada vez mais utilizados no Brasil. Desde 2003, quando foi celebrado o primeiro acordo de leniência, o CADE celebrou outros 70 acordos de leniência¹⁶ com empresas e pessoas físicas que se envolveram em cartéis.

O Gráfico 2 mostra a evolução do número de acordos de leniência negociados e celebrados pelo CADE de 2003 a 2016.

Gráfico 2 – Acordos de Leniência (2003 a 2016)



O programa de celebração de TCCs do CADE também passou por mudanças relevantes nos últimos anos. Ao celebrar um TCC com o CADE, os seus compromissários obrigam-se a cooperar com a investigação, apresentando informações e documentos que possam levar à condenação dos demais representados. Os compromissários também estarão sujeitos ao

¹⁵ Nos termos da Lei nº 8.884, a concessão da leniência se estenderia à responsabilidade criminal nos termos da Lei nº 8.137, promulgada em 1990 (“Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica”), mas não a outros crimes possíveis sob outros diplomas criminais, tais como fraude à licitação.

¹⁶ Esse número inclui tanto os acordos de leniência “tradicionais” como os acordos de leniência *plus*.

pagamento de uma contribuição pecuniária que nunca será inferior à multa mínima aplicável por lei.

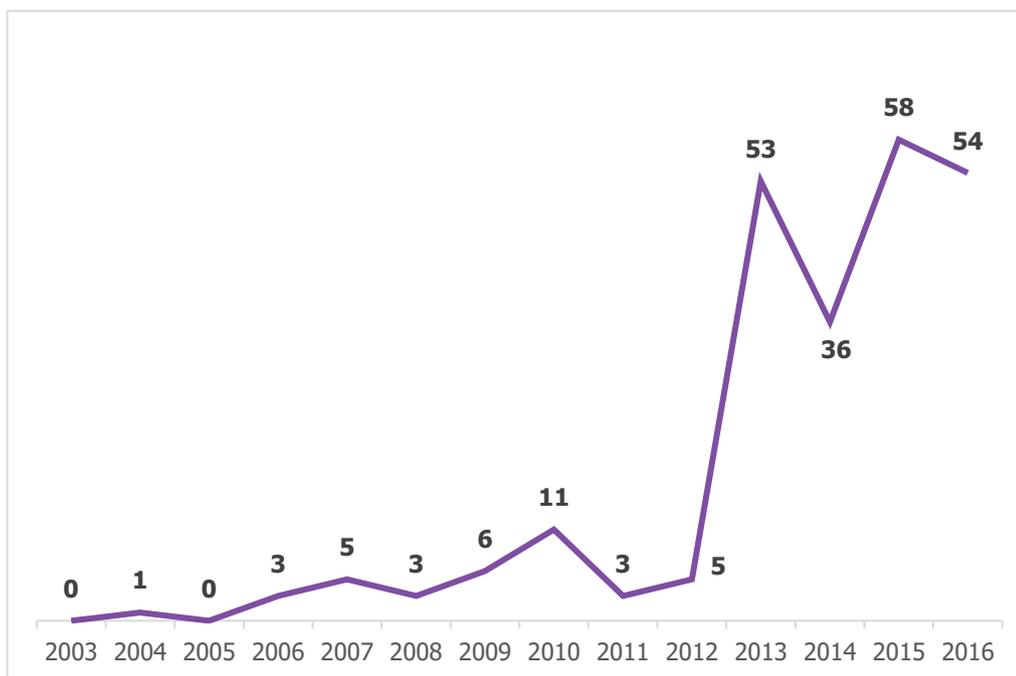
O Regimento Interno do CADE estabelece níveis predeterminados de descontos que podem chegar até a 50% da multa prevista, número que varia conforme a ordem pela qual os investigados propõem a celebração do TCC, bem como a amplitude e a utilidade da colaboração do compromissário com a instrução processual. Enquanto a investigação ainda estiver sendo conduzida pela Superintendência-Geral, os compromissários têm direito aos seguintes descontos: (i) redução de 30% a 50% do valor da multa esperada, para o primeiro proponente de TCC, (ii) redução de 25% a 40% do valor da multa esperada, para o segundo proponente de TCC, e (iii) redução de até 25% do valor da multa esperada para os demais proponentes de TCC. Caso a Superintendência-Geral já tenha concluído a investigação e o caso esteja sob análise do Tribunal do CADE, a redução máxima da multa esperada será de até 15%.

As obrigações do compromissário de reconhecer a participação na conduta sob investigação e de colaborar com a investigação foram introduzidas após a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência,¹⁷ em uma clara tentativa do CADE de extinguir o modelo que até então predominava, o qual previa que, cumpridas as obrigações pelos proponentes, os investigados seriam excluídos do processo administrativo. A relação entre os descontos máximos e mínimos concedidos com a ordem de apresentação das propostas de TCC pelos proponentes visa incentivar uma disputa pelos melhores descontos, tendo em vista o fato de que os envolvidos na investigação teriam interesse em apresentar suas propostas logo no início da instrução processual, evitando o atraso na conclusão do processo. O fato do TCC no Brasil somente poder ser apresentado uma única vez faz com que o CADE esteja interessado em garantir um TCC o mais abrangente possível.

Ao contrário do que ocorre nos acordos de leniência, a celebração de um TCC com o CADE não gera benefícios na esfera criminal. Não obstante, os proponentes do TCC envolvidos em condutas anticompetitivas podem negociar paralelamente acordos com o Ministério Público em qualquer fase do processo penal. De acordo com a Lei nº 12.850/2013, em troca da colaboração plena e voluntária e do fornecimento de informações relevantes que possam levar a identificação dos demais coautores e partícipes, o representado poderá receber perdão judicial, redução de até dois terços da pena privativa de liberdade ou substituí-la por uma pena restritiva de direitos.

O número de TCCs celebrados, tal como de acordos de leniência, cresceu substancialmente nos últimos anos. Entre 2003 e 2016, o CADE negociou e concluiu 238 TCCs, recebendo mais de R\$ 1,5 bilhão em contribuições monetárias. A grande maioria destes acordos foi negociada e concluída após a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência e, principalmente, depois que o CADE alterou suas regras para a celebração de acordos relacionados a cartéis. O Gráfico 3 abaixo ilustra essa tendência.

¹⁷ Antes das alterações que foram feitas em 2013, o compromissário do TCC era obrigado a reconhecer seu envolvimento na conduta apenas nos casos iniciados com base em um acordo de leniência.

Gráfico 3 – TCCs (2003 a 2016)

2.3. Padrão de prova

Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, a constatação de uma violação concorrencial não exige a comprovação de que a conduta em questão tenha produzido, efetivamente, efeitos negativos ao ambiente competitivo. Basta demonstrar que a conduta teria potencial para prejudicar a concorrência, excluindo concorrentes do mercado ou permitindo que os concorrentes cobrem preços supra competitivos. Os efeitos potenciais decorrentes da conduta podem ser demonstrados com base na análise de fatores tais como a estrutura do mercado relevante, o poder de mercado dos supostos infratores, as barreiras à entrada, as características do produto ou serviço em questão, a elasticidade dos preços da demanda, entre outros.

De acordo com os precedentes do CADE, em casos de cartéis não é necessário realizar uma análise de mercado detalhada para mostrar que a conduta em questão tem o potencial de prejudicar a concorrência. Isso ocorre porque os efeitos nocivos dos cartéis são tão evidentes, tornando desnecessário que as autoridades concorrenciais empreguem recursos para apuração exaustiva dos fatos. A produção de efeitos negativos no mercado em decorrência dos cartéis é presumida,¹⁸ cabendo às empresas envolvidas na suposta prática provar o contrário.

A descoberta de práticas anticompetitivas pode ser baseada em provas diretas ou indiretas, incluindo e-mails, cartas, minutas de reuniões, depoimentos de testemunhas ou

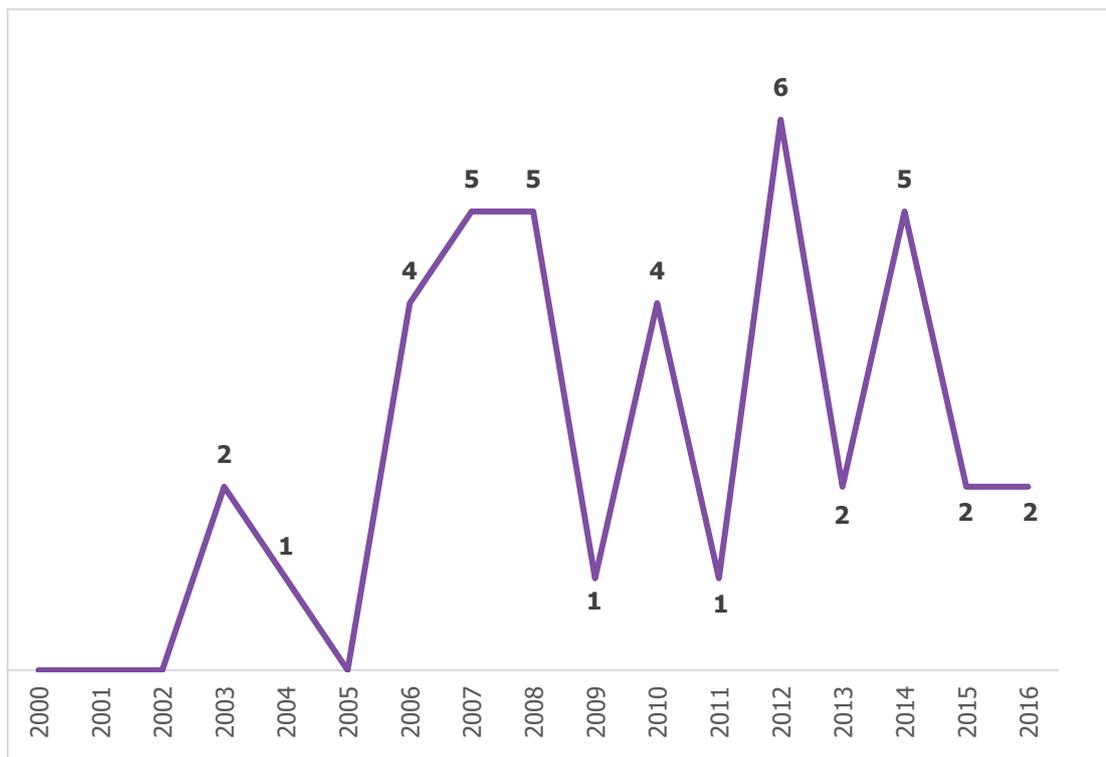
¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14, julgado pelo CADE em 13 de julho de 2005. O Tribunal do CADE confirmou de forma recorrente o seu posicionamento em diversas outras decisões.

ligações telefônicas.¹⁹ O conceito de prova direta engloba todos os tipos de provas que demonstrem a existência dos fatos sob investigação, enquanto que as provas indiretas compreendem evidências de outros fatos a partir dos quais é possível inferir a ocorrência dos fatos sob investigação. As condenações baseadas exclusivamente em provas indiretas podem ser impostas sempre que o CADE considerar que são suficientes para confirmar a existência de um comportamento ilícito e a participação de determinadas empresas em tal conduta.

Dada a natureza sancionadora das ações do CADE e as suas implicações para empresas e pessoas físicas, uma infração deve ser comprovada com base em um conjunto robusto de provas. Este padrão exige que a parte que carrega o ônus da prova demonstre que é mais provável que tenha atendido ao padrão de prova que lhe é atribuído do que não ter atendido tal padrão. As provas utilizadas para basear a ocorrência de uma prática anticompetitiva podem ser extraídas das diversas ferramentas de investigação disponíveis ao CADE, ou por meio da celebração de acordo de leniência e TCCs entre a autoridade e os supostos acusados envolvidos na violação concorrencial.

No curso da investigação, a Superintendência-Geral possui amplos poderes, incluindo o poder de realizar busca e apreensão nas instalações das empresas e de recolher documentos ou outros materiais, conforme julgar necessário. A Lei de Defesa da Concorrência dá à Superintendência-Geral o poder de realizar buscas e apreensões sem aviso prévio, desde que autorizado por um mandado judicial. Desde 2000, o CADE já realizou 40 buscas e apreensões (conforme o Gráfico 4 abaixo). Na ausência de mandado judicial, o CADE pode realizar inspeções nos escritórios, instalações e sede da empresa durante o curso e no interesse da investigação, desde que a empresa investigada seja notificada com antecedência sobre o local, data e propósito da inspeção.

¹⁹ A Lei de Defesa da Concorrência não estabelece normas sobre quais provas de infrações concorrenciais são aceitáveis na esfera administrativo. Esse assunto é abordado pela Lei nº 13.105, promulgada em 2015 (“Código de Processo Civil”), que se aplica de forma subsidiária aos processos administrativos nos termos do artigo 115 da Lei de Defesa da Concorrência.

Gráfico 4 – Número de buscas e apreensões realizadas pelo CADE (2000 a 2016)

Devido ao uso de ferramentas de investigação mais sofisticadas, o CADE foi capaz de instaurar casos mais robustos e melhor estruturados.

2.4. *Nível das multas*

As pessoas jurídicas representadas em processos administrativos estão sujeitas a multas por condutas anticompetitivas que variam de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou conglomerado econômico, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração. Em 2012, foi emitida uma resolução com a lista de ramos de atividades empresariais, destinada a orientar as autoridades na imposição das multas pela prática de infrações concorrenciais.²⁰ A referida lista descreve os “ramos de atividade”, com frequência mais amplos do que o conceito tradicional de mercado relevante ou de mercado afetado pela conduta, o que gera debates entre o CADE e os representados com relação à delimitação da base de cálculo da multa aplicável.²¹ Ainda não há posicionamento claro do Tribunal do CADE sobre a discussão, que já adotou ambos posicionamentos em decisões anteriores.²²

²⁰ Resolução CADE nº 3, datada de 29 de maio de 2012.

²¹ Em 23 de novembro de 2016, o CADE aprovou a Resolução nº 18, que permitiu adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas pela Resolução nº 3 para a base de cálculo da multa devida forem manifestamente desproporcionais.

²² Nos Processos Administrativos nº 08012.010215/2007-96 e nº 08012.004472/2000-12, o CADE seguiu de forma restrita a lista de ramos de atividades especificadas na Resolução nº 3. O Tribunal do CADE julgou ambos os casos

Desde janeiro de 2000, as investigações resultaram na condenação de empresas e pessoas físicas que pagaram mais de R\$ 7,3 bilhões em multas. Cerca de 60% desse valor – R\$ 4,3 bilhões – foi recolhido após a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência, que mostra a postura mais rígida do CADE em relação a empresas envolvidas em condutas anticompetitivas. De fato, o CADE vem aumentando os percentuais das multas aplicáveis aos casos de cartéis, com alíquotas mínimas de 15%.

Até o momento, a multa recorde imposta pelo CADE a uma única empresa foi de R\$ 1,5 bilhão no Cartel do Cimento.²³ Pela primeira vez, além da multa, as empresas foram condenadas a alienar seus ativos para reduzir sua participação no mercado. Neste mesmo caso também foi registrado o recorde da maior multa aplicada a uma única pessoa, no valor superior a R\$ 15 milhões. A Tabela 2 abaixo fornece um resumo das multas mais relevantes impostas pelo CADE nos últimos anos:

Tabela 2 – Multas mais relevantes (2000 a 2016)²⁴

| Caso | Empresa | Pessoas físicas |
|---|-------------------|------------------|
| Associação de Anestesiologistas | R\$ 127.692,00 | N/A |
| Revenda de Dióxido de Carbono | R\$ 24 milhões | N/A |
| Revenda de Combustíveis em Minas Gerais | R\$ 267.300,00 | R\$ 24.300,00 |
| Cartel do Aço | R\$ 345 milhões | N/A |
| Autoescolas | R\$ 127.692,00 | N/A |
| Cartel dos Vigilantes | R\$ 40,8 milhões | R\$ 6,8 milhões |
| Cartel da Areia | R\$ 2,9 milhões | N/A |
| “Tô Contigo” | R\$ 352,6 milhões | N/A |
| Gases Industriais | R\$ 2,94 bilhões | R\$ 10,8 milhões |
| Revenda de Combustíveis em Guaporé | R\$ 7,2 milhões | R\$ 1,2 milhões |
| Peróxidos | R\$ 133,6 milhões | R\$ 14,2 milhões |
| Transporte Aéreo de Cargas | R\$ 288,4 milhões | R\$ 4,8 milhões |
| Cimento | R\$ 3,1 bilhões | R\$ 26 milhões |
| Revenda de Combustíveis em Vitória | R\$ 62 milhões | R\$ 5,2 milhões |

A Lei de Defesa da Concorrência também prevê sanções não pecuniárias, como a proibição de contratar com o poder público por até cinco anos, a publicação da decisão

em 6 de março de 2013. Entendimento similar foi expresso pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no caso dos Compressores (Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11, julgado pelo Tribunal do CADE em 16 de março de 2016). Ao contrário, no cartel de Transporte Aéreo de Cargas, Air France e KLM celebraram um TCC com o CADE que envolvia o pagamento de uma multa calculada com base exclusivamente no faturamento obtido com transporte de cargas. Se o CADE tivesse seguido de forma conservadora os termos da Resolução nº 3, neste caso, o faturamento registrado pelas partes com o transporte de passageiros também deveria ter sido levado em consideração (Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, julgado pelo Tribunal do CADE em 28 de agosto de 2013).

²³ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, decidido pelo Tribunal do CADE em 28 de maio de 2014.

²⁴ O CADE condenou as empresas envolvidas no Cartel dos Estaleiros ao pagamento de multas de 1% do seu faturamento bruto total (Processo Administrativo nº 08012.009118/1998-26, julgado pelo CADE em 27 de junho de 2001). Microsoft e TBA foram condenadas ao pagamento de multas de 7 e 10%, respectivamente, do valor de seu faturamento bruto total na investigação da prática de venda casada (Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, julgado pelo CADE em 25 de agosto de 2004). O valor final dessas multas não foi disponibilizado publicamente, e por essa razão esses casos não estão incluídos na Tabela 2.

administrativa em jornais de grande circulação, entre outras. A fraude ao procedimento licitatório pode ter outras implicações administrativas. Nos termos da Lei nº 8.666, promulgada em 1993 (“Lei de Licitações”), a Administração Pública e as empresas estatais podem investigar e punir as empresas envolvidas em qualquer tipo de fraude às licitações (incluindo cartéis). As penalidades podem incluir multas, indenizações por danos e a proibição de contratar com o poder público por um período de até cinco anos.

2.5. Cooperação com outras autoridades

A cooperação do CADE com autoridades antitruste estrangeiras e troca de informações nos casos de cartéis é crescente. Renúncias à confidencialidade são concedidas com frequência no contexto dos acordos de leniência, e a troca de informações entre as autoridades é feita com base nos termos de renúncia e acordos de cooperação. O CADE possui acordos de cooperação com várias autoridades antitruste estrangeiras, incluindo Argentina, Canadá, Chile, China, Equador, União Europeia, França, Peru, Portugal, Rússia e Estados Unidos. A cooperação bilateral inclui o intercâmbio de informações, experiências e melhores práticas em matéria de direito e política pública da concorrência. O CADE também está envolvido em cooperações multilaterais internacionais por meio da participação em diversos eventos dedicados ao direito e política pública da concorrência, promovidos por ICN, OCDE, BRICS, UNCTAD, MERCOSUL, entre outros.

O CADE também está cooperando cada vez mais com outras autoridades brasileiras envolvidas na investigação de cartéis. Em particular, o CADE e as agências de fiscalização anticorrupção – i.e. a Corregedoria-Geral da União (“CGU”) e o Tribunal de Contas da União (“TCU”) – têm trabalhado em conjunto para trocar informações sobre licitações públicas, a fim de identificar e prevenir fraudes às licitações. O CADE e as agências brasileiras de combate à corrupção celebraram acordos de cooperação técnica por meio dos quais se comprometem a trocar informações relevantes obtidas durante suas respectivas investigações sobre potenciais atividades fraudulentas. As autoridades também acordaram em oferecer assistência técnica recíproca e fornecer aconselhamento técnico em casos de interesse mútuo potencial.

2.6. Persecução civil e criminal

No Brasil, além de constituir uma infração administrativa, a prática de cartel também configura crime, nos termos da Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica, que estabelece dois tipos de sanções para indivíduos envolvidos no cartel: (i) prisão de dois a cinco anos, e (ii) pagamento de multa.²⁵ As sanções variam de acordo com os ganhos econômicos auferidos pelo infrator e sua condição financeira. O mesmo se aplica às fraudes licitatórias. A Lei de Licitações prevê que a comissão obtida com a fraude de um processo licitatório por qualquer meio (incluindo cartéis) é punível com prisão de dois a quatro anos e com o pagamento de multa.

Os Ministérios Públicos Federal e Estaduais são constitucionalmente investidos com a competência para oferecer denúncias em âmbito criminal e conduzir processos civis e criminais

²⁵ As sanções penais aplicáveis aos crimes de cartel foram alteradas pela entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência. Sob a Lei nº 8.884, as sanções previstas ao crime de cartel eram (i) prisão de dois a cinco anos ou (ii) pagamento de multa. O efeito prático desta alteração é que casos de cartel que estiverem sendo processados na esfera criminal não mais poderão ser objeto de acordo com o CADE.

perante os tribunais. Além disso, também são responsáveis por supervisionar o trabalho e as investigações conduzidas pela polícia. Entre outras designações, compete aos Ministérios Públicos Federal e Estaduais a persecução baseada na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, incluindo ações de indenização por perdas e danos e aplicação de penalidades previstas nestes diplomas legislativos. Nos últimos anos, a cooperação entre o CADE e os promotores públicos tem aumentado. Esta cooperação também permite que as autoridades (administrativas e criminais) troquem informações e suporte técnico em suas respectivas investigações.

Essa tendência já existia antes, mas se intensificou após a promulgação da Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013 (“Lei Anticorrupção”), transformando a forma como as autoridades brasileiras investigam, processam e sancionam as práticas de cartéis. O resultado foi um aumento no número de casos de notoriedade (por exemplo, o caso do cartel do metrô em 2014 e as investigações ora em andamento relacionadas à “Lava Jato”²⁶), bem como no número de acordos de leniência e TCCs celebrados com empresas e pessoas físicas envolvidas em tais práticas.

A persecução criminal contra os participantes de cartel aumentou substancialmente ao longo dos últimos anos. Mais de 350 pessoas foram processadas por terem participado de cartéis no Brasil e mais de vinte executivos foram condenados à prisão. Essas decisões indicam uma mudança na percepção dos tribunais brasileiros, que passaram a enxergar a gravidade dos cartéis.²⁷

As empresas e pessoas físicas envolvidas em práticas anticompetitivas também poderão enfrentar ações civis no Brasil. As entidades ou indivíduos afetados por práticas anticompetitivas poderão obter indenização por perdas e danos, além de poderem obter uma ordem de cessação da conduta ilegal. Os Ministérios Públicos Federal e Estaduais também podem instaurar ações judiciais em nome dos consumidores que possam ter sofrido danos decorrentes das práticas anticompetitivas ou relacionadas à corrupção. Em ambos os casos, os autores podem pedir indenização por danos morais e materiais.

Em dezembro de 2016, o CADE submeteu à consulta pública uma minuta de nova resolução destinada a fomentar a reparação privada de danos resultantes de infração concorrenciais no Brasil.²⁸ A minuta de resolução traz regras sobre os procedimentos no CADE para o acesso de terceiros a documentos e informações provenientes de acordos de leniência, de TCCs e de operações de busca e apreensão. Além da proposta de resolução, o CADE também sugeriu uma emenda à Lei de Defesa da Concorrência para conciliar os incentivos às ações de reparação de danos com aqueles relacionados ao programa de leniência brasileiro.

²⁶ Maior escândalo relacionado à corrupção no Brasil, a chamada operação “Lava Jato” é uma investigação que visa descobrir supostas práticas relacionadas à corrupção e cartéis que afetam a Petrobras. Mais de 200 mandados de prisão foram expedidos durante a investigação, 260 pessoas foram acusadas e os pedidos de reembolso totalizaram R\$ 38,1 bilhões. Até a presente data, existem 125 condenações, totalizando 1.317 anos e 21 dias de prisão. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *A Lava Jato em números*. Disponível em <www.lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-emnumeros-1>. Acesso em 8 de março de 2017)

²⁷ MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. Anti-cartel enforcement in Brazil: status quo & trends. In: ZARZUR, Cristianne. *et al.* (org.). *Overview of competition law in Brazil*. São Paulo: Editora Singular, 2015, p. 257-273.

²⁸ A minuta da resolução e proposta legislativa foram abertas para consulta pública até 8 de março de 2017.

A iniciativa segue a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) que limitou o sigilo dos acordos de leniência firmados no âmbito do CADE e determinou que terceiros deveriam ter acesso aos documentos dos acordos após encerrada a instrução do processo administrativo pela Superintendência-Geral, ainda que antes da decisão final do CADE. A decisão do STJ vai contra a posição até agora manifestada pelo CADE de não tornar públicos os acordos de leniência, TCCs e os documentos a eles relacionados. A opinião do CADE é que a concessão de acesso indiscriminado aos materiais da leniência colocaria em risco as investigações e o próprio programa brasileiro de leniência.

2.7. Possibilidade de revisão judicial das decisões do CADE

Os representados também têm o direito de questionar a decisão do CADE perante os tribunais brasileiros.

Para recorrer da multa aplicada, os representados devem propor ação anulatória da decisão do CADE perante um tribunal federal. A suspensão dos efeitos da decisão do CADE requer que os representados façam depósito caução para garantir o pagamento da multa caso o processo seja indeferido. As cauções mais aceitas são depósitos judiciais, cartas de garantia ou seguro garantia.

Alternativamente, os representados podem tentar obter uma liminar, garantindo que o pagamento da multa não seja exigido até o final da discussão judicial. As chances de obter uma liminar sem o oferecimento de uma garantia judicial são muito baixas, e o CADE tem revertido tais decisões nos tribunais superiores com bastante frequência.

Não há impedimento legal para que os tribunais brasileiros revisem integralmente as decisões do CADE, estando, portanto, autorizados a revisar as conclusões de fato e de direito, bem como penas impostas. Levantamento recente realizado pelo IBRAC identificou um equilíbrio entre a manutenção e a revisão das decisões administrativas, com 49% de manutenção das decisões.²⁹

Os representados poderão recorrer de qualquer decisão contrária proferida pela justiça federal de primeira instância perante um tribunal de segunda instância. Da mesma forma, eles também podem desafiar a decisão proferida pela segunda instância perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal. Os recursos especiais endereçados ao Superior Tribunal de Justiça devem demonstrar que houve uma violação de lei federal, uma vez que este tribunal tem o dever de interpretar as leis de forma uniforme. Por outro lado, os recursos endereçados ao Supremo Tribunal Federal devem envolver obrigatoriamente uma questão constitucional, uma vez que é dever do tribunal resguardar a eficácia dos dispositivos da Constituição Federal.³⁰

²⁹ O levantamento foi realizado ao longo de 2016 pelos membros do Comitê de Contencioso Econômico do IBRAC. Os resultados preliminares da pesquisa foram apresentados no 22º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, realizado em 20 e 21 de outubro de 2016 em Campos do Jordão (SP). O percentual de sucesso do CADE não é desprezível, mas está longe dos quase 80% tradicionalmente propagados pelo CADE.

³⁰ Apesar de haver decisões proferidas por juízes de primeira instância e tribunais, ainda não há nenhuma decisão final proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal que tenha reformado judicialmente as decisões proferidas pelo CADE.

3. *Matriz de decisões utilizada pelos representados*

Conforme visto no item 2.2 acima, o número de TCCs aumentou significativamente desde 2013, indicando o interesse cada vez maior dos representados em celebrar acordos com as autoridades brasileiras diante de investigações antitruste. Esses números expressivos também atestam o sucesso da política de celebração de TCCs do CADE. No entanto, nem sempre foi assim.

A longa duração das investigações, em conjunto com a má qualidade das provas reunidas pelas autoridades brasileiras e os níveis relativamente baixos das multas impostas, contribuíram para a percepção de impunidade dos infratores no Brasil, visão esta que foi reforçada pelo longo processo de revisão judicial das decisões do CADE. Além disso, a incerteza e a falta de transparência sobre os critérios utilizados na avaliação dos acordos propostos no início dos anos 2000 reforçou a ideia de que negociar acordos com o CADE não era vantajoso. Por conta disso, os investigados mostravam clara preferência pela apresentação de defesa, mesmo em casos com pequenas chances de êxito.

A Tabela 3 abaixo apresenta os diferentes critérios levados em consideração pelos representados na decisão entre apresentação de defesa ou negociação de um acordo antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência no Brasil. Foi atribuído a cada critério um peso relativo com base em sua importância. A alternativa “apresentar defesa” foi utilizada como linha de base contra a alternativa “propor um acordo”, pontuando a pior (-1), igual (0) ou melhor (+1) ao atender aos critérios.³¹ As classificações das alternativas foram calculadas adicionando os produtos da multiplicação da pontuação de cada critério com seu peso de importância.

Como mostra a Tabela 3, a alternativa “propor um acordo” teve uma pontuação menor do que a alternativa “apresentar defesa” no cenário anterior à vigência da Lei de Defesa da Concorrência.

Tabela 3 – Matriz de decisões antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência

| Critério | Importância | Defesa | Acordo |
|--|--------------------|---------------|---------------|
| Duração da investigação | 1 | 0 | +1 |
| Acordos propostos por outros representados | 3 | 0 | 0 |
| Evidências reunidas pelas autoridades | 5 | 0 | +1 |
| Valor e coerção das multas | 5 | 0 | -1 |
| Cooperação entre as diferentes autoridades | 2 | 0 | 0 |
| Probabilidade de responsabilização civil ou criminal | 1 | 0 | -1 |
| Probabilidade de anulação da decisão do CADE | 2 | 0 | -2 |
| | Total | 0 | -2 |

As mudanças no arcabouço regulatório concorrencial, discutidas no item 2, criaram um ambiente favorável para a adoção de soluções consensuais relacionadas às investigações de condutas anticompetitivas no Brasil.

³¹ Esta técnica é conhecida como matriz de Pugh, e foi escolhida por fornecer uma abordagem simples ao considerar múltiplos fatores para chegar a uma decisão.

As melhorias no processo de coleta de provas permitiram que o CADE instaurasse processos mais robustos e melhor estruturados. Neste contexto, a celebração de acordos com outros representados que assumem a obrigação de cooperar com a investigação passou a ter muito mais relevância. O mesmo aconteceu com a cooperação entre o CADE e outras autoridades, dado o grande potencial para compartilhar informações e documentos. O aumento dos níveis de sanções administrativas, civis e penais contra empresas e indivíduos envolvidos em cartéis ajudou a reduzir – se não acabar – com a percepção da impunidade, equilibrando a matriz de decisão em favor de soluções consensuais.

A Tabela 4 apresenta a matriz de decisão dos representados após mudanças no arcabouço regulatório concorrencial desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência. O peso relativo atribuído a cada um dos critérios foi revisto para refletir as novas circunstâncias no combate aos cartéis no Brasil. Neste novo cenário, à alternativa “propor um acordo” é atribuída pontuação muito maior do que à alternativa “apresentar defesa” no cenário antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência.

Tabela 4 – Matriz de decisões após a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência

| Critério | Importância | Defesa | Acordo |
|--|--------------------|---------------|---------------|
| Duração da investigação | 1 | 0 | 1 |
| Acordos propostos por outros representados | 5 | 0 | 0 |
| Evidências reunidas pelas autoridades | 5 | 0 | 1 |
| Valor e coerção das multas | 5 | 0 | 1 |
| Cooperação entre as diferentes autoridades | 3 | 0 | 1 |
| Probabilidade de responsabilização civil ou criminal | 3 | 0 | -1 |
| Probabilidade de anulação da decisão do CADE | 1 | 0 | -1 |
| | Total | 0 | 10 |

4. Conclusão: futuros desafios do programa brasileiro de celebração de TCC

As mudanças institucionais trazidas pela promulgação da Lei de Defesa da Concorrência permitiram que as autoridades concorrenciais brasileiras dedicassem mais tempo e recursos no combate às condutas anticompetitivas. A consequente priorização da análise dos casos permitiu que o CADE reduzisse o volume pendente de investigações e se concentrasse nos casos de maior impacto econômico.

Não há dúvida de que a experiência bem-sucedida do CADE só foi possível com a estruturação, implementação e melhoria relacionada aos programas brasileiros de leniência e TCC. Ambos os instrumentos provaram ser ferramentas muito eficazes para prevenir e sancionar os cartéis. Isso não quer dizer que tais programas não possam ser aperfeiçoados. Muito pelo contrário.

Um dos principais desafios enfrentados pelos programas brasileiros sempre foi a percepção de incerteza e falta de transparência com relação aos critérios utilizados na análise dos acordos propostos. A publicação dos guias do CADE em 2016, referentes aos programas

de leniência e TCC³² foi um importante passo no avanço da previsibilidade do combate a cartéis no Brasil.

No entanto, tais guias não devem ser vistos como normas vinculantes na negociação de TCCs com as autoridades concorrenciais brasileiras. Seu objetivo deve ser garantir a consistência no processamento de TCCs pelo CADE, e, ao mesmo tempo, permitir a necessária flexibilidade para adaptar as disposições legais a cada caso em particular.

A majoração dos descontos a que as compromissárias têm direito deve ser determinada não apenas pela ordem de apresentação das propostas, mas principalmente pela eficácia da cooperação do proponente com a investigação. A disputa pelo desconto não deve ser motivada exclusivamente pela necessidade de ser o primeiro proponente, mas principalmente pelo maior grau de colaboração com a instrução processual.

Isso não é o que se tem verificado na prática. Atualmente, a concessão do desconto tem-se limitado a refletir o compromissário que celebra o TCC primeiro, ainda que o proponente que tenha chegado depois traga mais informações e documentos para colaborar com a investigação. O CADE não deveria afastar a possibilidade de conceder descontos maiores aos proponentes posteriores caso estes sejam capazes de contribuir de forma importante para a investigação.

Talvez o maior desafio enfrentado pelo programa antitruste brasileiro de TCC seja a incerteza quanto ao critério a ser utilizado para o cálculo da multa devida pelas compromissárias do acordo. A falta de clareza da Resolução nº 3 do CADE quanto à definição apropriada do “ramo de atividade” não foi solucionada pela Resolução nº 13, que ainda enfrenta resistência das autoridades.

Por outro lado, alguns Conselheiros do Tribunal do CADE têm sido bastante críticos acerca do cálculo das multas pela autarquia. Eles acreditam que a base utilizada para o cálculo das multas aplicáveis deveria ser uma estimativa da vantagem auferida ou pretendida pelas empresas envolvidas durante o suposto cartel, opinião que não é compartilhada por muitos dos outros Conselheiros.³³

Fato é que o método de cálculo da vantagem auferida pelas empresas investigadas é muito problemático e lento, o que certamente desestimula muitas empresas a celebrarem acordos em investigações de cartéis. Em outras palavras, alterar o método de cálculo das sanções aplicáveis aos cartéis não só representa uma séria ameaça à credibilidade do programa antitruste brasileiro de TCC, mas também pode resultar em novas e injustificadas disputas judiciais.

Em geral, sob os termos da Lei de Defesa da Concorrência, o programa brasileiro de combate a cartéis desenvolveu-se na direção certa. Assim que o CADE souber lidar com os desafios aqui discutidos, o arcabouço regulatório concorrenciais estará ainda mais propenso a soluções cooperativas.

³² Versões em português dos guias do CADE disponíveis em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna>. Acesso de 18 de agosto de 2017.

³³ A falta de consenso sobre o assunto já produziu impactos negativos. Ao menos um TCC foi rejeitado pelo Tribunal do CADE porque o cálculo da multa não foi feito de acordo com a metodologia normalmente adotada pelo CADE, que leva em consideração o faturamento das empresas. Vide proposta de TCC nº 08700.006535/2016-84, julgada pelo Tribunal do CADE em 1 de fevereiro de 2017.

ONZE LIÇÕES EXTRAÍDAS DOS JULGADOS DO CADE EM CASOS DE SUPOSTOS CARTEIS EM LICITAÇÕES

Joyce Ruiz Rodrigues Alves

1. Introdução

Em 31 de maio de 2007, o Ministério da Justiça criou uma unidade dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dedicada à detecção e punição de cartéis em licitações e compras públicas¹. Seu objetivo era aumentar a conscientização pública e fortalecer a cooperação com as autoridades do Ministério Público Federal e Estadual, dos Tribunais de Contas e da Polícia Federal. Naquela época, o CADE somente havia aplicado penalidades em dois casos de cartéis em licitações públicas².

Dez anos depois, o CADE emitiu decisões em 14 (quatorze) casos³ e tornou-se manchete no mundo todo devido à investigação da Lava Jato. De fato, não há qualquer dúvida de que a detecção e punição de cartéis em licitações públicas aumentaram significativamente.

Como celebração dos 10 (dez) anos da criação da unidade de combate a cartéis em licitações e compras públicas e de 5 (cinco) anos da atual Lei de Defesa da Concorrência, este capítulo discutirá 11 (onze) lições que podem ser extraídas da revisão dos julgados do CADE em casos de supostos cartéis em licitações públicas⁴.

¹ Portaria MJ n. 1.077, de 30 de maio de 2007, disponível em <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/22522>.

² (i) *obras de reforma em plataforma de petróleo* (Processo Administrativo n. 08012.009118/1998-26, decidido pelo Tribunal em 27.06.2001); e (ii) *concessão de linhas de ônibus no Rio de Janeiro* (Processo Administrativo n. 08012.006989/1997-43, decidido pelo Tribunal em 15.06.2005).

³ (i) *serviços de segurança do Rio Grande do Sul* (Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10, decidido pelo Tribunal em 19.09.2007); (ii) *carga aérea* (Processo Administrativo n. 08012.010362/2007-66, decidido pelo Tribunal em 19.02.2014); (iii) *serviços de coleta de lixo no estado do Rio Grande do Sul* (Processo Administrativo n. 08012.011853/2008-13, decidido em 07.02.2014); (iv) *materiais de pintura e hidráulicos no município de Lages* (Processo Administrativo n. 08012.006199/2009-07, decidido pelo Tribunal em 10.12.2014); (v) *órteses e próteses ortopédicas no estado de São Paulo* (Processo Administrativo n. 08012.008507/2004-16, decidido pelo Tribunal em 10.12.2014); (vi) *portas de segurança detectoras de metal* (Processo Administrativo n. 08012.009611/2008-51, decidido pelo Tribunal em 10.12.2014); (vii) *contratação de serviços de apoio, sinalização, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito na cidade de Jahu* (Processo Administrativo n. 08012.008184/2011-90, decidido pelo Tribunal em 08.04.2015); (viii) *execução de obra em Sistema Produtor de Água São Paulo* (Processo Administrativo n. 08012.009885/2009-21, decidido em 08.04.2015); (ix) *aquecedores solares no estado de São Paulo* (Processo Administrativo n. 08012.001273/2010-24, decidido pelo Tribunal em 16.09.2015); (x) *medicamentos antirretrovirais* (Processo Administrativo n. 08012.008821/2008-22, decidido pelo Tribunal em 21.01.2016); (xi) *serviços de lavanderia hospitalar no estado do Rio de Janeiro* (Processo Administrativo n. 08012.008850/2008-94, decidido em 03.02.2016); (xii) *hemoderivados* (Processo Administrativo n. 08012.003321/2004-71, decidido pelo Tribunal em 13.04.2016); (xiii) *alimentos especiais* (Processo Administrativo n. 08012.009645/2008-46, decidido pelo Tribunal em 09.11.2016); e (xiv) *manutenção predial* (Processo Administrativo n. 08012.006130/2006-22, decidido pelo Tribunal em 16.08.2017).

⁴ Cabe mencionar que as decisões anteriores não configuram precedentes vinculativos. Em outras palavras, não há obrigação do CADE adotar em casos futuros o mesmo entendimento que adotou em outros julgados.

2. Onze lições

2.1 O CADE não é competente para decidir infrações administrativas ou crimes relacionados a conspirações com agentes públicos.

Em um dos primeiros pareceres técnicos emitidos pela unidade dedicada à detecção de infrações antitruste em contratações públicas, afirmou-se que o CADE detém competência para aplicar penalidades a indivíduos e pessoas físicas e jurídicas que realizam atividade econômica.

De fato, a autoridade brasileira da concorrência não detém poderes para investigar ou sancionar agentes públicos pela prática de atos fraudulentos ou ilegais que possam restringir a concorrência em licitações públicas, tal como a inclusão de condições no edital capazes de direcionar o resultado da licitação. Da mesma forma, a autoridade brasileira da concorrência não detém poderes para investigar ou sancionar conspirações formadas exclusivamente entre uma empresa privada e agentes públicos com o objetivo de restringir a concorrência em editais e licitações públicas. Por conseguinte, o CADE não tem competência para persecução de atos ilegais que versem sobre corrupção ativa ou passiva para direcionar editais ou contratações públicas, bem como outras fraudes em contratações e licitações. De fato, as autoridades responsáveis pela detecção e punição contra esses atos ilegais são as seguintes:

Tribunais de Contas: são parte do Poder Legislativo do governo brasileiro e foram criados para exercer controle externo sobre o Poder Executivo. Em outras palavras, seu papel é prevenir, investigar e sancionar a corrupção e a má administração dos recursos públicos. Eles são responsáveis pela auditoria e aprovação da execução do orçamento. Além disso, eles também são responsáveis pelo exame e aprovação dos procedimentos de licitação e contratação promovidos pela Administração Pública e dos contratos públicos deles resultantes. Especificamente no que se refere a licitações, eles têm poderes para suspender a licitação ou procedimento de compra antes da execução do contrato público, sempre que identificarem condições restritivas e/ou ilegais nos editais que possam restringir o grau de competitividade na licitação. Nesses casos, eles podem determinar que as autoridades adotem medidas para assegurar o cumprimento das leis aplicáveis, como a alteração do edital. Além disso, eles podem aplicar penalidades aos ordenadores de despesas. Em casos graves de contratações ilegais, os tribunais de contas podem declarar uma empresa inidônea para contratar com órgãos da Administração Pública pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Controladorias: têm o dever de auxiliar o governo no monitoramento de tesouraria e ativos públicos e das políticas de transparência do governo. Essas tarefas são realizadas por meio de auditorias públicas, procedimentos de detecção e dissuasão de fraudes, controles internos, prevenção de corrupção e atividades de ouvidoria. Elas têm poderes para investigar e aplicar penalidades a agentes públicos envolvidos em condutas ilegais. As penalidades incluem a suspensão e até a expulsão de agentes públicos do serviço público. Além disso, desde a entrada em vigor da Lei da Empresa Limpa⁵, elas também têm poderes não exclusivos (ou seja, em conjunto com as autoridades governamentais) para iniciar, investigar e emitir uma decisão final em âmbito administrativo sobre supostos atos de corrupção cometidos por empresas. Por

⁵ Lei n. 12.846/2013 prevê a responsabilização objetiva para empresas que praticam atos contra a administração pública, tal como esquemas de pagamento de propina e cartéis em licitações públicas.

consequente, podem aplicar, a nível administrativo, as seguintes penalidades: (i) multas que variam de 0,1% a 20% do rendimento bruto da empresa no ano anterior à instauração do processo administrativo; e (ii) publicação da decisão em um jornal de grande circulação a custas da empresa⁶.

Poder Judiciário (tribunais): têm poderes para decidir ações judiciais propostas por agentes econômicos que questionam as regras do edital ou o resultado da licitação pública. Por conseguinte, é bastante comum que os tribunais brasileiros emitam decisões que examinem se uma determinada condição prevista no edital é lícita e razoável ou não. Ademais, além de ser uma infração administrativa, a formação de cartéis em licitações públicas também configura um crime no Brasil, de modo que os processos penais são julgados perante os tribunais criminais brasileiros. De acordo com a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90), alterada pela atual Lei de Defesa da Concorrência, o cartel é punido com pena de multa e de reclusão de dois a cinco anos⁷. Esta pena pode ser majorada em um terço e em dobro se o crime causar sérios danos aos consumidores, é cometido por um agente público ou relaciona-se com um mercado essencial para a vida ou a saúde. Além disso, a Lei de Licitação e Contratos Públicos (Lei n. 8.666/93) regula especificamente a formação de cartéis em licitações públicas, prevendo a penalidade de detenção de dois a quatro anos e o pagamento de uma multa criminal⁸. Os procuradores federais e estaduais brasileiros são responsáveis pela persecução criminal no Brasil. Além disso, a Polícia (local ou Federal) pode iniciar investigações de supostos cartéis e reportar os resultados de sua investigação aos promotores, que podem indiciar ou não os indivíduos envolvidos. Finalmente, os tribunais brasileiros também são responsáveis por emitir uma decisão no que diz respeito à aplicação de penalidades judiciais decorrentes de violação da Lei da Empresa Limpa. Referidas penalidades incluem: (i) perdimento de bens, direitos e valores que representam benefícios indevidos obtidos mediante a prática do ato de corrupção; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades (como por exemplo proibição de participar de licitações); e (iii) a proibição do infrator de obter incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público por até cinco anos⁹.

Com base no exposto, quando o CADE analisa casos de cartéis em licitações que incluem outras condutas ilegais (tais como pagamento de propina), a decisão poderá conter referências à existência de indícios relativos a prática de outras condutas ilegais, entretanto, o CADE geralmente não as descreve, analisa ou utiliza como fundamento decisório. Em outras palavras, CADE não baseia as suas decisões em indícios de outras práticas ilegais as quais não detém competência para punir.¹⁰

⁶ Cf. art. 6º da Lei da Empresa Limpa.

⁷ Cf. art. 116 da Lei de Defesa da Concorrência.

⁸ Cf. art. 90 da Lei n. 8.666/93.

⁹ Cf. art. 19 da Lei da Empresa Limpa.

¹⁰ Isso fica claro na nota técnica de instauração emitida pelo CADE no caso do suposto cartel de *trens e metrô*s (Processo Administrativo n. 08700.004617/2013-41, em curso perante a SG).

2.2 Acordos de leniência em casos de cartéis em licitações públicas abrangem práticas fraudulentas em licitações públicas, mas não abrangem outras condutas ilegais como oferecimento ou pagamento de propina.

Conforme mencionado, a Lei de Licitações e Contratos Públicos e a Lei da Empresa Limpa também preveem penalidades por formação de cartéis em licitações públicas. Nesse respeito, cabe ressaltar que a atual Lei de Defesa da Concorrência introduziu uma mudança significativa no Programa de Leniência: aumentou o escopo do acordo de leniência para incluir violações previstas em outros estatutos¹¹. Conseqüentemente, signatários de acordos de leniência também podem obter imunidade total pela prática de fraudar o caráter competitivo de licitação mediante ajuste que são puníveis pela Lei de Licitações e Contratos Públicos e até mesmo pela Lei da Empresa Limpa.

Não obstante isso, é importante ressaltar que outras condutas ilegais - mesmo que acessórias a prática de formação de cartel - não estão incluídos no acordo de leniência, tais como o oferecimento de suborno ou a evasão fiscal. Desse modo, se signatários de um acordo de leniência também cometeram outras infrações, como subornar funcionários públicos para que eles impusessem certas condições restritivas à concorrência no edital, a fim de restringir a participação no procedimento licitatório aos membros do cartel, a prática de suborno não seria abrangida pelo acordo de leniência celebrado com CADE. Por conseguinte, nesse cenário, para assegurar um tratamento mais leniente em relação a todos os atos ilegais praticados, um signatário de acordo de leniência teria que negociar acordos simultâneos com (i) CADE, (ii) a autoridade mais alta da entidade governamental específica sob cuja jurisdição a alegada prática de corrupção ocorreu, e (iii) com o Ministério Público para tentar garantir um tratamento mais indulgente em relação a todas as infrações.

Desde 2003, o CADE já celebrou ao menos 64 (sessenta e quatro) acordos de leniência¹²; dos quais somente 13 (treze) referem-se a casos de cartéis em licitações públicas. De fato, antes da Operação Lava Jato, o CADE havia executado apenas dois acordos de leniência em casos de cartéis em licitações públicas¹³¹⁴. Devido à investigação Lava Jato, outros dez acordos de leniência foram executados¹⁵. Em alguns destes últimos acordos relativos à

¹¹ Art. 87. *Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.*

¹² Isso está em conformidade com uma apresentação feita pelo CADE em 2016, disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>

¹³ (i) *serviços de segurança do Rio Grande do Sul* (Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10, decidido pelo Tribunal em 19.09.2007); e (ii) suposto *cartel de trens e metrô*s (Processo Administrativo n. 08700.004617/2013-41, em curso perante a Superintendência Geral).

¹⁴ O caso de *manutenção predial* foi iniciado por um acordo de leniência. No entanto, o acordo de leniência referia-se somente a participação de acordos em licitações privadas. Após a análise das provas, o Tribunal identificou provas relativas também a um cartel em licitações públicas.

¹⁵ (i) investigação de cartel em licitações para obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras (Processo Administrativo N. 08700.002086/2015-14, em curso); (ii) investigação de cartel em licitação para obras de montagem eletrônica na usina Angra 3 da Eletro nuclear (o número de registro da investigação não foi divulgado); (iii) investigação de cartel em licitações da Valec para implantação da Ferrovia Norte-Sul e da Ferrovia Integração Oeste-Leste (Inquérito Administrativo N. 08700.001836/2016-11, em curso); (iv) investigação de cartel em licitações de edificações especiais da Petrobras (Inquérito Administrativo N. 08700.007777/2016-95, em curso); (v) investigação de cartel em licitação na Usina Hidrelétrica de Belo Monte (Inquérito Administrativo

investigação Lava Jato, as signatárias dos acordos de leniência coordenaram acordos com o CADE e também com outras autoridades competentes.

2.3 O CADE presumirá que as empresas detidas por indivíduos com relação de parentesco competem se participarem da mesma licitação pública. Do mesmo modo, o CADE presumirá que as empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico competem entre si se participarem do mesmo leilão público. E as punirá se não competirem.

Em diversas investigações de cartéis em licitação, o CADE identificou que havia participações societárias cruzadas entre as empresas investigadas e/ou que as empresas investigadas eram controladas ou representadas por membros da mesma família.

Em suas defesas, os representados alegaram que a Lei de Licitações e Contratos Públicos não proíbe que empresas detidas por membros da mesma família concorram entre si em licitações. Eles também argumentaram que a Lei de Licitações e Contratos Públicos não proíbe que as empresas do mesmo grupo econômico compitam entre si.

Ao analisar tais defesas, no caso relativo à *compra de alimentos especiais*, o Tribunal decidiu que, de fato, inexistente lei que impeça que empresas do mesmo grupo participem na mesma licitação pública desde que elas se comportem como agentes econômicos independentes. Desse modo, as empresas não podem trocar qualquer tipo de informação sensível e/ou coordenar as suas estratégias uma vez que elas decidiram competir uma contra a outra no mesmo procedimento licitatório. Em outras palavras, tais empresas devem preparar suas propostas de modo totalmente independente uma da outra.

Desse modo, caso o CADE identifique indícios de que tais empresas participaram do mesmo procedimento licitatório e trocaram informação sensível sobre suas propostas ou lances, elas serão punidas pela prática de atos ilegais pelo CADE. Isso ocorreu nos seguintes casos: (i) *materiais de pintura e hidráulicos no município de Lages*; (ii) *contratação de serviços de apoio, sinalização, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito na cidade de Jahu*, e (iii) *alimentos especiais*.

2.4 Em casos de cartéis em licitações públicas, o CADE sempre busca identificar similaridades nos documentos submetidos por diferentes licitantes.

De acordo com as Diretrizes da OCDE relativas à detecção de cartéis em licitações públicas¹⁶, o CADE sempre busca semelhanças em documentos, especialmente propostas apresentadas pelas empresas investigadas. Ele geralmente se concentra em: (i) *layouts* idênticos; (ii) endereços, equipe, ou números de telefone idênticos; (iii) os mesmos cálculos, escrita, erros ortográficos ou correções que aparecem em propostas de dois ou mais licitantes;

sigiloso N. 08700.006377/2016-62), (vi) investigação de cartel em licitações para urbanização das favelas do Alemão, Mangueiras e Rocinha no Rio de Janeiro (Processo Administrativo N. 08700.007776/2016-41, em curso), (vii) investigação de cartel em licitações de estádio da Copa do Mundo de 2014 (Inquérito administrativo N. 08700.006630/2016-88, em curso); (viii) investigação de cartel em licitações do Complexo Lagunar e de Mitigação de Cheias do Norte e Noroeste Fluminense (Inquérito Administrativo N. 08700.007277/2013-00, em curso), (ix) investigação de cartel em obras do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro (Inquérito Administrativo N. 08700.003226/2017-33, em curso); e (x) cartel em licitações realizadas no Distrito Federal (o número de registro da investigação não foi divulgado). Fonte: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-distrito-federal>, acesso em 15.08.2017.

¹⁶ Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/42594486.pdf>.

e (iv) lances ou propostas contêm corretivos ou correções que indicam alterações nos preços de última hora.

De fato, a submissão de propostas com similaridades, os montantes associados ao comportamento suspeito nos concursos públicos (falta de lances ou falta de recursos) foram considerados como indícios suficientes pelo CADE para aplicar penalidades por cartel em alguns casos, tais como: (i) *materiais de pintura e encanamento na cidade de Lages*; (ii) *contratação de serviços de apoio, sinalização, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito na cidade de Jahu*, e (iii) *alimentos especiais*.

2.5 Análise o impacto concorrencial de consórcios e acordos de subcontratação executados antes da licitação com os seus concorrentes. O CADE poderá considerá-los como equivalentes a acordos de cartel.

Em primeiro lugar, é importante notar que, no art. 36, a Lei de Defesa da Concorrência proíbe os atos “*que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.*”

Desse modo, a Lei de Defesa da Concorrência estabelece que, independentemente da intenção, qualquer ato que tenha o objetivo, ou seja capaz de produzir efeitos anticoncorrenciais, mesmo que tais efeitos não sejam alcançados, configura uma infração antitruste. A ampla redação da lei engloba todas as formas de acordos e troca de informações comerciais sensíveis. Como resultado, se indivíduos e/ou empresas praticarem uma conduta que tenha potencial para limitar ou restringir a competição, serão sancionados de acordo com a Lei de Defesa da Concorrência.

Em casos de cartéis em licitações públicas, o CADE geralmente considera que o mercado relevante é criado pelo edital. Portanto, mesmo empresas que, em uma definição mais tradicional de mercado relevante, não possuam poder de mercado, elas podem ser responsabilizadas por infrações concorrenciais em casos relativos a licitações e compras públicas. Em conformidade com isso, existem casos em que consórcios e acordos de subcontratação foram a principal prova considerada pelo CADE para condenar as empresas, já que o CADE entendeu que tais acordos limitaram o grau de competitividade em determinada licitação pública.¹⁷

No caso de *carga aérea*, os representados argumentaram que o edital previa e autorizava a execução de contratos de subcontratação e que as empresas não tinham qualquer intenção de praticar uma conduta ilícita. Não obstante isso, tais empresas foram condenadas pela prática de cartel. De fato, em sua decisão, o Tribunal entendeu que, independentemente de intenção ou mesmo, se eles não tinham como saber se a haveria outros participantes na licitação, a execução dos referidos acordos limitou ilegalmente a competitividade na licitação.

¹⁷ A esse respeito, entendemos que são particularmente interessantes as decisões emitidas pelo CADE nos seguintes casos: *obras de reforma em plataforma de petróleo, concessão de linhas de ônibus e carga aérea*.

2.6 A instauração de um processo administrativo em caso de cartel em licitações públicas motivada por um acordo de leniência poderá gerar efeitos imediatos na revisão de contratos por tribunais de contas e outras autoridades.

Até 2014, seria correto afirmar que o início de uma investigação de cartel não teria efeitos imediatos na revisão realizada pelos tribunais de contas.

Na investigação sobre o suposto cartel em *aquisições de trens e metrô*¹⁸, uma vez que a imprensa brasileira divulgou a execução de um acordo de leniência e o início de uma investigação formal pelo CADE, a imprensa brasileira começou a analisar as decisões anteriores emitidas pelos tribunais de contas. Após a publicação de vários artigos criticando o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo pela aprovação de procedimentos licitatórios e contratos públicos supostamente manipulados pelo cartel, o Tribunal de Contas decidiu reabrir todos os referidos casos e declarou que poderia proibir as empresas condenadas de participar em contratos públicos por cinco anos.

2.7 A interação entre diversas autoridades governamentais tem aumentado significativamente, o que pode multipolar os procedimentos administrativos e ações contra as empresas que praticarem infrações.

Até agora, a maioria dos casos sancionados pelo CADE foram iniciados devido à cooperação com os Ministérios Públicos e com a Polícia Federal. Eles identificaram indícios de condutas ilegais e comunicaram ao CADE.

Recentemente, o CADE tem se concentrado no desenvolvimento de ferramentas pró-ativas para detectar o equipamento de licitação. De fato, o CADE também entrou em acordos de cooperação com várias autoridades, como bancos públicos, sindicatos, controladorias de estado e cidade, e tribunais de contas com o objetivo de obter informações sobre licitações públicas e leilões e construir uma base de dados para identificar os padrões de comportamento de fraudes em licitações públicas.

Por fim, cabe mencionar que o CADE geralmente envia uma cópia de sua decisão às outras autoridades públicas que têm poderes para aplicar sanções para o comportamento ilegal também, tal como ocorreu no caso de *manutenção predial*.

2.8 O número de licitações públicas fraudadas provavelmente influenciará no cálculo da multa aplicada pelo CADE

Em âmbito administrativo, empresas que são consideradas responsáveis pela formação de cartel podem ser sancionadas com multas impostas pelo CADE que podem variar de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração. Gerentes e diretores envolvidos na infração podem ser multados em um montante que varia de 1 a 20% das multas corporativas. Outros indivíduos, associações empresariais e outras entidades que não exerçam atividade empresarial podem ser multados entre R\$ 50.000,00 a R\$ 2 bilhões. Multas por violações repetidas são dobradas¹⁹.

¹⁸ Trata-se de uma investigação em andamento.

¹⁹ Art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência.

Além disso, a Lei de Defesa da Concorrência prevê que os seguintes fatores sejam levados em consideração no cálculo das multas: (i) a gravidade da infração; (ii) a boa fé do infrator; (iii) a vantagem obtida ou prevista pelo infrator; (iv) consumação ou não da infração; (v) o grau de lesão ou lesão ameaçada à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; (vi) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (viii) o status econômico do infrator, e (viii) reincidência²⁰.

Atualmente, o nível de multas impostas nos casos de cartéis em licitações públicas é o mesmo aplicado em outros cartéis: a porcentagem média aplicada é de 15% do faturamento bruto da empresa no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração quando há provas diretas. Maiores multas, que podem chegar a 20%, podem ser aplicadas ao líder do cartel. Além disso, o Tribunal do CADE tende a considerar o número de licitações/pregões que foram fraudados. Por exemplo, em dois casos em que o CADE identificou indícios da formação de cartel em apenas uma licitação, as multas aplicadas foram inferiores a 15% do faturamento bruto da empresa no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.²¹

Neste ponto, é importante notar que houve debates entre os Conselheiros do Tribunal do CADE sobre dosimetria de penas em casos de licitações públicas. A discussão refere-se a calcular a multa utilizando como base o valor dos lotes das licitações fraudadas ao invés do faturamento bruto auferido no ramo de negócios no ano anterior a instauração do processo administrativo. Por exemplo, no caso dos *alimentos especiais*, um dos Conselheiros argumentou que o cálculo da multa deveria levar em consideração o volume de vendas dos réus e as perdas geradas para a Administração Pública. Em sua opinião, este cálculo refletiria o valor das licitações fraudadas e o sobrepreço gerado pelo cartel. Não obstante, por maioria de votos, as multas foram aplicadas sobre o faturamento bruto auferido no ramo de negócios no ano anterior ao início do processo.

2.9. As empresas sancionadas podem ser proibidas de se beneficiar de financiamento público por um período de no mínimo cinco anos

Entre outras penalidades, a Lei de Defesa da Concorrência prevê a possibilidade do CADE aplicar a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais por prazo não inferior a cinco anos²². Apesar do fato desta penalidade não ser aplicada frequentemente pelo CADE, o Tribunal a aplicou para todas as empresas condenadas no caso de *serviços de coleta de lixo*. Referida decisão ressalta que esta proibição refere-se tão somente a possibilidade delas se beneficiarem de fundos públicos ou programas de financiamento público. Portanto, como bancos públicos não obtêm fundos exclusivamente de programas públicos de financiamento, eles ainda poderiam fornecer financiamento as empresas condenadas²³. Logo, tal penalidade implica que, não obstante as empresas sancionadas possam obter empréstimos de bancos

²⁰ Cf. art. 45 da Lei de Defesa da Concorrência.

²¹ De fato, no caso da licitação de *execução de obras no sistema produtor de água* a pena aplicada pelo CADE foi de apenas 10%, enquanto que no caso de *alimentos especiais* foi de 13%.

²² Cf. art. 38, II da Lei de Defesa da Concorrência.

²³ O Tribunal do CADE já havia enfrentado essa discussão sobre os efeitos da proibição de obtenção de financiamento de instituições públicas no caso do suposto *cartel de cimento* (Processo Administrativo N. 08012.011142/2006-79, decidido pelo Tribunal em 28.05. 2014).

públicos, elas pagarão taxas de juros mais elevadas, pois estão proibidas de se beneficiar de políticas públicas.

2.10. O líder do cartel será provavelmente proibido de licitar pelo período de 5 (cinco) anos pelo CADE

Em 2007, o Tribunal proibiu todas as empresas condenadas de participarem de licitações públicas por 5 anos no caso de cartel em licitações para contratação de *serviços de segurança no estado do Rio Grande do Sul*²⁴. Tratou-se do primeiro caso de cartel em licitações públicas iniciado por um acordo de leniência. As empresas condenadas entraram com ações judiciais para anular a decisão do CADE e, mais tarde, celebraram um acordo em que concordaram em pagar as multas aplicadas pelo CADE na íntegra em troca do "cancelamento" da penalidade de proibição de participarem de licitações públicas.²⁵

Somente sete anos depois, o Tribunal do CADE voltou a aplicar esta penalidade novamente a todas as empresas condenadas por cartéis em licitações públicas²⁶. Vale ressaltar que, no caso das *portas de segurança detectoras de metais*, as empresas sancionadas tentaram recorrer da decisão argumentando que (i) a penalidade resultaria na falência da empresa; e (ii) os consumidores seriam prejudicados pela penalidade de exclusão também. Na época, o Tribunal entendeu que a aplicação da penalidade era razoável devido à gravidade do comportamento ilegal praticado pelas empresas condenadas. Além disso, o Tribunal também concluiu que a penalidade não prejudicaria o interesse público, pois havia outras empresas que ofertavam portas de segurança detectoras de metais no Brasil de modo que o grau de rivalidade remanescente era suficiente.

Em fevereiro de 2016, no caso da *lavanderia hospitalar*²⁷, o Tribunal do CADE enfrentou uma discussão sobre os impactos dessa penalidade no mercado. Depois de investigar as alegações dos representados de que a penalidade restringiria o grau de rivalidade nas licitações públicas, o CADE decidiu aplicar essa penalidade apenas à empresa que era considerada líder do cartel. Portanto, de acordo com esta decisão, o CADE deve sempre ponderar dois fatores ao decidir aplicar a penalidade de exclusão, que são: (i) gravidade da conduta ilegal e (ii) a necessidade de atender o interesse público.

O mesmo se deu no caso de *manutenção predial*, em que a suposta líder também foi proibida de participar de licitações realizadas pelo poder público (seja ele federal, estadual, municipal ou distrital) pelo prazo de cinco anos.

²⁴ Processo Administrativo N. 08012.001826/2003-10, decidido pelo Tribunal em 19.09.2007.

²⁶ A este respeito, ressaltamos as decisões emitidas pelo Tribunal do CADE nos seguintes casos: *órteses e próteses ortopédicas no estado de São Paulo, portas de segurança detectoras de metais e materiais de pintura e hidráulicos no município de Lages*.

²⁷ Processo Administrativo n. 08012.008850/2008-94, decidido pelo Tribunal em 03.02.2016.

2.11. As empresas que foram responsabilizadas por cartéis em licitações públicas são mais propensas a enfrentar ações judiciais propostas por entidades governamentais requerendo indenização pelos danos causados pela infração

No Brasil, os membros do cartel, sem exceção aos signatários do acordo de leniência, são solidariamente responsáveis pelos danos causados por suas práticas ilegais. Em outras palavras, cada membro do cartel pode ser responsabilizado por todo o dano causado pelo cartel. Apesar das disposições da Lei, o fato é que existem apenas alguns casos trazidos por partes que exigem a compensação por danos causados por cartéis.

No entanto, as empresas que foram responsabilizadas pela prática de cartéis em licitações públicas são mais propensas a enfrentar ações judiciais propostas por entidades governamentais que solicitem indenização por danos causados pela infração. Isso se deve a dois fatores principais: (i) as autoridades públicas são obrigadas por lei a buscar compensação; e (ii) o Tribunal provavelmente enviará uma cópia das decisões para eles.

Na verdade, como ocorreu na investigação sobre o suposto cartel em licitações públicas para *trens e metrô*s (investigação em andamento), a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos ("CPTM") e o Metrô de São Paulo apresentaram uma ação judicial contra o signatário do acordo de leniência assim que a execução do acordo de leniência tornou-se pública. Além disso, o governador do Estado de São Paulo anunciou que iria processar todas as empresas condenadas pelo CADE por danos causados pelo cartel. Em conformidade com isso, a CPTM e o Metro de São Paulo apresentaram pedidos para participar da investigação como terceiros interessados, o que foi deferido pelo CADE. Isto significa que as referidas empresas terão acesso aos documentos principais da investigação e poderão se manifestar durante a investigação.

Finalmente, é importante mencionar que a Supremo Tribunal Federal está atualmente apreciando um caso em que se discute se o prazo de prescrição aplicável a ações judiciais que visam à compensação por danos causados por atos ilegais praticados por funcionários públicos. Se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça prevalecer, não haverá prazo prescrição aplicável a ações judiciais que solicitem compensação das perdas geradas por atos ilícitos relacionados à corrupção²⁸. Portanto, se a Suprema Corte decidir que não há limitação de tempo para que a Administração Pública solicite uma indenização por danos causados por atos corruptivos, esta decisão deverá afetar os casos de cartéis em licitações e compras públicas.

3. Conclusão

Houve um aumento significativo no número de processos julgados e casos anticorrupção no Brasil nos últimos dez anos.

A promulgação da Lei da Empresa Limpa e a Operação Lava Jato já significaram o início de uma nova fase no combate à corrupção caracterizada por maior cooperação e detecção. De fato, já houve um aumento significativo na demanda por desenvolvimento e aprimoramento de programas de integridade e cumprimento das leis anticorrupção e concorrenciais por empresas no Brasil. Finalmente, tais mudanças continuarão a exigir uma maior cooperação e a promoção de novos desenvolvimentos nas políticas anticorrupção no Brasil.

²⁸ RE n. 852.475SP, sob análise.

CORRUPÇÃO E CARTÉIS EM LICITAÇÃO

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Cartéis são acordos entre competidores que, mediante restrições recíprocas à sua liberdade de competir, aumentam o seu poder de mercado e tornam-se aptos a obter lucros próprios de monopolistas. Em um sistema econômico que tem dentre seus princípios e fundamentos a livre iniciativa e a livre concorrência, ou seja, em uma economia de mercado, não há divergência quanto aos efeitos negativos dos cartéis e dos prejuízos causados não apenas àqueles consumidores específicos que se veem obrigados a pagar um sobrepreço para adquirir certo bem ou serviço¹, mas para a economia em geral, que perde em dinamismo, inovação e eficiência.

Afora os aspectos de ordem moral, suficientes para a repulsa da sociedade aos atos de corrupção, é inegável que esta produz efeitos econômicos extraordinariamente perversos. Nas palavras do Secretário Geral da OCDE, em discurso que proferiu em 30/03/2017, “*(c)orruption destroys human progress, it corrodes the foundation of our societies, our economies and our well-being. It feeds inequalities, distorts markets, finances wars and terrorism, helps smuggle people, guns and drugs, diverting public and private funds into illicit activities. It is a threat to development, to the environment, to human dignity, to global security and to public trust*”².

Por mais que alguns ainda vejam o Estado como uma entidade mística, dotada de poderes absolutos, inclusive o de criar riqueza por ato de mera vontade, os recursos do Estado são limitados. Atos de corrupção resultam em ineficiência dos gastos públicos, seja porque são despendidos mais recursos do que os necessários para a aquisição de determinado bem ou serviço, seja porque as decisões administrativas são tomadas tendo como causa não a busca do atendimento do interesse público, mas a satisfação das necessidades pessoais de indivíduos corruptos e corruptores.

Como destacado pelo Conselheiro Gilvandro Araujo, em voto que proferiu em processo referente a cartel em licitação relativa à manutenção de frotas de veículos da Secretaria de Estado da Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, o cartel “*resulta, invariavelmente, na contratação de produtos e serviços em condições desvantajosas, frente aquilo que poderia ter sido obtido em mercados efetivamente competitivos, com a consequente perda de eficiência na aplicação de recursos públicos*”³. Os atos de corrupção, também. Corruptores e integrantes de

¹ Segundo estudos realizados em 2002 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, repetidamente reproduzidos nas Notas Técnicas da Superintendência Geral do CADE, cartéis seriam, em média, responsáveis pela cobrança de um sobrepreço entre 10 e 20% superior ao preço praticado em um mercado competitivo. De acordo com o acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) nº 3089/2015, de 02/12/2015, proferido no Processo nº 005.081/2015-7, Relator Ministro Benjamin Zymler, “*o ‘valor mais provável’ do potencial prejuízo causado à Petrobras na redução dos descontos nas licitações, no período de 2002 a 2015, em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, é de 17% em relação à estimativa das licitações*”.

² GURRIA, Angel. Discurso de abertura no 2017 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum, em 30/03/2017. Disponível em <<http://www.oecd.org/about/secretary-general/taking-integrity-to-higher-standards-opening-remarks-2017-oecd-global-anti-corruption-integrity-forum.htm...>>. Acesso em 07/08/2017.

³ Processo nº 08700.006551/2015-96, data de julgamento 24/10/2016

cartéis têm em comum a procura pela obtenção de lucros em níveis superiores aos que poderiam ser alcançados em um ambiente de competição livre e baseada em méritos, preço e eficiência.

A conjugação de cartéis com corrupção potencializa os efeitos nocivos de cada uma dessas mazelas. Em um cartel “normal”, o poder do cartel de cobrar um sobrepreço é limitado pela resistência dos consumidores a pagar por esse sobrepreço. Essa limitação não ocorre quando o próprio “consumidor” – no caso entidades que integram a administração direta ou indireta da União, dos Estados ou dos Municípios – aceita pagar o sobrepreço em função dos interesses particulares dos agentes públicos envolvidos.

O sobrepreço auferido pelo corruptor cartelizado gera recursos excedentes nas mãos daqueles fornecedores do Estado, realimentando um regime cartelizado e corrompido, em um círculo vicioso de desperdício de recursos públicos e ineficiência da economia como um todo. Quando o mercado funciona adequadamente, os fornecedores de produtos e serviços não dispõem de tantos recursos excedentes que lhes permitam corromper tanto.

A corrupção não é um fenômeno moderno. Desde sempre, desde que existe poder, há casos de corrupção. E o Direito, já em priscas eras, tratava do tema, impondo penalidades aos agentes públicos que desviam suas condutas para atender interesses próprios. Na Lei das XII Tábuas, no início da República Romana, cerca de 450 anos a.c., havia a previsão de pena de morte para juízes corruptos.

Acordos horizontais para restringir a competição também não são recentes. Paula Forgioni narra o caso dos mercadores de grãos da região da Ática, na Grécia Antiga, que, em 387 a.c, formaram uma espécie de associação com o objetivo de suspender a competição entre eles e burlar algumas normas então vigentes que limitavam os estoques que podiam ser mantidos pelos mercadores. Em alguns momentos, essa prática lhes permitia auferir lucros acima dos normais. Isso deu origem a um processo – talvez o primeiro caso “antitruste” da história - cujo resultado se perdeu no tempo.⁴ Somente a partir do final do século XIX, no entanto, se estrutura o que hoje chamamos de direito antitruste, no qual a punição a determinados acordos horizontais – a que chamamos de cartéis – é associada à proteção de um determinado sistema econômico baseado no mercado e na livre competição entre os agentes econômicos.

Do ponto de vista econômico, há uma grande convergência entre os objetivos das normas legais de combate aos cartéis e os daquelas voltadas contra a corrupção. Em ambos os casos, o Estado exerce seu poder de polícia para garantir o funcionamento regular do mercado em geral e, em particular, do mercado de aquisições de produtos e serviços pelo poder público, de sorte a assegurar a alocação eficiente de recursos da sociedade. A essa convergência de propósitos, por sua vez, soma-se, em muitos casos, a coincidência da aplicação das leis anticartel e anticorrupção aos mesmos fatos, ainda que vistos a partir de diferentes perspectivas.

No Brasil, por razões que fogem ao escopo deste trabalho, por muito tempo o Estado se mostrou ineficiente no exercício do seu poder de polícia em relação aos atos de formação de cartel ou de corrupção. Na ausência de punições adequadas e tempestivas, capazes de desestimular comportamentos ilícitos, importantes setores da economia – especialmente aqueles voltados ao fornecimento de produtos e serviços ao Estado – estruturaram a sua atuação

⁴ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 39

no mercado com base em relacionamentos ilícitos seja com agentes públicos, seja com concorrentes, seja com agentes públicos e concorrentes.

Recentemente, no entanto, veio à tona uma onda de casos envolvendo, simultaneamente, o combate aos cartéis, especialmente relacionados ao fornecimento de produtos e serviços a integrantes da administração direta ou indireta, e o combate à corrupção. A operação Lava Jato tornou-se internacionalmente conhecida; um número expressivo de empresas é acusado de participar de cartéis em licitações; renomados executivos e agentes públicos são alvo de inquéritos policiais ou réus em múltiplos processos penais e alguns estão presos; diversos órgãos representantes do Poder Público (entre eles o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o Ministério Público dos Estados e da União, a Polícia Federal e as Polícias Estaduais, os Tribunais de Contas dos Estados e da União, a Advocacia Geral da União - AGU e as Procuradorias Estaduais e a Controladoria Geral da União) têm parte substancial de sua atuação voltada ao combate dessas práticas.

Parece claro que uma das razões para que a intensificação do combate a cartéis, a atos de corrupção e à conjugação de cartéis e corrupção foi a disseminação, no Direito Brasileiro, do que alguns chamam de “direito premial”, formas de incentivo à colaboração com as autoridades por parte de pessoas que participaram de uma conduta ilícita.

Nesse particular, o direito antitruste brasileiro foi pioneiro e a introdução dos acordos de leniência no âmbito do CADE, através da Lei nº 10.149/2000, teve um papel fundamental. A partir do primeiro acordo de leniência, celebrado em 09/10/2003, no caso do cartel dos Vigilantes do Rio Grande do Sul⁵, a resistência a tais negociações foi sendo gradualmente reduzida. Desde então, mais de 100 acordos desse tipo foram celebrados pelo CADE, a maior parte deles após a edição da Lei nº 12.529/2011.⁶ Em paralelo, houve a difusão dos Termos de Compromisso de Cessação - TCCs como importante forma de encerramento dos processos administrativos relacionados a condutas no CADE, sendo que, desde 2015, os valores das contribuições pecuniárias estabelecidas em TCCs já superam os valores das multas aplicadas pelo CADE no mesmo período.⁷

Na mesma linha, a chamada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que estabeleceu um regime de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas beneficiárias de atos lesivos à administração pública, admite a celebração de acordos de leniência pelas pessoas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo; e a Lei nº 12.850/2013, referente às organizações criminosas, admite o mecanismo da colaboração premiada, capaz de resultar no perdão judicial ou no abrandamento da pena daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

A celebração de acordos de leniência, no âmbito da Lei Anticorrupção, é ainda incipiente. Ao que se tem notícia, até o momento apenas dois acordos foram celebrados, sendo um com o Ministério Público Federal, em 31/05/2017, no caso J&F, e outro com a CGU e a

⁵ Processo Administrativo nº [08012.001826/2003-10](#), decidido pelo Tribunal do CADE em 21/09/2007.

⁶ Segundo dados divulgados pelo CADE, foram celebrados, de 2003 a Junho de 2017, 110 acordos de leniência, aditivos e leniências plus, dos quais 84 após a edição da Lei nº 12.529/2011. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em 07/08/2017.

⁷ Dados constantes do Balanço da Gestão da Superintendência Geral do CADE 2014-2017. Disponível em <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>. Acesso em 07/08/2017.

AGU, em 10/07/2017⁸, no caso UTC. Finalmente, como é notório, são muitos os casos de colaboração premiada negociados com o Ministério Público de acordo com a Lei nº 12.850/2013.

A conjugação de diversas leis e múltiplas autoridades envolvidas na repressão de cartéis em licitações e atos de corrupção traz algumas perplexidades que deverão ser enfrentadas em futuro próximo. A seguir, destacaremos alguns pontos da jurisprudência do CADE a respeito de cartéis em licitações, chamando a atenção para determinadas questões que se apresentam em decorrência das demais leis aplicáveis à matéria e, especialmente, da Lei Anticorrupção.

(a) O Cartel em licitações como ilícito por objeto e o risco de *bis in idem*

Em diversas Notas Técnicas da Superintendência Geral do CADE, assim como em diversos acórdãos do Tribunal CADE, são destacadas múltiplas estratégias utilizadas nos certames por empresas participantes de cartéis em licitações. Seriam elas (i) *Divisão do Mercado*, em que os concorrentes “acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas ou em lotes específicos da licitação”; (ii) *Propostas Rotativas ou Rodízio*, nas quais “as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora”; (iii) *Propostas Fictícias ou de Cobertura*, nas quais “indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador”; e (iv) *Supressão de propostas*, em que “uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita”.⁹

Segundo a jurisprudência que hoje predomina no CADE, cartéis institucionalizados em geral e, especificamente, cartéis em licitações poderiam ser qualificados como “*ilícitos por objeto*”, bastando a prova da existência da conduta, independentemente da análise da potencialidade de seus efeitos prejudiciais à concorrência – os quais seriam presumidos – para caracterizar o ilícito contra a ordem econômica.

Nesse sentido, podem ser citados como exemplo os votos proferidos, respectivamente, pelos Conselheiros Carlos Ragazzo, Ana Frazão, Marcio de Oliveira Junior e Alexandre Macedo, nos

⁸ A rigor, na forma do Art. 16, § 10 da Lei nº 12.846/2013, a CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal. A respeito desses acordos, vide comunicado publicado pela J&F em 31/05/2017 (Disponível em <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/jf-fecha-acordo-de-leniencia-com-mpf-por-r-103-bilhoes-diz-mpf.ghtml>; acesso em 08/08/2017) e notícia veiculada pela CGU em 10/07/2017 (disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-o-utc-engenharia>; acesso em 08/08/2017).

⁹ Por todas, podem ser citadas a Nota Técnica nº 25/2016/CHEFIA GAB/SG/CADE, referente ao Processo nº 08700.007766/2016-41; a Nota Técnica nº 50/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE referente ao Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31; o voto proferido pelo Conselheiro Marcio de Oliveira Junior, no Processo nº 08012.001273/2010-24, data de julgamento: 05/08/2015; e o voto proferido pelo Conselheiro Gilvandro Araujo no Processo nº 08700.006551/2015-96, data de julgamento 24/10/2016.

Processos n^{os} 08012.004702/2004-77, 08012.008850/2008-94, 08012.001273/2010-24; e 08012.009645/2008-46 :

“Em suma, conforme a Lei n^o 8.884/94 e precedentes do CADE, nos casos em que houver a atuação de um cartel clássico, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração, presumindo-se a potencialidade de que sejam produzidos efeitos prejudiciais à concorrência.”¹⁰

“Parte dos representados argumentou que não seria possível concluir pela existência de infração à ordem econômica, em razão da inexistência de poder de mercado das empresas supostamente envolvidas no cartel.

A alegação não merece prosperar. Isso porque o cartel constitui conduta ilícita por objeto, de forma que é suficiente a comprovação da materialidade, de que se infere seu potencial lesivo, conforme jurisprudência consolidada do CADE. Nesse contexto, análises de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações do poder de mercado dos agentes tornam-se completamente desnecessárias”.¹¹

“102. No caso de formação de cartel, a conduta é reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos, ao que a lei chama de infração “por objeto” (art. 36, caput, Lei 12.529/11). Caso o julgador opte por estender a análise, a legislação antitruste aponta ainda a vertente da infração “por efeito” (art. 36, caput, Lei 12.529/11). A lei estabelece essas duas possibilidades de análise porque as atividades anticompetitivas geralmente são encobertas, com estratégias que visam à ocultação dos atos praticados. No caso dos cartéis, os atos são ocultados não para a proteção de estratégias comerciais de empresas envolvidas, mas sim em função de sua importância para a caracterização de uma conduta considerada delito pela legislação pátria. Em função dessa natureza, provada a formação de cartel, não há necessidade de se comprovar os efeitos sobre a concorrência ou o bem-estar do consumidor. A violação à ordem econômica, quando comprovada, se dá pelo próprio objeto, e não pelos seus efeitos (...) 107. Tendo em vista que cartel é uma conduta analisada sob a ótica da regra *per se*, entendo que não é necessária a definição de mercado para os agentes que respondem por essa conduta, uma vez que a própria comprovação da conduta é suficiente para demonstrar o potencial de lesividade do ilícito, o que dispensa outros instrumentos de aferição dos riscos à consecução do princípio constitucional da preservação da livre concorrência”¹².

“(N)ão obstante cartel se configurar uma conduta por objeto, ressalto que em se tratando de cartéis em licitações, a presunção de sucesso nos acordos, e, com isso, a presunção de geração de efeitos negativos no mercado são ainda mais evidentes, sendo especialmente desnecessário, via de regra, o aprofundamento da análise de mercado relevante ou de poder de mercado.”¹³

Esse entendimento do CADE inova em relação à posição tradicional da doutrina (e da jurisprudência do próprio CADE), no sentido de que, no Direito Brasileiro, a caracterização do ilícito contra a ordem econômica dependeria da demonstração da potencialidade dos efeitos negativos sobre o mercado.

A rigor, da afirmação “cartel é ilícito” não se depreendem os requisitos necessários à configuração do tipo estabelecido pela lei. Isso ocorre porque **cartel não é simplesmente uma conduta, cartel é uma conduta já qualificada, é um tipo de acordo horizontal capaz de causar danos a uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na livre concorrência.**

¹⁰ Processo n^o 08012.004702/2004-77. Data de julgamento: 09/05/2012

¹¹ Processo n^o 08012.008850/2008-94. Data de julgamento: 14/07/2015

¹² Processo n^o 08012.001273/2010-24. Data de julgamento: 05/08/2015. Note-se que, neste voto, em que o processo tinha por objeto alegada formação de cartéis em licitação pública, o Relator entende que tal conduta configuraria ilícito *per se*.

¹³ Processo n^o 08012.009645/2008-46. Data de julgamento: 09/11/2016

Os requisitos de caracterização do ilícito devem ser procurados no processo lógico interpretativo em que uma conduta determinada passa a ser qualificada como cartel.

Nem todas as condutas do gênero “acordos horizontais” constituem cartéis. Há, entre os cartéis e outros acordos horizontais, diferenças específicas que o distinguem.

O verdadeiro papel do intérprete e aplicador da lei é estabelecer quais as diferenças específicas entre a conduta denominada cartel, que já carrega em seu conceito efeitos prejudiciais ao mercado, e outros acordos horizontais.

No caso do chamado “cartel em licitações”, o que importa saber é se a prática daqueles atos destacados pelo CADE em seus pronunciamentos (a *Divisão do Mercado*; as *Propostas Rotativas ou Rodízio*; as *Propostas Fictícias ou de Cobertura*; e a *Supressão de propostas*) **sempre caracterizará a existência de um cartel**, independentemente da análise dos efeitos (reais ou potenciais) sobre o mercado ou se, ao contrário, a caracterização do ilícito depende de algo mais, consistente na avaliação dos efeitos reais ou potenciais dessa conduta no mercado relevante. Ou seja, o que importa, para fins de aplicação da lei, é definir se a potencialidade de efeitos da conduta em um mercado relevante constitui ou não diferença específica que distingue o cartel de outros acordos horizontais.

Como visto, a jurisprudência mais recente do CADE entende que a identificação daquelas práticas é suficiente para caracterizar a existência do cartel, e para isso considera que o mercado relevante objeto de análise deve ser “a própria licitação”.¹⁴

Ou seja, segundo esse entendimento, qualquer ato capaz de fraudar o caráter competitivo de uma licitação específica constitui um cartel. Seria desnecessário aprofundar o exame dos efeitos econômicos negativos produzidos no mercado para além do procedimento licitatório específico. A simples “*descrédibilidade dos instrumentos licitatórios*”¹⁵ já resultaria em efeito suficiente para se considerar a conduta ilícita.

Isso traz, no entanto, outro problema do ponto de vista do aplicador da lei. Como se disse anteriormente, os atos relacionados aos acordos em licitações dão margem à aplicação de uma multiplicidade de leis, que os esquadriham a partir de diferentes enfoques. A Lei nº 12.529/2011 prevê a aplicação de penalidades administrativas por ilícitos contra a ordem econômica; a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/90) tipifica como crime “*frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório*”; a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) define como ato lesivo à administração pública “*frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público*”, sujeitando o infrator a penalidades administrativas e ressarcimento de danos; a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) considera ato de improbidade administrativa “*frustrar a licitude de processo licitatório*”; e a Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem econômica, inclui dentre eles os acordos destinados à “*fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas*”.

Ora, um princípio básico e essencial do direito punitivo (seja ele de natureza penal ou administrativo) é o do “*ne bis in idem*”, tanto em sua vertente processual (ninguém pode ser

¹⁴ A título de exemplo, vide item 4.4 do voto do Relator, Conselheiro MARCIO DE OLIVEIRA JUNIOR, no Processo nº 08012.001273/2010-24. Data de julgamento: 05/08/2015

¹⁵ Voto do Conselheiro GILVANDRO ARAUJO no Processo nº 08700.006551/2015-96. Data de julgamento 24/10/2016.

processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato), como em sua vertente material (**ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo delito**).

Se o fato de frustrar, mediante acordo, o caráter competitivo de uma licitação sujeitar automaticamente o infrator às penalidades das Leis Antitruste, Anticorrupção, de Licitações e de Improbidade Administrativa, a violação ao princípio do “*ne bis in idem*” será evidente.

Para compatibilizar as diversas legislações torna-se imprescindível, portanto, estabelecer a diferença específica entre cada uma das condutas, para fins de enquadramento na respectiva lei, observando atentamente os diferentes enfoques através dos quais o ato específico deve ser analisado. A licitude do procedimento licitatório em si mesmo é objeto da Lei de Licitações (em seu aspecto criminal) e da Lei Anticorrupção (em seu aspecto administrativo): são essas as leis que objetivam proteger o interesse específico do ente estatal contratante e a “credibilidade dos instrumentos licitatórios”. A conduta do agente público é o enfoque da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei Antitruste, que define os ilícitos administrativos, e a Lei nº 8.137/90, que tipifica os ilícitos contra a ordem econômica em uma perspectiva penal, precisam ir além do mero exame do procedimento licitatório em si, pois têm como fundamento a proteção da ordem econômica como um todo, não se restringindo à questão da simples regularidade de um procedimento licitatório específico e do interesse do ente público em um caso determinado. A aplicação dessas normas depende da análise do mercado relevante como um todo, identificando-se os reflexos do ato praticado, da conduta específica, em um mercado que supera o procedimento licitatório. É essa a diferença específica que justifica a aplicação da Lei Antitruste.

Ao não fazer essa distinção, a atual jurisprudência do CADE, seja no que toca à definição e qualificação da conduta ilícita, seja no que diz respeito à definição do mercado relevante em licitações, pode resultar em conflito de ordenamentos, ou em violação ao princípio do “*ne bis in idem*”.

Essa questão certamente será apreciada no futuro pelo CADE ou pelo Poder Judiciário, na medida em que se tornem mais frequentes os casos de aplicação da Lei Anticorrupção em relação aos mesmos fatos objeto de processos em curso no CADE.

(b) A Prova Emprestada

A multiplicidade de procedimentos, na esfera administrativa e judicial, referentes a condutas que, a um só tempo, podem se enquadrar em diversas leis, sob diversos aspectos, tanto no que concerne às responsabilidades inerentes à fraude ao procedimento licitatório, às responsabilidades pela prática de ato de corrupção e às responsabilidades pela prática de ilícitos contra a ordem econômica, torna importante o exame da jurisprudência do CADE a respeito da prova emprestada.

Essa jurisprudência hoje parece convergir no sentido de que a prova emprestada pode ser usada não apenas contra a pessoa que era parte no processo em que a prova foi produzida.

No voto que proferiu no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94, já mencionado anteriormente, a Conselheira Ana Frazão rejeitou alegação de que “*prova emprestada relativa a interceptação telefônica não poderia ser utilizada fora do âmbito do processo penal e, que, ainda que isso fosse admitido, seria*

necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença penal no processo de origem, sob pena de ofensa ao contraditório e à ampla defesa". Para esse fim, a Conselheira invocou precedente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 2424/RJ, em que foi Relator o Ministro Cesar Peluso, e que traz a seguinte ementa:

“PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal n.º 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.”

Entendimento semelhante se extrai do voto do Conselheiro Marcio de Oliveira Junior, no voto que proferiu no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, do qual consta o que segue:

“No caso concreto, a regularidade é determinada pelas garantias processuais concedidas no respectivo âmbito de investigação. Em outras palavras, havendo prova emprestada de outra instância ou seara administrativa, é o fornecimento de ampla defesa e contraditório que determina a validade da instrução. Nesse sentido, a participação do Representado originário é prescindível ao passo que houve regular exercício do direito de defesa nos presentes autos. Esse é o entendimento do STJ e do STF, os quais incorporo à motivação do presente voto”.¹⁶

(c) Prescrição

Conforme o entendimento pacífico do CADE, o prazo prescricional para a ação punitiva do CADE em relação a cartéis é de 12 anos, por aplicação do art. 1º, § 2º da Lei nº 9.783/99 c/c o art. 4º, inciso II, da Lei 8.137/90 (com a nova redação dada pela Lei 12.529/11).

A esse propósito, assim se pronunciou o Conselheiro Marcio de Oliveira Junior, no julgamento do Processo nº 08012.010932/2007-18:

“O prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração para ilícitos anticompetitivos deve observar, antes de tudo, se é alargado pela existência de semelhante conduta na esfera penal. Caso não haja crime equivalente à infração administrativa, o prazo prescricional será de cinco anos, conforme caput do art. 1º da Lei 9.783/99 (fruto da conversão da Medida Provisória 1.708/99, editada em 01/07/1998) (...).

Observo a equivalência do ilícito de cartel com o crime de cartel, conforme dispositivos acima transcritos. Assim sendo, há que se aplicar o §2º do art. 1º da Lei 9.783/99, que aplica à infração administrativa o mesmo prazo prescricional previsto na lei penal. A redação da lei é ‘quando o fato objeto da ação também constituir crime (...)’. Portanto, é suficiente que a conduta investigada (fato) em âmbito administrativo seja a mesma que aquela tipificada na esfera penal para que a contagem se dê segundo a lei penal. Nesse sentido, considerando que

¹⁶ Processo nº 08012.007818/2004-68. Data de Julgamento: 14/07/2015.

a pena máxima prevista para o crime em questão é cinco anos de reclusão (art. 4º da Lei 8.137/90), a prescrição ocorrerá em doze anos, nos termos do art. 109 do Código Penal”.¹⁷

Em princípio, na medida em que se reconheça que o potencial efeito sobre o mercado que ultrapassa uma licitação específica é elemento essencial do ilícito previsto no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, referente à formação do cartel em licitações, parece não haver razão para se considerar prazo menor de prescrição para os cartéis em licitações, com fundamento no artigo 90 da Lei nº 8.666/90. Tal dispositivo – destinado, este sim, à proteção do procedimento licitatório em si mesmo – comina a pena de 2 a 4 anos para o crime de “*frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação*”. Nesse caso, o prazo prescricional é de 8 anos, por força do art. 109, IV do Código Penal.

Conclusão

Destacou-se no início deste artigo a pluralidade de normas incidentes sobre condutas anticoncorrenciais praticadas em licitações públicas, assim como a pluralidade de autoridades responsáveis pela condução das respectivas investigações, pela celebração de eventuais acordos e pela aplicação de penalidades.

Apesar dos custos decorrentes dessa multiplicação de ações punitivas do Estado – seja em termos de recursos diretos empregados, seja em termos da repercussão econômica imediata do desmonte de um modelo econômico viciado – espera-se que em algum momento se consolide uma transformação na estrutura da organização econômica brasileira, que tenha em seus pilares a aplicação adequada e tempestiva de leis antitruste e anticorrupção, de forma a assegurar uma base mínima de eficiência para a economia; a permitir que a competição seja a regra, não a exceção; a incentivar comportamentos do Estado e dos agentes públicos baseados no interesse público; e a quebrar o paradigma de um Estado ineficiente e corrupto que serve a interesses pessoais.

Não obstante, deve-se estar atento para alguns obstáculos relevantes que decorrem dessa multiplicidade de normas e de instâncias, que podem vir a ter o efeito contrário do almejado, que não é simplesmente punir, mas sim construir uma sociedade melhor, menos corrupta, mais competitiva:

- Embora se reconheça a importância do direito premial para o sucesso do combate a cartéis e à corrupção, a multiplicidade de autoridades encarregadas de aplicar penalidades referentes a tais fatos pode, no médio prazo, inviabilizar a celebração de acordos de leniência ou similares. Ao reconhecer a responsabilidade perante um órgão, a parte pode se sujeitar a ser responsabilizada perante outro órgão. Com isso, não apenas são reduzidas as vantagens decorrentes dos eventuais acordos, como aumenta a insegurança jurídica daqueles que pretendem colaborar com investigações. A falta de uma solução para esse problema – que em princípio depende de alguma modificação legislativa – é negativa para o combate aos cartéis e à corrupção.

¹⁷ Processo nº 08012.010932/2007-18. Data de julgamento: 25/02/2015

- Como já destacado, é importante que empresas e pessoas envolvidas na formação de cartéis e em atos de corrupção sejam tempestiva e adequadamente punidas. A multiplicidade de normas e instâncias, todavia, pode resultar em penalidades excessivas e desproporcionais, capazes até mesmo de inviabilizar o prosseguimento das empresas.
- Do ponto de vista concorrencial, a punição adequada não deve, em regra, afastar do mercado a empresa que participou do ato ilícito, desde que, naturalmente, ela passe a se comportar de forma lícita. Nesse sentido, embora a Lei nº 12.529/2011 permita ao CADE aplicar, dentre suas penalidades, a proibição de o infrator participar de procedimentos licitatórios, não se tem notícia da aplicação dessa penalidade. De fato, especialmente em mercados de obras públicas, tal proibição inviabilizaria o prosseguimento de empresas, reduzindo a oferta no mercado, com claros efeitos anticoncorrenciais. Não obstante, outras autoridades, em relação aos mesmos fatos, e com base em outras leis, vêm determinando essa proibição¹⁸.

Por fim, parece especialmente importante evitar a colisão entre as diversas leis aplicáveis a essas condutas, e especialmente entre a Lei Antitruste e a Lei Anticorrupção, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*. Para isso, é necessário se estabelecer a diferença específica entre a conduta tipificada como ilícito contra a ordem econômica no art. 36 da Lei Antitruste e a conduta tipificada como ato lesivo à administração pública, consistente em “*frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público*”, na forma do art. 5º, IV, “a” da Lei Anticorrupção.

A compatibilização entre as duas normas, no entanto, levaria a uma revisão da jurisprudência atual do CADE, pois dependeria do reconhecimento de que a caracterização do ilícito contra a ordem econômica exige a demonstração da potencialidade dos efeitos do ato colusivo sobre mercado que vai além do procedimento licitatório específico.

¹⁸ A esse propósito, vide por exemplo [AC 1348/2017 do Plenário do TCU, referentes aos](#) Processos 021.542/2016-3 e 021.694/2016-8. Data de julgamento 28/06/2017.

CARTÉIS INTERNACIONAIS E SEUS EFEITOS NO BRASIL: ANÁLISE DAS DECISÕES RECENTES DO CADE

Fernanda Lins Nemer
Leonardo Maniglia Duarte
Mariana Villela
Rodrigo da Silva Alves dos Santos

1. Introdução

O presente artigo destina-se a analisar as decisões recentes do CADE envolvendo carteis internacionais e a abordagem por ele utilizada para avaliar a relação de causa e efeito entre condutas praticadas no exterior e o mercado brasileiro, com base nas decisões proferidas pelo Tribunal do CADE, bem como nos pareceres emitidos pela Superintendência-Geral do CADE (“SG”) e pela Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (“PFE”) em investigações de carteis internacionais.¹

A Lei 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”) prevê que sua aplicação não se limita a condutas praticadas no território brasileiro, se estendendo a condutas praticadas fora do território nacional que produzam, ou possam produzir, efeitos no Brasil.² A Lei de Defesa da Concorrência estabelece que qualquer ato que tenha por objeto ou possa limitar a concorrência constitui infração à ordem econômica.³

A Lei de Defesa da Concorrência, portanto, adota a teoria dos efeitos e estabelece de forma expressa sua aplicação extraterritorial a condutas praticadas no exterior desde que essas condutas sejam ao menos capazes de produzir efeitos no Brasil. Ao CADE cabe confirmar que a conduta sob investigação teria ao menos o potencial de gerar efeitos no Brasil, para estabelecer sua competência para investigar carteis internacionais e processar e punir infratores estrangeiros.

No que diz respeito a seus possíveis efeitos no mercado brasileiro, carteis internacionais podem ser classificados em: (i) carteis internacionais com efeitos diretos no Brasil, isto é, os integrantes do cartel vendem para o Brasil diretamente, por meio de exportação, produtos que teriam sido afetados pela conduta anticompetitiva; (ii) carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil, em que os integrantes do cartel no exterior não vendem seus produtos diretamente no Brasil, mas insumos ou componentes que são utilizados na fabricação de produtos finais que são exportados para o Brasil; (iii) carteis internacionais para a alocação de mercados que incluem o Brasil, isto é, em que há provas de que o Brasil estaria incluído em

¹ A SG é a autoridade de investigação dentro da estrutura do CADE, responsável pela fase instrutória das investigações. Após concluir a fase instrutória no âmbito dos processos administrativos, a SG emite um parecer não vinculante e submete o caso ao Tribunal do CADE, órgão responsável por proferir decisões definitivas sobre os processos administrativos. A PFE também emite pareceres não vinculantes e oferece assistência à SG e ao Tribunal.

² Artigo 2º da Lei de Defesa da Concorrência.

³ Artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência.

acordo internacional de alocação de mercado; e (iv) cartéis internacionais sem efeitos no Brasil, em que não há provas de que o cartel gerou, ou pudesse ter gerado, efeitos no Brasil.

Na próxima seção, apresentamos uma análise das decisões do CADE em casos de cartéis internacionais e discutimos como o CADE tem aplicado esse teste com relação aos “efeitos no Brasil” nesses casos. Na terceira seção, delinea-se uma breve análise comparativa entre a forma como as autoridades de concorrência nos Estados Unidos e na União Europeia aplicam a teoria dos efeitos e a forma como o CADE tem tratado essa questão. Finalmente, a quarta seção conclui esta análise, sugerindo um prognóstico do que se pode esperar em decisões futuras envolvendo investigações de cartéis internacionais no Brasil.

2. Decisões do CADE em Investigações de Cartéis Internacionais

À época de conclusão deste artigo,⁴ o CADE havia proferido decisões finais em 11 (onze) casos de cartéis internacionais desde a promulgação da Lei n. 8.884/94 (a antiga lei de defesa da concorrência, substituída pela Lei n. 12.529/11), dos quais 10 (dez) foram julgados após a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11.⁵ Nota-se que as investigações de cartel passaram a se desenvolver de forma mais rápida no Brasil após a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11, que introduziu mudanças substanciais na organização do sistema de defesa da concorrência no Brasil.

Cabe mencionar que o único caso significativo de cartel internacional investigado pelas autoridades brasileiras antes da entrada em vigor da Lei n. 12.529/11 foi o caso do *Cartel das Vitaminas*⁶, decidido em 2007 e que tornou-se referência do tema no Brasil, abrindo o caminho para a investigações de outros cartéis internacionais pelo CADE sob o arranjo institucional mais eficiente estabelecido pela Lei n. 12.529/11.

2.1. A Decisão no Cartel das Vitaminas: A Referência do CADE para Cartéis Internacionais

Em 11 de abril de 2007, o CADE concluiu o julgamento do primeiro caso de cartel internacional julgado por autoridades brasileiras, o caso do *Cartel das Vitaminas*, no qual entendeu, por maioria, que havia provas suficientes de que as práticas do cartel haviam afetado o território brasileiro.

O *Cartel das Vitaminas* tornou-se a referência jurisprudencial no Brasil na discussão sobre a possibilidade de condutas praticadas no exterior gerarem efeitos no território brasileiro, sendo mencionado em todos os pareceres e decisões envolvendo cartéis internacionais desde seu julgamento.

As autoridades brasileiras iniciaram a investigação sobre o *Cartel das Vitaminas* em 1999, depois de tomarem ciência de que as empresas envolvidas na conduta haviam celebrado

⁴ Favor referir-se ao quadro de casos ao final deste capítulo, em que são listados os casos de cartel internacional julgados pelo Tribunal do CADE e as principais investigações em andamento no CADE aguardando julgamento. Essa lista não se propõe a ser uma lista exaustiva e, possivelmente, não inclui todas as investigações atualmente sob a análise do CADE.

⁵ A Lei n. 12.529/11 foi promulgada em 2011 e entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012.

⁶ Processo Administrativo n. 08012.004599/1999-18. Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, decidido pelo Tribunal em 11 de abril de 2007.

acordos de leniência com autoridades concorrenciais estrangeiras e de decisões proferidas no exterior. De acordo com o CADE, as decisões proferidas pelas autoridades dos Estados Unidos e da União Europeia documentavam, de forma minuciosa, a existência do cartel. O CADE utilizou essas decisões e suas respectivas provas como demonstração da existência do cartel, concluindo que as representadas haviam dividido mercados e fixado preços mundialmente.

Tendo estabelecido que a conduta havia, de fato, ocorrido, o CADE, então, passou a analisar se ela teria o potencial de gerar efeitos no Brasil. O CADE concluiu que quase todo o mercado de vitaminas no Brasil era composto por produtos importados, e que as representadas eram responsáveis pelo fornecimento de uma quantidade substancial de vitaminas para o Brasil. Essas conclusões, no entendimento do CADE, eram indicativos de que a conduta teria, provavelmente, causado efeitos no Brasil.

Além disso, ao analisar o mercado brasileiro, o CADE notou que as participações de mercado das representadas no Brasil eram quase idênticas ao “orçamento internacional” que haviam dividido entre elas no âmbito do acordo anticompetitivo. O CADE também utilizou como argumentos de que o cartel teria causado efeitos no Brasil a organização societária e o processo de tomada de decisões das empresas representadas. De acordo com o CADE, as subsidiárias das empresas no Brasil respondiam diretamente às matrizes no exterior, responsáveis pela definição dos preços a serem praticados no Brasil. O CADE entendeu, portanto, que os acordos de fixação de preços entre concorrentes, negociados entre as matrizes das empresas participantes, teriam sido replicados no Brasil de forma quase que automática.

O CADE argumentou, ainda, que não haveria lógica em um cartel internacional voltado para a alocação de mercados e que incluía o mercado latino-americano excluir o Brasil do acordo. Ao fazê-lo, o CADE reverteu o ônus da prova, e concluiu que as empresas representadas teriam que apresentar justificativas legítimas e razoáveis para que o Brasil tivesse sido excluído das divisões de mercados.

Finalmente, o CADE concluiu que havia provas suficientes de que o cartel tinha gerado efeitos no Brasil. Ressaltou, entretanto, que seria dispensável, em casos futuros, comprovar que as condutas haviam efetivamente afetado o Brasil, bastando que o CADE demonstrasse que as condutas tinham o potencial de gerar efeitos no território brasileiro, embora o CADE não tenha definido nessa decisão quais seriam os critérios para demonstrar quando uma conduta teria o “potencial de gerar efeitos” no território brasileiros.

A decisão sobre o *Cartel das Vitaminas* estabeleceu uma abordagem padrão para a análise de efeitos no Brasil que passou a ser adotada pelo CADE nas investigações de cartéis internacionais que se seguiram.

2.2. Decisões do CADE sob a Lei de Defesa da Concorrência Atual

Desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência em 2012, o Tribunal do CADE decidiu, de forma definitiva, dez casos envolvendo cartéis internacionais, enquanto outros casos seguem sob a análise da SG ou aguardando julgamento pelo Tribunal. Em todos os casos julgados até o momento, o Tribunal do CADE fez alusão à abordagem adotada no *Cartel das Vitaminas* para verificar a possível existência de efeitos no Brasil, embora diversos desses casos tenham envolvido acordos e dinâmicas significativamente diferentes aos daquele caso. Classificamos esses casos, de acordo com seus potenciais efeitos no Brasil, em: (i) cartéis internacionais com efeitos diretos no Brasil; (ii) cartéis internacionais com efeitos indiretos no

Brasil; (iii) cartéis internacionais para a alocação de mercado que incluem o Brasil; e (iv) cartéis internacionais sem efeitos no Brasil. Ao final desta seção, analisamos, ainda, o *Cartel dos Compressores*,⁷ caso que apresentou situação singular em que o Tribunal do CADE, em decisão não unânime, adotou uma abordagem atípica para avaliar os potenciais efeitos no Brasil.

2.2.1. *Cartéis Internacionais com Efeitos Diretos no Brasil*

A maioria dos casos de cartel decididos pelo CADE envolve situações em que as empresas representadas possuíam vendas diretas ao Brasil por meio de exportações (cartéis de exportações), como no caso do *Cartel das Vitaminas*. Nessas decisões, o CADE, em geral, seguiu um padrão de análise adotado no caso do *Cartel das Vitaminas* para avaliar se a conduta investigada poderia afetar o território brasileiro: em primeiro lugar, avaliou se a conduta investigada representava um cartel *hardcore*; em caso afirmativo, o CADE passou a avaliar, então, como um acordo de fixação de preços abrangente teria afetado o território brasileiro, considerando-se a existência de vendas diretas, por parte das empresas envolvidas, no Brasil.

No caso do *Cartel de Cargas Aéreas*,⁸ o CADE tomou conhecimento do cartel internacional em razão de um acordo de leniência celebrado com uma das empresas envolvidas na conduta e com seus respectivos funcionários. De acordo com o CADE, o cartel teria combinado preços e datas para a implementação de uma sobretaxa de combustível para o transporte internacional de cargas aéreas, com repercussão mundial. Considerando-se, ainda, que as empresas envolvidas no cartel controlavam 60% do mercado brasileiro de frete aéreo, o CADE entendeu haver fortes indícios de que o acordo feito no exterior teria afetado o território brasileiro.

No *Cartel de Mangueiras Marítimas*,⁹ o CADE, em abordagem similar à adotada no *Cartel das Vitaminas*, recorreu a decisões de autoridades concorrenciais estrangeiras, bem como a outras provas, para determinar que o cartel para fixar preços e condições de vendas, e alocar participações de mercado de forma geográfica, de fato, existiu. A decisão proferida pelo Tribunal do CADE fez referência aos já mencionados casos do *Cartel das Vitaminas* e *Cartel de Cargas Aéreas*, os quais foram usados como referência na determinação de que a conduta seria capaz de gerar efeitos no Brasil. No caso envolvendo mangueiras marítimas, especificamente, o CADE identificou que o principal alvo do cartel era, de fato, a Petrobras, principal compradora de mangueiras marítimas no Brasil, razão pela qual concluiu que o acordo anticompetitivo internacional entre as empresas representadas teve efeitos diretos nas vendas realizadas à empresa brasileira.

O caso envolvendo a *Investigação de Cartel de Eletrodos de Grafite*¹⁰ é outro exemplo de investigação de cartel internacional no Brasil que merece ser mencionado, embora o Tribunal

⁷ Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11. Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, decidido pelo Tribunal em 16 de março de 2016.

⁸ Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02. Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, decidido pelo Tribunal em 28 de agosto de 2013.

⁹ Processo Administrativo n. 08012.010932/2007-18. Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, decidido pelo Tribunal em 25 de fevereiro de 2015.

¹⁰ Processo Administrativo n. 08012.009264/2002-71. Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos, decidido pelo Tribunal em 14 de outubro de 2015.

do CADE tenha arquivado o processo sem análise de mérito em razão de nulidade.¹¹ Conforme exposto pela SG em seu parecer, as representadas detinham, juntas, mais de 90% do mercado brasileiro de eletrodos de grafite no período sob investigação, além de um dos representados ter presença local no país. A SG indicou, ainda, que, durante o período em que o cartel estava em atividade, os preços de eletrodos de grafite aumentaram significativamente (aproximadamente 30%), e decaíram abruptamente após o cartel ter sido encerrado no exterior. Para a SG, esses fatos seriam suficientes para concluir que a conduta gerou efeitos no Brasil; não obstante, a SG foi além e analisou, ainda, como a divisão dos mercados entre as representadas teria afetado o território brasileiro.

Ao analisar o *Cartel de Perborato de Sódio*,¹² o CADE novamente levou em consideração decisões proferidas por autoridades concorrenciais estrangeiras para comprovar a ocorrência da conduta. De acordo com o CADE, as representadas concordaram em fixar preços e dividir determinados mercados entre elas, estabelecendo qual empresa deveria vender em qual jurisdição. Considerando-se que a quase totalidade do perborato de sódio vendido no Brasil é importado, e que as representadas forneciam mais de 90% desse produto no país, o Tribunal do CADE considerou que o mercado brasileiro foi diretamente afetado pela conduta. Além disso, o Tribunal do CADE ressaltou que o acordo de cartel entre as empresas representadas continha menção expressa ao Brasil, eliminando qualquer possibilidade de se argumentar que a conduta não teria afetado o território brasileiro.

Com relação ao *Cartel de CRT (Cathode Ray Tubes – tubos de raios catódicos)*,¹³ o CADE também se baseou em decisões estrangeiras para demonstrar a existência de um cartel internacional – bem como outras provas. Uma vez confirmada a existência do cartel no exterior, o CADE passou a analisar as vendas diretas das representadas no Brasil, concluindo que a fixação de preços no exterior teria afetado o território brasileiro. Cabe mencionar que, neste caso, o Tribunal do CADE afirmou expressamente que responsabilizaria todos os membros de um cartel internacional, independentemente do fato de alguns deles possivelmente não terem vendas diretas com exportação para o Brasil, caso o CADE entendesse que o cartel, em geral, poderia ter afetado o território brasileiro.

Na *Investigação de Cartel de TFT-LCD*,¹⁴ o CADE se baseou em documentos derivados de investigações em diversas jurisdições e da celebração de acordos entre algumas das empresas participantes da suposta conduta e as autoridades concorrenciais dos Estados Unidos para dar início à investigação no Brasil. De acordo com a SG, produtos finais que se utilizavam de painéis de TFT-LCD, tais como computadores, monitores, notebooks, televisores e outros equipamentos eletrônicos, foram montados em fábricas no Brasil e também importados no período da conduta. Para comprovar os efeitos diretos da conduta no mercado brasileiro, a SG utilizou dados do Polo Industrial de Manaus, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e enviou ofícios às empresas representadas.

¹¹ O Tribunal do CADE identificou a existência de nulidade no despacho de instauração do processo administrativo.

¹² Processo Administrativo n. 08012.001029/2007-66. Conselheiro-Relator João Paulo Resende, decidido pelo Tribunal em 24 de fevereiro de 2016.

¹³ Processo Administrativo n. 08012.005930/2009-79. Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos, decidido pelo Tribunal em 9 de novembro de 2016.

¹⁴ Processo Administrativo n. 08012.011980/2008-12. Parecer da SG emitido em 14 de julho de 2017. Pendente de julgamento pelo Tribunal.

2.2.2 *Carteis Internacionais com Efeitos Indiretos no Brasil*

A análise de carteis internacionais capazes de gerar efeitos indiretos no Brasil é mais complexa que aquela realizada quando as empresas envolvidas exportam seus produtos diretamente para o mercado brasileiro. Não obstante, considerando-se a decisão do CADE no *Cartel de Memória DRAM*¹⁵ e o parecer emitido pela SG na *Investigação de Cartel de ODD*,¹⁶ ainda pendente de julgamento pelo Tribunal do CADE, é possível concluir que o CADE tem aplicado uma interpretação mais ampla da teoria dos efeitos nesses casos.

No *Cartel de Memória DRAM*, o CADE concluiu, com base em decisões proferidas por autoridades estrangeiras e em documentos apresentados por empresas que firmaram acordos de cooperação, que fabricantes de memória DRAM formaram um cartel para fraudar processos de aquisição de produtos fornecidos por fabricantes de equipamento original (*original equipment manufacturers – OEMs*) no exterior. Ao analisar se a conduta poderia gerar efeitos no mercado brasileiro, o Tribunal do CADE argumentou que as representadas eram responsáveis por fornecer praticamente toda a memória DRAM vendida no mercado brasileiro, uma vez que não havia produção doméstica deste produto. As negociações sobre as vendas dos produtos de memória DRAM, mesmo nos casos em que as representadas enviavam seus produtos diretamente para o Brasil, no entanto, ocorriam no exterior. A maior parte de memória DRAM que chega ao Brasil está equipada em outros produtos, como, por exemplo, computadores pessoais, laptops e telefones celulares.

Como de costume em investigações de cartel, a PFE emitiu parecer não vinculante, concluindo que as provas apresentadas nos autos do processo não eram capazes de demonstrar que a conduta pudesse gerar efeitos no Brasil. De acordo com a PFE, o CADE deveria adotar interpretação mais conservadora do artigo 2º da Lei de Defesa da Concorrência e investigar apenas condutas que tenham ligação efetiva com o território brasileiro. A PFE sustentou que, caso o CADE não adote uma interpretação mais restritiva, acabaria estabelecendo sua competência sobre todo e qualquer cartel praticado no exterior que pudesse gerar algum efeito no Brasil, ainda que hipotético.

Apesar do parecer contrário da PFE, o Tribunal do CADE entendeu que o cartel de memória DRAM teria causado efeitos diretos e indiretos no território brasileiro. O voto vencedor indicou que a Lei de Defesa da Concorrência não estabelece restrições quanto à interpretação da extraterritorialidade de sua aplicação prevista em seu artigo 2º, que deve ser interpretada de forma extensiva pelo CADE de modo a englobar toda e qualquer conduta anticompetitiva que possa, de qualquer forma, resultar em efeitos anticompetitivos no território brasileiro.

Na *Investigação de Cartel de ODD*, que ainda aguarda julgamento pelo Tribunal do CADE, a SG reproduziu o entendimento adotado no *Cartel de Memórias DRAM*. Baseando-se em decisões proferidas por autoridades estrangeiras e em outros indicativos, a SG concluiu que os fabricantes de ODD teriam formado um cartel para coordenar os resultados de processos de

¹⁵ Processo Administrativo n. 08012.005255/2010-11. Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, decidido pelo Tribunal em 23 de novembro de 2016. Memórias DRAM (*Dynamic Random Access Memory*) são memórias dinâmicas de acesso aleatório, um tipo de memória utilizado em computadores, laptops, telefones celulares etc.

¹⁶ Processo Administrativo n. 08012.001395/2011-00. Conselheiro-Relator João Paulo Resende, pendente julgamento pelo Tribunal do CADE. ODD (*Optical Disc Drive*) são unidades de disco óptico, utilizadas para a leitura e gravação de dados em ou a partir de discos ópticos utilizados em computadores, reprodutores de Blu-ray/DVD/CD, *video games* etc.

compra promovidos por OEMs no exterior. A SG indicou, ainda, que não há fabricantes de ODD localizados no Brasil e que todos os produtos vendidos no Brasil são importados. Assim, embora os processos de aquisição supostamente fraudados tivessem ocorrido fora do Brasil, e embora os fabricantes de ODD tivessem vendido seus produtos fora do Brasil, a SG entendeu que a conduta teria afetado o território brasileiro por meio de vendas diretas e indiretas para o Brasil. De acordo com a SG, uma grande parte dos produtos importados para o Brasil estariam equipados com ODDs (i.e., computadores pessoais, laptops, *video games*, CD-players, dentre outros), muitos dos quais seriam ODDs fabricados pelas empresas representadas, o que foi considerado pela SG como prova suficiente de que o suposto cartel estrangeiro teria produzido efeitos no Brasil.

Com relação à *Investigação de Cartel de TFT-LCD*, a SG apontou que a conduta teve também efeitos indiretos no Brasil, uma vez que foram importados para o Brasil produtos que utilizam painéis TFT-LCD em sua composição (i.e., computadores, monitores, *notebooks*, televisores e outros equipamentos eletrônicos). O caso ainda não foi julgado pelo Tribunal.

2.2.3. Cartéis internacionais para a alocação de mercados que incluem o Brasil

No caso do *Cartel de Mangueiras Marítimas*, somado ao fato de as empresas integrantes do cartel exportarem seus produtos diretamente para o Brasil, o CADE considerou que o acordo de cartel envolveu a alocação de mercados que incluía o mercado brasileiro. De acordo com a decisão proferida pelo Tribunal do CADE, a Petrobras adquiria mangueiras marítimas por meio de “Projetos PCM”, sigla que significa Pedido de Compra de Materiais. Ao participar desses projetos, as concorrentes, integrantes do cartel, discutiam e alocavam os resultados previamente entre elas. As empresas para as quais não fosse direcionado determinado contrato da Petrobras, nos termos do acordo de cartel, apresentavam propostas de cobertura de preços, ou seja, com preços mais elevados do que a proposta apresentada pela empresa para qual o contrato havia sido direcionado pelos membros do cartel, sendo compensadas em outros negócios em outros países. O CADE entendeu que esse fato constituía forte evidência de que o cartel teria tido efeitos no mercado brasileiro.

Na *Investigação de Cartel de Eletrodos de Grafite*, a SG indicou, com base em informações sobre importações do produto, que as representadas teriam acordado em alocar o mercado global entre elas, e, com isso, a conduta teria afetado o mercado brasileiro. De acordo com a SG, pouco após as empresas representadas terem iniciado as atividades do suposto cartel, a exportação de eletrodos de grafite para o Brasil decaiu significativamente, enquanto as vendas domésticas de uma das integrantes do conluio com produção local aumentaram, e com elas seus preços. Ainda segundo a SG, após o cartel ter sido encerrado por autoridades estrangeiras, as exportações para o Brasil aumentaram novamente. Com base nessas informações, e considerando-se o fato de que as representadas teriam vendas diretas para o Brasil, a SG afirmou que a suposta conduta teria afetado o território brasileiro. Como mencionado acima, o Tribunal do CADE não analisou o mérito deste caso e decidiu pelo seu arquivamento em razão da nulidade do despacho de instauração.

2.2.4. *Carteis Internacionais sem Efeitos no Brasil*

O CADE concluiu o julgamento da *Investigação de Cartel de Elastômeros*¹⁷ em 31 de agosto de 2016, decidindo pelo arquivamento do processo administrativo em razão da insuficiência de provas de que a conduta poderia ter afetado, direta ou indiretamente, o mercado brasileiro. O CADE tomou conhecimento sobre o suposto cartel por meio de um acordo de leniência firmado entre o CADE e uma das empresas envolvidas na conduta, que envolveu reuniões entre concorrentes para fixar preços para os mercados da China e de Hong Kong. De acordo com a empresa proponente da leniência, esses preços, acordados na China e em Hong Kong, teriam, possivelmente, sido usados como preços de referência mundialmente, inclusive no território brasileiro.

A confissão dos proponentes do acordo de leniência de que eles teriam usado os preços de referência acordados com concorrentes como base de cálculo para os preços praticados no mercado brasileiro e a presunção de que outros concorrentes teriam agido da mesma forma, não foram considerados suficientes pelo CADE para concluir que a suposta conduta teria potencialmente afetado o território brasileiro. O CADE apontou, ainda, que investigações em outras jurisdições, como Europa, Japão, Coreia do Sul e Estados Unidos da América, também tinham sido encerradas em razão da insuficiência de provas de que a suposta conduta teria afetado mercados além da China e de Hong Kong.

A ausência de provas de efeitos no Brasil neste caso não se deu apenas em razão de não haver menção expressa ao Brasil ou à América Latina durante as reuniões e nos acordos entre concorrentes. De fato, o CADE entendeu que a conduta tinha como foco exclusivo os mercados de elastômeros da China e de Hong Kong, tornando extremamente difícil encontrar uma ligação entre essa conduta e os produtos que foram diretamente importados para o Brasil. Ademais, as proponentes do acordo de leniência não foram capazes de apresentar provas de que as condutas na China e em Hong Kong teriam produzido efeitos indiretos no Brasil.

Em caso quase idêntico, o Tribunal do CADE entendeu que não havia provas suficientes de que o suposto cartel envolvendo fabricantes de produtos plásticos (*Investigação de Cartel de Produtos Plásticos*)¹⁸ teria afetado o mercado brasileiro. O Tribunal do CADE concluiu que o suposto cartel se restringia aos mercados da China e de Hong Kong.

2.2.5. *O Cartel dos Compressores*

O *Cartel dos Compressores* apresentou um desafio singular ao CADE na busca por efeitos no Brasil derivados de condutas praticadas por empresas estrangeiras em um mercado que claramente apresentava dimensão geográfica nacional e que era dominado por *players* nacionais. De acordo com o parecer da SG, o cartel teria sido criado, inicialmente, por *players* no Brasil, os dois fabricantes de compressores nacionais, e, posteriormente, teria se transformado em um cartel internacional quando os fabricantes nacionais, que também possuíam operações de produção em outros países, começaram a ter reuniões e trocar informações com fabricantes estrangeiros. Um dos fabricantes nacionais propôs acordo de

¹⁷ Processo Administrativo n. 08012.000773/2011-20. Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, decidido pelo Tribunal em 31 de agosto de 2016.

¹⁸ Processos Administrativos n. 08012.000774/2011-74 e 08700.009161/2014-97. Conselheiro-Relator Alexandre Cordeiro Macedo, decidido pelo Tribunal em 14 de setembro de 2016.

leniência e reportou a conduta ao CADE e a outras autoridades estrangeiras. O outro fabricante nacional celebrou Termo de Cessação de Conduta com o CADE, deixando apenas as empresas estrangeiras e algumas pessoas físicas a serem processadas pelo CADE.

Em seu parecer final sobre o caso, a SG considerou que quaisquer possíveis discussões realizadas no exterior não tinham relação com o mercado brasileiro, e que não faria sentido para fabricantes estrangeiros discutirem o mercado brasileiro, uma vez que o mercado de compressores no Brasil seria claramente nacional em sua dimensão geográfica, pelas razões a seguir: (i) as taxas de importação no Brasil são muito altas; (ii) os custos de transporte de compressores também são muito altos; e (iii) os fabricantes locais são capazes de suprir toda a demanda nacional a preços menores que importados.

Com base nesses argumentos, a SG sustentou que havia “dois carteis” nessa investigação: (i) um cartel brasileiro, envolvendo as duas empresas locais fabricantes de compressores, e (ii) um cartel estrangeiro que não teria afetado o mercado brasileiro.

O Tribunal do CADE, apesar do parecer da SG, concluiu, por maioria, que as provas juntadas aos autos do processo demonstravam que as discussões ocorridas no exterior mencionavam o mercado brasileiro, e que fabricantes estrangeiras estavam presentes em reuniões em que o mercado brasileiro era discutido por fabricantes nacionais. Um integrante do Tribunal proferiu voto divergente, seguindo o parecer da SG, concluindo que o mercado de compressores era claramente nacional em sua dimensão geográfica, com barreiras significativas à entrada de empresas estrangeiras, e não um mercado internacional, e que não havia provas de que empresas estrangeiras teriam discutido a divisão do mercado brasileiro.

3. Breve análise comparativa sobre a aplicação da teoria dos efeitos no Brasil, nos Estados Unidos da América e na União Europeia

Tradicionalmente, o CADE tem buscado assimilar as melhores práticas de aplicação da legislação concorrencial das autoridades dos Estados Unidos e da Comissão Europeia. A análise da jurisprudência recente do CADE sobre a aplicação da teoria dos efeitos, no entanto, parece indicar que o CADE tem adotado uma interpretação mais abrangente acerca da extraterritorialidade da Lei de Defesa da Concorrência do que as autoridades estadunidense e europeia.

A legislação aplicável nos EUA, assim como a legislação brasileira, também prevê que a aplicação da legislação antitruste estadunidense não se limita a condutas praticadas dentro de seu território. De fato, é possível que condutas anticompetitivas praticadas no exterior que afetem o comércio interno ou externo dos EUA violem também as leis antitruste dos EUA. Não obstante, para que legislação antitruste federal estadunidense seja aplicável a condutas praticadas no exterior, as autoridades antitruste dos EUA¹⁹ devem avaliar se há ligação suficiente entre a conduta anticompetitiva e o mercado estadunidense.

As decisões da Suprema Corte dos EUA e a legislação aplicável²⁰ deixam claro que as leis antitruste estadunidenses se aplicam a condutas praticadas no exterior que tenham efeito substancial e intencional nos EUA. Casos envolvendo importações nos EUA estão sujeitos às

¹⁹ O Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (*U.S. Department of Justice* – “DOJ”) e a Comissão Federal do Comércio dos Estados Unidos da América (*Federal Trade Commission* – “FTC”).

²⁰ I.e. Sherman Act e FTC Act.

disposições gerais do *Sherman Act* sobre efeitos no comércio, proibidos pela Seção 1 como conspiração para restringir o comércio com nações estrangeiras. Casos envolvendo comércio exterior não ligado a importações, entretanto, estão, em geral, fora do alcance do *Sherman Act* e do *FTC Act*, a menos que essas condutas (exportações e comércio exterior dos EUA) tenham efeitos diretos, substanciais e razoavelmente previsíveis no mercado interno dos EUA.²¹

A Comissão Europeia também adota a teoria dos efeitos para determinar a aplicação extraterritorial de sua legislação antitruste. O artigo 81, parágrafo 1º do Tratado da Comissão Europeia se aplica a acordos e a práticas que tenham como objeto ou efeito a prevenção, restrição ou distorção da concorrência dentro do mercado comum, independentemente de algumas ou todas as empresas envolvidas estarem dentro ou fora da União Europeia, de onde o acordo anticompetitivo foi realizado ou de onde as condutas foram praticadas.²²

As Cortes Europeias adotaram a teoria dos efeitos em 1999, defendendo a aplicabilidade da Regulação de Controle de Atos de Concentração da Comissão Europeia (*EC Merger Control Regulation*) quando o ato de concentração proposto apresentava efeitos imediatos, substanciais e previsíveis dentro da Comunidade Europeia. Embora essa decisão tenha se referido à questão de competência nos termos da legislação da Comissão Europeia sobre controle de atos de concentração, entende-se que a teoria dos efeitos é igualmente aplicável a acordos e condutas qualificadas como carteis, assegurando-se a competência da Comissão Europeia para aplicar o artigo 81, parágrafo 1º, a carteis internacionais que gerem efeitos no mercado comum europeu.

Em 2004, a Comissão Europeia publicou uma Nota da Comissão (*Commission Notice*)²³ contendo orientações sobre a aplicabilidade dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comissão Europeia. Na Nota, a Comissão Europeia indicou que um dos requisitos para a aplicação do Tratado é que seja possível prever, com suficiente grau de probabilidade e baseado em determinados fatores objetivos (de fato ou de direito) que o acordo ou a conduta possa ter influência, direta ou indireta, real ou potencial, sobre o padrão de comércio entres os Estados Membros da União Europeia ou afetar sua estrutura concorrencial.

Em suma, embora as legislações concorrenciais aplicáveis nos EUA, na União Europeia e no Brasil apresentem similaridades com relação à adoção da teoria dos efeitos para estabelecer sua aplicação extraterritorial, as autoridades antitruste estadunidense e a Comissão Europeia possuem critérios mais claros e objetivos para determinar as situações em que condutas anticompetitivas praticadas no exterior teriam, de fato, o potencial de limitar a concorrência no mercado nacional ou comum, de modo a justificar uma investigação antitruste. O CADE, por outro lado, ainda parece estar em processo de desenvolvimento de critérios semelhantes, aplicando a teoria dos efeitos de forma mais extensiva do que é feito nos EUA e na União Europeia.

²¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>>. Acesso em 31 de julho de 2017.

²² KIRIAZIS, Georgios. Jurisdiction and cooperation issues in the investigation of international cartels. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_010_en.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2017.

²³ EUROPEAN COMMISSION. COMMISSION NOTICE Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (2004/C 101/07). Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=EN)>. Acesso em 31 de julho de 2017.

4. Conclusão

A análise das decisões recentes do CADE em casos envolvendo cartéis internacionais demonstra que a autarquia ainda amadurece seu entendimento sobre os critérios que devem ser utilizados para determinar a aplicação extraterritorial da Lei de Defesa da Concorrência e, em certos casos, não demandou provas substanciais de efeitos no Brasil para justificar a condenação de representados estrangeiros. Apesar dos esforços da SG e da PFE em prol da adoção de critérios mais restritivos e objetivos em certos casos, particularmente nos casos do *Cartel dos Compressores* e no *Cartel de Memória DRAM*, respectivamente, o Tribunal do CADE optou por adotar uma abordagem mais conservadora, aplicando padrões de prova menos rígidos para concluir que certas condutas praticadas no exterior poderiam ter produzido efeitos no Brasil.

As decisões do Tribunal nos casos do *Cartel dos Compressores* e do *Cartel de Memória DRAM* parecem ter levado a SG e a PFE a reconsiderar as posições adotadas em seus respectivos pareceres nesses casos, o que pode ser entendido como um retrocesso. Não obstante, percebe-se que a SG tem se mantido fortemente comprometida a melhorar a qualidade das provas utilizadas para demonstrar a conexão entre condutas praticadas no exterior e o mercado brasileiro em casos de investigação de cartéis internacionais.

A SG tem sido mais rigorosa durante as negociações de acordos de leniência envolvendo cartéis internacionais, demandando que os proponentes dos acordos de leniência apresentem provas detalhadas e persuasivas de que as condutas reportadas efetivamente afetaram ou, ao menos, seriam capazes de afetar o mercado brasileiro. Como a SG é responsável por decidir quais propostas de acordo de leniência devem ser aprovadas e quais casos devem ser processados, é esperado que ela demande maior qualidade das provas de efeitos no Brasil para decidir quais casos devem ser investigados no Brasil, não apenas em casos derivados de acordos de leniência, mas também em casos derivados de denúncias feitas por terceiros ou de outras fontes.

Embora possa não ser suficiente para assegurar o desenvolvimento de critérios mais bem definidos para a aplicação da teoria dos efeitos pelo Tribunal, espera-se que a melhoria na qualidade das provas de efeitos no Brasil nas etapas iniciais das investigações pela SG reduza o problema em casos futuros. É possível que essa abordagem reduza o número de casos em que o Tribunal é desafiado a proferir uma decisão baseada em provas circunstanciais ou inferências de efeitos no país.

Apesar das críticas à aplicação ampla da teoria dos efeitos pelo Tribunal do CADE em decisões recentes, é inegável o progresso do CADE na investigação e no julgamento de casos envolvendo cartéis internacionais e na defesa da concorrência de modo geral, sobretudo após a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11. O CADE tem demonstrado habilidade excepcional para evoluir e aprender com seus erros, o que aumenta as chances de aprimoramentos na aplicação da teoria dos efeitos no futuro.

Para ser eficiente, um sistema de defesa da concorrência baseado em efeitos deve focar, sobretudo, apenas na investigação de condutas praticadas no exterior que possam oferecer risco material para a concorrência no país, e evitar desviar seu tempo e recursos limitados com a investigação de condutas com pouca ou nenhuma ligação com o mercado nacional. Em vez de deixar de punir cartéis internacionais, uma aplicação mais focada e bem-ajustada da teoria dos efeitos permitiria que o CADE investigasse e punisse de forma mais efetiva os casos que,

de fato, apresentem alguma relevância e sejam capazes de restringir a concorrência no Brasil e prejudicar os consumidores brasileiros.

| aso | Tipo | Início do Processo | Data da Decisão Final | Tempo de Análise | Multas Impostas às Empresas (R\$) |
|--|--|------------------------|-----------------------------------|----------------------------|-------------------------------------|
| Vitaminas | Efeitos diretos no Brasil | 16 de maio de 2000 | 11 de abril de 2007 | 6 anos, 10 meses e 23 days | Entre 847.125,19 e 12.112.558,32 |
| Cargas Aéreas | Efeitos diretos no Brasil | 24 de abril de 2008 | 28 de Agosto de 2013 | 5 anos, 4 meses e 4 dias | Entre 3.974.204,02 e 144.950.064,20 |
| Mangueiras Marítimas | Efeitos diretos no Brasil / Divisão de mercado | 11 de novembro de 2007 | 25 de fevereiro de 2015 | 7 anos, 3 meses e 14 dias | Entre 1.064.109,00 e 11.203.804,73 |
| Peróxidos | Efeitos diretos no Brasil | 9 de setembro de 2004 | 9 de maio de 2012 | 7 anos e 8 meses | 133.644.180,67 |
| Eletrodos de Grafite | Efeitos diretos no Brasil / Divisão de mercado | 17 de dezembro de 2002 | 14 de outubro de 2015 | 12 anos, 9 meses | Nenhuma |
| Perborato de Sódio | Efeitos diretos no Brasil | 1º de outubro de 2009 | 24 de fevereiro de 2016 | 6 anos, 4 meses | 17.428.573,35 |
| Tubos de Raios Catódicos (CRT) | Efeitos diretos no Brasil | 16 de dezembro de 2009 | 9 de novembro de 2016 | 6 anos, 10 meses e 21 dias | Entre 1.687.263,05 e 5.852.550,00 |
| GIS | Efeitos diretos no Brasil / Divisão de mercado | 20 de março de 2006 | Aguardando julgamento | Aguardando julgamento | Aguardando julgamento |
| Compressores | Efeitos diretos no Brasil | 8 de julho de 2009 | 16 de março de 2016 | 6 anos, 8 meses | 4.788.450,00 |
| Memória DRAM | Efeitos indiretos no Brasil | 21 de junho de 2010 | 23 de novembro de 2016 | 6 anos, 5 meses e 2 dias | Entre 532.050,00 e 1.596.150,00 |
| Cabos Subterrâneos e Submarinos | Efeitos diretos no Brasil / Divisão de mercado | 26 de outubro de 2010 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| ODD | Efeitos indiretos no Brasil | 30 de setembro de 2011 | Aguardando julgamento | Não aplicável | Aguardando julgamento. |
| Elastômeros | Sem efeitos no Brasil | 21 de outubro de 2011 | 31 de agosto de 2016 | 4 anos, 10 meses | Nenhuma |
| Produtos Plásticos | Sem efeitos no Brasil | 26 de agosto de 2011 | 14 de setembro de 2016 | 5 anos, 20 dias | Nenhuma |
| Velas de Ignição | Efeitos diretos no Brasil | 3 de setembro de 2014 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Capacitores | Efeitos diretos no Brasil | 29 de setembro de 2014 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Rolamentos | Efeitos diretos no Brasil | 9 de outubro de 2014 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Taxas de Câmbio | Efeitos diretos no Brasil | 2 de dezembro de 2014 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Chicotes Automotivos | Efeitos diretos no Brasil | 10 de novembro de 2015 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |

| caso | Tipo | Início do Processo | Data da Decisão Final | Tempo de Análise | Multas Impostas às Empresas (R\$) |
|--|--|-------------------------|-----------------------------------|------------------|-----------------------------------|
| Cerâmica | Efeitos diretos no Brasil / Divisão de mercado | 18 de dezembro de 2012 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Transporte Marítimo de Automóveis | Efeitos diretos no Brasil | 22 de fevereiro de 2016 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Direção Assistida | Efeitos diretos no Brasil / Divisão de mercado | 23 de março de 2016 | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Revestimento de Embreagem | Acesso restrito | Acesso restrito | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Amortecedores Traseiros e Dianteiros | Acesso restrito | Acesso restrito | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Tubos para Imagem Colorida | Efeitos diretos/indiretos no Brasil / Divisão de mercado | 22 de março de 2010 | Aguardando julgamento | Não aplicável | Aguardando julgamento |
| Cintos de Segurança, Volantes e Módulos de Airbag | Acesso restrito | Acesso restrito | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| Transporte Internacional | Acesso restrito | Acesso restrito | Investigação em andamento pela SG | Não aplicável | Investigação em andamento pela SG |
| TFT-LCD | Efeitos diretos e indiretos no Brasil | 8 de dezembro de 2009 | Aguardando julgamento | Não aplicável | Aguardando julgamento |

TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO: ASPECTOS GERAIS PARA REFLEXÃO

Eduardo Caminati Anders
Guilherme Teno Castilho Missali
Leda Batista da Silva Diôgo de Lima
Luiz Fernando Santos Lippi Coimbra

1. Introdução

Inicialmente, é importante clarificar nossa pretensão com este breve ensaio. O objetivo das considerações que apresentaremos é iluminar certos aspectos sutis e eventualmente controversos, para lançar provocações, problemas e novas ideias em face de um importante instrumento da política concorrencial brasileira à luz da Lei 12.529/11.

Em particular, nosso recorte metodológico volta-se para o controle de condutas, mormente em vista da política de acordos do CADE, em especial sob o ângulo do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), conforme disciplinado pelos art. 85 da Lei 12.529/11 e arts. 219 e ss. do RI-CADE.²⁴

Para fins deste ensaio, iremos nos valer de uma abordagem objetiva e pontual, trazendo observações úteis para problematizações vindouras. Não iremos detalhar os trâmites do TCC no tocante ao funcionamento deste instrumento, vez que mais prática a leitura do texto de Lei para tal finalidade, nem escrutinar casos concretos que alavancaram o TCC no bojo do ordenamento concorrencial, dada que essa empreitada seria digna de um exame minudente, objeto de estudo em separado.

Com efeito, procuraremos, em notas abreviadas, pincelar discussões atuais no que tange à política de negociação de acordos da autoridade antitruste brasileira em sede de TCC e aspectos correlatos, reconhecendo iniciativas de sucesso e também pontuando aspectos dignos de aprimoramento. Esperamos que este breve ensaio traduza certas inquietudes cotidianas, de sorte a contribuir para reflexões críticas e transversais, tudo em prol do fortalecimento da defesa da concorrência.

Nesse dínamo, nossas considerações encontram-se estruturadas à luz de três aspectos gerais: (i) a Operação Lava Jato como (possível) força motriz para o aumento de leniências e TCCs assinados com a autoridade antitruste; (ii) a relação entre a busca por melhores práticas, em especial os programas de *compliance*, e a celebração de TCCs; e (iii) o cálculo da contribuição pecuniária.

²⁴ Ver, em adição, CADE – *Guia de Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel* (“Guia de TCC”). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

2. Aspectos para reflexão

2.1 *Primeiro Aspecto: a Operação Lava Jato como (possível) força motriz para o aumento de leniências e TCCs assinados com a autoridade antitruste*

Como desdobramento da Operação Lava Jato, cuja deflagração ocorreu em 17 de março de 2014,²⁵ bem como diante da emergência da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014,²⁶ em linhas gerais, verificou-se um crescente movimento no empresariado brasileiro no sentido de revisitar a governança corporativa para viabilizar “boas práticas”, com o desiderato de espelhar integridade e ética no modo de fazer negócios.

Tomando por base apenas um elemento, infere-se que reputação é ativo de ouro no mercado, mormente no mundo globalizado contemporâneo, cujas informações viralizam digitalmente em frações de segundos, relativizando o conceito de tempo-espaço para assim se espriarem instantânea e globalmente.

Face a um ambiente de maior exposição a riscos, somado à velocidade na disseminação de danos financeiros e morais, as empresas perceberam, em geral, que estariam em desvantagem competitiva (e comparativa a seus concorrentes) se não investissem e criassem/reestruturassem efetivamente seus mecanismos internos de conformidade.²⁷ Essa afirmação ganha mais relevo à vista de marcos regulatórios rígidos, notadamente legislações que amplificaram a responsabilidade objetiva dos agentes econômicos.

Vale lembrar, nesse ensejo, escândalos financeiros globais no início dos anos 2000, juntamente com crises no mercado de capitais em 2007-2008,²⁸ que explicitaram a importância da higidez na estrutura de controle e governança.²⁹

Focalizando para o ordenamento pátrio, verificamos que o paradigma empresarial sofreu um grande solavanco com a emergência da Operação Lava Jato. Como reflexo imediato, da perspectiva da conformidade corporativa, uma miríade de iniciativas foi estimulada e implementada, tanto por reguladores quanto por regulados, norteadas por um senso de mudança, ou melhor, com o propósito de transformar aquele quadro de anomalia estrutural que foi desnudado.³⁰

²⁵ Para mais detalhes acerca da maior investigação da história brasileira, com repercussões além-fronteiras, favor referir ao seguinte sítio eletrônico: <<http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁶ Em adição, citamos a Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), que entrou em vigor em 19 de setembro de 2013. Por mais que se trate de uma lei situada no escopo penal, antevemos efeitos conexos à esfera concorrencial em face de condutas anticompetitivas mais severas como é o caso do cartel (ver Lei 8.137/90).

²⁷ A premissa maior para atingir “boas práticas” de conformidade é que haja vocalização da alta direção às políticas da empresa, responsável por ditar o tom da cultura corporativa (*tone from the top*).

²⁸ Referencialmente, citamos escândalos envolvendo fraudes contábeis e outros ilícitos, como Enron, Arthur Andersen, Parmalat, WorldCom, Xerox, Lehman Brothers etc., que deram ensejo a tonificação dos mecanismos de controle e monitoramento, conforme se depreende, por exemplo, de *Sarbanes-Oxley* (2002) e *Dodd-Frank Act* (2010).

²⁹ A valorização de empresas sustentáveis sob o horizonte social, que incorpora preceitos da ética e integridade, torna-se item prioritário na agenda da responsabilidade social corporativa, que salienta a necessidade de empresas orientadas por esses “meta-valores”.

³⁰ Ainda que muito se alegue sobre as adversidades reveladas pela Operação Lava Jato, vislumbramos um aspecto claramente positivo. Em que pese um ambiente de ilicitudes materializado por situações estruturalmente doentias, forjou-se um claro ponto de inflexão ao jogar luz para essas situações, de modo a oportunizar um quadro de

Em parte como resultado de um movimento maior, cuja Operação Lava Jato é a pedra angular, mas que não se resume apenas à referida operação, assistiu-se a uma crescente de acordos que foram e vêm sendo celebrados junto às autoridades competentes.

Particularmente na seara antitruste, no que toca à prática de cartel, na esteira da Operação Lava Jato foram celebrados no CADE até o momento,³¹ com base em informações públicas disponíveis, dez acordos de leniência,³²⁻³³ ladeados pela assinatura de TCCs.³⁴

O que esse fenômeno, de guinada de acordos na seara antitruste, sugere em uma primeira e objetiva leitura?

transformação dessa realidade. Como prenunciava o ex-juiz da Suprema Corte dos EUA, Louis Brandeis, a luz do sol é o melhor desinfetante. É importante, nesse contexto, que haja resiliência do mercado, no sentido de retornar a um estado natural que espera que seja um ecossistema de ética e integridade. Para tanto, não basta apenas uma cartilha de boas intenções. É fundamental que haja ações sérias e robustas para construir o (bom) caminho pretendido.

³¹ Sob o guarda-chuva da Operação Lava Jato, verificou-se a denúncia de um emaranhado de supostos cartéis. Nesse sentido, para além do suposto cartel em licitações para obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras (“Petrolão”) (Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14), com base em informações publicamente disponíveis, há em curso no CADE outras nove investigações para apuração dos seguintes supostos cartéis: (i) licitação para obras de montagem eletrônica na Usina Angra 3 da Eletronuclear (“Angra 3”) (Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51); (ii) licitações da Valec para implantação da Ferrovia Norte-Sul e da Ferrovia Integração Oeste-Leste (Inquérito Administrativo nº 08700.001836/2016-11); (iii) licitação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (Inquérito Administrativo nº 08700.006377/2016-62); (iv) licitação para obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Mangueiras e da Comunidade da Rocinha, realizada pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro (Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41); (v) licitações da Petrobras para contratação de serviços de engenharia e construção civil predial de “Edificações de Grande Porte com Características Especiais” (Processo Administrativo nº 08700.007777/2016-95); (vi) licitações para construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas destinadas à Copa do Mundo do Brasil de 2014 (Inquérito Administrativo nº 08700.006630/2016-88); (vii) concorrências públicas realizadas pela Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro – SEA/RJ em obras de recuperação e revitalização ambiental de lagoas urbanas e em obras de contenção e controle de enchentes de rios, incluindo serviços de engenharia, dragagem, desassoreamento e construção de barragens e de molhes (licitações do Complexo Lagunar e de Mitigação de Cheias do Norte e Noroeste Fluminense) (Inquérito Administrativo nº 08700.007277/2013-00); (viii) em obras de construção, manutenção e reparos de rodovias do Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, em concorrências públicas realizadas pela Secretaria de Estado de Obras do Rio de Janeiro – Seobras (Inquérito Administrativo nº 08700.003226/2017-33); e (ix) em licitações realizadas no Distrito Federal relativas a obras civis de infraestrutura de mobilidade urbana. Para detalhamento dessas investigações em sede do CADE, ver: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-distrito-federal>>. Acesso em: 20 ago. 2017. É possível que mais investigações estejam em andamento, pontuando a natureza sigilosa, conforme sinalizado em entrevista do então Superintendente-Geral do CADE. Ver: <<https://jota.info/especiais/cade-investiga-carteis-ainda-desconhecidos-na-lava-jato-30062017>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

³² De 2015 a 2016, houve aumento de 510% no que se refere à procura por acordos de leniência, especialmente em vista da Operação Lava Jato. Ver: <http://istoe.com.br/as-damas-do-cade/>. Acesso em: 30 maio. 2017.

³³ Em termos absolutos, dez acordos de leniência foram celebrados no contexto/como desdobramento da Operação Lava Jato no âmbito do CADE até o momento (desse total, nove foram leniências totais e uma foi leniência parcial). O acordo pioneiro no âmbito da Operação Lava Jato foi celebrado com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e funcionários e ex-funcionários. Os demais acordos foram celebrados (i) com a Camargo Corrêa e funcionários e ex-funcionários (total de dois acordos, um deles no bojo de leniência *plus*); (ii) com a Andrade Gutierrez e funcionários e ex-funcionários (total de quatro acordos, dois deles no bojo de leniência *plus*); (iii) com a Carioca Engenharia e funcionários e ex-funcionários (um acordo); e (iv) com a Construtora OAS S/A e funcionários e ex-funcionários (dois acordos). Acesso em: 20 ago. 2017.

³⁴ De acordo com informações públicas disponíveis, há um total de cinco TCCs celebrados até o momento: (i) três TCCs celebrados no âmbito do suposto cartel em licitações para obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras (“Petrolão”) por Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e UTC; e (ii) dois TCCs celebrados no âmbito do suposto cartel em licitação para obras de montagem eletrônica na Usina Angra 3 da Eletronuclear (“Angra 3”) por Andrade Gutierrez e UTC.

Em primeiro lugar, nunca é demais ressaltar que o fenômeno em tela poderia ser analisado sob diversas lentes, o que significa dizer que a riqueza de olhares é um importante ingrediente para compreender pormenorizadamente as nuances que envolvem a Operação Lava Jato. Em especial, ciências como economia, sociologia, psicologia, antropologia, por exemplo, podem fornecer cabedal analítico oportuno para examinar alguns dos racionais envolvidos à política de acordos e estruturas de incentivos, por exemplo.

Em que pese isso, sob um tom abrangente, sustentamos que de maneira relacionada à guinada de acordos situar-se-ia uma (aparente) mudança de percepção acerca da conformidade perante os agentes econômicos. Mais: ter-se-ia em andamento um fluxo de mudança no que tange à cultura corporativa, atualmente mais zelosa e responsiva em se tratando da valorização de práticas éticas e íntegras no mercado.

Por força dessa premissa engendrou-se, em princípio, um espírito mais fortificado de colaboração entre regulador-regulado que, por sua vez, forjou, dentre outros, uma maior procura por acordos. Obviamente que por trás dessa premissa geral há um sem número de outros fatores que influem, como aqueles relativos à construção de um ambiente institucional mais sólido para negociação de acordos, entre por exemplo.

À luz desse cenário, uma provocação que se lança diz respeito à marcha dos acordos, mirando especialmente sobre o TCC. Sob esse enfoque, a indagação seria: a curva ascendente de acordos que hoje se diagnostica no CADE se manterá (ou mesmo expandirá) no médio e longo prazo ou haverá, *a contrario sensu*, um retrocesso nas estatísticas futuras, partindo da premissa de que o hoje se observa nada mais é do que um efeito sazonal, fruto único da Operação Lava Jato?

Neste momento poderia soar como exercício de quiromancia qualquer resposta preditiva e segura. De toda maneira, nosso prognóstico é que, não obstante a reconhecida importância da Operação Lava Jato para a alavancagem do TCC, e, mais que isso, para o aprendizado institucional em termos de programas de negociação do CADE, se mantido ou aprimorado determinados aspectos do TCC, em tese, não há porque hesitar quanto à perenidade e sobrevida desse instituto. Há, com efeito, uma série de acordos celebrado paralelamente à Operação Lava Jato por ocasião de diversas condutas anticompetitivas.

Sem dúvidas, é complexo predizer se mais operações da envergadura da Lava Jato emergirão, mas uma questão é assente: assim como acordos à mancha soergueram no ordenamento antitruste como reflexo (direto e indireto) dessa operação, acordos devem continuar a ocorrer, pois as empresas se mostram mais conscientes e ciosas de sua imagem (fator reputacional), para além de um compromisso de governança cada vez mais sério exigido por parte de *shareholders* e *stakeholders* nesse sentido, de tal sorte que, uma hipótese plausível, é que os agentes se empenhem para trilhar os rumos da conformidade em primeiro lugar e remediar prontamente eventuais danos causados ou infrações em que estiverem envolvidos.³⁵⁻

36

³⁵ Partimos da premissa de que cartéis não deixarão de existir no futuro, em particular diante do fator humano que anima as engrenagens corporativa, bem como das idiosincrasias de cada indivíduo. Isso, por outro lado, não prejudica as iniciativas de conformidade, que, certamente, reputamos imprescindíveis, tanto para minorar a ocorrência de cartéis sob uma postura preventiva, quanto para facilitar a sua detecção e colaborar com a autoridade no âmbito de acordos, por exemplo, sob uma postura reativa e cooperativa.

³⁶ Reforça esse pressuposto, subjacentemente, o próprio sucesso do programa de acordos do CADE (mirando para o universo antitruste), que, em última análise, traduz aos agentes econômicos maior segurança jurídica e

2.2 Segundo Aspecto: a relação entre a busca por melhores práticas, em especial os programas de compliance, e a celebração de TCCs

Embora de interesse e bastante rico, em vista do escopo deste ensaio, deixaremos em segundo plano a discussão acerca da alavanca/incentivo que leva o agente a colaborar, a valer uma carga multidisciplinar que tal investigação demandaria.

Sem prejuízo, somente para registrar um rápido exemplo: sob uma lógica econômica, em termos de motivação, poderíamos cogitar se a colaboração do agente em sede de acordo visaria às contrapartidas legais (i.e., benefícios como isenção de penalidade ou redução de multas e outras obrigações), aos efeitos positivos à imagem da empresa, que, em princípio, redundaria na melhora nos *ratings* para obtenção de crédito, ou se, na verdade, a colaboração sintetizaria o éthos genuíno do agente à luz de uma autêntica cultura de conformidade do ponto de vista ético-moral, que transcenderia qualquer interesse imediato de ordem pecuniária.³⁷

Pragmaticamente, assumiremos como premissa o fato de que os agentes econômicos reagem a estímulos (sem entrar no mérito se intencionalmente ou não, de eventual limitação cognitiva ou não), e calibrá-los de forma adequada é eixo curial para enfrentar discussões ambientadas na órbita de acordos.

Em particular, relembramos que a política de acordos, i.e., programa de leniência e TCC, não é um fenômeno novo no ordenamento antitruste brasileiro. Há tempos que essas ferramentas estão na caixa da autoridade antitruste. Ocorre que diante de certos refinamentos proporcionados pela Lei 12.529/11 e regulamentações,³⁸ experimentou-se melhoria em se tratando da segurança jurídica e previsibilidade dos instrumentos de acordo sob a ótica dos agentes econômicos.

Entendemos residir aqui um primeiro e importante argumento para defender o uso mais espraído desses instrumentos no contexto atual em comparação à dinâmica verificada em sede da revogada lei antitruste (Lei 8.884/94). Tem-se hoje uma política de acordos mais sofisticada e consolidada, que serve de inspiração tanto para outras autoridades na esfera nacional,³⁹ como é reconhecida internacionalmente pelos pares antitruste, que tratam o CADE com deferência à luz dos avanços de seus instrumentos.⁴⁰

previsibilidade. Com efeito, o sucesso do programa de acordos é fruto de um histórico de intensos esforços do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

³⁷ Nesta última hipótese, o benefício seria de ordem residual, isto é, como consequência do engajamento proativo daquele agente que se norteia pelo real espírito da conformidade.

³⁸ A título exemplificativo, podemos mencionar a exigência trazida pela Lei 12.529/11 de confissão de participação no ilícito para casos de cartel e o aumento da autonomia da SG, que contribuiu, por seu turno, com o estabelecimento de mandato para o Superintendente Geral, para a previsibilidade da agenda antitruste e independência nas investigações.

³⁹ Por exemplo, o acordo de leniência previsto em sede da Lei Anticorrupção, com as suas especificidades. Ademais, há discussão recente acerca da Medida Provisória 784 de 2017 no concernente aos poderes para o Banco Central (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) celebrarem acordos de leniência.

⁴⁰ À guisa de exemplo, o CADE, pelo quinto ano consecutivo, recebeu, em 2017, quatro estrelas (em uma avaliação que varia de uma a cinco estrelas e que leva em consideração o desempenho geral das agências antitruste, sendo cinco estrelas melhor desempenho) no ranking realizado anualmente pela revista britânica *Global Competition Review* – GCR, uma publicação especializada em política de concorrência e regulação. No relatório, a GCR destacou que o programa de leniência do CADE permanece como um “ponto brilhante”, notando o número recorde de pedidos e assinaturas de acordos de leniência em 2016, para além de destacar a aplicação sólida de condenações em casos de cartéis no passado. Com esse resultado, o CADE permaneceu entre as dez melhores agências antitruste do mundo. De se notar que o CADE também recebeu reconhecimento internacional da GCR em 2017, que

Nesse ambiente, pontuamos que muitos agentes vêm criando mecanismos internos para colaborar com o regulador, especialmente quando pululam programas de *compliance* com o condão de zelar pela autovigilância corporativa, numa espécie de autorregulação.⁴¹⁻⁴² A nosso ver, dentre outros fatores, a matriz regulatória mais rígida, que realça a responsabilidade objetiva, propulsionou a busca por acordos. À guisa de exemplo, como posto, a Lei Anticorrupção explicitou a importância de mecanismos de conformidade⁴³ à vista de um arcabouço sancionatório rígido. Demais normativos e legislações têm perfilado nessa direção, frisando a importância de mecanismos de controle e fiscalização sob uma rubrica geral de conformidade.⁴⁴

Nessa linha, um ponto que ventilamos para debate no universo antitruste diz respeito à obrigatoriedade de os agentes econômicos estruturarem programas de *compliance* robustos e efetivos como condicionante à celebração do TCC (e igual medida poderia ser cogitada para fins da celebração do acordo de leniência), mirando esforços prospectivos da empresa.⁴⁵⁻⁴⁶

Com efeito, o Guia de TCC dispõe acerca do programa de *compliance* quando da dosimetria da pena, considerando a existência desse programa como demonstração da boa-fé do agente, elemento que pode auxiliar na redução da alíquota quando da dosimetria. Dessa forma, o Guia de TCC considera a existência de programas de *compliance* como fator atenuante

considerou a autoridade brasileira como a melhor agência das Américas em 2016. Vale citar, por oportuno, que o Guia de Termo de Compromisso de Cessação – TCC, conforme referenciado em nota acima, recebeu o prêmio de primeiro colocado (*Best Soft Law*) na categoria práticas concertadas do *Antitrust Writing Awards* 2016, outra tradicional premiação de defesa da concorrência promovida pela revista francesa *Concurrences*.

⁴¹ Sobre o conceito de autorregulação, ver Tercio Sampaio Ferraz Junior, que anota: “A autorregulação é vista, do ângulo concorrencial, como uma forma de governança privada dos agentes de determinados setores para formalização do controle, estabelecimento e imposição de regras voluntariamente aceitas e passíveis de autocoordenação. O papel da autorregulação é, mediante regulamentação, internalizar padrões de comportamento aceitos pelo mercado e pela comunidade, monitorando seus membros de forma a criar reputação positiva para o grupo. Em outras palavras, a reputação dos agentes está em jogo e será determinante no funcionamento eficiente da autorregulação. Assim, a regulamentação prevista na autorregulação não apenas provê um corpo adicional de normas como também atua no fortalecimento das normas determinadas pela comunidade, Estado e mercado.” Ver: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A autorregulação do mercado publicitário: o CENP*. In: Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP. *Compliance na publicidade*. Documentos de orientação ética I – *compliance* e proposições éticas na autorregulação da publicidade, 2014. Disponível em: <<http://www.cenp.com.br/PDF/livro-compliance/Livro%20CENP%20Compliance%20portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁴² Programas de *compliance* predicam a noção de correção estatal-privada, funcionando como “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada”. A esse respeito, ver: SIEBER, Ulrich. *Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica*. Tradução por Eduardo Saad Diniz. In: OLIVEIRA, William T. et al (org.) *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, pp. 291-319).

⁴³ Vale destacar inúmeras iniciativas do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União relativamente às cartilhas de integridade, disponíveis em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

⁴⁴ Citamos, ademais e referencialmente, a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais), e o Decreto 8.945, de 27 de dezembro de 2016, que regulamenta a mencionada lei e dispõe, dentre outros, sobre gestão de riscos e controle interno. Adicionalmente, pontuamos a Resolução do Banco Central do Brasil 4.595, de 28 de agosto de 2017, que dispõe sobre a política de conformidade (*compliance*) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

⁴⁵ Para empresas com programas de *compliance* estruturados, a obrigação viria no sentido de aperfeiçoar as ferramentas internas de monitoramento e controle.

⁴⁶ Como paralelo, observe-se que, no contexto da Lei Anticorrupção, há obrigação expressa de que haja cláusulas versando sobre o “programa de integridade” para efeitos do acordo de leniência (art. 37, inciso IV, do Decreto 8.420/15).

que, em casos de cartéis clássicos (*hardcore*), pode reduzir o percentual na alíquota até o mínimo considerado razoável pelo CADE (em regra 12%).

No entanto, essa medida, a depender de como encarada pelo agente, pode gerar situações de perplexidade. Explica-se: por hipótese, imaginemos um agente que estrutura o programa de *compliance* norteado unicamente pela pretensão de se valer de algum desconto na dosimetria, sem se preocupar com a real mudança do paradigma corporativo em prol da conformidade, mas sim pautado por uma visão racionalista-pragmática, tal como numa conta de chegada, para se beneficiar do eventual desconto pecuniário no caso da infração. Dificilmente um programa moldado à luz desse racional será efetivo na prática.

E mais: dificilmente um programa estruturado sob essa mentalidade serviria ao seu propósito de redução de contribuição. Ora, o CADE é claro no sentido de que, para considerar fator atenuante, o programa de *compliance* deve ter “relação direta com a decisão de propositura do TCC” e/ou ter “resultado na colaboração apresentada”. Ademais, nos termos do Guia de Programas de *Compliance*,⁴⁷ é necessário adotar um conjunto de medidas concretas para que o programa não seja considerado “de fachada” (*sham program*), tais como, por exemplo: envolvimento da alta direção (“*tone from the top*”); estabelecimento de recursos adequados; garantia de autonomia, independência e monitoramento do programa; realização de treinamentos etc. Em princípio, apenas se os elementos acima (no mínimo) forem incorporados e se for efetivo na prática é que o programa fará jus à atenuante.

O aspecto crítico que se coloca tem a ver com a imposição, isto é, a obrigatoriedade do agente estruturar um programa de *compliance*. Tal imposição *a fórceps* pode gerar efeito oposto ao esperado no que tange à internalização da genuína cultura da conformidade. Assim, em face desse cenário, há risco de que o programa seja simplesmente posto, sem qualquer medida de sensibilização para a verdadeira cultura que ele pretende canalizar.

Para contemporizar ou evitar esse risco, parece-nos oportuno, dentre outras medidas, que, contiguamente à eventual obrigação de implementar o programa de *compliance*, se for essa a decisão, que o CADE, quando a situação assim demandar, designe um monitor antitruste, de sorte a averiguar o cumprimento das obrigações do TCC, fundamentalmente monitorando as ações e fiscalizando o andamento do programa de *compliance*.⁴⁸

2.3 Terceiro Aspecto: o cálculo da contribuição pecuniária

O cálculo da contribuição pecuniária a ser paga pelo administrado na hipótese de celebração do TCC é uma questão de primeira ordem na agenda antitruste. Com efeito, o valor a ser pago a título de contribuição é dos fatores mais impactantes – senão o mais impactantes

⁴⁷ CADE – *Guia de Programas de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁴⁸ Grosso modo, na escolha do monitor, a empresa apresenta uma lista de especialistas independentes para a autoridade, que, por seu turno, escolhe aquele indivíduo/empresa que entende mais adequado para o perfil em análise. Usualmente, o tempo de monitoramento varia de dois a três anos. Os monitores acompanham periodicamente o dia a dia corporativo, produzindo relatórios para aferir as políticas de conformidade da empresa. Os custos do monitor são arcados pela empresa que o contrata, salientando que o monitor não possui qualquer vínculo empregatício com a empresa. O modelo de monitoramento externo (supervisão) é relativamente novo no Brasil e não encontra previsão legal. Esse modelo tem suas origens no direito norte-americano. Nos EUA, a política de monitores externos é parte da realidade, em especial à luz das leis anticorrupção e antissuborno.

sob a ótica das empresas – na decisão de celebração, ou não, do TCC quando da avaliação de custo/benefício de optar por uma ou outra estratégia.

O art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11, dispõe que os responsáveis por infrações à ordem econômica (empresas) estarão sujeitos à seguinte pena pecuniária:

no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.
(grifos nossos)

A primeira dificuldade enfrentada para o cálculo da contribuição consiste na aplicação do conceito de “ramo de atividade”, do qual o legislador lançou mão para delinear a base de cálculo a ser utilizada na aferição da contribuição pecuniária. Conceito aberto e indeterminado, foi o responsável pela edição da Resolução CADE nº 3/2012 pelo CADE, a qual pretendeu deitar uma luz sobre o tema, pela tentativa de objetivar a definição de ramo de atividade com base em conceitos previamente utilizados pela Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Ocorre que, após cinco anos da edição da referida resolução, os ramos de atividade por ela descritos, via-de-regra, não guardam identidade com as características dos mercados nos quais teriam ocorrido as infrações relatadas no bojo dos TCCs. A questão é de suma relevância, na medida em que a utilização de uma base de cálculo inadequada – no mais das vezes à maior, dado o caráter generalista dos ramos descritos na Resolução CADE nº 3/2012 – acaba por sugerir o recolhimento de contribuição pecuniária desconexa com a infração reportada à autoridade antitruste.

Reconhecendo as dificuldades práticas decorrentes da aplicação dos parâmetros da Resolução CADE nº 3/2012 para individualização do “ramo de atividade” no cálculo da contribuição, o próprio CADE editou, em novembro de 2016, a Resolução CADE nº 18/2016, que teve por objetivo flexibilizar a aplicação da Resolução CADE nº 3/2012, ao determinar o acréscimo do seguinte trecho (art. 2-A) à sua redação original:

Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais.

A crítica que se faz aqui, entretanto, é a de que não há parâmetro objetivo para nortear o exercício desse juízo de proporcionalidade e, além disso, a questão da inadequação permanece sem qualquer solução. Explica-se: não são poucos os casos em que a conduta reportada não tem aderência (sequer parcial) a absolutamente qualquer dos ramos de atividade descritos na Resolução CADE nº 3/2012, ou seja, não se trata de uma questão de desproporcionalidade (que o art. 2-A permitiria equacionar), mas sim de absoluta inadequação, que extrapola o escopo do art. 2-A e cria verdadeiro entrave nas discussões de contribuição pecuniária.

Quer nos parecer, portanto, que mesmo depois de alterada pela Resolução CADE nº 18/2016, a Resolução CADE nº 3/2012 permanece inadequada ao seu propósito, vez que no lugar de facilitar a definição do ramo de atividade, acaba por inserir entraves desnecessários e indesejados à sua correta caracterização, implicando distorções descabidas no cálculo da

contribuição pecuniária, o qual poderia ser realizado de modo mais coerente, sem a necessidade de enquadramento do ramo de atividade aos imprecisos termos da Resolução CADE nº 3/2012.

Ainda com relação ao tema da contribuição pecuniária, não poderíamos nos olvidar dos recentes debates sobre o trecho final do citado dispositivo (art. 37, inciso I, da Lei 12.529/11), em particular devido à recorrência e sensibilidade do tema nas sessões de julgamento do Tribunal.

Recentemente, dois Conselheiros do Tribunal (Cristiane Alkmin e João Paulo de Resende)⁴⁹ colocaram, ainda que cada qual à sua maneira, a tese de que o CADE deveria utilizar a métrica da vantagem auferida para o cálculo de contribuições pecuniárias. A sugestão de utilização de uma métrica controvertida – que flerta com elementos da reparação de danos e com as competências de outros órgãos da Administração Pública – para cálculo da contribuição pecuniária, levantou temores quanto à segurança jurídica dos administrados, os quais se acentuaram no começo de 2017, quando uma proposta de TCC, negociada pela Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin, foi vetada pela maioria contrária à utilização da vantagem auferida para cálculo da contribuição.⁵⁰

Uma primeira e relevante questão que se levanta é: até que ponto caberia ao CADE aprofundar-se na árdua (e, porque não, incerta, subjetiva e onerosa) tarefa de tentar calcular a vantagem auferida por aquela prática investigada? Dadas as dificuldades inerentes ao cálculo da vantagem auferida e, ainda, a existência de outros órgãos de controle e mecanismos específicos de reparação, não caberia ao CADE, em verdade, focar-se na primeira parte do dispositivo legal, que estabelece critérios mais objetivos, usando por base de cálculo o faturamento bruto e dosando-se a variação de alíquota da penalidade conforme a gravidade da conduta?

Vale ressaltar que o Tribunal do CADE já se manifestou a respeito dessa dúvida afastando, por maioria, o cálculo da vantagem auferida e confirmando a aplicação dos limites expressos previstos em lei.⁵¹

Nesse sentido, em síntese, os Conselheiros Gilvandro de Araújo, Alexandre Cordeiro e Paulo Burnier entendem que o cálculo da vantagem auferida pode gerar insegurança no mercado, de sorte que o melhor caminho neste momento é continuar aplicando os percentuais de faturamento dentro dos limites previstos em Lei, ajustando as alíquotas conforme a gravidade da conduta, tal como o modelo usualmente vigente.

Para o Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, a escolha do legislador na redação do art. 37 foi privilegiar o primeiro critério (faturamento e alíquota), mais objetivo, deixando o segundo critério (vantagem auferida) em segundo plano. Adicionalmente, de acordo com o

⁴⁹ Com efeito, o Conselheiro João Paulo de Resende indicou que passaria a votar pela não homologação de TCCs em casos de cartéis *hardcore* quando o valor da contribuição não guardasse relação com o dano causado e, de fato, na sessão ocorrida em 18.10.2016, o Conselheiro chegou a votar contra a homologação de três requerimentos de TCCs, posto que o cálculo da contribuição pecuniária não teria levado em conta o valor da vantagem auferida.

⁵⁰ Requerimentos nº 08700.005902/2016-22, 08700.006351/2016-14 e 08700.006535/2016-84, referentes ao Processo Administrativo nº 08012.008407/2011-19, julgados em 1.2.2017. Nestes casos, a Conselheira-Relatora aplicou como metodologia para o cálculo da contribuição pecuniária uma estimativa sobre a vantagem auferida, rechaçada pela maioria do plenário, que entendeu essencialmente que o cálculo da contribuição não seguia em consonância com a metodologia de cálculo aplicada historicamente em precedentes do CADE, ou seja: o valor do faturamento do agente infrator, variando-se a alíquota conforme a gravidade da conduta e o desconto conforme a contribuição da empresa e momento de solicitação do *marker* para negociação do TCC.

⁵¹ Ver, nesse sentido, Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22 (julgado em 16.8.2017).

Presidente Alexandre Barreto de Souza, é importante estimular esse debate, mas as próprias tentativas do CADE acerca da estimação da vantagem auferida demonstraram que o cálculo não é de simples definição, e que as principais dificuldades seriam o acesso a dados e a assimetria de informação entre a autoridade e o setor privado.

Renovação é importante e arejar os debates é um passo positivo para fortalecer a construção de institutos e ferramentas. De todo modo, o ponto chave é compreender a real necessidade da mudança em face de uma política que vem caminhando bem ao longo de sua trajetória em seus termos gerais. Em adição, em prol do espírito de previsibilidade e segurança jurídica, sustentamos que discussões envolvendo base de cálculo da contribuição pecuniária devem ser travadas pelo Plenário do CADE quando do julgamento de processos administrativos, vez se tratar de oportunidade adequada para a construção jurisprudencial, após cuidadosa instrução probatória sob o crivo do contraditório. A nosso ver, discutir o assunto em sede de homologação de acordos, ao contrário, representa séria ameaça à segurança dos administrados no importante instituto do TCC.

3. Apontamentos finais

As questões iluminadas neste breve ensaio sintetizam, ao fim e ao cabo, o sucesso do programa de TCC instituído pelo CADE. Esse programa é parte de uma construção institucional que não data de hoje; a política de TCC foi sendo maturada ao longo da trajetória do SBDC, com ponto de inflexão mais recente à luz da Lei 12.529/11. Nessa esteira, a Operação Lava Jato se posiciona como um significativo reforço institucional no tocante ao aprendizado para a negociação de acordos.

Todavia, por louvável que seja, o sucesso do programa não autoriza uma falta de reflexão quanto ao seu destino futuro. É vital que haja ponderação crítica à vista de uma agenda de aperfeiçoamento institucional, mormente em face da complexidade e multidisciplinariedade dos temas que impulsionaram muitos dos acordos recentemente celebrados no CADE.

Em assim sendo, parece-nos que as discussões sobre o programa de TCC – em especial aquela relativa à contribuição pecuniária – não podem ser tratadas isoladamente, sem considerar a atuação de outras esferas e órgãos de controle, notando, para além disso, as ferramentas de persecução civil e penal das quais os administrados e a Administração Pública dispõem para o exercício das funções reparatória, punitiva e dissuasória das práticas anticompetitivas.⁵²

Nesse sentido, nossa conclusão é que para manter o festejado sucesso, a política dos acordos no CADE deve, necessariamente, perseguir, sem prejuízo de outros, os princípios da segurança jurídica e previsibilidade – não apenas no bojo do TCC, mas também em sua harmonização com todo o universo de controle, sanção e reparação que atua sobre os

⁵² A título de nota, digna de desenvolvimento em futuro trabalho, deixamos consignada a importância de refletir, em termos de política pública, sobre o interesse e razoabilidade, bem como conveniência e oportunidade em se punir pessoas físicas em âmbito administrativo. Em suma, na esfera criminal, já se prevê punição relevante no contexto dos indivíduos envolvidos em práticas de cartel (i.e., reclusão de 2 a 5 anos e multa, conforme art. 4º, inciso II, da Lei 8.137/90), de forma a se questionar, por exemplo, eventual excesso de punição (sobrepunção) ao também fazê-lo na esfera administrativa. Em termos dissuasórios, teoricamente, a penalidade criminal teria o potencial de ser mais efetiva sob o viés do indivíduo infrator. Não obstante essa proposta possa eventualmente dar azo à controvérsia, parece-nos um debate interessante de ser maturado com o devido rigor.

administrados. É igualmente importante que o CADE se empenhe na missão de alinhamento institucional, a valer os reflexos que os acordos podem gerar para outras searas.

Por fim e não menos importante, orbitando todo o debate, avaliamos de forma positiva uma agenda na qual a autoridade desempenhe um papel pedagógico que ajude a incentivar políticas de boa governança corporativa, jogando luz, em especial, para os programas de *compliance* e outros mecanismos de conformidade.

A RESPONSABILIDADE DE PESSOAS NATURAIS NAS CONDENAÇÕES POR CARTEL: PADRÃO DE PROVA E DOSIMETRIA DA PENA NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Joyce Midori Honda
Ricardo Lara Gaillard
Thales de Melo e Lemos

Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, em 2012, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) encontra-se mais fortalecido e eficiente, o que também refletiu na jurisprudência mais sólida do órgão em temas variados.

Sob a vigência desta lei, enquanto a Superintendência-Geral¹ passou a cuidar da maior parte dos atos de concentração², o Tribunal³ tem dedicado mais tempo e esforços aos casos mais desafiadores e complexos, em particular aqueles relacionados a condutas anticompetitivas. Dados da autarquia federal indicam relevante aumento no número de casos julgados. Entre 2012 e 2016 foram proferidas decisões finais pelo Tribunal em 192 processos administrativos, com um percentual também elevado de condenações – cerca de 63% das decisões. Desde 2012, o expressivo avanço no controle de condutas foi acompanhado pelo crescimento no número de Termos de Compromisso de Cessação – TCC, com ao menos 213 requerimentos, e de Acordos de Leniência, tendo sido assinados 38, além de 9 leniências “*plus*”.⁴ Entretanto, a tendência que se verifica no aumento de condenações começou pelo menos em 2003, com a implementação do programa de leniência e sofisticação das técnicas de investigação.⁵

Neste aspecto, a repressão a condutas anticompetitivas exige maior cuidado e atenção com temas complexos, em particular a responsabilização de pessoas físicas, e especialmente no que se refere à segurança jurídica nos padrões de prova e na dosimetria da pena. A repressão não pode resultar na violação de princípios e direitos, tais como a necessária identificação de quais atos foram perpetrados por cada indivíduo – individualização da conduta e o princípio da presunção de inocência.

A identificação e comprovação da ocorrência de cartel não é tarefa simples. Não basta, por exemplo, a mera verificação de preços idênticos ou similares de um produto no mercado.⁶

¹ Em casos de cartel, a Superintendência-Geral é o órgão investigativo responsável por preparar um parecer recomendando ao Tribunal a condenação dos Representados ou o arquivamento do caso.

² De acordo com dados estatísticos do CADE, dentre 1.738 atos de concentração notificados, 96,37% foram decididos pela Superintendência-Geral, com aprovação sem restrições.

³ O Tribunal é o órgão decisório, que recebe a opinião e emite a decisão final em âmbito administrativo. Em atos de concentração, apenas pareceres que recomendam restrições ou reprovação da operação são automaticamente encaminhados ao Tribunal.

⁴ CADE. *Balanco de 2016*. Janeiro de 2017. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

⁵ MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. *Anti-Cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends*. Em: Overview of competition law in Brazil. São Paulo: IBRAC - Editora Singular, 2015, p. 273.

⁶ GILBERTO, André Marques. *O Processo Antitruste Sancionador: Aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 202. Ver também MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis*. São Paulo: Singular, 2013. p. 177.

Este tipo de acordo ilegal tende a ocorrer em reuniões secretas ou disfarçadas e utilizando dados codificados ou ligações telefônicas raramente formalizadas.

Portanto, para a análise antitruste, é importante verificar qual o padrão de prova – ou de indícios – necessário para se concluir pela participação de indivíduos na conduta ilícita e sua responsabilização e, com base nestas premissas, determinar quais as penalidades aplicáveis.

Este capítulo pretende analisar os dispositivos legais que determinam a responsabilidade de pessoas naturais em condenações por cartel sob a Lei de Defesa da Concorrência. Ele também objetiva analisar e esclarecer, de forma crítica, a jurisprudência do CADE sobre padrões de prova para condenação de administradores⁷ e não administradores e sobre a dosimetria da pena.

1. Responsabilidade das pessoas naturais pela prática de cartel no Brasil

No Brasil, a prática de cartel não é apenas um ilícito administrativo, mas também um crime, como estabelecido principalmente na Lei nº 8.137/90 que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. De acordo com o Artigo 4º desta lei, tais práticas são puníveis com penas que variam de dois a cinco anos de reclusão e uma multa a ser estabelecida pelo juiz competente.

Ao passo que, na esfera administrativa, empresas, associações e indivíduos podem ser condenados por sua participação em cartéis, na esfera criminal apenas as pessoas naturais podem ser condenadas.

Apesar de análise da persecução criminal aos cartéis sob a legislação penal brasileira ser de extrema relevância para as pessoas naturais, este capítulo se dedicará apenas à responsabilidade administrativa dos indivíduos e não aos aspectos criminais relacionados.

1.1 Responsabilidade das pessoas naturais sob a Lei nº 12.529/2011

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece que “*As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente*”.⁸

Mais adiante, o artigo 37 da mesma lei estabelece que os administradores, direta ou indiretamente responsáveis pela infração cometida, somente serão punidos quando comprovada a sua culpa ou dolo.⁹ Portanto, afasta-se a possibilidade de responsabilização objetiva, por exemplo, pela mera ocupação do cargo, mesmo no caso dos cartéis “*hard core*”, que são considerados uma infração “*per se*” desde o diploma anterior, tendo em vista a certeza, na visão da autoridade, da sua lesividade aos consumidores e à concorrência.¹⁰

⁷ De acordo com Rubens Requião, o administrador da empresa é a figura central, que está em posição de chefe, no topo da pirâmide hierárquica. Todos os outros empregados estão subordinados a ele e devem obedecê-lo. Em: REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 462.

⁸ Artigo 32 da Lei de Defesa da Concorrência.

⁹ Artigo 37 da Lei de Defesa da Concorrência.

¹⁰ CORDOVIL, Leonor ... et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

O mesmo artigo também determina que serão penalizadas as demais pessoas naturais pela prática de infrações contra a ordem econômica, estendendo a responsabilidade aos demais funcionários com participação comprovada na conduta. Em outras palavras, tanto os administradores quanto os não administradores podem ser responsabilizados por este tipo de infração.

As previsões legais mencionadas merecem maior discussão. Por exemplo, no caso de administradores, é possível questionar se a constatação da sua posição hierárquica depende de previsão estatutária ou somente da forma de sua atuação dentro da companhia, seja por meio da tomada de decisões estratégicas ou definição da atuação concorrencial da empresa. Além disso, o debate sobre os padrões de prova para condenar um administrador também repousa em outras questões, que podem incluir: a probabilidade de este ter tido conhecimento do cartel; o fato de ter sido apenas copiado em e-mails que envolveram o ilícito; a existência de provas de que tomou ou não tomou medidas contra a ocorrência do cartel; prova documental da sua participação direta na prática imputada; entre outras. Para os não administradores, a discussão sobre as provas tende a se focar no nível de atuação, liderança e organização no conluio. Com base nestas questões, os padrões de prova refletem, por fim, sobre a dosimetria das penalidades.

Com base nas decisões de maior destaque proferidas pelo Tribunal nos últimos cinco anos, os próximos tópicos irão analisar mais profundamente os padrões de prova para condenação tanto de administradores quanto não administradores, o que inclui a possibilidade de condenação com base em indícios. Ao fim, também serão analisados os critérios de dosimetria das penalidades para os infratores.

2. Padrão de prova para condenação

Nos processos administrativos instaurados pelo CADE, é frequente que sejam relacionadas no polo passivo pessoas naturais. Especialmente na fase inicial dos processos, podem existir conjuntos de indícios ou provas muito distintos, que apontam maior ou menor grau de envolvimento. É evidente que, visando aprofundar as investigações, a Superintendência-Geral busca incluir todos – ou quase todos – os nomes obtidos na representação, nos documentos apreendidos nas buscas e apreensões, que foram mencionados durante a investigação ou listados no Acordo de Leniência.

No entanto, isto cria uma situação delicada: na ausência de razoável grau de segurança jurídica, o indivíduo que tem seu nome relacionado em uma investigação por cartel tende a apresentar sua defesa sem previsibilidade quanto ao futuro parecer da Superintendência-Geral e futura decisão do Tribunal. Isto se deve ao fato de que não administradores foram condenados com base em sua participação direta, enquanto administradores já foram condenados com base no seu “dever de saber” da existência do cartel ou de tomar as medidas necessárias para prevenir sua ocorrência.

Tal incerteza quanto aos pareceres e decisões cria dois problemas: o representado pode estar seguro de não ter participado ou consentido com o cartel, e ainda assim ser condenado; ou pode, mesmo considerando-se inocente, acabar por celebrar um acordo com o CADE, assinando um Termo de Compromisso de Cessação - TCC, visando evitar penalidades mais graves em

caso de condenação.¹¹ A legislação atual exige, para assinatura de TCC nos casos de cartel, que o requerente assumira participação na conduta, coopere com as investigações, cesse a prática e pague uma contribuição pecuniária. Este tipo de acordo não protege o requerente na esfera criminal, mas pode resultar na redução de 25 a 50% sobre a multa esperada.¹²

Quando se define os padrões de prova, os princípios de direito devem ser considerados. Não apenas os princípios gerais de direito administrativo – como o da legalidade, publicidade e proporcionalidade, mas também os processuais, que incluem o devido processo legal, ampla defesa e proibição de provas ilícitas. Ainda mais importantes em relação ao tema deste capítulo, os princípios usualmente ligados ao processo penal, tais como o princípio do *in dubio pro reo* e a presunção de inocência, também devem ser observados.¹³ Alguns autores entendem que “*nem mesmo é o caso de se falar em princípios de direito penal, mas sim de princípios que regem toda a manifestação do poder punitivo estatal, seja penal ou administrativo*”.¹⁴

Tais princípios devem ser aplicados especialmente quando se avalia a possibilidade de condenação baseada em indícios. Para esta análise, também é importante diferenciar os padrões de prova aplicáveis aos administradores e não administradores, o que se faz no tópico seguinte.

2.1. Diferenças na valoração de prova para administradores e demais pessoas naturais

Recentemente, no julgamento do Processo Administrativo que investigou cartel internacional no mercado de memória dinâmica de acesso aleatório (Cartel de DRAM), o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior fez importantes considerações quanto ao grau de culpabilidade de administradores e demais funcionários da empresa. De acordo com o voto do relator, que foi seguido pelos demais Conselheiros, para um simples funcionário (o que significa “não administrador”), não bastaria estar copiado em e-mail; este deveria ter atuação direta, já que não possui o dever de tomar medidas contra o cartel. No caso dos dirigentes (“administradores”), no entanto, deve ser valorada a relevância da sua omissão. Em suas palavras:

“No entanto, resta saber se ele participava ativamente da obtenção dessas informações ou se somente foram a ele repassadas. Faço a ressalva de que esse padrão probatório só é cabível no presente caso porque [...] não exercia cargo equiparável a administrador, ou seja, ele não tinha o dever ético e estatutário que derivasse de seu cargo de tomar providências quanto à cessação da conduta anticompetitiva de que tomou conhecimento. Todavia, realmente não ficou claro se ele contribuiu ativamente para a obtenção dessas informações sobre concorrentes ou se foi copiado no e-mail. Se fosse a segunda opção, haveria a discussão sobre eventual omissão relevante que o Representado deteria em virtude da sua posição de administrador, isto é, se ele deveria comprovar que teria tomado as providências que estavam a seu alcance para cessar o

¹¹ Conforme o artigo 35 da Lei 12.529/2011, a repressão das infrações à ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei. Na prática, isto significa que o indivíduo está sujeito também à persecução criminal e civil, sem que se configure *bis in idem*, uma vez que as esferas e as responsabilidades são independentes.

¹² De acordo com o artigo 227 do Regimento Interno do CADE. Na hipótese de o Requerimento de TCC ter sido submetido quando o processo já estiver sob a revisão pelo Tribunal, o máximo percentual de desconto será de 15% sobre a multa esperada para o Representado.

¹³ GILBERTO, André Marques, op. cit., p. 88.

¹⁴ Neste sentido: MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p 104., conforme citado em GILBERTO, André Marques. *O Processo Antitruste Sancionador: Aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010.p. 88.

cartel. Com essas considerações, entendo que há uma dúvida razoável sobre a forma pela qual obteve ou manipulou as informações sensíveis que a ele chegaram, razão pela qual entendo que as acusações [...] devem ser arquivadas pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*”.

¹⁵

O princípio do *in dubio pro reo*, por sua vez, significa que sempre que não se puder estabelecer uma interpretação inequívoca acerca dos fatos e da relação do indivíduo ou da empresa com os fatos, deve ser adotada a interpretação mais favorável ao representado. O princípio deriva da presunção de inocência, constante do art. 5º, LVII da Constituição Federal Brasileira.¹⁶ O princípio também foi aplicado em relação a outras pessoas naturais investigadas no processo do Cartel de DRAM e citadas apenas no Acordo de Leniência, sem a posterior comprovação com evidências adicionais juntadas aos autos, o que resultou no arquivamento em relação a elas. O processo foi arquivado, inclusive, em relação a um representado que confirmou ter participado de reuniões com concorrentes, porque não havia mais provas em relação a ele.¹⁷ O Tribunal também mencionou o princípio do *in dubio pro reo* em outros casos.¹⁸

Também em julgado recente, envolvendo cartel no mercado de componentes de vidro para tubos catódicos¹⁹, a Superintendência-Geral requisitou pareceres tanto da Procuradoria do CADE quanto do Ministério Público Federal.²⁰

O Ministério Público Federal ressaltou que a comprovação da participação na conduta é personalíssima, sendo a individualização da pena um princípio constitucional, de acordo com artigo 5º, XLVI da Constituição Federal. Com base nisso, a autoridade recomendou a condenação das empresas e de apenas algumas das pessoas naturais e, ao mesmo tempo, recomendou o arquivamento em relação a dois indivíduos por ausência de indícios, incluindo um diretor executivo.²¹

Por outro lado, a Procuradoria opinou, neste caso, pela condenação do referido diretor executivo, considerando que havia nos autos menção de que ele representou a empresa em uma reunião com concorrente e comprovação de que houve compartilhamento de informações estratégicas. A Procuradoria argumentou que, pela forma explícita do cartel, seria bastante provável que o representado possuísse conhecimento da ocorrência de encontros envolvendo sua empresa e dos assuntos discutidos. Adicionalmente, o próprio tempo de duração do cartel e a forma de sua atuação (cartel clássico) corroborariam a condenação. Isto porque, nesse tipo de arranjo, há necessidade de envolvimento constante, coordenação e monitoramento. Conforme trecho do parecer:

“[...] quanto mais tempo alguém permanece em cargo diretivo numa empresa em que se comprova a existência de cartel clássico, menos crível se torna a versão de que não tivera

¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. Julgado pelo Tribunal em 23 de novembro de 2016.

¹⁶ GILBERTO, André Marques. *O Processo Antitruste Sancionador: Aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010.p. 273.

¹⁷ Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. Julgado pelo Tribunal em 23 de novembro de 2016.

¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, julgado pelo Tribunal em 25 de fevereiro de 2015; Processo Administrativo nº 08012.002096/2007-06, julgado pelo Tribunal em 6 de maio de 2015; Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, julgado pelo Tribunal em 14 de julho de 2015.

¹⁹ Administrative Process No. 08012.005930/2009-79. Decided by the Tribunal in November 9, 2016.

²⁰ De acordo com o artigo 66, § 8º, da Lei nº 12.529/2011, a Superintendência-Geral pode requisitar a participação de autoridades policiais ou do Ministério Público nas investigações.

²¹ Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, julgado pelo Tribunal em 29 de novembro de 2016.

conhecimento dos fatos, pois a própria manutenção do cartel exige que os partícipes reservem tempo e energia para mantê-lo, monitorando condutas, promovendo reuniões entre os partícipes e checando as condições ilícitas de manutenção do conluio”.²²

O parecer concluiu que o tempo em que o representado atuou como diretor era suficiente para extirpar as práticas infracionais ou minimizar seus efeitos, tendo havido o que a Procuradoria chamou de “*tolerância consciente*” ou “*negligência culposa*”, o que *também justificaria sua condenação*.

Mesmo com opiniões da Superintendência-Geral e do Ministério Público pelo arquivamento do processo, o indivíduo em questão decidiu entrar em acordo com o CADE, através da assinatura de um TCC, antes da decisão do Tribunal. Provavelmente, isto se deu devido à ausência de segurança jurídica e de forma a evitar penalidades mais severas. Desta forma, infelizmente, o Conselheiro Relator do caso não analisou mais profundamente a matéria.

Ainda neste sentido, no julgamento do Processo Administrativo contra pessoas físicas supostamente envolvidas no cartel de peróxidos de hidrogênio, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior ressaltou que seria improvável que um dos diretores não soubesse da prática anticompetitiva que perdurou por muitos anos. No entanto, conforme afirmado no voto, a condenação não se deu pela simples posição hierárquica do representado, nem com base apenas nos documentos trazidos pelo Acordo de Leniência, mas sim pelo robusto conjunto probatório reunido nos autos.²³ A necessidade de obtenção de conjunto probatório robusto antes de decidir pela condenação de uma pessoa natural também foi um assunto de destaque no julgamento de cartel no mercado de cimento.²⁴

O julgamento do cartel internacional de transporte aéreo também trouxe importantes reflexões sobre a questão da posição de direção em empresas com atuação no cartel. Inicialmente, o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz esclareceu a forma de distinguir entre administradores e demais pessoas físicas:

“[...] será avaliado o tipo de cargo que estavam revestidos e se estes têm cunho estratégico e decisório na empresa. Como já registrado e mencionado neste voto, não há dúvidas que se enquadram nesta hipótese Presidente e Cargos de Diretoria” [...] “Quanto às pessoas físicas não-administradoras, serão aquelas com limitada capacidade decisória, tanto no cartel quanto internamente em cada empresa envolvida, em que destaque, por exemplo, cargo de gerente”.²⁵

Outro ponto de destaque do caso do cartel de transporte aéreo foi o voto da Conselheira Ana Frazão. Ela restou vencida quanto ao arquivamento do processo em relação a um dos indivíduos investigados. De acordo com a Conselheira, o voto relator indicou a participação do diretor de uma das empresas como passiva, porque era apenas copiado em e-mails – e apenas no momento inicial da troca de informações. Desta forma, não tendo sido nem mesmo destinatário de e-mails no período considerado ilegal, a Conselheira entendeu que o CADE estaria condenando o representado pelo simples fato de ser administrador de empresa envolvida e pelo suposto “dever de saber”. Importante destacar trecho do voto da Conselheira:

²² Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79, julgado pelo Tribunal em 29 de novembro de 2016.

²³ Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, julgado pelo Tribunal em 14 de julho de 2015.

²⁴ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo Tribunal em 28 de maio de 2014.

²⁵ Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, julgado pelo Tribunal em 28 de agosto de 2013.

“Assim, a afirmação do Relator de que [...] ‘necessariamente sabia de todos os fatos e, como presidente da empresa, respondia por ela’ não passa, a meu ver de perigosa ilação, que não poderia ser considerada isoladamente como evidência ou prova para justificar a condenação e, muito menos, para justificar a maior sanção que foi aplicada às pessoas naturais deste processo”.²⁶

Em um outro caso recente, embora o Procurador Geral do CADE tenha defendido que não é necessário que haja uma certeza absoluta acerca do envolvimento do administrador na conduta, sendo suficiente, dessa forma, apenas a existência de provas de que ele não atuou com a finalidade de encerrar ou de evitar as práticas ilegais da empresa, o Tribunal decidiu arquivar o processo em relação às pessoas físicas contra as quais não foi provado haver culpa ou dolo.²⁷

Com base na jurisprudência do CADE, infere-se que o Tribunal analisa de forma distinta a participação de pessoas físicas administradoras e demais funcionários. Para os primeiros, apesar de não bastar a mera posição hierárquica de direção – afastando-se, assim, a responsabilidade objetiva – a simples negligência em não evitar um cartel (especialmente se este possuiu um longo período de duração) pode ser suficiente para gerar condenação. Em outras palavras, a necessidade de provas mais robustas de participação direta pode dar lugar à análise do conjunto probatório como um todo, incluindo provas indiretas e indícios. Como demonstrado nos tópicos seguintes deste capítulo, de acordo com a jurisprudência do CADE, caso estes indícios sejam coerentes com as provas dos autos, deles podem derivar a certeza da participação do representado no cartel. Assim, conforme os precedentes mais recentes do CADE, a condenação pode derivar da negligência culposa, contribuindo para esta constatação o elevado tempo de duração da prática ilegal.

Quanto aos não administradores, a condenação pode depender da reunião de provas diretas de que o investigado participou pessoalmente na organização ou atuação do cartel, seja pelo envio ou troca de e-mails, participação em reuniões e em conferências telefônicas, como mencionado pelo relator do caso de cartel no mercado de DRAM.²⁸

O tópico seguinte analisa a jurisprudência do CADE em relação às provas constantes dos autos, em especial aquelas consideradas indiretas, além da possibilidade de utilização de feixes concatenados e coerentes de indícios para justificar uma condenação.

2.2 *Análise das espécies de provas e indícios*

Nos termos do Artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência²⁹, nos processos administrativos que envolvem cartel é necessário que se comprove a materialidade da conduta (violação à ordem econômica) e a autoria.

²⁶ Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, julgado pelo Tribunal em 28 de agosto de 2013.

²⁷ Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, julgado pelo Tribunal em 24 de fevereiro de 2016.

²⁸ Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11, julgado pelo Tribunal em 23 de novembro de 2016.

²⁹ Artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência: “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: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

A materialidade da violação inclui, dentre outros elementos: (i) a participação de dois ou mais concorrentes, (ii) a existência de um acordo implícito ou explícito entre eles, (iii) o objetivo ou a intenção do acordo em produzir efeitos anticompetitivos.

Demonstrada a materialidade, é necessário analisar os atos de cada pessoa física envolvida na conduta (autoria). Neste sentido, algumas decisões do CADE destacam a dificuldade de se obter provas durante a investigação de um cartel. Isto porque, usualmente, os indivíduos envolvidos em um cartel têm conhecimento acerca de sua ilegalidade e tentam disfarçá-la.

Por esse motivo, o CADE tem sido flexível ao se valer das provas legalmente admissíveis para evidenciar determinada infração.³⁰ Em outras palavras, como as provas diretas são mais raras, provas indiretas têm sido apresentadas ao CADE para dar suporte às investigações de cartel.

De acordo com a jurisprudência do CADE, a prova direta é um documento que demonstra a existência material do acordo, como atas de encontros e reuniões,³¹ incluindo aquelas coletadas em sede de busca e apreensão.

A prova indireta, por sua vez, resulta de uma interpretação ativa feita pela autoridade - como inferências lógicas, análises econômicas e deduções - a partir de fatos e indícios que, considerados conjuntamente, podem comprovar a violação anticompetitiva. A proxy da interpretação ativa é de que não haveria outra explicação racional e plausível para o comportamento da pessoa natural investigada.³²

Embora a prova indireta tenha sido levada em consideração em alguns casos, existem outros que foram arquivados em razão da insuficiência de provas diretas.³³

Com relação aos indícios, não há uma definição ou conceito estabelecidos na Lei 12.529/11. Contudo, e de forma subsidiária, merece atenção o Artigo 239 do Código de Processo Penal brasileiro, ao definir indício como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.³⁴

Nos termos da jurisprudência do CADE, os indícios podem ser utilizados para uma condenação, desde que a decisão seja coerente e fundamentada. A questão essencial acerca dos indícios é não se valer de uma avaliação individual, mas sim de uma análise do conjunto probatório, de modo a “permitir que a evidência e seus indícios se esclareçam mutuamente”.³⁵ Além disso, a certeza da violação baseada em indícios pode ser melhor construída se eles forem “múltiplos, concatenados e com elementos positivos de credibilidade”.³⁶

³⁰ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo, ob. cit., p. 97.

³¹ Ver também GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste / Eduardo Molan Gaban, Juliana Oliveira Domingues*. 3th edition. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167.

³² Parecer da Superintendência-Geral n° 24/2016 no Inquérito Administrativo n° 08700.000564/2015-51, datado de 27 de julho de 2016.

³³ Processo Administrativo n° 08012.001325/1999-78, julgado pelo Tribunal em 15 de junho de 2005; e Processo Administrativo n° 08012.006059/2001-73, julgado pelo Tribunal em 25 de fevereiro de 2011.

³⁴ GILBERTO, André Marques, ob. cit., p. 263.

³⁵ Processo Administrativo n° 08012.008507/2004-16, julgado pelo Tribunal em 10 de dezembro de 2014.

³⁶ Processo Administrativo n° 08012.001029/2007-66, julgado pelo Tribunal em 24 de fevereiro de 2016.

Dentro desse racional, o CADE aceitou, em diversos precedentes, o conjunto de provas e indícios, por serem coerentes e concatenados, e suportados por fatos do caso. Como exemplo de condenações que se valeram dessa proxy, destaca-se os cartéis no mercado de peróxidos de hidrogênio e cimento.

No primeiro caso, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior mapeou a jurisprudência das cortes brasileiras quando da utilização de indícios para justificar a condenação, ressaltando que para o Superior Tribunal de Justiça, “uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenados, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação”.³⁷

No mesmo sentido, destacou trecho de precedente do Supremo Tribunal Federal, no curso da Ação Penal nº 470: “Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta”.³⁸

Ainda, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior mencionou as palavras da Conselheira Ana Frazão quando do julgamento do cartel do pão: “diante das especificidades dos delitos econômicos, em particular nos de caráter associativo, deve ser visto com naturalidade o recurso a provas indiretas e circunstanciais em investigações de cartéis, especialmente na seara administrativa”.³⁹

Em conclusão, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior ressaltou que não seria necessário separar evidências diretas e indiretas e que a certeza da condenação deveria vir do conjunto de provas e indícios, como feito pelo CADE em outros processos administrativos.⁴⁰

Com relação ao cartel de cimentos, o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior salientou que um diretor executivo, responsável pelos objetivos estratégicos da empresa, “não deixaria de ter conhecimento e ingerência em tão detalhado plano de ação, o que foi comprovado pelos documentos apreendidos em sua sala e apontados anteriormente”. O Conselheiro do CADE também argumentou que o administrador não “tomou qualquer atitude para cessar a conduta e não negou a existência dos documentos apreendidos”, o que seria suficiente para sua condenação.⁴¹

A Conselheira Ana Frazão, por outro lado, afirmou ter tido a impressão de que “várias pessoas físicas foram incluídas no processo apenas em razão do depoimento do denunciante” e que esse depoimento seria “absolutamente interessado e comprometido”. Nas palavras da Conselheira, o depoimento poderia ter iniciado a investigação, mas nunca ser considerado para

³⁷ AgRg. no Ag. 1206993/RS, R. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexto Gabinete, julgado em 5 de março de 2013, publicado em 13 de março de 2013; Resp 130.570/SP, R. Ministro Felix Fischer, Quinto Gabinete, julgado em 02 de setembro de 1997, publicado em 6 de outubro de 1997, p. 50035.

³⁸ Ação Penal nº 470. Supremo Tribunal Federal. R. Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17 de dezembro de 2012, publicado em 19 de abril de 2013.

³⁹ Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68, julgado pelo Tribunal em 22 de maio de 2013.

⁴⁰ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo Tribunal em 28 de maio de 2014; Ver também Processo Administrativo nº 08012.001020/2003-21, julgado pelo Tribunal em 29 de outubro de 2014; Processo Administrativo nº 08012.006199/2009-07, julgado pelo Tribunal em 10 de dezembro de 2014; e Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, julgado pelo Tribunal em 25 de fevereiro de 2015.

⁴¹ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo Tribunal em 28 de maio de 2014.

formar a convicção acerca da condenação de um indivíduo, e “nem para reforçar um conjunto de indícios já existente”.⁴²

Esse precedente demonstra que, apesar do CADE já haver aceitado indícios quando consistentes com o restante do conjunto probatório, sempre há espaço para discutir se tais evidências são fortes e suficientes para condenação.

3. Critérios de dosimetria da pena

Uma vez demonstrada a materialidade e autoria de uma infração à ordem econômica, outros fatores devem ser levados em consideração para fins de aplicação das penalidades previstas em lei.

De um modo geral, as penalidades administrativas aplicáveis em casos de infrações contra a ordem econômica estão previstas no artigo 37 da Nova Lei.⁴³ Além de penas pecuniárias, o CADE pode aplicar outras penalidades, tais como: (i) publicação de declaração da condenação em jornal; (ii) restrições comportamentais (por exemplo, a proibição da aquisição de novos negócios); (iii) o desinvestimento da empresa, transferência de controle corporativo, venda de ativos ou interrupção parcial da atividade; (iv) inelegibilidade para a participação em licitações públicas por prazo não inferior a cinco anos; (v) inelegibilidade para obtenção de financiamento oficial por prazo não inferior a cinco anos; (vi) recomendação às respectivas agências públicas para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, e (vii) proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por até cinco anos.⁴⁴

Note-se que a Nova Lei trouxe inovações com relação à pena de multa. Em particular, houve a redução das multas aplicáveis aos administradores (que eram “*de 10 a 50% sobre a multa aplicada à empresa*”⁴⁵ e passaram a ser “*de 1 a 20% sobre a pena aplicada à empresa*”).⁴⁶ A Nova Lei também incluiu como administradores aqueles que exercem atividade de gerência em pessoas jurídicas que não exercem atividade empresarial, como associações e sindicatos. Em relação aos não-administradores, a Nova Lei aumentou substancialmente os valores, que passaram a variar entre R\$ 50 mil a R\$ 2 bilhões.

A mensuração da pena a ser aplicada aos administradores é tema controverso, uma vez que a tendência de elevação nas multas por cartel os afeta diretamente. Argumenta-se que a penalidade aplicada aos administradores e demais funcionários, somada à criminalização da conduta, é um fator dissuasório mais relevante do que a multa aplicada à empresa (uma vez que

⁴² Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo Tribunal em 28 de maio de 2014.

⁴³ Artigo 37 da Lei de Defesa da Concorrência: A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: [...] II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

⁴⁴ Artigo 38 da Lei de Defesa da Concorrência.

⁴⁵ Conforme a antiga Lei 8.884/94.

⁴⁶ Artigo 37 da Lei de Defesa da Concorrência.

a participação do ilícito depende das decisões tomadas pelos primeiros⁴⁷). Contudo, a vinculação da multa das pessoas físicas ao faturamento da empresa já recebeu críticas, pois pode ser desproporcional. O CADE, inclusive, já aplicou multas com alíquotas no mínimo legal com a finalidade de evitar a violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.⁴⁸

De qualquer modo, e conforme já mencionado, o incremento nas multas aplicadas pelo CADE em casos de cartel é notório, afetando diretamente a pena dos administradores. Em oposição ao início da década passada, a aplicação de um percentual entre 15% a 20% do faturamento das empresas em casos de cartel se tornou prática comum. Não por outra razão, o CADE aplicou em 2014 a maior multa de sua história em casos de cartel, com valores que atingiram R\$ 3,1 bilhões (cartel dos cimentos). Com relação aos administradores das empresas condenadas naquele Processo Administrativo, os valores variaram entre R\$ 2,5 milhões a R\$ 15,6 milhões.⁴⁹

Também merecem destaque as multas impostas aos administradores no caso do Cartel de Frete Aéreo (entre R\$ 1 milhão e R\$ 2 milhões),⁵⁰ Cartel de Peróxido de Hidrogênio (R\$ 6 milhões)⁵¹ e Cartel das Lavanderias (entre R\$ 1 milhão e R\$ 5,3 milhões).⁵²

Assim, é de extrema relevância o tema da dosimetria da pena. Com efeito, e na aplicação das penalidades, o julgador deve observar critérios estabelecidos no artigo 45 da Lei 12.529/2011, a saber: (i) gravidade da infração; (ii) boa-fé do infrator; (iii) vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) consumação ou não da infração; (v) grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; (vi) efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (vii) a situação econômica do infrator; e (viii) reincidência.

Note-se que o grau de liderança no cartel e a proporcionalidade em relação ao faturamento da empresa também são levados em consideração pelo CADE para fins de dosimetria da pena. Ainda e apesar de não haver menção expressa na legislação e jurisprudência, o valor das multas, em se tratando de condenação baseada em provas diretas, tende a ser mais alto do que nas condenações baseadas em provas indiretas.⁵³

Os casos de cartéis envolvendo revendedores de combustíveis estabelecem um importante precedente quanto às diferentes multas aplicadas aos administradores com papel de liderança. Enquanto os administradores sem papel de liderança receberam multas da ordem de

⁴⁷ CORDOVIL, Leonor et al, ob. cit, p. 124.

⁴⁸ GUIMARÃES, Denis Alves. Em: *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. Coordenadores: Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 164.

⁴⁹ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, julgado pelo Tribunal em 28 de maio de 2015.

⁵⁰ Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, julgado pelo Tribunal em 28 de agosto de 2013.

⁵¹ Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68, julgado pelo Tribunal em 14 de julho de 2015.

⁵² Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94, julgado pelo Tribunal em 03 de fevereiro de 2016.

⁵³ MARTINEZ, Ana Paula, ob. cit, p. 177.

10% a 15% das multas aplicadas às empresas, aqueles com função de liderança receberam multas entre 15% a 17%.⁵⁴ Há casos nas quais a variação foi ainda maior, alcançando 12%.⁵⁵

No que se refere à proporcionalidade da pena aos administradores, o CADE já aplicou percentuais mínimos de modo a alcançar uma melhor valoração da pena. Isto ocorreu, por exemplo, no julgamento do cartel internacional de compressores herméticos, no qual o Relator destacou que sua intenção foi conferir a “*devida proporcionalidade à penalidade pecuniária*”. Com efeito, aplicou-se o mínimo legal de 1% para administradores com função de gerência e de 2% para administradores com função de direção, “*tendo em vista o nível de hierarquia nas empresas a que vinculados e sua participação direta na conduta*”. Ainda, a diferença considerou “*o nível de risco decisório assumido por cada um e suas respectivas atividades*”.⁵⁶

Com relação às demais pessoas físicas, sem posição de direção, o Tribunal tem aplicado a lei anterior (Lei nº 8.884/1994) nos processos administrativos iniciados anteriormente à vigência da Lei nº 12.529/11, porque mais benéfica, e que contempla uma multa objetiva que varia entre 6 mil UFIR e 6 milhões de UFIR.

Como um exercício de comparação - uma vez que a multa do não-administrador não guarda relação percentual com a da empresa - as penas aplicadas aos não administradores dentro desse critério alcançam, em média, 1% a 7,5% da multa aplicada às respectivas empresas.

Destaca-se, ainda, em um caso recente, a tentativa do Conselheiro João Paulo Resende de elaborar uma padronização das penas aplicadas aos não administradores, tendo por base o tempo de duração do cartel. Segundo o Conselheiro, em um cartel de longa duração, a multa não poderia ser inferior à 5% daquela aplicada às empresas, desde que o valor, obviamente, não supere o limite legal. O fator de proporção, de acordo com o Conselheiro, deveria ser ajustado também em razão de características específicas de atuação (ativa ou passiva) e de liderança (eventual ou duradoura)⁵⁷. Nesta linha de raciocínio, entendeu que, se o investigado exerceu uma posição ativa e de liderança, a razão de proporção deveria ser ao menos dobrada. Considerando a gravidade dos fatos, a longa duração do cartel, e o fato de os condenados no caso em questão serem estrangeiros (o que geraria um risco de a execução das multas não ser eficaz), o Conselheiro também impôs a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica pelo prazo de cinco anos.

No entanto, não restou claro se a valoração das penas adotada neste caso será considerada como um padrão a ser utilizado em casos posteriores.

⁵⁴ I.E: Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41, julgado pelo Tribunal em 6 de março de 2013; Processo Administrativo nº 08012.004573/2004-17, julgado pelo Tribunal em 19 de junho de 2013; Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96, julgado pelo Tribunal em 06 março de 2013; Processo Administrativo nº 08012.011668/2007-30, julgado pelo Tribunal em 23 de outubro de 2013; Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12, julgado pelo Tribunal em 1º de outubro de 2014.

⁵⁵ Processo Administrativo nº 08012.001003/2000-41, julgado pelo Tribunal em 6 de março de 2013; Processo Administrativo nº 08012.004573/2004-17, julgado pelo Tribunal em 19 de junho de 2013; Processo Administrativo nº 08012.010215/2007-96, julgado pelo Tribunal em 06 de março de 2013; Processo Administrativo nº 08012.011668/2007-30, julgado pelo Tribunal em 23 de outubro de 2013; Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12, julgado pelo Tribunal em 1º de outubro de 2014.

⁵⁶ Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11, julgado pelo Tribunal em 16 de março de 2016.

⁵⁷ Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07, julgado pelo Tribunal em 30 de março de 2016.

4. Conclusão

A responsabilização de pessoas físicas por ilícitos concorrenciais é tema complexo e que deve ser tratado com muita cautela por parte das autoridades. A Lei de Defesa da Concorrência não traz, em seu texto, definições mais precisas sobre o padrão de prova necessário para condenação das pessoas físicas em diferentes posições hierárquicas. Neste sentido, cabe à jurisprudência do CADE estabelecer quais seriam os parâmetros de valoração da prova e de dosimetria da pena.

As diversas decisões analisadas no presente capítulo indicam que os critérios para condenação das pessoas físicas em posição de administração ou direção são diferentes daqueles aplicadas aos demais indivíduos. Neste aspecto, o Tribunal e a Procuradoria do CADE já se manifestaram no sentido de que a chamada “negligência culposa” pelo administrador pode dar ensejo à condenação do mesmo (aquele que teve conhecimento do cartel e não tomou as medidas necessárias para interrompê-lo). Com relação aos não administradores, provas mais diretas da sua participação ativa na prática tendem a ser necessárias, uma vez que não têm os mesmos deveres e poderes de decisão (quando comparado aos administradores).

Além disso, em que pese a necessidade de rigor na valoração dos diversos tipos de provas, a condenação com base em indícios também é possível, de acordo com as últimas decisões do Tribunal. Porém, todos os indícios que suportam a condenação devem necessariamente ser múltiplos, coerentes, concatenados e com elementos positivos de credibilidade, sob pena de arquivamento do caso.

Quanto às penalidades impostas, a jurisprudência do CADE relacionada a cartéis indica que vários outros elementos, para além dos critérios estabelecidos no Artigo 45 da Lei 12.529/11, podem ser considerados na condenação de pessoas físicas, tais como o grau de liderança no cartel e a proporcionalidade em relação ao faturamento da empresa.

Por fim, considerando as lacunas na Lei de Defesa da Concorrência quanto aos padrões de prova e dosimetria da pena, a jurisprudência do CADE e demais tribunais têm papel ativo no fortalecimento do tema, garantindo maior segurança jurídica às pessoas físicas envolvidas e processadas por práticas anticompetitivas.

ESTUDOS PRÁTICOS SOBRE A APLICAÇÃO DE PENALIDADES PELO CADE ENTRE A LEI N. 8.884/94 E A LEI N. 12.529/11

Mayara Barros
Pedro Zanotta
Rodrigo Orlandini

1. A multa nos processos de conduta do CADE

A nova lei de defesa da concorrência completou cinco anos de vigência, o que é festejado neste livro. Foi (e continua sendo) uma ferramenta essencial na solidificação do CADE como uma das entidades de defesa da concorrência mais respeitada, por aproximá-lo dos sistemas mais desenvolvidos do mundo.

Conforme lição de Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, o direito da concorrência pode ser definido como “*o conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso de poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização dos mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade*”¹. Tal defesa da ordem econômica se dá tanto preventivamente, por via de regulação das estruturas de mercado, bem como pelo controle de condutas, cujo viés é, por definição, repressivo e sancionador.

Dentro desse segundo aspecto – o de controle de condutas, a principal sanção prevista para punir as infrações contra a ordem econômica é a pena de multa. Posner preceitua que para garantir a não violação da Lei Antitruste, o sistema de repressão de condutas ilícitas deve tornar a prática das condutas ilegais custosa. Ou seja, a pena deverá ao menos equivaler ao custo gerado pela prática anticoncorrencial na sociedade, não de uma maneira que remeta a *lex talionis*, mas meramente como um conceito de eficiência².

O conceito chave, nesse sentido, é o de dissuasão, tanto de desencorajamento da sociedade como um todo a praticar determinada infração ou ato criminoso, como de particularmente dissuadir o infrator/criminoso a voltar a cometer aquele ilícito no futuro. Isso porque entendemos que o potencial infrator age de maneira racional em busca de maximizar seu bem-estar e vai fazer uma análise custo-benefício da prática do ato ilícito e isso deve ser levado em conta em qualquer política sancionatória³.

Tendo este ponto em consideração, notamos que a nova lei, ao alterar a forma de cálculo da sanção pecuniária, passou, então, a gerar dúvidas por parte dos administrados

¹ OLIVEIRA, Gesner e GRANDINO RODAS, João. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.29.

² POSNER, Richard. Antitrust Law – An Economic Perspective. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p.266-267.

³ Uma dissuasão eficiente, porém, leva em conta que os agentes racionais têm diferentes tolerâncias a risco e preferências distintas e isso deve ser levado em conta em qualquer estudo nesse sentido. Assim preceitua MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

(especialmente as empresas e pessoas físicas que estavam em investigação durante o período de alteração da lei) sobre as novas formas de mensuração e aplicação das multas. A grande questão que se colocava à época era como o CADE interpretaria e aplicaria tais sanções em relação a condutas ocorridas durante a lei anterior e que foram investigadas e julgadas já sob a égide da nova lei.

Em que pese a correção sobre como as autoridades vêm julgando casos de conduta, restava alguma dúvida sobre as diretrizes que seriam utilizadas na nova lei, quando da sua tramitação, especialmente por não terem sido devidamente estabelecidas sequer aquelas que eram aplicadas na lei anterior. Some-se, a isso, após a sua entrada em vigor, as dúvidas quanto à utilização de uma lei ou outra, bem como sobre a efetiva dosimetria e consequente segurança jurídica para os administrados.

Desta feita, conforme bem pontuado por Watanabe, é necessário um certo grau de previsibilidade para o administrado, que deve ser garantido por meio do processo administrativo sancionador com critérios objetivos certos, isonômicos e, de maneira transparente, previamente definidos⁴. Assim sendo, o princípio constitucional da segurança jurídica exige certo grau de previsibilidade para o investigado em relação à dosimetria das multas, garantindo assim estabilidade nas relações jurídicas.

O objetivo desse artigo é, nesse sentido, analisar a conduta do CADE diante de um ponto crucial na aplicação da pena de multa – qual lei aplicar, em um conjunto de casos cuja infração ocorreu ainda durante a vigência da lei anterior.

2. Dosimetria da Lei n. 8.884/94 x Dosimetria da Lei n. 12.529/11: novos parâmetros

Andreoli pontua que a grande alteração trazida pela Lei n. 12.529/11 em relação à Lei n. 8.884/94 foi a mudança da base de cálculo da multa, que passou a ser o faturamento obtido no ramo de atividade empresarial onde ocorreu a infração, ao invés do faturamento total, conforme o diploma legislativo anterior⁵.

O artigo 23, da Lei n. 8884/84, disciplinava:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, **multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos**, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, **multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa**, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, **a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir)**, ou padrão superveniente.

⁴ WATANABE, Doshin. Interpretação e aplicação dos critérios para fixação das multas às infrações econômicas. Revista de Defesa da Concorrência, v. 5, nº 1, p. 178-204, maio 2017.

⁵ ANDREOLI, Daniel Oliveira. Art. 37. In: CAMINATI ANDERS, Eduardo, BAGNOLI, Vicente e PAGOTTO, Leonardo (Coord.). Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012. p. 150-171.

Já o artigo 37, da Lei n. 12.529/11, passou a estabelecer:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:
I - no caso de empresa, **multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;**

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, **a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);**

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, **multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa,** no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea (grifos nossos).

Nosso foco, porém, se dará no percentual aplicado a cada um dos dispositivos legais abordados. A pena de multa compreendia o artigo 23 e seus incisos, da Lei n. 8.884/94, sendo substituído pelo artigo 37 e seus incisos da nova lei, dividida de acordo com o sujeito a ser penalizado, como detalhado a seguir.

A sanção pecuniária aplicada, para a empresa que praticou a infração, no art. 23, I da lei antiga, era de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, enquanto a nova lei, no artigo 37, I prevê de um décimo a vinte por cento sobre o mesmo montante⁶, acrescentando, porém, que esse valor deve ser apurado no ramo de atividade em que atua, o que, dependendo da empresa ou grupo de empresas, pode alterar, para mais ou para menos, o valor a ser pago.

Já as multas para o administrador vinculado à empresa, ou entidade não empresarial, reputados responsáveis pelo ilícito eram, na lei antiga, por seu artigo 23, II, limitadas entre dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, enquanto na lei nova, o artigo 37, III prevê o percentual de um a vinte por cento.

O percentual claramente diminui, demonstrando como é mais benéfica a lei nova no quesito de penalidades aplicadas aos infratores.

No que diz respeito, entretanto, às demais pessoas físicas (empregados não administradores, por exemplo) ou jurídicas de direito público ou privado, independentemente da natureza e regime jurídico da entidade, que não desenvolvam atividade empresarial, mas que tenham contribuído ou sejam responsáveis pela prática do ilícito, enquanto a lei antiga, no artigo 23, III previa multa de seis mil a seis milhões de Ufirs, a lei nova, no artigo 37, II, prevê a multa entre cinquenta mil e dois bilhões de reais, valor consideravelmente superior ao diploma legislativo anterior, mas que, na prática, tem sido aplicado, pelo CADE, com moderação.

⁶ Importante pontuar que a nova lei explicitou que o valor do faturamento do ano anterior é não somente da empresa que cometeu a infração, como do grupo ou conglomerado do qual ela faz parte.

Estas alterações são substanciais, mas, dentro do *range* de possibilidades de valores, geravam (e ainda geram) pouca previsibilidade por parte do administrado sobre quais os critérios a serem utilizados para mensuração da culpabilidade e punibilidade dentro dos parâmetros fixados.

Se, em uma primeira vista, quer parecer que a nova lei é mais benéfica à pessoa jurídica e mais severa com a pessoa física que cometeu infrações, num segundo momento, a alteração nos valores máximos e mínimos não permite uma avaliação devida, uma vez que os critérios de determinação dos valores específicos dentro deste limite ainda não são claros, tanto na legislação quanto nos diversos julgados que pudemos analisar.

3. Direito Administrativo Sancionador e o postulado do *Tempus Regit Actum* e da Retroatividade da Lei Mais Benéfica

A prerrogativa do CADE de aplicação das multas referidas em ambas as leis decorre do Direito Administrativo Sancionador, que nada mais é do que um braço do direito punitivo estatal, originado do poder de polícia⁷, conforme maior parte da doutrina⁸. Segundo essa lógica, apesar de ramos distintos, por terem a mesma origem, alguns dos tradicionais princípios do direito penal devem ser também utilizados na seara do direito administrativo sancionador.

Como explicita Munhoz de Mello, tais princípios regem toda a manifestação do poder punitivo estatal, seja ele penal ou administrativo, tendo em vista ser o mesmo Estado que aplica a sanção administrativa e a pena criminal, devendo, da mesma forma, conferir as mesmas garantias em ambos os casos⁹.

Sobre o tópico, fica também clara a lição de **OSÓRIO**:

“Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal.”¹⁰

Como se pode perceber no item anterior, a Lei n. 12.529/11 trouxe parâmetros de aplicação das penalidades por infrações diferentes da lei anterior e, em sua maioria, mais benéficos. A exceção, como explicitamos, é o artigo 37, II.

A primeira incursão que faremos, assim, é acerca da aplicação da lei no tempo, cujo postulado do *tempus regit actum* é consagrado na regra de aplicabilidade da norma de direito material vigente à época da ocorrência da conduta. Tal brocardo é a expressão da regra básica do direito intertemporal, pela qual os fatos são regidos pela lei vigente à época de sua

⁷ OSORIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, ANO, pp. 156 e ss.

⁸ Para um panorama mais completo do posicionamento da doutrina quanto à aplicabilidade dos princípios usualmente associados ao direito penal ver GILBERTO, André Marques. Processo Antitruste Sancionador: A Aplicabilidade dos Princípios do Direito. In: ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo. (Org.) Desafios Atuais do Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2008, pp. 301-328.

⁹ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador - As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 104-107.

¹⁰ OSORIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador ...op. cit., p. 334.

ocorrência, e por consequência, não é possível aplicar nova norma a fatos passados - e consumados¹¹. Nesse sentido, fatos já ocorridos e situações já consumadas não são regidos por lei nova que entra em vigor, ainda sendo valorados de acordo com as normas vigentes no seu tempo.

Essa regra, porém, é mitigada pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (*novatio legis in melius*), que estabelece que a lei penal só poderá retroagir para beneficiar o réu, não podendo ser aplicada aos fatos anteriores quando isso for prejudicá-lo, ou seja, conforme ensinou Valladares, impede que a lei posterior mais nociva seja aplicada (*reformatio in pejus*)¹². A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XL, preceitua que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. E, conquanto as regras aqui discutidas não estejam no âmbito do direito penal, são expressão do poder punitivo estatal e devem respeitar os princípios a ele relacionados.

Assim sendo, não restaria dúvida que a retroatividade benéfica deveria ser aplicada também na seara do sistema brasileiro de defesa da concorrência, quando exercendo seu poder punitivo sancionador, e, como analisaremos nas decisões do CADE desde o início da vigência da nova lei, foi o que de fato ocorreu.

4. Julgados do CADE

Passamos a fazer uma breve análise qualitativa da prática decisória do CADE, baseada nas premissas descritas nos itens anteriores, de algumas condutas realizadas sob a égide da Lei antiga, porém julgadas já quando da vigência da lei atual, para traçar um panorama de como foi realizada e justificada a escolha pelos dispositivos legais a serem aplicados¹³ e se, de fato, foi aplicada a norma mais favorável ao administrado¹⁴.

Segundo essa lógica, começaremos pelo *leading case*, de relatoria do Conselheiro Ricardo Ruiz, referente ao cartel paranaense dos produtores de cal¹⁵. Em seu voto, quando aborda a dosimetria da pena, o Conselheiro é direto ao aplicar a Lei n. 8.884/94 por ser a lei mais benéfica, naquele caso, sem detalhar mais sobre a sua escolha de aplicação, escolhendo debruçar-se sobre os parâmetros para o cálculo dessa pena.

Não obstante, a Conselheira Ana Frazão, em seu hoje consagrado voto vogal, esclarece a metodologia utilizada para a aplicação da multa realizada pelo Conselheiro Ricardo Ruiz, em

¹¹ Como ensina DÍAS AZNARTE, “*la teoría del hecho jurídico realizado, se centra en la máxima tempus regit factum, que en términos generales significa que cada hecho jurídico ha de ser regulado por la ley al amparo de la cual nació*”. in DÍAS AZNARTE, Maria Teresa. Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo: una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes. Valencia: Tirant lo Branch, 2002. p. 77.

¹² VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. Revista de Direito da Concorrência. v. 1, nº 2, pp. 45-73, Novembro 2013.

¹³ Escolhemos em nosso recorte não analisar o cálculo da contribuição pecuniária devida pelo compromissário signatário de um TCC em caso de cartel, muito embora o *quantum* dessa contribuição não possa ser inferior à multa mínima prevista no artigo 37.

¹⁴ Para uma análise mais detalhada da jurisprudência do CADE no que diz respeito da aplicação de penalidades a cartéis de uma forma geral, ver o estudo detalhado de CHIQUITO DOS SANTOS, Flávia. Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

¹⁵ Processo Administrativo n. 08012.009834/2006-57, decidido pelo Tribunal em 20.02.2013

nenhum momento discordando do referido voto, mas utilizando-o para, de forma habilidosa, detalhar os critérios que deveriam ser levados em conta no processo decisório para aplicação da lei anterior ou posterior.

A aplicação da Lei n. 12.529/11 deveria ser feita, assim, unicamente quando fosse mais favorável aos Representados, tendo em vista que, segundo a Conselheira, “*a alteração dos padrões valorativos da sociedade em relação à determinada conduta infrativa deve, quando for mais benéfica ao cidadão e quando o respectivo processo ainda não tiver sido julgado pela autoridade competente, repercutir na fixação da pena*”. E acertadamente, conforme apontamos no item 2, no caso de condenação para associações de entidades ou pessoas constituídas de direito que não exerçam atividade empresarial, a nova lei de forma incontroversa agravou os parâmetros de condenação. Assim, nesses casos, para infrações cometidas durante a vigência da lei anterior, o diploma legal anterior deveria - e corretamente o foi - ser aplicado.

De maneira detalhada, a Conselheira Ana Frazão ainda explicita, como em uma “fórmula”, os critérios para fixação das penas das infrações cometidas antes da nova lei entrar em vigor:

- “i) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de empresas **são mais benéficos** que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados;
- ii) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de administradores responsáveis por infrações à ordem econômica **são mais benéficos** que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, devem ser aplicados;
- iii) os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial **não são mais benéficos** que os anteriormente previstos na Lei 8.884 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação.”

O nosso entendimento seria o de que, antes do voto vogal da Conselheira Ana Frazão, ainda restava alguma dúvida quanto à aplicabilidade dos artigos, o que a impulsionou a trazer suas razões de forma tão detalhada e precisa, ainda que em total consonância com o voto do Relator. Entretanto, após seu voto em janeiro de 2013, observamos que a jurisprudência restou pacificada em consonância com o referido entendimento, explicitando, conforme pontuaram Frazão e Mendes, “*o comprometimento do Conselho com a garantia da segurança jurídica*”.¹⁶ Vamos passar então a análise de alguns dos casos posteriores.

Decisão semelhante de fato ocorreu no Processo Administrativo que julgou o Cartel dos Postos de Caxias do Sul, a partir do voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro¹⁷. Quando da fixação das multas, aplicou-se na maior parte dos casos a nova lei, mesmo que a lei vigente na data dos fatos fosse a anterior. Isso porque diversos trechos do voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro, tal lei seria “*aplicável por mais benéfica*”.

Da mesma forma, no julgamento do Cartel dos Postos de Bauru, a Conselheira Relatora Ana Frazão revisitou seu voto proferido no *leading case* acima e, ao analisar qual seria a lei aplicável, confirmou a “*necessidade de se reconhecer a mudança nos padrões valorativos da sociedade na esfera do direito administrativo sancionador antitruste, sem afetar a*

¹⁶ FRAZÃO, Ana e MENDES, Francisco Schertel. O controle de condutas após a lei 12.529/11: a busca por efetividade e segurança na atividade judicante do CADE. In: FARINA, Laércio et. al. A nova lei do CADE: o 1º ano na visão das autoridades. Ribeirão Preto: Migalhas, 2013, p.26

¹⁷ Processo Administrativo n. 08012.010215/2007-96, decidido pelo Tribunal em 06.03.2013

segurança jurídica da res judicata administrativa”¹⁸. E assim o fez, aplicando no cálculo da pena para condenação de empresas e pessoas físicas os parâmetros elencados na Lei n. 12.529/11, porque mais benéficos. Entretanto, importante pontuar que para duas empresas e uma das pessoas físicas que não preenchiam os requisitos para aplicação art. 37, I da Lei n. 12.529/11, aplicou-se o art. 23, III da Lei n. 8884/94, por ser a dosimetria mais benéfica aos representados em questão.

Essa tendência prosseguiu no julgamento do Cartel do Pão, consubstanciada no voto de relatoria mais uma vez da Conselheira Ana Frazão¹⁹, que foi cuidadosa, apesar de reforçar a aplicação da lei mais benéfica quando esse for o caso, no sentido dos julgamentos anteriores, mas também levou em consideração que se tratavam, quase integralmente, de micro e pequenas empresas, que, por óbvio, demandam um maior cuidado considerando a sua situação econômica. Tais empresas são em sua maioria “*familiares de estrutura organizacional simples, sendo que várias delas encerraram suas atividades ao longo dos últimos anos*”. Essa situação fática revelou, por conseguinte, uma dificuldade na apresentação de dados confiáveis no que diz respeito ao “*faturamento obtido no ramo de atividade em que correu a infração no ano anterior à instauração do processo*”. Dessa forma, não foram preenchidos os requisitos dispostos no art. 37, I da Lei n. 12.529/11 e aplicou-se segundo essa lógica o art. 23, III da Lei n. 8.884/94, garantindo a aplicação apenas da *novatio legis in melius*.

No mesmo sentido, o voto de relatoria do conselheiro Ricardo Machado Ruiz, no caso do cartel de postos de combustíveis de Santa Maria/RS, julgado em 19 de junho de 2013²⁰; ali a lei aplicada, mais uma vez, foi a lei nova, mesmo que os fatos tenham ocorrido durante a vigência do diploma legal anterior. E o conselheiro é explícito ao pontuar que tanto no caso das pessoas físicas e das empresas condenadas, a lei nova “*é a mais favorável no que toca à dosimetria das penas para os dois grupos*”, fazendo remissão direta à posição firmada pelo CADE no cartel dos produtores de CAL e citando *ipsis litteris* o voto da Conselheira Ana Frazão, já colacionado acima.

5. Conclusão

É comum a crítica à nova lei, no sentido da sua abstração que, por não traçar *guidelines* específicos para a dosimetria da pena, em sentido diverso do optado pelas autoridades anticoncorrenciais da Europa e dos Estados Unidos, poderia gerar não só arbitrariedade e insegurança jurídica mas, como consequência final, diminuir em muito seu papel dissuasório.

A falta de um conjunto de diretrizes balizadoras contundentes, como expõe Valladares, com mudança de entendimento frequente, é “*demasiadamente discricionária*”²¹. Apesar de certa flexibilidade ser necessária para análise de casos concretos, o aperfeiçoamento tanto do marco normativo quanto da sua forma de aplicação é essencial para que se alcance proporcionalidade, segurança jurídica e dissuasão, de forma equilibrada.

Entretanto, nos cinco anos de vigência da nova lei, em que pese ainda a inexistência de diretrizes balizadoras das análises a serem feitas para quantificação da pena devida,

¹⁸ Processo Administrativo n. 08012.004472/2000-12, decidido pelo Tribunal em 06.03.2013

¹⁹ Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68, decidido pelo Tribunal em 22.05.2013

²⁰ Processo Administrativo n. 08012.0045731/2004-17, decidido pelo Tribunal em 19.06.2013

²¹ VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de... op cit. p.51.

observou-se um histórico de decisões do CADE que foi seguro em apontar que deveria ser aplicada a lei mais benéfica aos representados, pacificando esse entendimento, e sendo capaz de trazer um certo nível de segurança jurídica a processos que, infelizmente, ainda carecem de parâmetros claros e que, de alguma forma, limitem a discricionariedade do regulador.

Esse nível de previsibilidade, entretanto, tem crescido de forma fundamentada, e tem sido, de fato, elemento importante na evolução do órgão regulador da concorrência no Brasil, na direção de uma investigação e aplicação de sanções pecuniárias (e não pecuniárias) com maior respeito aos preceitos legais que, esperamos, continue a ocorrer.

ASSOCIAÇÕES SETORIAIS E O CASO DOS CIMENTOS

Ricardo Inglez de Souza

1. Introdução

A defesa da concorrência no Brasil já avançou muito. Começou há muitas décadas e observou intenso desenvolvimento legislativo e institucional ao longo desse período. No início, os conceitos não eram muito claros e a excessiva regulação do mercado (inclusive com controle de preços), muitas vezes, impunha dificuldades para a livre concorrência. Na década de 90, no entanto, com a abertura do mercado brasileiro e a mudança da lei, o controle de concentrações foi amplamente difundido. Já no início dos anos 2000, passamos a observar o desvio das atenções e recursos para a repressão de condutas lesivas à livre concorrência. O cartel era (e ainda é) o centro das atenções.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem consolidando sua atuação no combate aos cartéis no Brasil. Já foram aplicadas centenas de milhões de reais em multas, tendo o CADE sido reconhecido internacionalmente como autoridade de referência.

A atividade associativa, por sua vez, tem uma série de efeitos positivos e, inclusive, pró-concorrenciais, mas, ao mesmo tempo, pode facilitar (ou mesmo induzir) a adoção de prática anticompetitiva.

A Lei de Defesa da Concorrência prevê a possibilidade de responsabilizar entidades, mesmo sem fins lucrativos, em casos de infração à ordem econômica.

A jurisprudência produzida já sob a égide da nova lei de defesa da concorrência reforça e traz conceitos importantes a serem levados em consideração por associações setoriais e seus integrantes.

O caso dos cimentos¹ é um paradigma bastante completo que aborda diversos aspectos de extrema importância nesse contexto. Também inova em algumas recomendações que podem se tornar referência para os futuros casos que serão julgados tendo como marco legal a nova Lei de Defesa da Concorrência.

2. Direito de Associação e a defesa da concorrência

As empresas podem se associar. De fato, as associações são consagradas como forma legítima de organização da sociedade civil. A Constituição Federal de 1988 prevê o direito de associação como cláusula pétrea.²

A organização das empresas em associações setoriais pode promover maior desenvolvimento social e econômico. Por exemplo, as associações podem ajudar a desenvolver

¹ Vide Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79.

² Cf. art. 5.º, inciso XVII, da CF/1988.

regulamentações mais adequadas, podem aproveitar infraestruturas compartilhadas, além de cumprir papel fundamental para difusão de conhecimento.³

Outra oportunidade em que as associações prestam fundamental serviço é na defesa comercial. Os processos de defesa comercial implicam na coleta e agregação de diversas informações setoriais. Muitas vezes, as associações se prestam a esse serviço. Mas, como dito por CORDOVIL & MOTTA⁴, o “compartilhamento de informações não está completamente imune ao escrutínio da autoridade concorrencial”, nem mesmo nesses casos.

Vale reiterar que inclusive para difusão da cultura da concorrência as associações podem prestar importante papel. A experiência que vem se consagrando ao longo dos últimos anos é a do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial, da Federação da Indústria do Estado de São Paulo - FIESP.⁵ Bastante ativo, o grupo é responsável por inúmeros debates e iniciativas que difundem, desde um órgão de representação empresarial, a cultura da concorrência.

O direito de associação vem, contudo, limitado às hipóteses de licitude de suas atividades. A ex-Conselheira Neide Teresinha Malard afirmou que o “direito de livre associação pressupõe a finalidade lícita; e lícito é aquilo que a lei não proíbe. Não se admite, no Estado de Direito, a associação corporativa, protegida pelo Estado e, muitas vezes, por ele organizada para conceder privilégios e monopólios a determinadas categorias ou classes de cidadãos”.⁶

As associações setoriais, ainda que sem fins lucrativos, são entidades jurídicas sujeitas às leis trabalhistas, fiscais, ambientais, entre outras. Da mesma forma, caso a associação setorial promova ou participe de conduta anticoncorrencial, cuja repressão está prevista em lei, poderá sofrer as respectivas sanções na esfera do direito da concorrência.

A preocupação concorrencial com as associações setoriais não é recente, nem exclusividade brasileira.

Em 1776, Adam Smith já dizia: *“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary”*.⁷

³ O FTC e o USDJ afirmaram que: “The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable participants to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would be possible absent the collaboration. A collaboration may allow its participants to better use existing assets, or may provide incentives for them to make output-enhancing investments that would not occur absent the collaboration. The potential efficiencies from competitor collaborations may be achieved through a variety of contractual arrangements including joint ventures, *trade or professional associations*, licensing arrangements, or strategic alliances” (Federal Trade Commission e U.S. Department of Justice. *Antitrust guidelines for collaborations among competitors*, p. 6 – grifos nossos).

⁴ Cordovil, Leonor. Motta, Ricardo. Cooperação entre competidores e restrição à concorrência: o caso das investigações de defesa comercial. *In* Direito Econômico Atual. Coutinho, Diogo R. Rocha, Jean-Paul Veiga da. Schapiro, Mario G. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 227-243.

⁵ Vide <http://www.fiesp.com.br/grupos-de-estudos-tematicos/direito-concorrencial/> (última visita em 20 de agosto de 2017).

⁶ V. Processo Administrativo 61/92 (Representado: Associação Médica Brasileira).

⁷ Smith (1776) Livro I, Capítulo 10, § 82.

A ABA também trata do assunto: “Association activities run the gamut from collection and exchange of information to standard-setting activities to establishing codes of conduct to joint ventures in research and development or purchasing. But although most of these collaborative business activities promote efficiency and benefit consumers, some do not. For example, a conspiracy to fix production volumes by trade association members – a type of competitor collaboration – is clearly anticompetitive and illegal under antitrust laws.”

A preocupação concorrencial está, portanto, centrada na possibilidade de a associação setorial ser utilizada para propósito ilegal e que, nesse contexto, promova condutas comerciais anticompetitivas e que reduzam o bem-estar da Sociedade.

As possibilidades de práticas ilegais por parte das associações setoriais são bastante abrangentes e, também, dinâmicas. De qualquer forma, a teoria da defesa da concorrência tem apontado algumas práticas mais comuns, a saber: (i) critérios para ingresso de associados, (ii) coleta e compartilhamento de informações, (iii) definição de padrões para a indústria, e (iv) promoção ou facilitação de condutas uniformes por parte de seus integrantes.

2. Lei de defesa da concorrência e as associações setoriais

Poderá ser considerado como infração à ordem econômica todo ato que possa resultar na limitação da livre concorrência, dominação de mercado de bens e serviços, aumento arbitrário de lucros ou abuso de posição dominante.⁸

A lista prevista nos incisos do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência apresenta rol meramente exemplificativo. Portanto, não é possível exaurir as hipóteses de infração à ordem econômica que podem ter a participação de associações setoriais. Entre as condutas que podem ser consideradas ilegais estão: (i) acorda, combinar, manipular ou ajustar, com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; e (ii) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.⁹

Os casos mais visados são o de acordo entre concorrentes que integram uma associação. Tal acordo pode ser para, por exemplo, fixação de (i) preços, (ii) condições comerciais, (iii) quantidade a ser produzida/ofertada, (iv) qualidade dos produtos, (v) boicote de clientes ou fornecedores, entre outras hipóteses.

No *caso dos vigilantes*,¹⁰ ainda sob a égide da lei anterior, o CADE decidiu que houve reuniões reservadas entre os associados da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul (Assevirs) e de alguns sindicatos para a combinação de resultados em processos de licitação para contratação de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul.

Há uma série de casos que tratam da prática de fixação de preço por meio de tabela. Por exemplo, serviços médicos: Associação Piauiense de Medicina (APM)¹¹, Associação Médica de Brasília¹² e o caso que resultou na condenação do Conselho Regional de Fisioterapia

⁸ Vide art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência.

⁹ Cf. art. 36, parágrafo 3, incisos I e II, da Lei de Defesa da Concorrência.

¹⁰ V. Processo Administrativo 08012.001826/2003-10 (Representados: Assevirs – Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul e outros).

¹¹ V. Processo Administrativo 08012.006397/1997-02 (Representado: Associação Piauiense de Medicina – APM).

¹² V. Processo Administrativo 08000.010318/1994-73 (Representado: Associação Médica de Brasília e outros).

e Terapia Ocupacional.¹³ Nesses casos, o CADE condenou as entidades por fixarem preços através de tabelas, mesmo que orientativas. Em muitos casos, havia sanção para quem desrespeitasse o preço da tabela.

Há uma decisão interessante na qual o CADE entendeu que não havia condições estruturais para a prática do ilícito concorrencial. Trata-se de caso envolvendo o Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas no Estado de São Paulo,¹⁴ em que o CADE entendeu não existir a coerção necessária para a implementação de tabela de preços. O CADE também arquivou o caso contra o Sindicato das Empresas de Compra, Venda e Administração de Imóveis do Rio de Janeiro (Secovi/RJ)¹⁵ por entender que, naquele caso, a tabela representava mera sugestão de valores.

Houve caso em que a simples declaração pública de dirigente de associações setoriais foi considerada como indício de infração à ordem econômica. Foi o caso da Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e Derivados (Abicab).¹⁶ A associação e seus dirigentes respondem a processo administrativo por conta de notícias jornalísticas que veicularam declarações do presidente e vice-presidente da entidade afirmando que os ovos de páscoa teriam aumento de preço *esperado* de aproximadamente 8%.

Além disso, há um caso envolvendo a Associação Brasileira das Agências de Viagem do DF,¹⁷ setor já analisado em jurisprudência semelhante nos Estados Unidos da América.¹⁸ Segundo a decisão do CADE, a associação teria adotado conduta institucional no sentido de monitorar e excluir membros que não seguissem a política predefinida, notadamente quanto à concessão de descontos ao poder público. Havia, por exemplo, no “código de ética” da entidade expressa vedação à concessão de descontos.

Outro caso interessante envolvendo exclusivamente uma associação setorial e seu dirigente é o da Associação de Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas.¹⁹ Nesse processo, a SDE entendeu haver fixação de preço, tendo em vista o comportamento dos preços praticados pelas autoescolas. Foi capaz, inclusive, de demonstrar a redução dos preços após a adoção de medida preventiva. O caso terminou com a celebração de termo de compromisso de cessação (TCC), o qual incluiu programa de educação concorrencial (*compliance*) para o setor.

Finalmente, vale citar o caso dos brinquedos. Trata-se de processo administrativo movido contra a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (Abrinq) e seu

¹³ V. Processo Administrativo 08012.004054/2003-78 (Representado: Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4.^a Região).

¹⁴ V. Averiguação Preliminar 08012.005994/2004-65 (Representado: Sindicato das Empresas de Artes Fotográficas no Estado de São Paulo).

¹⁵ V. Averiguação Preliminar 08012.002541/2001-34 (Representado: Sindicato das Empresas de Compra, Venda e Administração de Imóveis do Rio de Janeiro – Secovi/RJ).

¹⁶ V. Processo Administrativo 08012.001772/2009-88 (Representado: Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e Derivados – Abicab e outros).

¹⁷ V. Processo Administrativo 08000.007754/1995-28 (Representado: Associação Brasileira de Agências de Viagem-DF e outro).

¹⁸ V. *United States v. Association of Retail Travel Agents* 1995 WL 272704 (D.D.C. 1995). Nesse caso, a associação estadunidense excluiu membros que não seguiam os preços estipulados. A associação celebrou acordo com as autoridades daquele país e teve que alterar sua política e práticas institucionais.

¹⁹ V. Processo Administrativo 08012.007238/2006-32 (Representado: Associação de Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e outro).

presidente,²⁰ na qual o parecer da SDE sugere a condenação de ambos por convite ou tentativa de formação de cartel ou adoção de conduta concertada. Além de gravação ambiente de reunião realizada na sede da associação, a Secretaria se baseia, entre outras provas, na agenda de convocação da reunião, da qual constava, também, a *calibração de preços*. Já sob a égide da nova lei, o processo resultou na condenação da Abrinq e de seu presidente.

Importante notar que as multas aplicadas pelo CADE a associações setoriais e seus dirigentes (i) são comuns e (ii) vêm se elevando ao longo dos últimos 15 anos.

| Caso | Associação | Multa* | Ano |
|-----------------------------------|---|-----------------|------|
| Cartel dos hospitais | Associação de Hospitais e Clínicas Médicas da Cidade de Salvador/BA | R\$ 5 mil | 1999 |
| Sindicavir/DF | Sindicavir (Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários) | R\$ 60 mil | 2000 |
| Cartel de serviços médicos | Sindicato dos Médicos de Campinas | R\$ 6,5 mil | 2002 |
| | Conselho Regional de Medicina – São Paulo | R\$ 6,5 mil | |
| | Associação Paulista de Medicina – Regional de Piracicaba | R\$ 6,5 mil | |
| Cartel de combustíveis | Minaspetro | R\$ 240 mil | 2003 |
| Cartel das britas | Sindipedras | R\$ 300 mil | 2005 |
| Cartel dos vigilantes | Sindesp-RS, Sindivigilantes | R\$ 160 mil | 2007 |
| | Assevirs | R\$ 320 mil | |
| Cartel dos cimentos | Associação Brasileira de Cimentos Portland (ABCP) | R\$ 2.2 milhões | 2014 |
| | Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem (ABESC) | R\$ 1.1 milhão | 2014 |
| | Sindicato Nacional da Indústria do Cimento (SNIC) | R\$ 1.1 milhão | 2014 |

Fonte: CADE. Valores aproximados.

3. O caso dos cimentos

Segundo a decisão do CADE, teria havido um cartel no mercado de cimento, que teria praticado fixação de preços e de quantidades de venda de produtos, divisão regional do mercado e alocação de clientes entre as empresas envolvidas. Ainda de acordo com a decisão, o suposto cartel teria controle sobre fontes de insumo necessárias à fabricação do cimento, o que impediria o acesso de novos concorrentes ao mercado.²¹

A decisão do CADE trouxe uma série de elementos que indicavam a suposta prática ilegal. A fixação de preço e divisão de mercado são as práticas mais enfatizadas. Além disso,

²⁰ V. Processo Administrativo 08012.009642/2006-69 (Representado: Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos – Abrinq e outro).

²¹ A descrição do caso está sendo feita de forma relativa porque, muito embora o caso tenha sido decidido pelo CADE, ainda se encontra em análise pelo Judiciário.

foi mencionada a adoção de padrão normativo que dificultaria o acesso de concorrentes, tendo sido alteradas regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT para este fim.

O CADE condenou as empresas, executivos e entidades de classe. O conjunto probatório incluiu mensagens eletrônicas, agendas e documentos apreendidos em busca e apreensão. As multas aplicadas aos envolvidos somam R\$ 3,1 bilhões.

Em notícia veiculada no site do CADE, foi dado como exemplo do efeito do cartel a duplicação da BR-101 Nordeste. De acordo com o levantamento feito pelo relator, pode ter havido sobrepreço superior a R\$ 11 milhões. De acordo com cálculos formulados pelo Conselheiro Octaviani, o cartel teria resultado em prejuízo para a sociedade de, pelo menos, R\$ 28 bilhões.

Nesse processo, três entidades setoriais desempenharam papel protagonista, foram elas a Associação Brasileira de Cimentos Portland (ABCP), Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem (ABESC) e o Sindicato Nacional da Indústria do Cimento (SNIC).

As três entidades foram condenadas no processo administrativo. Além da multa, as entidades ainda foram condenadas a publicar o extrato da decisão do CADE em jornais de grande circulação, aceitar novos membros com critérios justos e razoáveis, não coletar dados do setor com menos de 3 (três) meses de defasagem, divulgar ao público o resultado de seus estudos, não eleger para a administração e evitar indicar para a diretoria da entidade pessoas condenadas, qualquer pessoa condenada pelo cartel e, apesar de se estar discutindo a decisão do CADE perante a justiça, é inexorável que a decisão do CADE reforçou e deu mais elementos para definição de alguns parâmetros de conduta para associações setoriais.

3.1 Critérios para ingresso na Associação

Um aspecto que é objeto de atenção das autoridades de defesa da concorrência é a possibilidade de associação por parte de terceiros. Quando os critérios para um interessado se associar são restritivos, ou mesmo quando o processo de associação é injustificadamente penoso e lento, as autoridades podem entender que há prática de boicote coletivo contra aquele interessado.

A associação normalmente é restrita para empresas que atuem em um determinado mercado. Nesse sentido, parece lógico que a associação pode limitar a elegibilidade para os participantes de um ou mais níveis da cadeia produtiva ou por função de mercado (fabricantes, atacadistas ou varejistas). Essa coesão entre os associados é necessária para sua existência e funcionamento efetivo.

Em geral, alguns cuidados devem ser tomados no sentido de preservar os interesses da associação e, ao mesmo tempo, minimizar os riscos concorrenciais:

- o critério para associação deve ser objetivo;
- se a associação proíbe o ingresso de novos interessados, deve ter uma razão legítima;
- os critérios estabelecidos para associação devem ser consistente e objetivamente aplicados;
- deve ser garantida transparência e justiça no processo de avaliação de ingresso de novos membros e também no de eventual expulsão de atuais;

A ilegalidade também pode estar em restringir o acesso a serviços da associação a empresas não associadas, inclusive estudos de mercado, compartilhamento de estruturas e participação em feiras e eventos promovidos pela entidade. Obviamente, tais serviços devem ser essenciais ou muito relevantes para o efetivo exercício da concorrência no mercado. A associação não está obrigada a disponibilizar gratuitamente tais serviços, mas o valor a ser cobrado deve ser razoável.

No caso do cimento, o CADE entendeu que as entidades envolvidas não deveriam, nos termos do artigo 24, inciso V, da Lei 8.884/94 (correspondente ao artigo 38, inciso VII, da Lei 12.529/11), recusar a associação de qualquer empresa do setor regularmente constituída e que atenda aos requisitos estatutários lícitos e razoáveis. Nota-se, claramente, que houve preocupação central na garantia de que as entidades do setor fossem plurais, permitissem o ingresso de interessados e, assim, evitassem a criação de ambiente propício para a realização de condutas ilegais.

Em seu voto, o Conselheiro Marcio de Oliveira afirmou que através das entidades, “[m]ais uma vez, a “amizade institucional” significou a discussão sobre como excluir entrantes, limitar concreteiras independentes (...)”.

3.1 Coleta da informação

Outro aspecto relevante para a disciplina das atividades das associações setoriais é a coleta de informações. Inclusive, as dúvidas acerca dessa questão são as mais recorrentes. Inegavelmente, a organização, agregação, consolidação e difusão de informações setoriais pode contribuir muito para o desenvolvimento saudável da economia e auxilia governantes a tomarem decisões mais objetivas sobre políticas industriais.

A grande questão é quando a troca de informações elimina as incertezas do mercado e alinha interesses de empresas em detrimento de seus clientes ou consumidores. O exemplo mais básico nesse sentido é a troca de informações sobre preço ou custo detalhado de produção.

Há diversos documentos que tratam da questão e indicam critérios para definir limites entre as trocas de informações lícitas e as ilícitas. Um documento muito conhecido é o *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*²², de 1996. Muito embora trate especificamente do setor de saúde, esse documento tem sido utilizado como parâmetro nas análises de condutas em diversos setores. Algumas sugestões explicitadas nesse documento são que:

- as informações devem ser preferencialmente coletadas e agregadas por terceiro
- as informações difundidas devem ter, sempre que possível, alguma defasagem (cita o período mínimo de três meses)
- as informações tem de ser agregadas de forma que não permita aos seus recebedores identificar os seus provedores individualmente.

A decisão do caso do cimento foi muito incisiva nesse aspecto. Além de mencionar a troca de informações ao longo de praticamente todos os votos, foi emitida a Nota Técnica no.

²² Vide <https://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care> (última visita em 19 de agosto de 2017).

27/2015²³, elaborada pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE), do CADE. Em referida Nota Técnica, o DEE reconhece a importância da coleta de informações setoriais, inclusive para a elaboração de indicadores antecedentes que auxiliam no acompanhamento e formulação de políticas públicas. Utilizando-se como referência o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o DEE opinou que as informações publicadas devem ser agregadas e devem corresponder a dados de, pelo menos, três empresas. Isso deveria ser suficiente para dificultar a individualização das mesmas.

O DEE ainda ressaltou a importância de se garantir a confidencialidade das informações, inclusive nos casos em que a associação decide terceirizar a coleta e manipulação das informações.

3.2 *Administradores e integrantes executivos da Associação*

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece que poderá ser aplicada penalidade de proibição de exercício do comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.²⁴ O Código Civil possui disposição bastante semelhante. Na verdade, a disposição do Código Civil é até mais rígida:

Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, **contra as normas de defesa da concorrência**, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. (grifo nosso).

Ainda que se discuta se a penalidade contra os administradores é condicionada a expressa previsão na decisão ou se a condenação do CADE seria suficiente, ou não, fato é que a lei se preocupou em afastar da direção de empresas e entidade aquelas pessoas que tiveram comportamento deletério à livre concorrência.

O Conselheiro Marcio de Oliveira afirma em seu voto: “*Além disso, as entidades de classe não podem incluir condenados por cartel em sua diretoria. Isso deve ser imposto por dois motivos: (i) a entidade de classe condenada deve demonstrar lisura pró-competitiva após a decisão do CADE, isto é, deve mostrar ao público que não mais compactua com manobras facilitadoras de cartel e (ii) as decisões associativas não podem ser influenciadas ou implementadas por estratégias manifestadamente ilegais. Por esse motivo, as pessoas naturais condenadas não podem se candidatar ou ser eleitas diretores da ABESC, da ABCP ou do SNIC.*”

Mesmo desafiada, em sede de embargos, essa parte da decisão foi mantida. Aduziu-se que seria um erro material da decisão do CADE limitar a livre composição da diretoria das

²³

Vide http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?GWCTd3irx2yUDblu3p1kHvykz8kqlq1yxhHJnkrnsripR9zu9a2hP8bcdR-HEsT1DTB2iHTrs4cmYesWhUNtfw., (última visita em 20 de agosto de 2017).

²⁴ Vide artigo 38, inciso VI, da Lei de Defesa da Concorrência.

entidades. Citou-se, inclusive que a Constituição Federal prevê serem “vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

A Conselheira Ana Frazão foi enfática ao afirmar que não se deveria cogitar a existência de liberdade de associação *absoluta*. Defendeu que a decisão embargada jamais pretendeu tolher o direito de livre associação, mas sim direcioná-lo para a realização de atividades lícitas. A decisão do CADE simplesmente proibiu, de forma taxativa, que as pessoas naturais condenadas no processo de serem eleitas como administradoras das entidades de classe.

4. Considerações Finais

O processo que resultou na condenação administrativa das empresas do setor de cimentos, ainda que pendente de avaliação judicial, traz inúmeras mensagens para as associações setoriais e seus integrantes (associados e dirigentes). Essas mensagens reforçam as diretrizes da Lei de Defesa da Concorrência no sentido de exigir comportamento lícito, não importando se de empresa ou entidade sem fins lucrativos.

A diligência deve começar desde o momento da definição de critérios para o ingresso de associados. Objetividade e razoabilidade devem guiar esse processo. Está claro que a defesa da concorrência não pode obrigar ninguém a associar-se ou manter-se associado a outras empresas, mas o critério para definir esse filtro deve ser objetivo, justo e não pode ter como finalidade a exclusão de concorrentes ou eliminação da concorrência.

A troca de informações é outro capítulo na vida das associações que praticamente justifica a razão de existir de tais entidades e, ao mesmo tempo, podem ser o caminho para a ilegalidade. Quanto menos informação for trocada, quanto mais antiga e mais inútil para previsões futuras, menos risco a associação estará correndo. Porém, de remédio a precaução poderá se tornar veneno. Sem utilidade, a informação poderá ser totalmente desnecessária. Por isso, a associação deverá verificar qual o objetivo a ser alcançado com a informação e, diante desse paradigma, buscar qual seria a menor quantidade de informação necessária para se atingir tal objetivo. Finalmente, a forma de coletar, agregar e difundir a informação também é importante. Utilizar terceiros parece ser sempre a forma mais segura, ainda que implique em preocupações também.

Finalmente, a preocupação com a condução da associação também deve estar em pauta. Não há muitos registros de decisões do CADE em que dirigentes de empresas e muito menos de entidades de classe devessem ser afastados de suas funções. Essa pode ser uma nova tendência que certamente aumentará a preocupação das pessoas que assumam funções de comando de entidades de classe. Claramente, a prisão é o medo máximo, mas ficar impedido de exercer um cargo, também pode ser elemento inibidor de muitas condutas ilegais.

Por todo exposto, resta reforçada a necessidade de as associações setoriais adotarem programas de integridade ou de *compliance*. Esses programas incorporam controles e rotinas que certamente auxiliaram as associações na erradicação de condutas ilegais e na detecção rápida de eventuais desvios.

NOTAS SOBRE AS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Cristiano Rodrigo Del Debbio
Francisco Niclós Negrão
Gabriel Nogueira Dias

1. Introdução

O Artigo 5.º, XXIV, da Constituição Federal estabelece que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, assegurando, com isso, que todo e qualquer prejuízo poderá ser alvo de um pedido de reparação no Judiciário. O Código Civil (Lei Federal n.º 10.406/2002), por sua vez, reitera o direito da vítima de ver indenizados danos sofridos por ato ilícito ou abuso de direito, incluindo tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. E, caso o dano tenha sido praticado por fornecedor contra consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/90), assegura como direito básico do consumidor “*a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*” (art. 6.º, VI).

Antes mesmo da promulgação das leis de defesa da concorrência¹, o Código Civil estava no cerne de praticamente todas as demandas envolvendo concorrência desleal, abuso de poder econômico e restrições contratuais em geral². E até hoje o Código Civil continua a regular a tríade *dano, nexo causal e responsabilidade* – e a amplitude e a versatilidade de suas regras permitem sua aplicabilidade às questões de concorrência.

Tais regras são aplicáveis a praticamente todas as disputas envolvendo infrações concorrenciais. Não é preciso esperar a conclusão, nem mesmo a instauração, de processos administrativos perante o CADE³: as vítimas podem acionar o Judiciário *ainda que o Conselho tenha decidido expressamente que não houve violação*⁴, uma vez que os tribunais não estão de nenhuma forma vinculados ao julgamento administrativo⁵.

¹ Dentre elas, a Lei n.º 4.137/62, a Lei n.º 8.884/94 e a recente Lei n.º 12.529/11.

² Com efeito, desde as controvérsias a respeito da validade e extensão de cláusula de não-concorrência, no início do século 20, até as inovadoras decisões sobre direitos de monopólio e fechamento do mercado pelo Supremo Tribunal na década de 1950, o Poder Judiciário brasileiro sempre foi chamado a resolver disputas envolvendo o direito da concorrência, tais como demandas sobre recusas de negociação, acordos de exclusividade, comportamento abusivo e práticas predatórias, todos esses casos rotineiramente encontrados na Justiça.

³ Até porque o prazo é bastante curto: três anos para fornecedores (CC, art. 206, §3º, V), cinco anos se a vítima for um consumidor (CDC, art. 27). A jurisprudência ainda discute se esse prazo se inicia a partir da ofensa efetiva – que, no caso de cartel, por exemplo, pode ainda se desdobrar em múltiplos negócios, realizados ao longo dos anos – ou a partir da descoberta do fato e sua autoria.

⁴ Por exemplo, a Secretaria de Defesa Econômica – órgão do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, agora substituída pelo CADE – abriu investigações questionando a legalidade da cláusula do raio em shopping centers, e o CADE considerou essas cláusulas ilegais em algumas situações. Os tribunais brasileiros, no entanto, confirmaram consistentemente a validade dessas mesmas cláusulas.

⁵ Naturalmente, mesmo que os juízes não estejam vinculados pelo parecer do CADE, sua autoridade como agência antitruste terá um peso considerável nas decisões judiciais.

Neste contexto, até desnecessário, por redundante, o artigo 47 da Lei Federal n.º 12.529/11, que estabelece que qualquer pessoa lesada, por conta própria ou por meio de seus representantes ou substitutos, poderá ingressar com ação para requerer a cessação ou compensação por qualquer violação da ordem econômica, independentemente de qualquer decisão ou autorização do CADE anterior.

Além da reparação total por danos, as vítimas podem pleitear tutela provisória para prevenir ou interromper o comportamento anticompetitivo. Podem, ainda, pedir a imposição de multas diárias, semanais ou mensais ao infrator para forçá-lo ao cumprimento da decisão – ou mesmo qualquer outra medida necessária para interromper a violação antitruste (CPC, art. 497)⁶.

Embora, como dito, não haja qualquer vinculação entre a ação de indenização e o processo administrativo perante o CADE, isso não significa que o papel do Conselho seja desprezível nessa seara. Primeiro, como Tribunal da Concorrência, o CADE exerce destacado papel na detecção e, mais do que isso, na divulgação das infrações – sendo muitas vezes o principal, senão o único, canal de que dispõe os consumidores para identificarem possíveis ofensas. Segundo, por ter acesso a provas e documentos que se encontram fora do alcance do público em geral, o CADE muitas vezes é quem dispõe dos melhores elementos para avaliar a ocorrência de um dano e sua dimensão. Por fim, não se pode ignorar a *influência* que as decisões do Conselho podem ter no Poder Judiciário, não apenas no tocante à configuração da infração, mas também nos seus efeitos e posterior quantificação. Cabe lembrar, em paralelo, que as ações de indenização representam em certa medida um *complemento* à atuação do Conselho – já que, ao agravarem as perdas do infrator (que, além da multa, também paga indenização), elas desestimulam condutas ilegais, contribuindo para o cumprimento das normas antitruste.

Desde sua decisão no caso do cartel de gás industrial – em que exortou associações e outras pessoas supostamente lesadas a apresentarem demandas contra os representados⁷ – o CADE vem tentando assumir um papel mais ativo de fiador desses litígios, seja intervindo em ações judiciais privadas e coletivas como *amicus curiae*, seja procurando fórmulas para calcular a “vantagem auferida”⁸, pelo cartel a fim de facilitar a futura liquidação das indenizações devidas às vítimas⁹.

Neste contexto, fixada a moldura geral dos pedidos de indenização, e sua relevância no atual cenário antitruste, o presente texto busca trazer algumas linhas sobre as discussões que

⁶ Inclusive suspender cláusulas contratuais, restituir acordos ilegalmente rescindidos e impor obrigações à negociação. Em casos extremos, o Judiciário pode intervir diretamente na empresa infratora, com a nomeação de um funcionário do tribunal para monitorar as atividades do réu ou a substituição temporária de seus administradores (art. 102 da Lei Federal n.º 12.529/2011).

⁷ PA n.º 08012.009888/2003-70, Conselheiro Relator Fernando Furlan.

⁸ Nesse sentido: PA n.º 08012.002568/2005-51, Conselheira Relatora Cristiane Alkimin Junqueira Schmidt (GLP Pará) e PA n.º 08012.001029/2007-66, Conselheiro Relator João Paulo de Resende.

⁹ Nesse último caso, as iniciativas do CADE rompem com o papel que até então vinha desempenhando, de proteger apenas a concorrência, e não concorrentes: PA No. 08000.000146 / 96-55, Conselheiro Relator, Ruy Santacruz. Veja também: PA No. 08000.015370 / 97-13, Conselheiro Relator Arthur Barrionuevo Filho; PA No. 08012.001192 / 98-95, Conselheiro Relator Marcelo Calliari; PA No. 08000.000826 / 97-41, Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca; PA No. 139/1993, Conselheiro Relator Mércio Felsky; PA No. 0142/1993, Conselheiro responsável pelo relatório Mércio Felsky; PA No. 08000.004544 / 1997-31, Conselheiro Relator Thompson Andrade; AP No. 08012.009882 / 98-47 Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo; PA No. 08012.004363 / 2000-89, Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo; PA No. 08012.002417 / 2008-45; Conselheiro Relator pelos relatórios, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

gravitam em torno das ações de indenização, sem a pretensão de esgotar tema que se mostra novo e riquíssimo em discussões que ainda merecerão maior aprofundamento na doutrina e na jurisprudência.

2. A competência para julgamento das ações de indenização

Nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil Brasileiro, compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: a) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; b) a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil; c) o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Na presença de quaisquer das condições acima, independentemente da nacionalidade das partes, a ação poderá ser aforada no Brasil¹⁰.

Ações de indenização por infrações praticadas no exterior por empresas brasileiras, ainda que não tenham produzido quaisquer efeitos (sequer potenciais) no Brasil, também podem ser ajuizadas perante as cortes brasileiras, mas serão regidas por leis estrangeiras – já que a lei de defesa da concorrência brasileira só se aplica a atos cometidos no Brasil, ou que tenham potencial de gerar efeitos no país.

Ressalvados tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor, as disputas em curso no exterior não impedem o ajuizamento da mesma demanda Brasil (CPC, art. 24). Os julgamentos finais proferidos por tribunal estrangeiro poderão ser executados no Brasil, mas terão de ser primeiro homologados pelo Superior Tribunal de Justiça (*exequatur*).

Fixada a competência da Justiça Brasileira, cumpre apontar que, por tratarem da reparação de danos envolvendo particulares, as ações de indenização, em regra, são da competência da Justiça Estadual. O eventual ingresso do CADE no processo, na condição de *amicus curiae*, não altera esse quadro, já que a disputa não envolve nenhum interesse jurídico concreto de ente federal. A exceção são ações de indenização que venham a ser movidas pela União Federal, ou outras entidades federais, para reparação de danos que lhes tenham sido causados (v.g. cartel que tenha fraudado licitações de ente público federal). Do mesmo modo, ações coletivas de reparação de danos em regra transcorrerão na Justiça Estadual, quando movidas por associações ou pelo Ministério Público Estadual, embora, excepcionalmente, possa haver ações de indenização coletivas ajuizadas na Justiça Federal, pelo Ministério Público Federal.

3. Os possíveis legitimados

As ações de indenização por dano decorrente de infração à concorrência podem ser ajuizadas pela parte lesada ou seus sucessores. As ações coletivas podem ser propostas apenas:

a) Ministério Público. O papel do Ministério Público vem ganhando visibilidade, à medida que mais e mais ações coletivas são apresentadas para dirimir os danos causados por uma conduta anticoncorrencial. Em alguns casos, o Ministério Público ajuiza a ação antes

¹⁰ Se houver mais de um réu, desde que pelo menos um deles esteja domiciliado no Brasil, todos os outros podem ser demandados em conjunto no Brasil.

mesmo da decisão final ter sido tomada pelo CADE. À medida que os promotores ajustam sua cooperação com o CADE, esperam-se ainda mais ações judiciais.

b) A União, Estados, Municípios e Distrito Federal;

c) Entidades e agências diretas e indiretas de administração pública; ou

d) Associações existentes há pelo menos um ano que incluam entre os seus propósitos a defesa de interesses e direitos de seus membros¹¹. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que apenas os associados que expressamente autorizaram a apresentação de uma ação coletiva poderão se beneficiar da decisão¹². Este precedente colide com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o mesmo tema e limitou o alcance das ações coletivas para reparação de danos. Alguns precedentes reconheceram que, além dos requisitos acima mencionados, os Tribunais também devem avaliar se a associação pode representar adequadamente seus membros – ou seja, demonstrar que tem a capacidade de conduzir adequadamente a defesa do interesse coletivo em questão no Tribunal, mostrando sua experiência técnica e capacidade financeira para lidar com a ação coletiva. Finalmente, algumas decisões exigem que a associação demonstre que é composta por pelo menos um número (mínimo) adequado de supostas vítimas.

Empresas privadas e indivíduos não estão autorizados a apresentar ações coletivas em nome das partes afetadas por comportamento anticoncorrencial. No entanto, algumas ações individuais baseadas em questões concorrenciais podem, de fato, resultar indiretamente em alguma forma de proteção coletiva, como quando as partes estão pleiteando, além da reparação dos danos, uma tutela para interromper imediatamente a violação antitruste (ex.: interromper publicidade enganosa ou a conduta abusiva ou discriminatória).

A competência para propositura de ações coletivas é concorrente e, sendo assim, cada colegitimado tem autonomia para aforar sua demanda. Uma vez colocado o tema em juízo, no entanto, caberá ao Judiciário avaliar se não existe litispendência, total ou parcial, entre as ações coletivas ou mesmo alguma conexão, que justifique sua reunião para decisão conjunta – evitando que um mesmo réu seja condenado a pagar *a mesma indenização* em múltiplas esferas.

4. Produção de provas

O Código de Processo Civil admite todos os meios de provas, desde que lícitos, ou seja, que não tenham sido obtidos por meio de violações a direitos (v.g., provas obtidas por meio da violação do direito a intimidade¹³). Os meios mais comuns de prova são a oitiva das partes e testemunhas; as provas documentais; as perícias técnicas.

O novo CPC permite o uso generalizado da produção antecipada de provas, ainda que não haja periculum in mora, desde que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou que “o prévio

¹¹ As associações recentemente estabelecidas podem apresentar ações coletivas, se mostrarem que o dano que estão tratando tem interesse social extraordinário.

¹² STF. RE 573323, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹³ No caso das escutas telefônicas, embora sejam aceitas nos casos em que inocentam o réu de um processo criminal (STF, HC nº 74.678, Rel. Min. Moreira Alves), no geral, elas são consideradas ilegais, sejam elas realizadas por um terceiro, ou mesmo por uma das partes da conversa gravada (STJ-RT 743/208; RF 342/307; RT 620/151; 789/293; 815/242; 828/250; JTJ 143/199; 916/221).

conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, II e III). Esta nova disposição transformou a produção antecipada de provas em uma espécie de pretrial discovery à brasileira, por meio da qual potenciais demandantes podem avaliar a viabilidade de suas reivindicações.

Não existe hierarquia legal de provas: os Tribunais são livres para sopesar cada uma delas como melhor lhes convier no caso específico (CPC, art. 371). Como regra geral, o ônus da prova é do autor (CPC, art. 373). Existem, contudo, algumas exceções. Nas demandas consumeristas o ônus da prova pode ser transferido para o réu (art. 6.º, VIII). O CPC também permite que o juiz, no caso concreto, redistribua o ônus da prova entre as partes, “*diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo*” ou mesmo pela “*maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*” (CPC, art. 373, §1º).

a) Depoimento e oitiva de testemunhas

O objetivo principal do depoimento pessoal é fazer com que a outra parte *confesse* – ou seja, *admita fatos que lhe sejam prejudiciais na lide* (CPC, art. 389). Destarte, quando são intimadas a depor, as partes não podem se negar a fazê-lo, nem a responder perguntas elaboradas pelo juiz ou pela outra parte do processo, pois isso pode ser interpretado como admissão da veracidade as informações apresentadas pela parte contrária (CPC, art. 385, §1º).

A prova testemunhal, por sua vez, envolve o depoimento de pessoas que presenciaram ou tiveram notícia do fato objeto da demanda. Por depender da falível memória humana, é considerada por muitos a “prostituta das provas”. Pode ter, no entanto, relevante papel nas ações de indenização antitruste, notadamente as que envolvem acusações de cartel, para comprovação, por exemplo, do que se passou em reuniões de associação, ou entre concorrentes.

As partes têm direito de arrolar até 10 testemunhas (CPC, art. 357, §6º), limitadas a três por fato que se pretenda provar. As testemunhas podem ser impedidas de depor por motivos de parentesco, ou declaradas suspeitas por amizade íntima ou forte animosidade com qualquer das partes (CPC, art. 447). As testemunhas não são obrigadas a depor sobre fatos que possam colocá-las (ou seus familiares) em risco ou sobre os quais devam manter sigilo (CPC, art. 448, I).

b) Documentos

As partes podem se valer de qualquer documento em seu poder para provar suas alegações. Qualquer representação material para reconstituir ou representar uma imagem, situação sonora, ideia, desejo e outros pode ser considerada como “documento”. Portanto, contratos, declarações, registros comerciais, fotografias, arquivos digitais (e-mails) e gravações de som são considerados documentos.

Se o documento estiver em poder do adversário ou de terceiros, a parte tem direito de requerer a sua exibição (CPC, art. 396). Para tanto, deve descrever o documento com a maior precisão possível e também deve justificar a finalidade da sua exibição. Além disso, deve demonstrar as razões pelas quais acredita que o documento existe e que se encontra na posse do adversário ou de terceiros. A lei brasileira, como se vê, parecer não deixar muito espaço para as chamadas *fishing expeditions*.

A recusa em entregar o documento pode resultar na presunção de veracidade dos fatos que se pretende provar ou, se for o caso, dar origem a uma medida de busca e apreensão (CPC, arts. 400 e 403). A parte pode se recusar a entregar documentos que possam lhe trazer implicações criminais (CPC, art. 404) – uma limitação bastante relevante nas ações de indenização envolvendo danos causados por um alegado cartel.

Documentos produzidos em processos judiciais ou administrativos – por exemplo, documentos apreendidos pelo CADE, ou submetidos voluntariamente a ele pelas partes – também são admissíveis na jurisprudência brasileira como "prova emprestada". O mesmo se aplica aos documentos produzidos em processos judiciais ou administrativos estrangeiros. É importante notar que os processos administrativos perante o CADE muitas vezes são confidenciais, o que significa que terceiros – notadamente eventuais vítimas – não podem ter acesso às provas que forem ali produzidas¹⁴. Não há ainda jurisprudência consolidada a esse respeito, embora o STJ, em recente precedente, tenha sinalizado que caberia ao CADE definir o que pode ou não ser disponibilizado para fins de eventual ação de indenização.

c) Perícia judicial

Se a controvérsia exigir a avaliação de questões técnicas, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, pode determinar a produção de perícia técnica (CPC, art. 464). Questões antitruste, por sua natureza, e especialmente o tema da existência e quantificação de danos, podem envolver conhecimentos de economia e/ou contabilidade. Contudo, a depender do mercado relevante, e das circunstâncias particulares do caso, a perícia pode exigir a participação de engenheiros, médicos ou qualquer outro expert cuja atuação qualquer relação com o fato que se pretende investigar (CPC, art. 475).

Para elaboração do laudo, o perito pode se valer de todos os meios disponíveis, incluindo oitiva de testemunhas, além de poder solicitar documentos em poder das partes. Pode, pois, examinar livros, registros e outras informações econômicas das partes para calcular, por exemplo, lucros perdidos ou sobretaxas ilegais aplicadas a bens ou serviços. As partes podem contratar seus próprios assistentes técnicos para monitorar e avaliar o trabalho do perito. O laudo pericial não é vinculante para o juiz, mas o resultado da prova, naturalmente, pode pesar bastante em seu convencimento.

Adicionalmente, as partes podem apresentar seus pareceres técnicos independentes, tais como estudos econômicos ou pareceres legais de juristas e autoridades para auxiliar na instrução da causa. A decisão do CADE sobre a ocorrência de determinada infração concorrencial também será tratada, em regra, como um documento: não é vinculativa, não é uma perícia, é um fato a mais a ser considerado na decisão.

¹⁴ Ver o Parecer da PROCADE nº 206/2010, no qual a procuradoria manifesta-se no sentido de que qualquer deveria acessar os registros de um procedimento administrativo no CADE, independentemente da demonstração de interesse privado ou coletivo a ser defendido. Contudo, a Procuradoria defende que, uma vez conferido o caráter de confidencialidade ao documento ou a informações nele contidas, isto seria considerável uma barreira intransponível ao acesso de terceiros.

d) *Escutas telefônicas*

A Constituição dispõe ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5.º, XII)¹⁵. Cuida-se de medida autorizada excepcionalmente que, portanto, não tem lugar para ser executada no âmbito de ações de indenização privadas.

No entanto, uma vez que o registro tenha sido usado em um processo criminal, ele pode vir a ser usado – tanto a gravação original como sua transcrição – como prova emprestada em processos administrativos ou judiciais civis¹⁶. Para isso, é preciso que o processo criminal tenha envolvido a mesma parte contra a qual a prova será utilizada, sob pena de violação do contraditório, já que terá sido suprimida do réu a possibilidade de contestar a validade das escutas realizadas.

5. **Ações coletivas**

O sistema brasileiro identifica três tipos de direitos "coletivos": a) Direitos difusos, que são indivisíveis, podem prejudicar os detentores e estar relacionados às circunstâncias factuais; (b) direitos coletivos, que são indivisíveis e cujos titulares são grupos, categorias ou classes de indivíduos relacionados entre si ou com a parte contrário por uma relação jurídica básica; e, (c) interesses ou direitos individuais homogêneos, resultantes de uma origem comum – o que é o caso das ações coletivas destinadas a corrigir os danos antitruste.

É possível a concessão de medidas liminares nas ações coletivas, desde que haja evidências *prima facie* da verossimilhança do pedido. Por mais morosos que os processos possam ser, a jurisprudência geralmente considera que a mera demora do processo não representa risco para os pedidos de indenização – já que o valor da indenização será alvo de correção monetária e juros de mora. Por esse motivo, é muito improvável a concessão de liminar cujo objeto seja o pagamento de indenização.

Se a ação coletiva for bem-sucedida, a classe ou grupo envolvido irá se beneficiar. Decisões contrárias ao grupo ou classe, no entanto, não prejudicam os direitos individuais de seus membros, que ainda podem promover ações individuais contra o infrator (CDC, art. 103).

Uma ação coletiva destinada especificamente a ressarcir danos causados por condutas anticoncorrenciais se desenvolve em duas fases: primeiro, a sentença estabelece a ocorrência da infração e a responsabilidade do réu, em uma condenação genérica (CDC, art. 95). Em seguida, cada um dos membros da classe ou do grupo que teve seus direitos violados deve buscar, individualmente, a reparação dos danos (CDC, art. 97). Caso não apareçam interessados em número compatível com a gravidade do dano, o autor da ação coletiva (associação ou ministério público) pode pedir que o juiz fixe uma indenização, a ser paga ao Fundo de Direito Difusos e Coletivos (CDC, art. 100).

¹⁵ A Lei federal n.º 9296/96 estabelece condições muito específicas e restritivas para que as escutas telefônicas sejam realizadas: primeiro, a autoridade que solicita a escuta telefônica deve demonstrar que todos os outros meios de investigação foram esgotados. Além disso, a escuta telefônica não deve exceder 30 dias e a decisão que permite a medida deve ser fortemente fundamentada.

¹⁶ STF – Inq. 2424-QO-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, ajuizado em 20 de junho de 2007, DJ de Agosto de 2007.

6. Responsabilidade do infrator

Como dito, em regra compete ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito – no caso, a ocorrência da infração, o dano e o nexo causal entre eles. A rigor, a existência de decisão anterior do CADE, atestando a existência da infração pode funcionar como forte elemento de convicção do juiz acerca dos fatos, embora, por sua própria natureza, ela não seja por si só suficiente para uma decisão de procedência.

É que, no âmbito das ações individuais de indenização, não basta a constatação genérica de que *teria havido um cartel*. É preciso que o autor demonstre que ele foi especificamente lesado pelo cartel – isto é, adquiriu produto sobre o qual foi efetivamente cobrado um sobrepreço – sem que tivesse condições de reagir a essa demanda.

Acordos de leniência ou Compromissos de Cessação de Conduta envolvem, em algum grau, a admissão da culpa quanto ao comportamento anticoncorrencial ou quanto aos fatos relacionados à investigação. Desta forma, se a parte assume determinados fatos no âmbito de um acordo, não poderá negá-los em uma demanda judicial¹⁷. Contudo, mesmo a celebração de Acordos de Leniência e Compromissos de Cessação podem não ser suficientes para comprovação desses requisitos específicos – já que a admissão de um cartel “no mercado” não significa necessariamente prova de que determinado comprador específico foi lesado, mormente quando se trata de disputas entre empresários.

Além disso, a lei brasileira admite as chamadas “*pass-on defenses*”, ou seja, a alegação de que o autor transferiu suas perdas para terceiros ou para consumidores finais. O Código Civil determina expressamente que a indenização deve ser mensurada de acordo com a “*extensão do dano*” (art. 944), o que significa que não deve ir além do que a vítima concretamente perdeu. Por conseguinte, a jurisprudência é uníssona ao afirmar que a vítima não deve reclamar indenização por perdas que, de fato, foram transferidas para terceiros (ex. danos já saldados por uma seguradora). O ônus da prova de que o aumento de preço não foi repassado é do autor – a parte que tem melhor condições de demonstrar isto.

Além disso, os Tribunais vêm se debruçando sobre um possível papel da vítima na mitigação dos danos. Ainda é incerto como esta mitigação seria aplicável a casos de condutas anticoncorrenciais. É necessário também considerar a possibilidade de que uma mesma parte seja réu de várias ações judiciais por suposta formação de cartel – por exemplo, uma ação judicial de um comprador a jusante cominada com uma ação judicial de um consumidor final. Neste caso, os tribunais devem tentar alcançar uma solução coerente, de modo a evitar o *bis in idem* e assegurar que cada suposta vítima seja indenizada na exata medida de seus danos.

Outrossim, a Lei prevê que, em casos de violações à concorrência, por exemplo, a formação de cartel, todos os indivíduos envolvidos responderão pela conduta. Desta forma, cada um dos infratores pode ser obrigado a arcar com a totalidade dos danos causados.

¹⁷ No PA nº 08700.002709 / 2010-44, sob relatoria do Cons. Olavo Chinaglia, a decisão do CADE foi no sentido que facilitar a reparação de danos resultantes de condutas não é um dos objetivos imediatos da ação repressora do Conselho, apesar de ser um desdobramento provável dos seus desenvolvimentos prováveis”. Desta forma, isso normalmente não é um entrave nas negociações, já que o CADE poderia frustrar acordos antitrustes, apenas porque em um futuro remoto haveria a possibilidade de que a parte lesada pelo acusado poderia se beneficiar de um julgamento desfavorável do CADE na tentativa de buscar reparação por danos sofridos, de acordo com a decisão do CADE no PA 08700.002709 / 2010-44, também sob relatoria do Cons. Olavo Chinaglia. Portanto, a admissão de culpa geralmente não implica admissão de danos causados a partes específicas.

Adicionalmente, administradores e funcionários que tenham assumido participação na conduta também podem vir a ser responsabilizados pelos danos. Em determinados casos, é possível ainda que a vítima peça a *desconsideração da personalidade jurídica* e busque reparação dentro do grupo econômico ao qual pertença o ofensor (CC, art. 50) diferentes empresas, partes de um mesmo grupo corporativo, ainda que nem todas elas tenham participado da conduta.

Tais regras, no entanto, ainda precisam ser melhor discutidas e definidas no âmbito do Judiciário, sendo relevantíssimas as questões que podem surgir para sua aplicação. Por exemplo, (a) os efeitos dos comportamentos adotados por cada um dos envolvidos pode resultar em diferentes graus de responsabilidade (de fato, os efeitos podem variar quando se considera um cartel que tenha afetado uma cadeia toda de fornecimento); (b) conforme mencionado, os Tribunais têm cogitado de um dever da vítima de mitigar danos, o que também poderia resultar em diferentes graus de responsabilização ao longo da cadeia de fornecimento; (c) por fim, o Código Civil estabelece que, se há um desproporção excepcional entre a culpa do agente e o dano, o juiz deve reduzir de forma equitativa a indenização a ser paga à vítima. Desta forma, a participação de cada uma das partes na conduta deve ser individualmente avaliada. Portanto, existem muitas questões que podem e devem ser exploradas em futuras lides individuais.

7. Liquidação dos danos

Segundo a legislação brasileira, é possível reclamar o ressarcimento tanto de danos materiais (qualquer tipo de dano econômico, incluindo lucro cessante ou a “perda de uma chance”), quanto de danos morais (aqueles causados por dor ou sofrimento resultantes de danos à reputação ou bem-estar da vítima). Esses danos não devem ser confundidos com o instituto dos *punitive damages* norte americano, cuja finalidade é penalizar o infrator.

Não há no Brasil uma forma específica para se calcular os danos materiais causados por condutas anticoncorrenciais. Tais disputas enfrentam o mesmo desafio de outras jurisdições quanto à forma mais apropriada de se calcular os danos causados por este tipo de conduta, mais especificamente por cartéis. Além disso, ao que tudo indica, as soluções para esse tipo de situação passam, inevitavelmente, pela necessidade de uma avaliação caso a caso, levando em consideração os elementos disponíveis ao Tribunal.

Por outro lado, a indenização por danos morais apenas é devida quando a vítima consegue provar, objetivamente, o dano à sua reputação. Ainda não há jurisprudência robusta a respeito de danos morais causados por condutas anticompetitivas – embora, geralmente, esse tipo de conduta cumule também em danos materiais. Com exceção de casos onde a imagem da vítima é denegrida, a reputação da vítima raramente é violada por uma infração antitruste. As indenizações nestes casos raramente excedem o valor equivalente a quinhentos salários mínimos¹⁸.

Nos últimos anos, algumas ações coletivas culminaram no pagamento de indenizações por danos “sociais” (ou seja, por prejuízos causados à sociedade). Tais indenizações são, em verdade, *punitive damages* disfarçados, mas mesmo assim vem sendo aceitas pelo Tribunal – especialmente em casos que envolvam demandas trabalhistas¹⁹.

¹⁸ Aproximadamente R\$362.000,00.

¹⁹ O TRF 5 confirmou um julgamento contra empresas envolvidas em um cartel de combustível por danos causados aos seus consumidores. O Tribunal ordenou que as empresas interrompessem a conduta anticompetitiva e as

8. Transações no âmbito das ações de indenização

No âmbito das ações individuais, e tratando-se direito disponíveis – e indenização, em regra, é perfeitamente disponível – as partes podem transigir sem grandes limitações. A composição consensual dos litígios é inclusive encorajada pelo Poder Judiciário e pode, inclusive, abranger direitos e obrigações que não estavam originalmente incluídos no escopo da ação judicial. Acordos realizados dentro ou fora dos tribunais têm força de coisa julgada, resolvendo definitivamente a controvérsia.

A lei concorrencial, no entanto, é considerada de ordem pública. Portanto, enquanto a indenização dos danos pode ser livremente negociada, um acordo sobre a conduta pode não encontrar a mesma liberdade, sendo certo que eventual transação entre as partes não impediria o CADE de tomar medidas contra o infrator.

As ações coletivas, por sua vez, não deixam muito espaço para acordos. Se o autor da ação é o Ministério Público, a legislação brasileira possibilita a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para cessar o comportamento anticoncorrencial, estipulando, muitas vezes o pagamento de uma contribuição pecuniária. O pagamento desta contribuição no contexto de um TAC pode impedir a aplicação de outras sanções por outras autoridades (*bis in idem*). O acerto de eventual contribuição, contudo, e independentemente de seu montante, não anula a obrigação de reparar possíveis danos individuais, uma vez que o TAC não pode dispor sobre direitos individuais as vítimas.

9. Arbitragem

De acordo com a Lei Federal n.º 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira), apenas direitos patrimoniais disponíveis podem ser discutidos em procedimentos arbitrais. Como dito, a Lei n.º 12529/11 é de ordem pública, reduzindo as possibilidades do emprego da arbitragem para lidar com litígios antitruste. Em tese, é possível discutir a indenização devida por meio de um procedimento arbitral, por exemplo.

Uma sentença arbitral, segunda a Lei Brasileira de Arbitragem, pode ser anulada pelos Tribunais se a decisão entrar em conflito com disposições de interesse público (art. 32). Além disso, a cláusula compromissória não impede que a parte lesada por uma conduta anticoncorrencial recorra ao CADE – que não está, de maneira nenhuma, vinculado ao laudo arbitral. Isso significa que o Conselho poderá investigar e punir comportamentos anticompetitivos, ainda que estes tenham sido considerados legítimos por um tribunal arbitral.

10. À guisa de conclusão

Como visto, a Lei brasileira ampara pedidos de indenização por danos antitruste. Demandas envolvendo questões concorrenciais podem ser (e geralmente são) levadas diretamente ao Judiciário, independentemente de prévia decisão do CADE. Normalmente, empresários não esperam decisões do Conselho ou de agências reguladoras sobre temas que

condenou ao pagamento danos sociais no valor de 1 milhão de reais como compensação pelo dano causado à sociedade. Ver TRF5, Recurso n. 5021730-87.2011.404.7100 / RS, informando o juiz Fernando Quadros da Silva, julgado em 27.06.2012. Veja também STJ, REsp No. 1.057.274, Rel. Min. Eliana Calmon

possam afetar seus negócios, até mesmo porque, como anteriormente mencionado, as partes não são obrigadas a aguardar uma decisão administrativa para que possam recorrer ao judiciário.

Consumidores, no entanto, por força de sua natural hipossuficiência, dificilmente assumem os custos desses litígios, dependendo de associações e do Ministério Público para reparação de danos²⁰. Tais iniciativas, no entanto, têm se mostrado mais ligadas ao CADE, muitas vezes esperando o pronunciamento do Conselho para seu ajuizamento. A decisão administrativa, nesses casos, *fomenta a demanda judicial*, facilitando a demonstração da conduta e de seus efeitos no mercado.

Nada obstante as diversas questões que já foram enfrentadas pelo Judiciário, a evolução e amadurecimento da prática antitruste trouxeram novos desafios, havendo ainda muitas questões que podem e devem ser enfrentadas pelos Tribunais, para consolidação de uma verdadeira jurisprudência nacional no âmbito das ações indenizatórias por infração concorrencial.

²⁰ O Ministério Público de São Paulo recentemente ajuizou uma contra empresas e indivíduos supostamente envolvidos no cartel do metrô solicitando danos de R \$ 2,5 bilhões em compensação por danos morais e perdas materiais em contratos envolvendo 98 trens. O Ministério Público do Rio Grande do Norte também ajuizou uma ação contra empresas que supostamente participaram de um cartel de cimento. Veja também os seguintes precedentes REsp n. 677.585 / RS - Tribunal Superior de Justiça (Rel. Min. Luiz Fux., julgado em 6 de dezembro de 2005); REsp n. 1.181.643-RS - Tribunal Superior de Justiça (Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1 de março de 2011); ACP n 7099345-90.2009.8.13.0024 - 28 Tribunal de Justiça de Belo Horizonte; ACP n. 053 / 1.03.0002071-0 - TJRS; ACP n. 027 / 1.05.0004158-2 - TJRS; ACP n. 032 / 1.03.0005173-1 - TJRS; ACP n. 0000233-25.2011.4.03.6100 - TJSP; ACP n. 044 / 1.06.0002731-1 - TJRS; ACP n. 0029912-22.2001.403.6100 - 14 Tribunal de Justiça de São Paulo; ACP n. 2008.71.07.001547-0- TRF4; ACP n. 2001.70.01.008206-8 - TRF4; ACP n. 2002.72.07.000694-3 - TRF4; ACP n. 2002.61.17.000769-6 - TRF3; E ACP n. 2003.72.05.006266-5 - TRF4.

ACÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS CONCORRENCIAIS: O CONTEXTO ATUAL E OS DESAFIOS PARA OS PRÓXIMOS 5 ANOS

Bruno Lana Peixoto
Ludmilla Martins da Silva

1. Introdução

Um instigante debate sobre as Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (“ARDCs”) instaurou-se no Brasil, a partir de decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) que impôs ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE” ou “Conselho”) o dever de fornecer, aos autores de demandas ressarcitórias, ajuizadas em razão de danos provocados por um cartel internacional,¹ documentos mantidos como confidenciais e obtidos em decorrência da celebração de acordo de leniência.²

Até o referido julgado, o *private enforcement* – ou seja, a aplicação do Direito da Concorrência, mediante iniciativa e ações de partes privadas – ainda não havia sido considerado um tema relevante no País, em que pese tratar-se de um dos pilares da política antitruste norte-americana e objeto de fomento nos Estados-membros da Comunidade Europeia, tendo em vista seus benefícios à coletividade – entre os quais a concreção da justiça reparatória é o principal, mas não o único.

Em decisão amplamente fundamentada e a esposar interpretação sistêmica e principiológica do Ordenamento Jurídico pátrio, o STJ considerou que a manutenção pelo CADE da confidencialidade de documentos, a fundamentar devido pedido de reparação de danos causados por cartel internacional, impede os lesados de buscarem a reparação dos prejuízos sofridos, podendo resultar na perpetuação dos prejuízos causados às vítimas, garantindo ao signatário do acordo de leniência benefício extralegal.³ Ademais, a manutenção da confidencialidade, para além da fase de instrução conduzida pela Superintendência Geral do CADE (“SG”), foi ponderada como medida não razoável e, ainda, contrária ao princípio democrático (e constitucionalmente consagrado) da publicidade.⁴

Destarte, conforme decidiu o STJ, o acesso ao acordo de leniência e seus anexos não deve ser negado, após a emissão, pela SG, de nota técnica que encerra a fase instrutória

¹ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.000820/2009-11. D.j. 03.08.2016.

² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.554.986-SP. D.j. 05.04.2016.

³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.554.986-SP. D.j. 05.04.2016. p. 13.

⁴ O STJ entendeu que deveria ser franqueado acesso aos documentos colhidos com a celebração da leniência após a conclusão das investigações pela Superintendência-Geral do CADE, ainda que o Plenário do Conselho ainda não tenha se manifestado sobre o ilícito apurado. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.554.986-SP. D.j. 05.04.2016. pp. 9-10.

propriamente dita⁵ e encaminha o processo para julgamento pelo Tribunal Administrativo do CADE.

Em reação à decisão, o CADE submeteu à consulta pública minuta de resolução cujo objetivo, segundo a autarquia, seria estabelecer um equilíbrio entre o *public enforcement* – aplicação da lei pela Administração Pública – e o *private enforcement*, ainda que, na realidade, as regras emanadas pela autarquia sinalizem a proponentes e signatários de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) que o Conselho continuará mantendo em caráter confidencial as informações obtidas com a celebração desses acordos.⁶

Ao ignorar o referido precedente do STJ, no entanto, não mencionando-o sequer na nota explicativa da sua proposta de resolução, o CADE aparenta ter negligenciado não apenas os fundamentos jurídicos da decisão da Alta Corte, acerca da indevida manutenção do sigilo além da fase investigatória, mas, também, o seu substrato fático (comum a ampla maioria dos casos de cartéis no País): as lesões às vítimas, em decorrência de sobrepreços impostos por cartéis, continuam desprovidas de reparação no Brasil. Ademais, de modo, igualmente, temerário, a política de combate a cartéis permanece maculada pela incapacidade de aplicar sanções superiores às vantagens auferidas pelos cartéis e, assim, desincentivá-los, promovendo a devida dissuasão (*deterrence*).

A Lei n.º 12.529/11 apesar de ser responsável por avanço substancial do *public enforcement* no Brasil, em nada contribuiu para a evolução do *private enforcement*. Nos últimos cinco anos, quarenta e sete cartéis foram condenados pelo CADE, mas somente cinco deles enfrentam ações reparatórias individuais movidas por partes lesadas.⁷ Esse quadro pode ser explicado pelo fato de o Ordenamento pátrio não prover incentivos para que os agentes privados ajuízem ações reparatórias. Assim, por exemplo, não há previsão expressa para aplicação de fator multiplicador do dano no âmbito concorrencial, como ocorre no Direito do Consumidor onde há a previsão de indenização em dobro em determinadas hipóteses – norma cuja aplicação não é clara, em caso de danos provocados por cartéis, ainda que a lesão atinja consumidores finais.

Além disso, sobram dúvidas em relação a pontos fundamentais, como o termo inicial do prazo prescricional da pretensão ressarcitória e o valor probatório de uma decisão do CADE – seria o julgado do CADE, em alguma medida, prova inequívoca ou *prima facie* da existência do ilícito? Precedentes judiciais se limitam a apontar que as decisões do CADE constituiriam prova inequívoca das alegações dos autores de ações reparatórias, capazes, portanto, de fundamentar decisões liminares. para fins de fundamentar decisões liminares, ao conferir verossimilhança às alegações dos autores de ações reparatórias.⁸

⁵ Nesse sentido, prevê o artigo 13 da Lei n.º 12.529/11: “Compete à Superintendência-Geral: (...) V- instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica”.

⁶ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta Pública n.º 05/2016 (Processo Administrativo n.º 08700.007941/2016-44).

⁷ Outros sete cartéis enfrentam ações civis públicas movidas pelo Ministério Público.

⁸ Vide, TJ-MG. Agravo de Instrumento n.º 1.0024.09.709934-5/002. 13ª Câmara Cível, j. 26.4.2012; TJ-MG. Agravo de Instrumento n.º 1.0024.09.709934-5/006. 13ª Câmara Cível, j. 26.4.2012; TJ-MG. Agravo de Instrumento n.º 1.0145.10.060085-0/001. 14ª Câmara Cível; TJ-MG. Agravo de Instrumento n.º 1.0024.09.709934-5/004. 13ª Câmara Cível, j. 26.4.2012.

Em sentido similar, não há previsões legais impedindo ou limitando a utilização da *pass-on defense*. É preciso considerar que a depender do entendimento a ser adotado sobre esse tópico, as ARDCs podem se tornar ainda mais morosas, tendo em vista o grau de complexidade inerente a se provar que o autor repassou o sobrepreço do cartel para seus compradores. Ademais, na ausência de ações movidas por compradores indiretos, a *pass-on defense* poderia, em tese, resultar na manutenção dos proveitos do ato ilícito pelos perpetradores.

As custas processuais, os riscos de sucumbência e os honorários advocatícios devem ser somados a esse contexto, evidenciando a existência de um quadro que impõe ônus excessivo aos lesados, desincentivando a propositura de ações privadas que, ressalte-se, possuem o condão de produzir externalidades positivas sobre a coletividade.

Apesar de todos os desafios, o aumento da consciência acerca da importância das ações reparatórias em termos de *enforcement* e *deterrence* já resultou em iniciativas que podem vir a colocar o Brasil em linha com outros regimes de defesa da concorrência ao redor do globo.

Esse artigo é dividido em quatro seções. A primeira descreverá relevantes decisões dos tribunais brasileiros no âmbito de ARDCs, fornecendo um panorama geral sobre o entendimento acerca da responsabilidade civil no âmbito do Direito Concorrencial. A segunda apresentará as limitações jurídicas e fáticas que permeiam o *enforcement* público da legislação antitruste no Brasil, assim, discutir-se-á como o *public enforcement* e a hipotrofia do *private enforcement* resultam em um contexto de *underdeterrence*. Os obstáculos atrelados ao ajuizamento de uma ARDC no Brasil também serão abordados nesse segundo momento. A terceira seção demonstrará como a melhora do *private enforcement* pode contribuir positivamente para contornar a restrição orçamentária enfrentada pelo CADE e o atual contexto de *underdeterrence*.

2. As primeiras ARDCS e as decisões dos Tribunais

Considerando que a Nova Lei de Defesa da Concorrência se limitou a reproduzir a essência do dispositivo da Lei n.º 8.884/94 que assegura aos prejudicados o direito ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de infrações à ordem econômica, o desenvolvimento das ARDCs nos últimos cinco anos não provém diretamente da reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, realizada pela Lei n.º 12.529/11, mas sim de precedentes judiciais frutos de ARDCs pioneiras.

A primeira ARDC no Brasil foi ajuizada por distribuidores independentes de aço, após a publicação, em 2005, de decisão do CADE que multou produtores de vergalhões de aço por fixação de preço, alocação de consumidores e manutenção do preço de revenda.⁹ Baseado no art. 47 da Lei n.º 12.529/11 o magistrado responsável pelo caso garantiu (i) a antecipação da tutela para que os produtores de vergalhões de aço cessassem a discriminação de distribuidores independentes e, ao final, (ii) a reparação dos danos sofridos devido ao sobrepreço praticado

⁹ Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n.º 0024.06984815-8. Grupo Cobraço vs. ArcelorMittal Brasil S.A.

pelo cartel e às restrições verticais por ele impostas.¹⁰ O cartel dos vergalhões de aço também enfrentou ações coletivas ajuizadas por duas associações de construtoras.¹¹

Desde o ajuizamento dessas ações, outras demandas coletivas foram propostas contra cartéis condenados pelo CADE. Em 2010, o Conselho impôs multa de R\$ 2,9 bilhões a produtores industriais de gases hospitalares por fixação de preços, divisão de mercados e restrição da concorrência em procedimentos licitatórios.¹² Após a decisão administrativa, associações de hospitais propuseram ações coletivas buscando, não apenas a reparação dos danos sofridos, mas também impedir a continuidade da imposição de sobrepreços de cartel e a manutenção do equilíbrio colusivo.¹³ Como resultado, três magistrados de primeira instância, bem como Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiram que a decisão do CADE constitui “prova inequívoca” das infrações em que se baseiam as ações reparatórias, garantindo a antecipação da tutela com vistas a deslocar o equilíbrio de preços e fazer cessar a cobrança de sobrepreço.¹⁴ Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça negou o pedido dos Réus para rever o entendimento.¹⁵ Em paralelo, apesar dos infratores terem sido bem sucedidos em ações anulatórias movidas em face da decisão condenatória proferida pelo CADE, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais permitiram que as ações ressarcitórias prosseguissem como pleitos independentes.¹⁶ Decisões relevantes – ainda que não definitivas – acerca da prescrição também foram proferidas em sede das referidas ações.

Ademais, ARDC ajuizada após a condenação do cartel internacional dos compressores de refrigeração, resultou na decisão do STJ mencionada na introdução deste artigo, que compeliu o CADE a conferir acesso a documentos obtidos por meio da celebração de Acordo de Leniência.¹⁷

¹⁰ Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n.º 0024.06984815-8. Grupo Cobraço vs. ArcelorMittal Brasil S.A.

¹¹ Brasil. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Processo n.º 34917-50.2009.4.01.3400. Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado de Minas Gerais (Sinduscon-MG) vs. ArcelorMittal Brasil S.A., Gerdau S.A. e Siderurgica Barra Mansa S.A.

¹² Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70. D.j. 17.11.2014.

¹³ Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n.º 7099345-90.2009.8.13.0024. Associação de Hospitais de Minas Gerais vs. White Martins Gases Industriais Ltda., Linde Gases Ltda., Air Products Brasil Ltda, Air Liquide Brazil Ltda, and IGB – Indústria Brasileira de Gases Ltda.; e Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo n.º 0041466-96.2013.8.16.0001. Federação de Hospitais do Estado do Paraná, Associação dos Hospitais do Estado do Paraná vs. White Martins Gases Industriais Ltda., Linde Gases Ltda., Air Products Brasil Ltda, Air Liquide Brasil Ltda, and IGB – Indústria Brasileira de Gases Ltda..

¹⁴ Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n.º 1.0024.06.984815-8/001. Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n.º 1.0024.09.709934-5/005 e .0024.09.709934-5/006. Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n.º 0041466-96.2013.8.16.0001. D.j. 16/01/2014.

¹⁵ STJ. AgRg no AREsp. n.º 332849/MG. Min. Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. D.j. 17.10.2013; STJ. AgRg no AREsp. n.º 332865/MG. Min Humberto Martins. Segunda Turma. D.j. 06.08.2013.

¹⁶ O artigo 47 estabelece que “os prejudicados (...) poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou homogêneos (...) independentemente do inquérito ou processo administrativo”.

¹⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.554.986-SP. D.j. 05.04.2016. pp. 9-10. P. 1.

Medidas judiciais foram ajuizadas em face da atuação de outros conluios globais, a saber, cartel internacional dos peróxidos de hidrogênio e o cartel das cargas aéreas.¹⁸ O primeiro afetou os mercados brasileiros entre 1995 e 2005 e resultou em multa de aproximadamente R\$ 150 milhões. Já o segundo produziu efeitos sobre os mercados nacionais de 2003 a 2005 e seus membros foram condenados a pagar aproximadamente R\$ 293 milhões. Após as decisões finais do CADE, as partes prejudicadas ajuizaram uma série de protestos judiciais, buscando interromper o prazo prescricional e demonstrar seu interesse no ajuizamento das ARDCs.¹⁹ Recentemente, medidas análogas foram propostas nos casos do cartel internacional dos tubos para televisores e monitores de televisores²⁰ e o cartel internacional do câmbio *off-shore*²¹ – ambos objeto de investigação e processos administrativos em curso.

Ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, ainda pontuais, se somam a ações reparatórias individuais, notadamente, no caso do cartel do cimento, destacando-se, ação ajuizada, no Estado do Rio Grande do Norte, em face de seis fabricantes de cimento, requerendo o ressarcimento de cerca 5,6 bilhões de reais a título de danos provocados durante as décadas em que vigorou o cartel, nos termos da investigação conduzida pelo CADE.²²

Portanto, apesar da Lei n.º 12.529/11 não ter alterado o regime atinente às ARDCs, um número limitado de ações promove o avanço do tema junto aos Tribunais, resultando em precedentes relevantes.

3. Política de combate a cartéis no Brasil: resultados insatisfatórios sob a perspectiva do bem-estar do consumidor e do bem-estar social

3.1. Limitação do public enforcement e o espectro da underdeterrence

A Lei n.º 12.529/11 limitou as multas a serem aplicadas pelo CADE a uma faixa percentual (0,1%-20%) do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado (i) no exercício financeiro imediatamente anterior à instauração do processo administrativo pelo CADE e (ii) no ramo de atividade em que se deu a infração.²³ As multas, portanto, são calculadas considerando-se o faturamento bruto dos infratores no ramo de atividade em que se deu o cartel referente ao ano anterior ao início das investigações pelo CADE.

Notável problema ocorre quando se está diante de um cartel que existiu por longo período. Nesses casos, ainda que a restrição à concorrência tenha ocorrido durante, por exemplo, cinco ou dez anos – fato comum – o valor da multa é limitado a 20% do faturamento bruto do infrator referente a um ano e ao ramo de atividade em que se deu o cartel. Vale

¹⁸ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n.º 08012.004702/2004-77. D.j. 11/05/2012. Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica Processo Administrativo n.º 08012.011027/2006-02. D.j. 28/08/2013.

¹⁹ Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n.º 1094773-55.2016.8.26.0100. Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo n.º 1044704-53.2015.8.26.0100.

²⁰ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.002414/2009-92. Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.010338/2009-99.

²¹ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08700.004633/2015-04.

²² Ação Civil Pública n.º 0105.302.66.2012.8.20.0001/RN.

²³ Vide Artigo 37.

ressaltar, que esse valor pode ser ainda menor se considerados os descontos de até 15% do valor da multa esperada advindos da celebração de TCCs com o CADE.²⁴

John M. Connor e Robert H. Lande explicam que a dissuasão (“*optimal deterrence*”) das condutas anticompetitivas é atingida quando as multas do infrator forem iguais ao dano líquido provocado a terceiros, dividido pela probabilidade de detecção e punição.²⁵ O ponto central do modelo de dissuasão ótima é que o dano líquido advindo da infração, frequentemente, é representado pelo sobrepreço cobrado pelo cartel, nesse sentido, esse deve ser o fator determinante para o cálculo da sanção total a ser aplicada aos infratores.²⁶⁻²⁷

Considerando o modelo de *optimal deterrence* e após a análise de 500 artigos nos quais examinou-se inúmeros cartéis, Connor e Lande traçaram a mediana dos sobrepreços desses cartéis resultando em 21,6% e estimaram que o sobrepreço médio praticado por esses arranjos seria de 31%.²⁸ Diante disso, propuseram à *U.S. Sentencing Commission* o aumento do sobrepreço presumido “para, ao menos, 15% no caso de cartéis nacionais e 25% para cartéis internacionais”.²⁹

Destarte, é óbvio que o *enforcement* antitruste no Brasil, onde as multas são limitadas a 20% do faturamento bruto do cartelista no ano anterior ao início das investigações administrativas e no ramo de atividade em que se deu o cartel, produz resultados insatisfatórios sob a perspectiva do bem-estar social coletivo e do bem-estar dos consumidores – mormente, quando a conduta ilícita resulta, somente, em multas diminutas decorrentes de TCCs.³⁰

²⁴ Vide BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Guia de Termos de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Dezembro, 2016. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guidelines_tcc-1.pdf>. Acesso em 15.02.2017.

²⁵ CONNOR, John H.; LANDE, Robert H. *Cartel overcharges and optimal cartel fines*. Competition Law and Policy. 3rd issue. ABA Section of Antitrust Law. Disponível em <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=all_fac>. Acesso em 17.02.17.

²⁶ *Ibid.*, p. 1.

²⁷ Connor e Lande sustentam que “(...) *in addition to these overcharges, a cartel’s social harm includes other, less obvious factors that typically are not taken into account in the fashioning of criminal fines. First, market power can produce allocative inefficiency, represented by the deadweight loss welfare triangle in the standard diagram of monopoly price. (...) Second, market power can produce umbrella effects, which occur when a cartel permits or causes non-conspiring firms to charge higher prices under the “umbrella” of its supracompetitive price. Third, cartel members may have less incentive to innovate or to optimize variety or quality, which results in harm to society. Finally, when monetizes, monopoly overcharges have a time-value, yet antitrust fines do not include a prejudgment interest adjustment*”. *Ibid.*, pp. 1-2.

²⁸ CONNOR; LANDE, *op. cit.*, p. 14

²⁹ *Ibid.*, p. 15.

³⁰ Nesse sentido, o cartel internacional das mangueiras marítimas merece destaque. Enquanto o CADE recuperou aproximadamente R\$ 43.8 milhões em multas, ao se considerar o volume de compras de apenas um dos afetados (Petrobrás – principal compradora desse produto durante os anos de existência do arranjo) e um sobrepreço de 20%, tem-se que o conluio sugou R\$ 40 milhões da economia brasileira entre 1999 e 2007. No entanto, vale ressaltar que esses dados estariam subestimados pois não levou-se em consideração (i) as compras realizadas por outras empresas prejudicadas, (ii) o período global de existência do cartel (1985-2007) e (iii) a inflação. Vide. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.010932/2007-18. D.j. 02/03/2015.

3.2. *Incipiência do Private Enforcement: Cartéis Condenados vs. ARDCs*

Nos últimos cinco anos, o CADE condenou quarenta e sete cartéis.³¹ Cinco desses correspondem a cartéis internacionais que produziram efeitos sobre o território nacional.

Tabela 1. Número de cartéis condenados pelo CADE (2012-2016)³²

| Ano | Número de cartéis condenados |
|--------------|------------------------------|
| 2012 | 1 |
| 2013 | 11 |
| 2014 | 10 |
| 2015 | 14 |
| 2016 | 11 |
| Total | 47 |

Fonte: Atas de Sessões de Julgamento do CADE ocorridas entre 2012 e 2016.

Considerando o número de cartéis condenados pelo CADE, somente quatro enfrentaram ARDCs ajuizadas por companhias prejudicadas e sete ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público.³³ Diante disso, parece ser inegável que o *private enforcement* no Brasil ainda permanece subdesenvolvido.

3.3 *Obstáculos ao Desenvolvimento do Private Enforcement no Brasil*

Incertezas substanciais aumentam os riscos e os custos associados a uma ARDC, mormente no que concerne à interpretação dos Tribunais acerca das disposições tradicionais do instituto da responsabilidade civil, quando transpostas para a seara concorrencial.

Richard Posner explica que “um agente privado ajuizará ação reparatória sempre que indenização esperada (descontada a probabilidade de perda), somada à relevância do caso em termos de criação de novo precedente, exceder os custos do litígio”.³⁴

No atual contexto, a avaliação dos riscos associados a uma ação reparatória ajuizada após condenação dos infratores pelo CADE envolve ponderação sobre inúmeros fatores, como,

³¹ Vale ressaltar, que dos quarenta e sete cartéis condenados, dez se referem a cartéis de postos de gasolina e outros dez a esquemas ocorridos em procedimentos licitatórios.

³² É importante dizer que os resultados foram obtidos por meio da análise das atas das Sessões de Julgamento do CADE disponíveis no sítio eletrônico da entidade. Ainda que o Conselho tenha lançado a ferramenta “Cade em números”, a plataforma não foi utilizada, uma vez que (i) só estão disponíveis informações sobre 2015 e 2016 e, mesmo nesse período, (ii) foram identificados cartéis condenados que não são indicados pela ferramenta. Diante disso, presando pela exatidão dos dados, as atas das sessões de julgamento foram utilizadas como fonte de pesquisa. Ademais, também é preciso ressaltar, que só foram contabilizados processos administrativos cujo polo passivo era integrado por empresas e que o CADE tenha entendido que a conduta infratora caracterizava-se como cartel e não qualquer outra prática exclusionária.

³³ Resultado obtido por meio de pesquisa junto aos tribunais (estaduais e federais) competentes; para a seleção das cortes, considerou-se o escopo geográfico do mercado relevante afetado. O nome das empresas condenadas foi utilizado como palavras-chave para o levantamento.

³⁴ Tradução livre de: “*a private party will bring suit whenever the expected recovery (discounted by the probability of losing), plus the value to the plaintiffs for future cases of any rule created by the first case, exceeds the costs of a suit*” (POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust. Cases, economic notes and other materials*. American Casebook Series. 2nd Edition. West Group, 1981, at 544).

por exemplo, (i) o termo inicial do prazo prescricional aplicável às ARDCs; (ii) a possibilidade de rediscussão da existência do cartel e os fatos apurados pelo CADE; e (3) a admissibilidade ou não da *pass-on defense*.

O primeiro obstáculo a ser superado refere-se ao termo inicial do prazo prescricional de uma ARDC. O Código Civil estabelece que a pretensão individual de reparação de danos por ato ilícito deve ser exercitada em três anos.³⁵ A pretensão exercida por meio de ações civis públicas e de ações coletivas, por sua vez, prescreve em cinco anos.³⁶ Esse prazo é interrompido frente à instauração de inquérito criminal ou a propositura de ação penal.³⁷ O *enforcement* criminal, todavia, tem se mostrado, ineficaz – pouquíssimos foram os casos em que houve efetiva condenação criminal após decisão condenatória proferida pelo CADE.

Alívio pode ser encontrado na jurisprudência sobre reponsabilidade civil. O STJ tem interpretado que o prazo prescricional não começa a fluir antes que as partes prejudicadas tenham “ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo”,³⁸ o que não pode ser presumido.³⁹ Ainda que os cartéis sejam intrinsecamente ocultos, o tribunal ainda não teve a oportunidade de se manifestar, no sentido, de que o prazo prescricional não começaria a fluir antes da publicação da decisão final do CADE – interpretação que aparenta ser a, de fato, razoável.

Outra barreira substancial à promoção do *private enforcement* é a possibilidade de rediscussão da existência do cartel e dos fatos apurados pelo CADE. Frequentemente, os réus se valem do fato de a decisão administrativa não possuir efeito vinculante para reavivar o debate acerca da infração, o que não só aumenta os riscos associados ao processo como também atrasa o deslinde da ação reparatória. Nesse sentido, haveria redução significativa do tempo de tramitação dos processos e, por conseguinte, de seus custos, se fosse fixado entendimento jurisprudencial (ou houvesse alteração legislativa), segundo o qual as decisões do CADE teriam caráter de evidência irrefutável acerca da ocorrência do ato ilícito, haja vista resultar de decisão colegiada após processo administrativo pautado pela ampla defesa e contraditório.⁴⁰

Um terceiro obstáculo ao desenvolvimento do *private enforcement* é a falta de disposições legais que limitem o uso da *pass-on defense*. A possibilidade de se argumentar que houve o repasse dos prejuízos sempre que compradores diretos ajuizarem ações reparatórias, beneficiaria os Réus que não teriam que ressarcir os prejuízos por eles causados, especialmente porque os compradores indiretos raramente ajuízam demandas indenizatórias,⁴¹ devido ao

³⁵ Vide, Artigo 206, § 3, inciso V, do Código Civil

³⁶ Vide, Artigo 115, da Lei n.º 12.529/11 e Artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor.

³⁷ Vide, Artigo 200, do Código Civil.

³⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.346.489/RS. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data de julgamento: 11.06.2013. No mesmo sentido, veja: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 781.898/SC. Luiz Fux. Primeira Turma. Data de Julgamento: 01.03.2007; e Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1116842/PR. Luiz Fux. Primeira Turma. Data de julgamento: 03.09.2009.

³⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.346.489/RS. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data de julgamento: 11.06.2013.

⁴⁰ Vide, European Parliament and of the Council. Diretiva 2014/104/EU de 26 Nov. 2014. Disponível em : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=EN>>. Acesso em 15 fev. 2017. Artigo 9.

⁴¹ Andrew S. Gehring analisou 249 ações reparatórias ajuizadas na justiça estadual e federal de Nova Iorque entre 2000 e 2008, concluindo que “*direct purchasers were involved in most of the suits alleging overcharges – specifically, 112 (81.1%) of them. Indirect purchasers were involved in 26 (18.8%) suits over the time range*”. *Based upon these findings, he has concluded that ‘even if indirect-purchaser suits do have an effect – positive or*

reduzido valor dos danos, individualmente, sofridos, e às dificuldades associadas à detecção e punição de cartéis organizados em mercados *upstream*.⁴² Além disso, a aferição da existência do repasse e sua mensuração em demandas ajuizadas por compradores diretos não é tarefa simples, o que atrasaria a resolução definitiva de uma ARDC.⁴³⁻⁴⁴ C Conforme já mencionado, na ausência de ações movidas por compradores indiretos, é substancial a possibilidade de que a *pass-on defense* possa resultar na manutenção de significativa parte dos proveitos do ato ilícito pelos perpetradores.

Além dos obstáculos descritos acima, a parte sucumbente também precisa arcar com taxas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios representativos de 10-20% do valor dos danos. A ausência de condenação em honorários sucumbenciais e a isenção referente ao adiantamento de custas processuais em ações civis públicas é uma das razões que explicam o fato de o número dessas demandas ter superado o número de ARDCs propostas nos últimos cinco anos.⁴⁵

A inexistência de um fator multiplicador dos danos também contribui para desincentivar os agentes privados. O Código de Defesa do Consumidor estabelece a possibilidade de haver indenização em dobro, o que, no entanto, na mais favorável interpretação, se restringiria aos compradores que se enquadrassem na definição de consumidor. Paira incerteza acerca da aplicabilidade da norma aos casos de danos provocados por infrações concorrenciais.

Nesse contexto, a extensão dos *double damages* às ARDCs seria um incentivo determinante ao ajuizamento de um maior número de ações e à promoção de *deterrence*. Um sistema apto a propiciar a *deterrence* deve considerar as expectativas dos cartelistas quanto à detecção do ilícito e sua condenação. John Connor explica que para alcançar um nível ótimo de dissuasão “o dano líquido provocado a terceiros deve ser multiplicado pelo inverso da probabilidade de detecção da infração e punição do infrator”.⁴⁶

negative – on deterrence, the actual rate at which they bring suit is so small that the effect is de minimis.” (GEHRING, Andrew S. The power of the purchaser: the effect of indirect purchaser damages suits on deterring antitrust violations. *New York University Journal of Law & Liberty*, v. 5, 2010. p. 209-246. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_065898.pdf>. Acesso em Fevereiro, 2017).

⁴² CLARK, Emily; HUGHES, Mat; WIRTH, David. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Analysis of economic models for the calculation of damages*. Ashurst, 2004. P. 30.

⁴³ *Ibid.*, P. 31.

⁴⁴ Richard Posner ressalta as dificuldades associadas à aferição do *pass-on*, explicando que: “*Under an array of simplifying assumptions, economic theory provides a precise formula for calculating how the overcharge is distributed between the overcharged party (passer) and its customers (passes). If the market for the passer’s product is perfectly competitive; if the overcharge is imposed equally on all of the passer’s competitors; and if the passer maximizes its profits, then the ratio of the shares of the overcharge borne by passer will equal the ratio of the elasticities of supply and demand in the market for the passer’s product. Even if these assumptions are accepted, there remains a serious problem of measuring the relevant elasticities – the percentage change in the quantities of the passer’s product demanded and supplied in response to a one percent change in price. In view of the difficulties that have been encountered, even in informal adversary proceedings, with the statistical techniques used to estimate these concepts, it is unrealistic to think that elasticity studies introduced by expert witness will resolve the pass-on issue.*” (POSNER; EASTERBROOK, *op. cit.*, p. 544).

⁴⁵ Vide, Artigo 17, da Lei 7.347/85.

⁴⁶ Tradução livre de: “*the ‘net harm to others’ (i.e. damages) should be multiplied by the inverse of the probability of detection and proof*”. (CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartels as rational business strategy: crimes pays, *Cardozo Law Review*, 34, p. 427-490, November, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1917657>. Acesso em Fev. 2017. Pp.. 433-434.)

Em sentido complementar, Richard Posner explica que o *deterrence* não está relacionado com a construção de um sistema que seja capaz de identificar e punir toda infração antitruste potencial (até porque esse modelo implicaria em um desperdício de recursos).⁴⁷ Nesse contexto, o *optimal deterrence* poderia ser atingido com a persecução de um menor número de violações,⁴⁸ desde que os custos do infrator associados a sua participação no cartel ultrapassem os benefícios auferidos. Os agentes privados lesados pela conduta possuem função imprescindível na construção de um sistema efetivo de dissuasão, como será discutido na Seção 3.1 abaixo.⁴⁹

Não obstante o número de barreiras a serem transpostas por uma agente privado, o *private enforcement* finalmente tornou-se um *hot topic* não apenas no Brasil, mas também em uma série de jurisdições. No contexto nacional, as expectativas relacionadas ao desenvolvimento de uma política antitruste verdadeiramente dissuasória poderiam ser concretizadas por meio da adoção das propostas de alteração legislativa constantes em Projeto de Lei do Senado Federal que será abordado, oportunamente, a seguir.

4. 4. Compatibilizando o *Public* e o *Private Enforcement*

4.1. Desenvolvendo o *Private Enforcement* para Mitigar as Questões de Limitação Orçamentária e *Underdeterrence*

Richard Posner e Frank H. Easterbrook explicam que o *private enforcement* é uma possível solução ao problema da limitação orçamentária enfrentada pelas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo – problema que afeta o Brasil de forma ainda mais gravosa.⁵⁰ Quando o governo fornece incentivos aos agentes privados para buscarem a reparação de seus prejuízos, a Administração evita ter que suportar todos os custos relacionados à detecção e persecução de violações, podendo se beneficiar, de fato, da iniciativa dos agentes privados. Apesar dos programas de colaboração e das políticas de leniência vigentes, muitos cartéis permanecem sem ser detectados por muitos anos. Compradores diretos podem, nesse sentido, notar a existência de anormalidades relacionadas ao preço de certa matéria-prima com maior facilidade. Nesse contexto, diante das perspectivas obtenção de danos em dobro, há o incentivo para se evitar tentar repassar o aumento dos preços à cadeia produtiva, passando-se a focar na propositura de ações reparatórias.⁵¹ Assim, por via de consequência, os custos sociais de uma violação antitruste podem ser substancialmente menores se comparados com aqueles incorridos quando não há política de incentivo às ARDCs.

O *private enforcement* também está diretamente associado com a redução dos incentivos para o conluio. Considerando que as empresas tenderão a integrar um cartel somente quando os benefícios do arranjo ultrapasarem os custos de detecção e condenação, John Connor explica que “a *optimal deterrence* deve se basear nas expectativas de potenciais

⁴⁷ POSNER; EASTERBROOK, *op. cit.*, p. 544.

⁴⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁹ “The greater the role of private parties in enforcement, and the greater the damage multiplier, the more likely such suits are”. *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁰ POSNER; EASTERBROOK, *op. cit.*, p. 570.

⁵¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

infratores e não nos resultados de ilícitos antigos ou sanções impostas a arranjos similares”.⁵² Em estudo acerca das probabilidades de detecção de um cartel e prova da colusão, Connor estimou que a probabilidade de detecção gira em torno de 25%-30% e a probabilidade de condenação é de aproximadamente 20%.⁵³

Nesse sentido, analisando a racionalidade de Posner e Connor, constata-se que o *private enforcement* aumenta a probabilidade de detecção e condenação de cartéis, dissuadindo as práticas anticompetitivas. Se os ganhos esperados dos cartelistas forem o núcleo de uma política de dissuasão ótima, o incentivo às ARDCs pode resultar na alteração da atual relação entre os custos e benefícios relacionados a essa espécie processual. Portanto, incentivar as ARDCs essencial para tornar o *enforcement* da legislação concorrencial brasileira efetivo, elevando, conseqüentemente, o bem-estar social.

É evidente que as ARDCs vão muito além da simples dissuasão de condutas anticompetitivas. A reparação também é uma questão de justiça.⁵⁴ No Capítulo 4 do Livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles, por exemplo, sustenta que a justiça corretiva surge em transações entre agentes privados. Quando um juiz decide uma ação reparatória impondo o dever de compensar, busca restabelecer o prévio *status quo ante*. Assim, a compensação “consist[iria] em ter uma mesma quantidade antes e depois da transação”.^{55/56} A responsabilidade civil por ato ilícito é pedra fundamental do Direito, encontrando-se, positivada, desde a *Lex Aquilia*, nos primórdios do Direito Romano.⁵⁷

Em suma, considerando o quadro de hipotrofia do *private enforcement* no Brasil, a promoção das ARDCs pode (i) eliminar o espectro de *underdeterrence* que assombra o atual sistema de aplicação de sanções do CADE, (ii) resolver a questão da dissuasão ótima, (iii) ajudar a contornar o problema de limitação orçamentária enfrentado pelo CADE, (iv) trazer justiça aos prejudicados e, em última instância, (v) melhorar o bem-estar dos consumidores e o bem-estar social.

⁵² Tradução livre de: “*optimal deterrence should be based upon the expectations of potential price fixers, not the results of other’s past price fixing or the sanctions imposed on similar cartels*” (CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. Cartels as rational business strategy: crimes pays, *Cardozo Law Review*, 34, p. 427-490, November, 2012. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1917657 >. Acesso em 15 fev. 2017. P. 434).

⁵³ CONNOR; LANDE, 2012, p. 468.

⁵⁴ COLEMAN, Jules L. Mental Abnormality, Personal Responsibility, and Tort Liability. in POSNER, Richard A. The concept of corrective justice in recent theories of tort law. *The Journal of Legal Studies*. v.10. n. 1. January, 1981, pp. 187-206. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/724231?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 17 fev. 2017. p. 197.

⁵⁵ Tradução livre de: “*consists in having an equal amount before and after the transaction*”. (ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. Translated by W. D. Ross. Batoche Books. Kitchener, 1999. Disponível em: < <https://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/aristotle/Ethics.pdf>>. Acesso em February, 2017. P. 78).

⁵⁶ Nesse sentido, Coleman sustenta “*compensatory justice is concerned with eliminating undeserved or otherwise unjustifiable gains and losses. Compensations is therefore a matter of justice because it protects a distribution of wealth – resources or entitlements to them – from distortion through unwarranted gains and losses. It does so by requiring annulment of both*”. (Coleman, *op. cit.*, p. 197)

⁵⁷ C.f. MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1995.

4.2. O Projeto de Lei do Senado Federal n.º 283/2016

O Projeto de Lei do Senado Federal n.º 283/2016 propõe emendas ao artigo 47 da Lei n.º 12.529/11 em diferentes aspectos. Em primeiro plano, para enfrentar o problema de *underdeterrence*, propõe-se que ao impor multas, o CADE deve considerar o faturamento bruto das companhias no ramo de atividade em que ocorreu a infração durante todo o período de existência do cartel e os lesados pelas infrações devem ser compensados em dobro. Os signatários de acordo de leniência e os investigados que colaborarem com o CADE estarão isentos do dever de indenização em dobro, desde que apresentem documentos que auxiliem o CADE na quantificação dos danos provocados pelo cartel investigado. Em segundo plano, o projeto de lei também sugere a alteração do artigo para fazer constar que a decisão do plenário do Tribunal é apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência, o que permitiria ao juiz emanar liminar que, ainda que provisoriamente, seja capaz de inverter o ônus do tempo da dedução processual. O projeto, todavia, não torna a decisão do CADE vinculante. Finalmente, também propõe a inserção de dispositivo na Lei de Defesa da Concorrência segundo o qual o prazo prescricional não fluirá durante as investigações da autoridade antitruste.⁵⁸

O projeto de lei encontra-se, atualmente, em discussão no Senado e, ainda que proporcione, aos lesados, imprescindíveis e determinantes incentivos ao ajuizamento de ARDCs, seu conteúdo poderia ser ainda aprimorado para (i) limitar a utilização da *pass-on defense* explicitamente, pelas razões apontadas por Posner e mencionadas na seção 2.3.,⁵⁹ e (ii) para abolir os custos associados à sucumbência, tendo em vista as externalidades positivas à coletividade, decorrentes das ações privadas.

5. Conclusão

Apesar de a Lei n.º 12.529/11 não ter alterado o regime atinente às ARDCs no Brasil, algumas ações pioneiras produziram decisões e precedentes relevantes, ainda que isso tenha ocorrido lentamente e a partir de um restrito número de casos de cartel dentre aqueles objeto de decisões condenatórias do CADE.

O sistema de cálculo de multas estabelecido pela Lei n.º 12.529/11 limitou as multas a serem aplicadas pelo CADE a um décimo por cento a vinte por cento do faturamento bruto do infrator no ramo de atividade em que se deu o cartel e no ano imediatamente anterior ao início das investigações pela autoridade antitruste, o que, frequentemente, é insuficiente para impedir ou dissuadir a cartelização, já que os benefícios da colusão continuam a ultrapassar as penalidades impostas e os custos associados à infração. Os efeitos do *public enforcement*, portanto, em termos de *deterrence*, diminuíram, reduzindo o bem-estar dos consumidores e o bem-estar social.

⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 283, de 6 de julho de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126392>>. Acesso em Fev. 2017.

⁵⁹ Vale ressaltar, que a impossibilidade de utilização da *pass-on defense* pode resultar em uma questão de *overcompensation* sempre que o *offensive pass-on* for permitido. Negar o direito de ajuizar ações reparatórias a compradores indiretos não significa que eles não se beneficiarão das ações individuais. Em última instância, os benefícios auferidos por esses provêm da própria detecção e punição das práticas anticompetitivas. (POSNER; EASTERBROOK, *op. cit.*, p. 561).

O *private enforcement* permanece subdesenvolvido no País, pois há (i) incertezas substanciais quanto a interpretações dos Tribunais acerca da transposição dos tradicionais institutos da responsabilidade civil para a seara concorrencial; e (ii) ausência incentivos, notadamente, um fator multiplicador dos danos; associada ainda à ameaça da sucumbência e do risco de ter que arcar com os custos do processo.

Ainda que o *public enforcement* deva permanecer como ponto focal da política antitruste no Brasil, o desenvolvimento do sistema de *enforcement* privado poderia contribuir, decisivamente, para mitigar as questões de *underdeterrence* e restrições orçamentárias enfrentadas pelo CADE.

Nesse contexto, é fundamental que a Lei n.º 12.529/11 seja aprimorada. As propostas constantes no Projeto de Lei n.º 283/2016, que tramita no Senado Federal, contribuiriam, decisivamente, para a evolução do *private enforcement* e para a melhoria das perspectivas associadas a uma política de combate a cartéis, realmente, efetiva, sob a perspectiva da coletividade e em consonância com o fomento estabelecido em jurisdições como a norte-americana e, recentemente, aquelas integrantes da Comunidade Europeia.

O desenvolvimento do *enfocerment* privado da Lei n.º 12.529/11 e a construção de um sistema ótimo de dissuasão de cartéis é o principal desafio que se impõe à comunidade antitruste no Brasil; sendo fundamental que seja superado, nos próximos cinco anos, caso contrário os espectros da *underdeterrence*, perdas de peso morto e da diminuição do bem-estar social continuarão a assombrar a economia e macular uma política antitruste que se propõe a estar em compasso com as jurisdições mais avançadas.

OUTROS TEMAS

ATUAÇÃO DO CADE NOS MERCADOS DE TELECOMUNICAÇÕES E INTERNET

Enrico Spini Romanielo
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Tomás Filipe Schoeller Paiva
Vinicius da Silva Ribeiro

1. Introdução

O objetivo deste artigo é analisar a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) no setor de telecomunicações⁶⁰ e internet durante os cinco primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/11, especificamente no tocante ao controle de estruturas.

O trabalho está dividido em três partes, além desta introdução e da conclusão. No tópico 2, serão tecidas breves considerações sobre o impacto da reforma da legislação concorrencial na análise de atos de concentração envolvendo o setor de telecomunicações. Na sequência, os resultados gerais da pesquisa jurisprudencial serão apresentados. O tópico 4 será destinado a discutir casos de destaque.

2. Impacto da reforma na análise de casos no setor de telecomunicações

A Lei nº 12.529/11 entrou em vigor em 29.05.2012, promovendo alterações nos arcabouços institucional e normativo do antitruste no Brasil com reflexos na forma de análise dos casos envolvendo o mercado de telecomunicações.

Antes da reforma, o arranjo institucional era composto por três autoridades: (i) o CADE, autoridade decisória nos processos de natureza antitruste, (ii) a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), do Ministério da Justiça, responsável pela investigação de condutas anticompetitivas e análise de atos de concentração, e pela preparação de pareceres não vinculantes para posterior envio ao CADE, e (iii) a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”), do Ministério da Fazenda, responsável pela elaboração de pareceres não vinculantes em atos de concentração e processos administrativos. Por sua vez, a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) desempenhava as funções da SDE e da SEAE nos mercados de telecomunicações.⁶¹

A reforma concentrou todas as competências dentro do CADE,⁶² agora composto por três órgãos: (i) a Superintendência-Geral (“SG”), com funções similares à da SDE e da SEAE, podendo também aprovar diretamente atos de concentração de menor impacto concorrencial, (ii) o Tribunal Administrativo, responsável por decidir atos de concentração mais complexos e

⁶⁰ Apesar de tecnicamente não ser um mercado de telecomunicações, a pesquisa considerou também casos envolvendo programadoras de televisão por assinatura.

⁶¹ Os mercados de Internet não são regulados, de forma que nunca estiveram sujeitos à análise concorrencial pela ANATEL.

⁶² A SEAE continuou parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, porém tendo sua atuação sido limitada a atividades de advocacia da concorrência.

processos administrativos de investigação de condutas anticompetitivas, e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos, cuja principal função é o assessoramento econômico à SG e ao Tribunal.

A alteração do arranjo institucional do antitruste pátrio teve como objetivo a redução do número de autoridades com competências sobrepostas, tornando mais eficientes e rápidos os procedimentos no âmbito do CADE.

Especificamente no setor de telecomunicações, embora não tenha havido uma alteração na legislação de telecomunicações a suprimir as funções antes desempenhadas pelo órgão regulador em processos de natureza concorrencial, a ANATEL deixou de atuar em investigações de condutas anticompetitivas e análise de atos de concentração, reconhecendo-se incompetente para fazê-lo.

Esse entendimento foi definitivamente expressado pelo Conselho Diretor da ANATEL em reunião de 29.05.2014, quando da decisão do Processo nº 53500.006252/2012, instaurado a partir de representação da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. em face da Telemar Norte Leste S.A. e Brasil Telecom S.A.

Segundo o Conselheiro Rodrigo Zerbone, a nova configuração do CADE “trouxe, assim, profundas alterações nas competências legais da Anatel em matéria antitruste, antes regidas pelos ditames da Lei nº 8.884/94 e da Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), e da Norma nº 7/99-Anatel, aprovada pela Resolução nº 195, de 07/12/1999”.⁶³ O CADE passou a ser o único com competência para a análise e decisão de processos de atos de concentração e investigação de condutas anticompetitivas previstos na legislação concorrencial, tal como apontou a Procuradoria Federal Especializada da agência reguladora no seguinte trecho do Parecer nº 321/2014/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, de 26/03/2014, reproduzido na análise do Conselheiro Rodrigo Zerbone:

16. A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com diversas modificações de estrutura e de procedimentos, bem como dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outras coisas.

17. No que atine à sua influência sobre o setor de telecomunicações, a referida lei atribuiu à Superintendência-Geral, órgão criado na estrutura do CADE, a competência para, dentre diversas atribuições, “instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica”, conforme seu art. 13, inc. V.”

18. Observe-se que a alteração interfere diretamente na competência da Anatel, visto que o órgão regulador dos serviços de telecomunicações detinha, antes da vigência da Lei nº 12.529, de 2011, competência para instruir os processos relativos a infrações à ordem econômica, assim como a atos de concentração, para posterior julgamento pelo CADE.

19. Agora, com a nova Lei Antitruste, como também é conhecida a Lei nº 12.529, de 2011, essa competência passou a ser da Superintendência-Geral do CADE.

20. Ou seja, a partir do início da vigência da Lei nº 12.529, de 2011, a competência para instrução dos processos de apuração de conduta contra a ordem econômica ou concernentes a atos de concentração passou a ser exclusivamente do CADE.

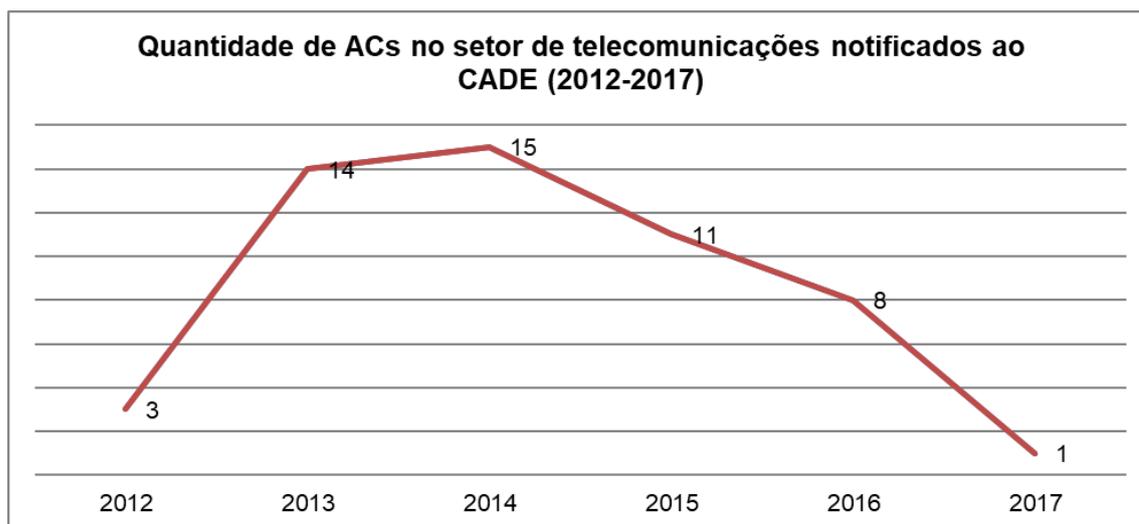
⁶³ Análise n.º 065/2014-GCRZ, de 23/05/2014.

Essa decisão foi importante para conferir clareza institucional de que a ANATEL não analisará atos de concentração ou condutas anticompetitivas envolvendo o setor de telecomunicações, exceto se chamada pelo CADE para opinar a respeito de casos concretos. Não obstante, ressalva-se que isso não significa que a agência deixará de zelar pela competição nesses mercados, continuando ativa nessa seara tanto em sede de anuência prévia quanto de repressão a comportamentos vedados pela regulamentação setorial.

3. A jurisprudência do CADE no setor de telecomunicações e internet

A pesquisa buscou identificar os atos de concentração decididos pelo CADE no setor de telecomunicações e internet nos primeiros cinco anos de vigência da Lei nº 12.529/11. Para tanto, realizou-se uma busca em editais e decisões publicados no Diário Oficial da União e atas de julgamento do Tribunal do CADE. A pesquisa valeu-se da descrição do setor econômico constante dos editais publicados pela Superintendência-Geral.⁶⁴

Entre 29.05.2012 a 29.05.2017, 52 atos de concentração foram notificados, sendo 2014 o ano em que mais operações foram apresentadas ao CADE para análise, conforme mostra o gráfico abaixo:



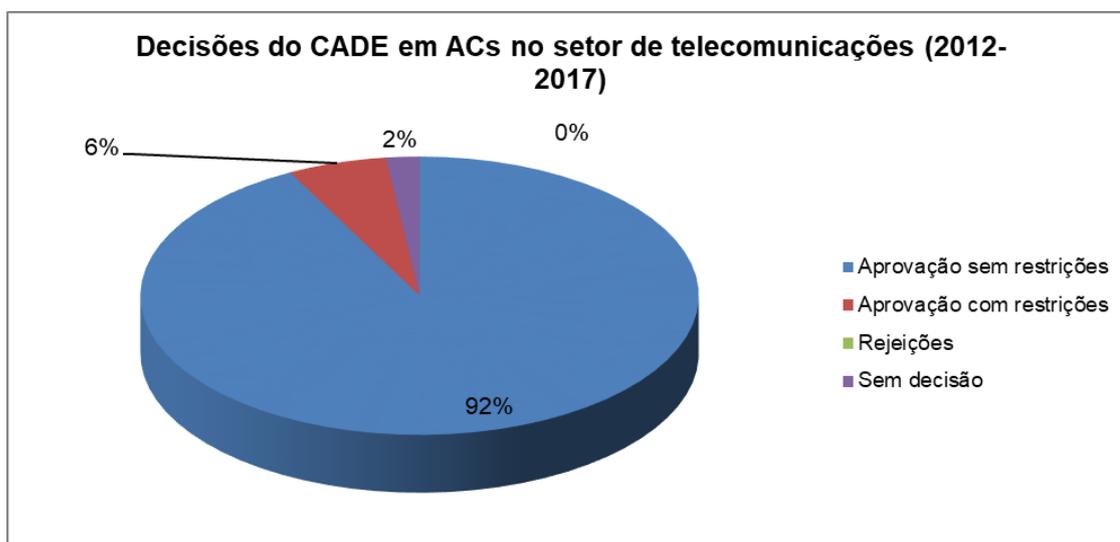
Fonte: Elaboração própria, com dados de 29.05.2012 a 29.05. 2017

É possível perceber uma queda significativa de operações notificadas a partir de 2014, não fazendo parte do escopo deste artigo, contudo, identificar as possíveis razões para tanto.

Nenhuma operação notificada foi rejeitada, havendo apenas três aprovadas com restrições – e que, portanto, serão examinadas com mais detalhes ao longo do presente

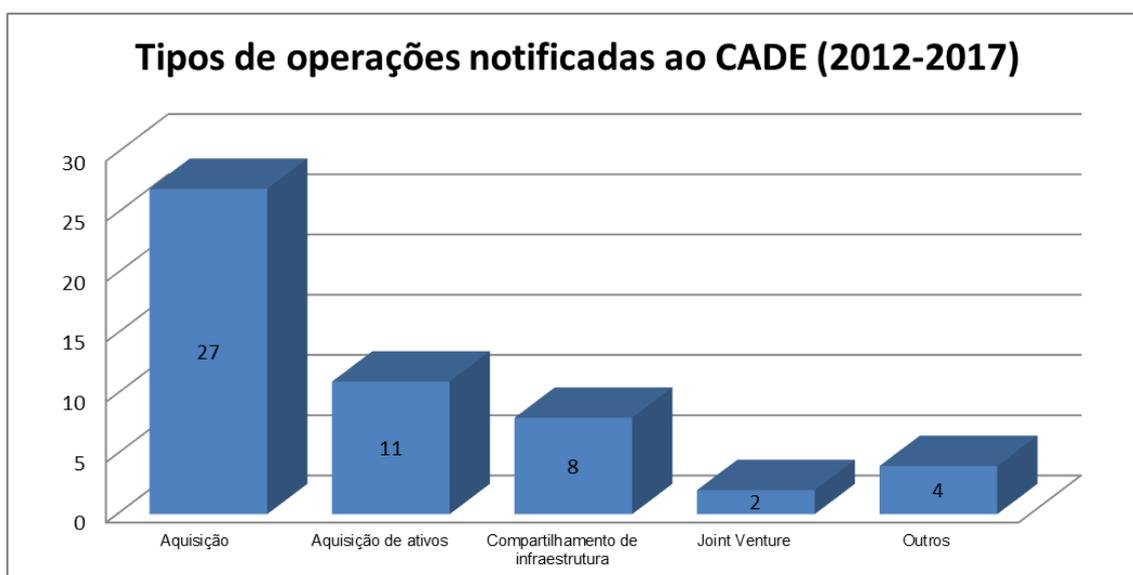
⁶⁴ Importante destacar que, ao final de uma etapa preliminar da pesquisa, os autores identificaram a ausência de inúmeras operações de alienação de torres envolvendo prestadoras de Serviço Móvel Pessoal, uma vez que os respectivos editais publicados no Diário Oficial da União não descreviam o setor econômico envolvido como associado a telecomunicações. Assim, realizou-se uma segunda etapa da pesquisa, buscando-se operações envolvendo as seguintes empresas conhecidas por atuação nesse segmento: American Tower, BR Towers, Highline do Brasil, SBA Torres Brasil, Cell Site Solutions, Aloo, Centennial Torres, Sique Engenharia e QMC Telecom.

trabalho.⁶⁵ O gráfico abaixo mostra que a grande maioria das operações foi aprovada sem restrições:



Fonte: Elaboração própria, com dados de 29.05.2012 a 29.05.2017

Verificou-se também que grande parte das operações notificadas consiste em aquisições de ações, quotas ou controle, conforme evidenciado no gráfico abaixo. Chama a atenção a quantidade de operações de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, bem como o elevado número de casos de alienação de torres (classificada como infraestrutura passiva pela ANATEL):



Fonte: Elaboração própria.

Nota: na coluna “Outros”, foram agrupadas operações de cisão, cessão de direito de exploração e relacionadas ao lançamento de novos produtos. Dados de 29.05.2012 a 29.05.2017.

⁶⁵ Há também uma operação notificada e impugnada pela Superintendência-Geral, com recomendação de rejeição: Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (Requerentes AT&T Inc. e Time Warner, Inc.). A operação está sob análise do Tribunal, sob relatoria do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo.

4. Análise dos casos de destaque

4.1. Operações aprovadas com restrições

O Tribunal do CADE aprovou com restrições três operações no setor de telecomunicações nos últimos 5 anos: (i) Atos de Concentração nº 08700.009732/2014-93 e 08700.009731/2014-49, decididos em conjunto, e (ii) Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-2.

4.1.1. Atos de Concentração nº 08700.009732/2014-93 e 08700.009731/2014-49 (Telco/Telefônica/Vivendi)

As operações analisadas em conjunto foram: (i) a cisão da Telco S.p.A, sociedade com participação acionária na Telecom Italia S.p.A. e cujos sócios eram Telefónica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A.,⁶⁶ e (ii) a aquisição, pela Telefônica Brasil S.A., da totalidade das ações da GVT Participações S.A., controladora da Global Village Telecom S.A., bem como a transferência de ações da Telefônica Brasil S.A. e da Telecom Italia para a Vivendi.

Em sede de anuência prévia, a ANATEL impôs diversas restrições às operações em questão, incluindo: (i) manutenção de cobertura geográfica de atendimento dos Grupos GVT e Telefônica para telefonia fixa, internet e TV por assinatura, (ii) manutenção de ofertas de planos de serviços e ofertas conjuntas de telefonia fixa, internet e TV por assinatura vigentes quando da aprovação da operação pelo prazo mínimo de 18 meses, contados a partir da anuência prévia, (iii) manutenção dos contratos firmados pela GVT com usuários de serviços de telecomunicações por no mínimo 18 meses após a anuência prévia, (iv) apresentação de plano de expansão de cobertura, (v) proibição de Vivendi S.A. aumentar sua participação societária na Telefônica Brasil S.A. e (vi) apresentação de relatórios.

Em 25.03.2015, o Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior concluiu, após uma detida análise dos mercados relevantes de Serviço Telefônico Fixo Comutado, Serviço de Comunicação Multimídia, TV por Assinatura, Serviço Móvel Pessoal (“SMP”) e o mercado de atacado, que grande parte das preocupações estariam afastadas em virtude das determinações feitas pela ANATEL no processo de anuência prévia. No entanto, julgou necessário negociar remédios adicionais para mitigar riscos concorrenciais no mercado de SMP decorrentes da cisão da Telco.

Como resultado, foram celebrados três Acordos em Controle de Concentrações (“ACC”), assim sumarizados:

- ACC Telefónica S.A.: firmado pela Telefónica S.A., o ACC incorporou obrigações previstas no TCD celebrado com o CADE em 2010, quando da

⁶⁶ A constituição da Telco S.p.A foi aprovada pelo CADE com diversas restrições, porque implicaria a participação do Grupo Telefônica em duas prestadoras de serviços de telecomunicações concorrentes no Brasil simultaneamente (Vivo e TIM). O Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”) firmado com o CADE em 2010 estabelecia inúmeras medidas comportamentais a serem observadas pelos agentes econômicos, incluindo (i) vedação de troca de informações sensíveis, (ii) apresentação de pautas e atas de reuniões de órgãos da administração do Grupo Telecom Itália, de forma a demonstrar a não participação de membros da Telefônica em instâncias de discussão e decisão sobre assuntos relacionados ao Brasil e (iii) apresentação de relatórios anuais com diversos dados de mercado da TIM e da Vivo.

aprovação da constituição da Telco S.p.A., de forma a impedir sua influência nos negócios brasileiros de telecomunicações do Grupo Telecom Italia S.p.A.). Nessa linha, o acordo previu o desinvestimento da participação acionária na Telecom Italia S.p.A.)⁶⁷ e reafirmou limitações ao exercício de direitos políticos⁶⁸ e vedações de troca de informações entre concorrentes.⁶⁹

- **ACC Telefônica Brasil S.A. e GVT Participações S.A.**: firmado pela Telefônica Brasil S.A. e GVT Participações S.A., o ACC estabeleceu

⁶⁷ De acordo com o Conselheiro Relator: “O compromisso estrutural depende, inafastavelmente, da cisão da Telco S.p.A.. Após a cisão da Telco S.p.A., a Requerente adquirirá uma participação direta no capital votante da Telecom Italia S.p.A. de, aproximadamente, 14,8%, que será desinvestido da seguinte forma: (i) a Requerente transferirá a Vivendi S.A. 8,3% das ações ordinárias da Telecom Italia S.p.A. em troca de ações ordinárias e preferenciais da Telefônica Brasil S.A. detidas pela companhia francesa, permanecendo com 6,5% das ações da Telecom Italia S.p.A.; (ii) esses 6,5% remanescente estão lastreados em debêntures e serão alienados pela Requerente [ACESSO RESTRITO AO CADE E À TELEFÔNICA S.A.]. A soma desses dois percentuais deverá necessariamente coincidir com a totalidade da participação acionária adquirida pela Requerente em decorrência da cisão da Telco S.p.A.”.

⁶⁸ De acordo com o Conselheiro Relator: “315. Os compromissos comportamentais que dizem respeito às limitações de direitos políticos propostas pela Telefônica S.A. consistem em cinco itens: (i) proibição de voto ou veto em instâncias deliberativas da Telecom Italia Sp.A. ou de qualquer empresa controlada direta ou indiretamente pela Telecom Italia S.p.A.; (ii) proibição de indicação de membros para órgãos deliberativos de empresas controladas direta ou indiretamente pela Telecom Italia Sp.A., estabelecidas ou não no Brasil; (iii) proibição de celebração de acordos de acionistas cujo objeto seja as participações detidas na Telecom Italia S.p.A., ressalvadas as renovações com acionistas da Telco; (iv) proibição de aumento de participação acionária direta ou indireta na Telecom Italia S.p.A., ressalvadas aquelas necessárias à consecução das medidas de desinvestimento assumidas no presente acordo; e (v) proibição de eleição como membros do Conselho de Administração de qualquer empresa estabelecida no Brasil, controlada direta ou indiretamente pela Telefônica S.A., membros do Conselho de Administração de qualquer empresa estabelecida no Brasil, controlada direta ou indiretamente pela Telecom Italia S.p.A. Da mesma forma, não poderá ser indicado como conselheiro de quaisquer empresas estabelecidas no Brasil e controladas direta ou indiretamente pela Telefônica do Brasil S.A. (que absorveu os negócios e as autorizações da Vivo S.A. por incorporação), qualquer pessoa que, nos doze meses anteriores à sua indicação, tenha ocupado o cargo de administrador ou equivalentes de qualquer empresa, estabelecida no Brasil, controlada direta ou indiretamente pela Telecom Italia S.p.A. Como já destacado anteriormente, essa supressão de direitos políticos foi proposta para reduzir influência da Telefônica S.A. na Telecom Italia S.p.A. após a concretização da presente operação e para assegurar a independência entre os negócios dessas empresas”.

⁶⁹ De acordo com o Conselheiro Relator:

“316. O segundo conjunto de medidas comportamentais visam reduzir a transparência entre os grupos a que pertencem Telefônica S.A. e Telecom Italia S.p.A., especialmente quanto à impossibilidade de compartilhamento de informações sensíveis. Essa obrigação também já estava prevista no TCD e foi replicada no presente acordo, porém sujeita a penalidades maiores se descumprida pela Compromissária. Portanto, a Telefônica S.A. não acessará ou compartilhará, direta ou indiretamente, informações confidenciais, estratégicas e/ou concorrencialmente sensíveis entre quaisquer empresas, ou entre os responsáveis pela administração e representação das empresas do Grupo Telefônica, da Vivendi S.A. e da Telecom Italia S.p.A. relativas à atuação desses grupos no segmento de telecomunicações. Tal vedação de compartilhamento de informações compreenderá inclusive aquelas informações que venham a se tornar públicas a posteriori, ainda que estejam sob domínio privado das partes no momento da transmissão.

317. A única exceção a essa regra diz respeito às atividades diurnas da Telefônica S.A., para as quais esse compartilhamento é essencial para o próprio funcionamento da empresa e para a efetiva prestação de serviços pela Requerente. Nesse contexto, a absoluta proibição de compartilhamento desse tipo de informação poderia restringir o cumprimento de obrigações concernentes a contratos relativos a direitos e obrigações decorrentes de relacionamentos normais entre operadoras de telecomunicações, contratos esses que são necessários diante da estrutura atual dos serviços prestados pelas operadoras de telecomunicações no Brasil. Sem essa ressalva, alguns contratos pró-competitivos de compartilhamento de infraestrutura poderiam ser prejudicados ou obstados pelo ACC, o que não é o objetivo do CADE”.

compromissos para (i) assegurar qualidade dos serviços prestados pela GVT, de forma a repassar benefícios da operação ao consumidor nos serviços de telefonia fixa, internet e TV por assinatura, e (ii) manter a independência entre as empresas envolvidas na operação.⁷⁰

- **ACC Vivendi S.A.:** firmado pela Vivendi S.A., o ACC estabeleceu compromisso estrutural de alienação gradativa da participação acionária detida pela Vivendi S.A. no capital social da Telefônica do Brasil S.A., bem como remédios comportamentais relativos ao não compartilhamento de informações sensíveis e redução de influência.⁷¹

⁷⁰ De acordo com o Conselheiro Relator:

“319. Para tanto, o primeiro conjunto de medidas comportamentais propostas consiste em: (i) não reduzir a atual cobertura geográfica de atendimento, (ii) manter as ofertas de planos de serviços e ofertas conjuntas dos mencionados serviços, (iii) manter os serviços prestados pela GVT aos seus clientes atuais nas mesmas condições contratuais vigentes desde 17/11/2014 até o fechamento da alteração, salvo se houver interesse do cliente em resiliir o contrato ou se houver descumprimento contratual pelo cliente; (iv) manter média da velocidade de acesso de banda larga por clientes da GVT nos patamares em que estavam à época da negociação do Acordo. Os prazos para o cumprimento dessas obrigações estão previstos nas cláusulas 2.1 e 2.2 do Acordo. Esses compromissos visam garantir que as condições atuais de prestação de serviços nas localidades atendidas pelas partes sejam mantidas inalteradas por prazo razoável. Tal prazo permite, ainda, que eventuais operadoras interessadas em ingressar no mercado, com investimento em infraestrutura, iniciem suas atividades e concorram com as Compromissárias. A única ressalva a eventual impossibilidade de implementação dessas medidas é a existência de decisão da ANATEL, atual ou superveniente, que imponha obrigação diversa. Os compromissos assumidos nas searas concorrencial e regulatória, apesar de distintos, são compatíveis e harmônicos entre si.

320. As limitações de direitos políticos dispostas anteriormente foram também replicadas no Acordo firmado com a GVT e a Telefônica do Brasil S.A. com o escopo de difundir a independência entre as empresas envolvidas na operação, que consistem em: (i) não permitir que a Vivendi S.A. exerça quaisquer direitos na Telefônica do Brasil, vedação que inclui direitos de voto, de veto ou de participação em instâncias deliberativas da Telefônica do Brasil S.A., (ii) não permitir que a Vivendi S.A. indique membros para os Conselhos de Administração, Diretorias ou órgãos de atribuições equivalentes da TBrasil ou de quaisquer de suas controladas, diretas ou indiretas, que atuem na prestação de serviços de telecomunicações no mercado brasileiro e (iii) não permitir que a Vivendi S.A. (a) celebre qualquer acordo de acionistas ou contrato equivalente com relação às participações que deterá na Telefônica do Brasil S.A. e/ou (b) aumente sua participação acionária, direta ou indireta, na Telefônica do Brasil S.A. ou altere as condições de sua participação acionária na Telefônica do Brasil S.A. para além dos termos já ajustados perante o CADE.

321. O terceiro conjunto de medidas comportamentais visa reduzir a transparência entre os grupos a que pertencem Telefônica do Brasil S.A. e Telecom Italia S.p.A., especialmente quanto à impossibilidade de compartilhamento de informações sensíveis. Portanto, a Telefônica do Brasil S.A. não acessará ou compartilhará, direta ou indiretamente, informações confidenciais, estratégicas e/ou concorrencialmente sensíveis entre quaisquer empresas, ou entre os responsáveis pela administração e representação das empresas do Grupo Telefônica, da Vivendi S.A. e da Telecom Italia S.p.A. relativas à atuação desses grupos no segmento de telecomunicações. Tal vedação de compartilhamento de informações compreenderá inclusive aquelas informações que venham a se tornar públicas a posteriori, ainda que estejam sob domínio privado das partes no momento da transmissão.

322. Essa regra comporta duas exceções: (i) negociações que não disponham sobre mercados de telecomunicações, tais como os segmentos de mídia e conteúdo digital e (ii) compartilhamento de informações sobre negócios e operações comerciais da GVT no período compreendido entre a data de assinatura deste Acordo e a data de fechamento da operação, período em que a GVT ainda pertencerá à Vivendi S.A.”.

⁷¹ De acordo com o Conselheiro Relator:

“325. À semelhança dos demais Acordos, houve compromissos para que a Vivendi S.A. reduza eventual influência na Telefônica do Brasil S.A., bem como não acesse informações concorrencialmente sensíveis referentes aos negócios da Telefônica do Brasil S.A. Para tanto, a Vivendi S.A. se comprometeu a: (i) não votar e/ou vetar em instâncias deliberativas da Telefônica do Brasil S.A. ou de qualquer outra empresa controlada direta ou indiretamente pela Telefônica do Brasil S.A.; (ii) não participar de deliberações de matérias que tratem de assuntos relacionados à atuação da Telefônica do Brasil S.A.; (iii) abster-se de exercer direito a voto extraordinário

4.1.2. Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21 (Simba)

Em 02.07.2015, TV SBT Canal 4 de São Paulo (“SBT”), Rádio e Televisão Record S.A. (“Record”) e TV Ômega Ltda. (“Rede TV!”) (em conjunto, “Requerentes”) notificaram ao CADE proposta de constituição de uma *joint venture* (“Simba”) destinada a atuar, principalmente, no licenciamento, para prestadoras do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC – o serviço de TV por Assinatura), da programação em tecnologia digital por elas veiculadas em seus canais de radiodifusão. Referida operação, à época, se inseria em um cenário regulatório complexo e incerto, em razão da transição da radiodifusão analógica para a tecnologia digital.⁷²

Em que pesem as ressalvas levantadas por terceiros interessados habilitados nos autos,⁷³ a Superintendência-Geral aprovou a operação sem restrições, concluindo, dentre outros aspectos, pela inexistência de “*indícios de que com a JV as suas participantes deterão um poder de barganha suficiente para gerar efeitos negativos para o consumidor e para o mercado*”.

Interpostos recursos pelos interessados, os autos foram então remetidos ao Tribunal do CADE, que, por maioria de seus membros, decidiu por reformar a decisão da Superintendência-Geral.

Após extensa instrução processual, a Conselheira Relatora Cristiane Alkmin posicionou-se pela rejeição da operação, por entender que, caso concretizada, (i) resultaria em concentração de mercado excessiva, eis que, conjuntamente, as três radiodifusoras passariam a deter 35% do mercado de TV aberta na grade de prestadoras de SeAC, e (ii) não seria capaz, em absoluto, de gerar eficiências capturáveis pelos consumidores finais. Ao contrário, no entender da Relatora, a concentração pretendida teria por único propósito “fazer preço”, a partir do incremento do poder de barganha, sem qualquer eficiência correlata (investimento em novos canais, produções, plataformas etc.), com um impacto sensível sobre os aproximadamente 66 milhões de usuários de TV por assinatura e sobre uma franja de mercado, composta por pequenos prestadores de SeAC, com abrangência local.

Embora alinhado, em parte, com o diagnóstico da Conselheira Relatora, em especial quanto à complexidade da operação, o Conselheiro Alexandre Cordeiro manifestou-se pela existência de remédios capazes de mitigar as preocupações concorrenciais detectadas. Nesse sentido, propôs a celebração de ACC, por meio do qual as Requerentes se comprometeriam a, dentre outros aspectos, (i) investir, por meio da sociedade a ser constituída, no desenvolvimento conjunto de produtos e serviços para televisão paga e outras mídias, de modo que haja potencial para uma melhoria da qualidade do conteúdo já ofertado no mercado; (ii) investir, individualmente, no aprimoramento de conteúdo, com geração de externalidades positivas para não assinantes de TV por assinatura; (iii) conceder subsídio a pequenos e médios prestadores

decorrente de ações preferenciais; (iv) abster-se de indicar membros para órgãos deliberativos de empresas controladas direta ou indiretamente pela Telefônica do Brasil S.A., estabelecidas no Brasil, que atuam na prestação de serviços de telecomunicações no mercado brasileiro; (v) abster-se de celebrar acordo de acionistas cujo objeto seja as participações detidas na Telefônica do Brasil S.A.; (vi) abster-se de aumentar a participação acionária direta ou indireta na Telefônica do Brasil S.A.; e (vii) abster-se de alterar as condições de participação acionária da Vivendi S.A. na Telefônica do Brasil S.A., de forma a não deter quaisquer direitos políticos na Telefônica do Brasil S.A.”.

⁷² Dentre outros aspectos, a questão se insere no debate quanto à regra do *must carry* (carregamento obrigatório), nos termos do art. 32 da Lei n.º 12.485/2011.

⁷³ Associação Brasileira de TV por Assinatura e SKY.

de SeAC, visando a redução de seus custos, de forma a permitir a rivalidade com as grandes prestadoras; e (iv) enviar planos de negócios e relatórios anuais, para facilitar o monitoramento pelo CADE.

Por maioria, o Tribunal aprovou a operação, condicionada à celebração do ACC proposto, vencidos a Relatora e o Conselheiro João Paulo Resende, que votaram pela rejeição do ato de concentração, e o Conselheiro Márcio de Oliveira, que votou pela aprovação, sem restrição.

4.2. Operações de compartilhamento de infraestrutura

Ao todo, foram 8 operações de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de telecomunicações notificadas no período pesquisado (29.05.2012 a 29.05.2017), todas aprovadas sem restrições.⁷⁴

A primeira delas⁷⁵ baseava-se em Memorando de Entendimentos entre Tim Celular S.A., 14 Brasil Telecom Celular S.A. e TNL PCS S.A. para estudar a viabilidade de compartilhamento de infraestrutura de rede, mediante cessão de uso e/ou de capacidade recíprocas em RANs (Radio Access Network) da tecnologia LTE (Long Term Evolution - padrão tecnológico para telefonia móvel de 4º geração), para a implantação e prestação de SMP sob a tecnologia 4G.

Em 28.03.2013, a Superintendência-Geral aprovou a operação, declarando inexistentes impactos anticompetitivos, uma vez que as prestadoras permaneceriam independentes, a troca de informações teria escopo bastante limitado e seria mantida diferenciação quanto a preços, qualidade e serviços, sendo inviável qualquer ação coordenada.

Posteriormente, as mesmas prestadoras firmaram outros acordos semelhantes (incluindo serviços móveis na tecnologia 4G em outras localidades,⁷⁶ 2G e 3G⁷⁷, e um acordo envolvendo a Vivo),⁷⁸ aprovados sem restrição e com os mesmos fundamentos. A Nextel Telecomunicações Ltda. e a Telefônica Brasil S.A. também celebraram acordo de compartilhamento de RAN, aprovado sem restrições.⁷⁹

Além dos contratos de compartilhamento de RAN notificados e aprovados pelo CADE, três outros acordos de compartilhamento de infraestrutura foram objeto de decisão:

- Ato de Concentração nº 08700.003536/2013-24: Claro S.A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A., Primesys Soluções Empresariais S.A., Telefônica Brasil S.A. e Vivo S.A. negociaram o compartilhamento de *backhauls* e *sites* das redes 2G, 3G e 4G, além de *sites* referentes à rede rural. Adotando racional semelhante ao da análise dos acordos de compartilhamento de RAN acima mencionados, a Superintendência-Geral aprovou essa operação,

⁷⁴ Atos de Concentração nº 08700.000548/2013-05, 08700.003536/2013-24, 08700.009535/2013-93, 08700.010033/2015-77, 08700.010738/2015-94, 08700.011507/2015-06, 08700.002975/2014-09 e 08700.003598/2016-89.

⁷⁵ Ato de Concentração nº 08700.000548/2013-05.

⁷⁶ Ato de Concentração nº 08700.009535/2013-93.

⁷⁷ Ato de Concentração nº 08700.002975/2014-09.

⁷⁸ Ato de Concentração nº 08700.010738/2015-94.

⁷⁹ Ato de Concentração nº 08700.003598/2016-89.

sem restrições, porque não acarretaria sobreposição horizontal ou integração vertical, não implicaria troca de informações sensíveis entre concorrentes e não alteraria a independência estratégica, econômica e comercial das empresas.

- Ato de Concentração nº 8700.010033/2015-77: Tim Celular S.A, Telefônica Brasil S.A, Claro S.A e Oi Móvel S.A. notificaram a contratação conjunta de empresas para viabilizar a construção/obra civil, instalação e posterior cessão não exclusiva de infraestrutura em espaços fechados (tais como *shopping centers*, ginásios e centros comerciais) em diferentes localidades do país. Realizada a instalação da infraestrutura, as prestadoras compartilhariam os equipamentos, que serviriam para fortalecer o sinal dos serviços prestados.

Após instrução e consulta de agentes do mercado de construção, gestão e operação de infraestrutura para telecomunicação, a operação foi aprovada sem restrições, concluindo-se que não causaria danos à livre concorrência e poderia gerar eficiências (uma única estrutura em cada local poderia ser usada por várias empresas).

- Ato de Concentração nº 08700.011507/2015-06: Telefônica Brasil S/A, Tim Celular S.A e Intelig Telecomunicações Ltda. notificaram um Contrato Mútuo de Compartilhamento de Rede, por meio da qual compartilhariam determinados elementos de rede para fins de cumprimento de obrigações regulatórias de cobertura e oferta de serviços em áreas rurais. A operação foi aprovada, sem restrições, em razão da inexistência de sobreposição horizontal ou integração vertical, bem como porque teria como efeito imediato a expansão da oferta de serviços de telecomunicações nas áreas rurais abrangidas pelo acordo em análise.

A análise desses casos revela uma tendência no setor de criação de soluções customizadas de compartilhamento de infraestrutura para reduzir custos na instalação e gerenciamento dos elementos de rede, tornando a atuação das prestadoras mais eficiente – o que foi, aliás, reconhecido pelo CADE. As informações públicas de tais casos também mostram que os acordos firmados continham mecanismos para preservar a atuação independente dos agentes econômicos, de forma a não comprometer a livre competição.

4.3. Operações de alienação/cessão do direito de exploração envolvendo torres de telecomunicações

A análise dos dados reflete uma clara tendência no setor de telecomunicações nos últimos anos no Brasil: a alienação (ou cessão do direito de uso/exploração), por prestadoras de SMP, de torres utilizadas como infraestrutura passiva para prestação do serviço, para empresas especializadas na gestão desses equipamentos, que não são agentes sujeitos à regulamentação da ANATEL.

Identificaram-se ao menos 8 operações dessa natureza envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações,⁸⁰ além de outras relacionadas apenas às empresas especializadas na gestão e operação dessa infraestrutura (aquisição de participação societária ou ativos).⁸¹

O principal resultado a ser destacado é o processo de desverticalização,⁸² com a alienação ou cessão do direito de exploração de infraestrutura de telecomunicações para empresas especializadas na gestão desses ativos.

Com isso, eliminam-se quaisquer possíveis incentivos advindos da terceirização para discriminar concorrentes, elevar custos de rivais ou fechar mercado. Isso porque, em princípio, tais empresas não verticalizadas e especializadas na gestão de infraestrutura adquirentes das torres possuem todos incentivos para vender o máximo possível, e não restringir a oferta a determinados grupos.

5. Conclusões

Após a reforma do sistema de defesa da concorrência implementada em 2012, a ANATEL reconheceu-se incompetente para analisar os processos de atos de concentração e investigação de condutas previstos na Lei nº 12.529/2011 envolvendo o setor de telecomunicações. Sua contribuição passou a ser reduzida nesses feitos, restrita à emissão de opiniões quando oficiada pelo CADE. Trata-se de avanço na desburocratização do ambiente de negócios no Brasil, na medida em que a atuação da agência reguladora foi totalmente centrada na prevenção e repressão de comportamentos vedados pela regulamentação setorial.

Nos primeiros cinco anos de aplicação da Lei nº 12.529/2011, a pesquisa ora apresentada identificou que a grande maioria das operações no setor de telecomunicações e internet é aprovada sem qualquer restrição, sendo que apenas três casos foram aprovados com condicionantes em virtude dos elevados riscos concorrenciais identificados. Não houve rejeição de operações nesta indústria.

Em tempo, foi possível verificar ao menos duas tendências no setor nos últimos anos a partir de uma simples revisão da jurisprudência do CADE: (i) a desverticalização de prestadoras de serviços móveis, que alienaram parcela (ou a totalidade) de suas torres (infraestrutura passiva) para *players* especializados na gestão desses ativos (aliás, a própria entrada, crescimento e fortalecimento desses agentes poderia ser também destacada como uma tendência); e (ii) o compartilhamento de infraestrutura (sobretudo soluções customizadas e não sujeitas a obrigações previstas na regulamentação) como forma de promover expansão e melhoria dos serviços com custos reduzidos, aumentando, assim, a eficiência.

⁸⁰ Atos de Concentração nº 08700.000219/2015-18, 08700.005378/2012-66, 08012.002701/2012-06, 08700.007211/2015-82, 08700.003820/2013-09, 08700.003786/2015-26, 08700.007229/2012-31 e 08700.008568/2013-16.

⁸¹ Atos de Concentração nº 08700.010983/2012-59, 08700.001514/2013-20, 08700.004675/2013-75, 08700.002223/2016-00.

⁸² A maioria das grandes operadoras alienou/cedeu direito de exploração de grande parte de suas torres, incluindo Tim, Vivo, Oi, Algar e Nextel.

**ANEXO Atos de concentração no setor de telecomunicações e internet decididos pelo
CADE entre 29.05.2012 a 29.05.2017**

| Ano | Número/Requerentes |
|------------|--|
| 2012 | 08700.005378/2012-66 (American Tower do Brasil Cessão de Infra-Estruturas Ltda. e Vivo S.A.); 08012.002701/2012-06 (American Tower do Brasil Cessão de Infra-Estruturas Ltda. e Vivo S.A.); 08700.007229/2012-31 (Presidente Participações Ltda. e Vivo S.A.). |
| 2013 | 08700.010983/2012-59 (BR Towers S.A. e Fundo de Investimento em Participações Multisetorial Plus); 08700.000220/2013-81 (Paul Capital Advisors do Brasil - Consultoria Financeira Ltda. e Ideiasnet Fundo de Investimentos em Participações I); 08700.001514/2013-20 (Twickenham Investment Pte. Ltd. e BR Towers S.A.); 08700.001936/2013-03 (J & F Investimentos S.A. e Canal Rural Produções Ltda.); 08700.000548/2013-05 (TIM Celular S.A., Brasil Telecom S.A. e TNL PCS S.A.); 08700.003536/2013-24 (Claro S.A. e Vivo S.A.); 08700.003820/2013-09 (BR Towers SPE S.A., Oi S.A. e Telemar Norte Leste S.A.); 08700.004675/2013-75 (Banco Bradesco - BBI S.A. e BR Towers SPE 3 S.A.); 08700.005281/2013-34 (VCB Comunicações S.A. e TNL PCS S.A.); 08700.006893/2013-44 (BTG Pactual YS Empreendimentos e Participações S.A. e Brasil Telecom Cabos Submarinos Ltda.); 08700.008433/2013-50 (Abertis Telecom S.A. e Hispasat S.A.); 08700.008568/2013-16 (American Tower do Brasil - Cessão de Infraestruturas Ltda. e Nextel Telecomunicações Ltda.); 08700.009535/2013-93 (TIM Celular S.A., OI Móvel S.A. e TNL PCS S.A.); 08700.010201/2013-62 (International Finance Corporation e Internexa Participações S.A.). |
| 2014 | 08700.011046/2013-00 (TOTVS Brasil Sales Ltda e Ciashop - Soluções para Comércio Eletrônico S.A.); 08700.011257/2013-34 (Abril Radiodifusão S.A. e Spring Radiodifusão EIRELI); 08700.001300/2014-34 (AXN Latin America Inc. e A&E Ole Networks LLC); 08700.002354/2014-17 (TIM Celular S.A., Caixa Econômica Federal e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.); 08700.002972/2014-67 (Lenovo Tecnologia Brasil Ltda. e Google Inc.); 08700.003523/2014-36 (Alaof Brasil Mídia Holdings 2 S.A. e Videomar Rede Nordeste S.A.); 08700.005208/2014-43 (AT&T e DIRECTV); 08700.005026/2014-72 (Quattro Parent; LLC e International Finance Corporation); 08700.004961/2014-11 (Claro S.A. e iMusica S.A.); 08700.007075/2014-40 (Highline do Brasil Infraestrutura de Telecomunicações S.A., Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. e Beside Entretenimento S.A.); 08700.008113/2014-81 (For Fun Entretenimento Ltda. e Network Participações S.A.); 08700.005595/2014-18 (American Tower do Brasil - Cessão de Infraestruturas Ltda. e BR Towers S.A.); 08700.007037/2014-97 (Apollo Management L.P. e Twenty-First Century Fox; Inc.). |
| 2015 | 08700.002975/2014-09 (Tim Celular S.A., Oi Móvel S.A. e TNL PCS S.A.); 08700.000219/2015-18 (American Tower do Brasil - Cessão de Infraestruturas Ltda. e Tim Celular S.A.); 08700.009732/2014-93 (Telefônica Brasil S.A., Telefônica S.A., GVT Participações S.A. e Vivendi S.A.); 08700.009731/2014-49 (Telefônica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A.); 08700.003151/2015-29 (NII Holdings; Inc. e Capital Research and Management Company); 08700.003786/2015-26 (Highline do Brasil Infraestrutura de Telecomunicações S.A. e On Telecomunicações Ltda.); 08700.007211/2015-82 (Highline do Brasil Infraestrutura de Telecomunicações S.A. e Algar Telecom S.A.); 08700.009426/2015-38 (Claro S.A. e Brasil Telecomunicações S.A.); 08700.011911/2015-71 (Telecom Italia S.p.A. e Vivendi S.A.); 08700.010738/2015-94 (TIM Celular S.A., Telefônica Brasil S.A. e OI Móvel S.A.); 08700.011507/2015-06 (TIM Celular S.A., Telefônica Brasil S.A. e Intelig Telecomunicações Ltda.); 08700.010033/2015-77 (Tim Celular S.A., Telefônica Brasil S.A., Claro S.A. e Oi Móvel S.A.). |
| 2016 | 08700.001351/2016-28 (AXN Latin America Inc. e A&E Ole Networks LLC); 08700.002223/2016-00 (Broad Street Brazil Investments Fundo de Investimento em Participações e Cell Site Solutions - Cessão de Infraestrutura S.A.); 08700.003104/2016-66 (SLP Hero Holdings e Keystone Investment Pte. Ltd.); 08700.003598/2016-89 (Telefônica Brasil S.A. e Nextel Telecomunicações Ltda.); 08700.006723/2015-21 (TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda.); 08700.004769/2016-97 (RBS - Zero Hora Editora Jornalística S.A., RBS Empresa de TVA Ltda., RBS Participações S.A., RBS Rádios - Participações S.A., Casarita Participações S.A. e NC Broadcast Participações S.A.); 08700.005457/2016-09 (Mectron Engenharia; Indústria e Comércio S.A. e AEL Sistemas S.A.); 08700.006084/2016-85 (Microsoft Corporation e LinkedIn Corporation); 08700.008461/2016-11 (Koch Equity Development LLC e Infor Enterprise Applications; LP). |
| 2017 | 08700.001390/2017-14 (AT&T Inc. e Time Warner Inc.). |

A APLICAÇÃO DA LEI DE CONCORRÊNCIA EM CASOS DO MERCADO FINANCEIRO

Amanda Navas
Maria Fernanda Madi
Vicente Bagnoli

O mercado financeiro, em geral, apresenta características específicas que chamam atenção das autoridades de concorrência pelo mundo. No Brasil não é diferente, a tendência de concentração de bancos na última década, as elevadas barreiras à entrada no mercado, o baixo nível de satisfação dos consumidores e a existência de ambiente propício ao comportamento coordenado de seus *players*, tem deixado o CADE sob constante alerta.

Os casos de matéria concorrencial envolvendo mercados financeiros reúnem um debate controverso sobre qual é a autoridade adequada para analisar e decidir questões como fusões e aquisições e condutas anticoncorrenciais neste mercado: CADE ou Banco Central do Brasil ("BACEN"). A dicotomia entre autoridade concorrencial e órgão regulador (no caso, regulador financeiro) é extensa, uma vez que estas tendências de consolidação no mercado financeiro continuam e as questões sobre os impactos na concorrência tornam-se inevitáveis. Esta discussão, no entanto, não é o foco do presente artigo, que pretende demonstrar os casos relacionados ao mercado financeiro analisados no CADE desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, em 29 de maio de 2012.

Conforme estabelecido pela Lei nº 12.529/11, em seu artigo 31, esta Lei aplica-se a pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Ou seja, de acordo com este dispositivo legal, instituições financeiras também estariam dentro do escopo da lei concorrencial brasileira.

Por exemplo, o Processo Administrativo que investigou o caso dos créditos consignados¹, envolvendo a instituição financeira Banco do Brasil foi um marco para o CADE confirmar seu poder de jurisdição como um dever sobre as análises de questões de concorrência no mercado financeiro. Este caso começou em 2010 - quando a Lei nº 8.884/94 estava em vigor, e foi julgado em 2012, já sob vigência da Lei nº 12.529/11.

Desde então, muitos outros casos (tanto atos de concentração como de condutas anticompetitivas) que envolvessem de alguma forma uma discussão acerca do mercado financeiro foram analisados/investigados pelo CADE. As próximas seções apresentarão um resumo destes principais casos, a saber: investigação sobre crédito consignado, investigação no mercado de câmbio “offshore” e “onshore” brasileiro, fusão Itaú *Unibanco/BMG*, aquisição *HSBC/Bradesco* e aquisição do *Itaú Unibanco/Citi*.

¹ BAGNOLI, V.; BASTOS, A.A.R.; NAVAS, A.R.E.; *Cláusula de Exclusividade: Análise concorrencial a partir do caso dos créditos consignados*. São Paulo: Almedina, 2014.

1. Crédito Consignado

Em junho de 2010, uma Representação² foi apresentada pela Federação Interestadual dos Servidores Públicos Municipais e Estaduais dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Paraná, Piauí, Roraima, Sergipe e Tocantins ("FESEMPRE") - contra o Banco do Brasil ("BB"). Tal representação fundava-se na ilegalidade do estabelecimento cláusulas de exclusividade em diversos contratos celebrados entre o referido banco e governos/órgãos públicos estaduais e municipais.

Os contratos tinham como objeto principal serviços como: a centralização e processamento de créditos provenientes de 100% (cem por cento) da folha de pagamento gerada pelo Estado ou pelo Município; a centralização e processamento das movimentações financeiras de todas as contas correntes, inclusive da conta única do Estado ou do Município; a centralização e processamento de todas as movimentações financeiras de pagamentos a credores do Estado ou do Município; a centralização e processamento de todas as movimentações financeiras dos fundos do Poder Executivo Estadual ou Municipal; centralização do recebimento, controle e pagamento de depósitos judiciais; dentre outros serviços. Contudo, por meio de tais contratos, cláusulas de exclusividade foram incluídas a fim de que o BB fosse o único ofertante de crédito consignado a funcionários públicos dos governos/órgãos públicos contratantes.

Em outras palavras, o BB era o único banco por meio do qual esses funcionários públicos eram pagos, mais do que isso, era o único banco que tais funcionários podiam contratar o serviço de empréstimo consignado. Diante disso, os funcionários da FESEMPRE que queriam poder contratar outros bancos para o serviço, decidiram por reportar tal situação às autoridades competentes.

A representação foi então apresentada e liminarmente arquivada pela Secretaria de Direito Econômico ("SDE"), a antiga autoridade responsável pela abertura de investigação em matéria concorrencial. O arquivamento ocorreu em 21 de junho de 2010, fundamentado no entendimento de que a natureza do serviço de crédito consignado, objeto da representação, é financeira e a competência para aplicar as regras de concorrência em relação ao mercado financeiro é exclusiva do BACEN.

Assim, o BACEN seria a autoridade responsável por identificar e aplicar sanções para casos de concorrência no setor financeiro. Diante disso, a SDE então, enviou a íntegra da Representação ao BACEN para a devida apuração de denúncia de infração à ordem econômica e aplicação de eventual sanção e, para cópia integral da Representação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para ciência e eventuais providências que entendesse necessárias.

Deve-se mencionar que há controvérsia sobre qual seria a autoridade - CADE ou BACEN - responsável por analisar e decidir questões de concorrência, como fusões e aquisições e condutas anticoncorrenciais, no mercado financeiro. Em 2001, a Advocacia Geral da União havia emitido um parecer³ entendendo que o BACEN seria o órgão competente para aplicar a lei da concorrência no setor financeiro. O CADE não estava vinculado à opinião, mas a antiga SDE, que não poderia agir contrariamente a tal parecer.

² Processo Administrativo nº. 08700.003070/2010-14.

³ Parecer AGU/LA - 01/2001.

A FESEMPRE argumentou a respeito da competência complementar entre as autoridades: tanto o CADE quanto o BACEN haviam se manifestado reiteradamente em casos entre agentes do sistema financeiro, o que confirmaria a competência complementar das instituições para investigar e decidir casos do sistema financeiro nacional. Este entendimento foi confirmado em dois grandes casos envolvendo instituições financeiras: BB e Banco Nossa Caixa (Ato de Concentração nº 08012.011736/2008-41) e Unibanco - União de Bancos Brasileiros e Banco Itaú (Ato de Concentração nº 08012.011303/2008-96).

O presidente do CADE à época, Arthur Badin, diante da remessa dos documentos referentes à representação da FESEMPRE, decidiu abrir um procedimento para apurar os fatos ali denunciados. Aos 30 de junho de 2010 o caso foi distribuído ao Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, que aos 08 de julho de 2010 encaminhou os autos à Procuradoria-Geral do CADE (“ProCADE”). O Procurador-Geral do CADE, por sua vez, sugeriu o envio de ofício ao BACEN, solicitando informações acerca do objeto dos autos, o que ocorreu em 18 de novembro de 2010.

Após aproximadamente seis meses analisando o caso, o BACEN informou que a ausência de regulamentação sobre o assunto no âmbito do sistema financeiro nacional, impedia a análise das práticas e eventual instauração de processo administrativo punitivo contra a instituição financeira representada, no caso o BB.

Em 11 de janeiro de 2011, a FESEMPRE encaminhou essas informações ao CADE e requereu que o CADE definitivamente atuasse no caso. Em 23 de fevereiro de 2011, de acordo com a decisão do Conselheiro Relator, foi dada publicidade do Procedimento Administrativo, restando o BB intimado para que apresentasse esclarecimentos e defesa sobre a representação da FESEMPRE. Enquanto isso, em 14 de janeiro de 2011, o BACEN publicou regulamento que proibia às instituições financeiras celebrar contratos ou acordos que impedissem ou restringissem o acesso de clientes a operações de crédito oferecidas por outras instituições, inclusive aquelas que ofereciam crédito com consignação em folha de pagamento.

No entanto, em 16 de março de 2011, o BB em sua manifestação junto ao CADE, alegou falta de razão jurídica para os argumentos da FESEMPRE, uma vez que o assunto estava no âmbito da jurisdição do BACEN. O BB reconheceu que o BACEN emitiu um regulamento que proibia a prestação de serviços ou o estabelecimento de cláusulas que impedissem ou restringissem o acesso dos clientes a operações de crédito e confirmou que não havia revogado as cláusulas de exclusividade em empréstimos consignados com base no argumento de que o regulamento do BACEN se aplicava apenas a futuros contratos.

Na Sessão de Julgamento do CADE de nº 498, realizada em 31 de agosto de 2011, foi instaurado Processo Administrativo Sancionador⁴. No mesmo feito, o Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo decidiu por conceder liminar que ordenava ao BB suspender imediatamente todos os contratos que possuíam cláusulas de exclusividade na concessão de empréstimos dedutíveis em folha de pagamento. Em caso de descumprimento, seria aplicada uma multa de R\$ 1 milhão de Reais por dia. Tal voto foi acompanhado por unanimidade pelo Plenário do CADE.

Essa decisão intensificou a antiga controvérsia a respeito da competência:, bem como se o CADE possuía poderes de investigação sobre as instituições financeiras. Vale ressaltar que o processo dos créditos consignados foi o primeiro caso em que o CADE instaurou uma

⁴ Processo Administrativo nº. 08700.003070/2010-14

investigação contra um banco por alegada violação da Lei da Concorrência. Foi também a primeira vez na história do CADE que conduziu toda uma investigação, desde a instrução à decisão final. Conforme mencionado anteriormente, as investigações eram realizadas pela antiga SDE e depois enviadas ao CADE para julgamento final.

Ao abrir uma investigação especificamente contra um banco público, o CADE confirmou sua independência institucional, bem como de seus conselheiros e de seu colegiado.

Posteriormente, o BB apresentou recurso alegando contradições e omissões supostamente constantes na decisão do CADE (Embargos de Declaração), que foi conhecido, porém não provido em seu mérito, em 9 de novembro de 2011.

Inconformado com a decisão do CADE, o BB apresentou Recurso Voluntário em 18 de novembro de 2011. Também impetrou Mandado de Segurança perante a Justiça Federal em 11 de novembro de 2011 com a intenção de obter uma liminar para suspender a decisão proferida no processo perante o CADE além de suspender, eventual multa decorrente do descumprimento da decisão e o próprio curso do processo administrativo.⁵

Em 30 de novembro de 2011, o Conselheiro Relator recebeu o Recurso, atribuindo-lhe apenas efeito devolutivo (com efeitos não suspensivos). Em 16 de dezembro de 2011, todos os documentos do processo foram remetidos à Procuradoria do CADE para que a mesma expressasse sua opinião acerca do Recurso Voluntário interposto pelo BB. O parecer da ProCADE de 24 de janeiro de 2012 concluiu, em termos gerais, que não parecia haver nas razões recursais trazidas ao processo elementos que refutassem os argumentos já abordados na decisão.

Paralelamente, as decisões judiciais confirmaram o entendimento do CADE sobre o assunto e sua jurisdição, de modo que a tendência era que a decisão final do CADE fosse mantida pelo Judiciário. Em 29 de maio de 2012, durante a Sessão Extraordinária de Julgamento nº 39, o Conselheiro Relator, acompanhado pela unanimidade do plenário do CADE, decidiu pelo encerramento da instrução do Processo, o que significava que o julgamento e o final do processo estavam próximos.

O BB apresentou ao CADE, em 11 de julho de 2012, uma proposta de resolução do caso por meio de Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”): solicitando sua homologação e a consequente suspensão do processo para, posteriormente, se procedesse ao arquivamento do mesmo.

Por meio do Despacho nº 12/MPV/2012, do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo, de 18 de julho de 2012 (mesma data em que foi homologado pelo Plenário do CADE), iniciou-se o período de negociação da proposta de TCC e foi instituída uma Comissão de Negociação.

Finalmente, em 2 de outubro de 2012, o período de negociação terminou. Oito dias depois, o Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho, declarou aberta a 8ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, que colocaria fim à exclusividade do Banco do Brasil na concessão de crédito consignado aos servidores públicos, diante da aprovação do acordo. Tal decisão, no entanto, não implicou no julgamento do processo em seu mérito nem no

⁵ Processo nº 61339-91.2011.4.01.3400 (6ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal) e Agravo de Instrumento nº 0072129-52.2011.4.01.0000/DF.

reconhecimento de culpa, ilegalidade ou irregularidade da conduta pelo BB, seus acionistas, administradores e representantes.

O BB concordou em cancelar as cláusulas de exclusividade e informar a decisão a todas as entidades públicas contratantes, no prazo de um mês, e a pagar uma multa de R\$ 99 milhões. Com o acordo, foi possível restabelecer a concorrência no mercado de empréstimos consignados e, conseqüentemente, os servidores públicos se beneficiaram da concorrência entre instituições financeiras no fornecimento de tal modalidade de crédito. Foi nessa oportunidade que fora celebrado até então, o maior acordo relacionado a condutas anticompetitivas unilaterais.

Este acordo, pelo qual o BB reconheceu implicitamente a jurisdição do CADE como uma autoridade independente, encorajou-o a aplicar o direito da concorrência no setor financeiro sem distinção em relação a outros mercados. A essa altura, a Lei nº 12.529/11 já estava em vigor.

2. Condutas Anticompetitivas

2.1. Outros casos de Crédito Consignado

Ao longo da instrução do Processo Administrativo supramencionado, bem como durante a negociação para celebração do referido TCC, o BB alegou que outros bancos estariam praticando a mesma conduta pela qual o BB fora investigado e que deu origem ao TCC firmado com o CADE. Isso motivou a recomendação encaminhada pelo então Conselheiro Relator, Marcos Paulo Veríssimo, à Superintendência-Geral do CADE (“SG”) para investigar a mesma prática realizada pelo BB por parte de outros bancos.

Em 18 de dezembro de 2013, com o objetivo de averiguar a pertinência da acusação feita pelo BB, a SG instaurou Procedimento Preparatório e enviou vários ofícios às principais instituições financeiras do país, incluindo as mencionadas pelo BB nos autos do Processo Administrativo acima mencionado. Foi solicitado que as instituições financeiras informassem se haviam celebrado acordos com entidades federadas para oferecer empréstimos consignados e se havia algum tipo de exclusividade na prestação desse serviço.

A SG também solicitou informações tais como: se os bancos tinham conhecimento de acordos de exclusividade entre outras instituições financeiras e entidades públicas para empréstimos de folha de pagamento e se essas instituições financeiras estariam interessadas em expandir a oferta do serviço e quais seriam as possíveis barreiras para essa expansão. Ao BB também foi solicitado fornecer informações adicionais que pudessem comprovar os fatos anteriormente informados ao CADE.

Após essa investigação preliminar, a SG encontrou indícios de que cláusulas de exclusividade haviam sido estabelecidas para empréstimos consignados em contratos assinados com entidades públicas. Nesse rol figuravam dez bancos: Itaú Unibanco, Caixa Econômica Federal (“Caixa”), Santander, Bradesco, Banco do Estado do Rio Grande do Sul (“Banrisul”), Banco de Brasília (“BRB”), HSBC Bank Brasil (“HSBC Brasil”), Banco do Estado do Espírito Santo (“Banestes”), Banco do Estado de Sergipe e Banco do Estado do Pará. (“Banpará”).

As cláusulas de exclusividade foram encontradas, pelo menos, em quatro grandes contratos com entidades públicas, nomeadamente: com os governos do Distrito Federal e dos Estados do Ceará, Rio Grande do Sul e Goiás. Nesses acordos, um ou mais bancos tinham

algum tipo de vantagem em detrimento de outros para negociar empréstimos de folha de pagamento a funcionários públicos. No Estado de Goiás, por exemplo, a Lei nº 18.674 havia criado uma vantagem para a Caixa, que detinha o contrato para administrar a folha de pagamento do Estado, permitindo-lhe financiar empréstimos com dedução em folha de pagamento em até 96 parcelas mensais. Outros bancos só poderiam operar com até 60 parcelas mensais.

Assim, em 13 de março de 2014, a SG decidiu instaurar Inquérito Administrativo para aprofundar a investigação de uma possível infração contra a ordem econômica nacional supostamente cometida por seis das instituições financeiras acima mencionadas: Itaú Unibanco, Caixa, Santander (Brasil), Bradesco, Banrisul e BRB. Vale destacar que as investigações contra HSBC, Banestes, Banese e Banpará foram encerradas por falta de provas.

Posteriormente, para reunir mais informações sobre a existência de contratos exclusivos assinados entre instituições financeiras e entidades públicas, a SG enviou ofícios a diversas entidades públicas, como prefeituras de municípios, governos estaduais e órgãos públicos, com base na existência de algum indício de acordo de exclusividade envolvendo os agentes oficiados e alguma instituição financeira.

Como consequência desta investigação, cláusulas de exclusividade foram revogadas em alguns contratos.

Em 08 de junho de 2015 foram instaurados Processos Administrativos⁶, a fim de apurar suposta infração contra a ordem econômica passível de enquadramento no artigo 36, incisos I, II, IV e VII da Lei 12.529/2011. Os representados foram notificados do prazo para a apresentação de sua defesa e apresentaram suas alegações. Os processos ainda estão em curso.

2.2. Caso dos cartões de pagamento

Em 06 de janeiro de 2015 foi instaurado Procedimento Preparatório pelo CADE, *ex officio*, para investigar supostos efeitos anticompetitivos de relações de exclusividade no credenciamento de bandeiras de cartões de pagamento.

De acordo com a Nota Técnica nº 10/2016/SG, o mercado de cartões de pagamento estruturava-se de forma que a bandeira figurava como elo comum entre bancos emissores de cartões de pagamento aos clientes finais, e credenciadoras, também chamadas de adquirentes, que possibilitavam ao varejo a captura de transações, por meio de equipamentos específicos. Devido a tal configuração do mercado, seria de interesse da bandeira que seus cartões fossem utilizados pelo maior número de credenciadoras possível, sendo a rede de credenciamento ampla o bastante para que os portadores de cartões de sua bandeira não enfrentassem problemas de aceitação no mercado. Já seria de interesse das credenciadoras possuir o maior número de bandeiras habilitadas em seus equipamentos, a fim de que o estabelecimento comercial não necessitasse contratar outra credenciadora para permitir a aceitação de determinada bandeira.

Contudo, o mercado de meios de pagamento brasileiro apresentava relações remanescentes de exclusividade em relação a algumas bandeiras, as quais permaneciam credenciadas a um único agente do mercado. A Elo, por exemplo, capturava por meio de um arranjo que somente era viável por meio da credenciadora Cielo. Assim como Hipercard tinha

⁶ Processo Administrativo nº. 08700.005781/2015-38, 08700.005761/2015-67, 08700.005759/2015-98 e 08700.005755/2015-18.

exclusividade em relação à Rede. Vale ressaltar que Elo e Cielo pertencem ao mesmo grupo econômico, controlado pelos Bancos do Brasil e Bradesco e Hipercard e Rede, pelo Itaú Unibanco.

A exclusividade em relação a uma bandeira para captura exclusiva em uma determinada credenciadora apenas interessava à credenciadora, já que a bandeira limitava sua rede de captura, enquanto a credenciadora utilizava tal diferencial em seu próprio benefício: os estabelecimentos comerciais demandavam seu produto em razão da necessidade de capturar a bandeira exclusiva.

Quanto maior a participação de mercado da bandeira exclusiva, maior a necessidade de estabelecimentos comerciais em capturar suas transações, o que gera uma maior dependência da credenciadora que a captura com exclusividade.

Assim, era parte da estratégia do respectivo grupo econômico, a bandeira exclusiva abrir mão de uma maior rede de captura em favor de um maior poder de mercado por parte da credenciadora, o que somente era possível em razão da verticalização. Por essa razão a SG incluiu o BB, o Bradesco e o Itaú Unibanco no polo passivo da investigação.

Tal conduta acabava por impedir a captura das bandeiras por outras credenciadoras e gerava barreiras à entrada e ao desenvolvimento de concorrentes no mercado. Credenciadoras de menor porte tinham dificuldades para conquistar novos clientes em razão de possuírem um portfólio de bandeiras mais reduzido se comparadas às líderes de mercado Cielo e Rede. Além da exclusividade na captura de bandeiras, também se investigava a recusa em relação à antecipação de recebíveis e a discriminação no uso de equipamentos de captura multiadquirência (*pinpads*).

A recusa em relação à antecipação de recebíveis estaria sendo praticada tanto por grandes bancos em relação a pequenas credenciadoras quanto pelas grandes credenciadoras (vinculadas aos grupos daquelas instituições financeiras) em relação aos pequenos bancos. As instituições financeiras de grande porte, em sua maioria controladora de alguma credenciadora, estariam se recusando a “ler” a agenda de recebíveis de pequenas credenciadoras, impondo dificuldades para que os clientes dessas empresas pudessem efetuar a operação de crédito de “antecipação de recebíveis” das vendas de cartões. Por outro lado, as credenciadoras líderes, controladas por esses bancos, estariam dificultando o acesso de suas agendas de recebíveis aos pequenos bancos, o que também impedia os clientes desses bancos de antecipar seus recebíveis.

Em relação à recusa de contratar/discriminação na operação de Pinpad, sendo *pinpads* equipamentos de captura de transações com cartões eletrônicos que permitem a convivência, em uma mesma máquina, de várias credenciadoras, para que um estabelecimento comercial contratasse mais de uma credenciadora, não seria necessário trocar equipamento ou alugar outro, reduzindo os custos, contudo as credenciadoras líderes estariam comercializando e dificultando a operação dos Pinpads com um mapa de chaves atualizado, que contemplava todas as credenciadoras do mercado, inclusive as menores, novas entrantes. Por meio da utilização de uma versão antiga do Pinpad e de um mapa de chaves desatualizado, as credenciadoras líderes estariam limitando a concorrência apenas entre elas, excluindo as menores desse mercado.

Considerando que cada uma das supostas práticas possuía objeto distinto, foram instaurados três Inquéritos Administrativos, em 16 de março de 2016: Inquérito Administrativo 08700.000018/2015-11 em desfavor de Elo Serviços S.A; Companhia Brasileira de Soluções e Serviços - Alelo; Amex; Hipercard Banco Múltiplo S.A; Ticket do Brasil, BB, Banco Bradesco

S.A.; e Itaú Unibanco S.A. para avaliar a exclusividade desses arranjos com as credenciadoras REDECARD S.A. e Cielo S.A, e a recusa em contratar com as demais credenciadoras do mercado; Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51 em desfavor de Bradesco, BB e Itaú-Unibanco, com o objetivo de avaliar a recusa desses bancos em ler a agenda de recebíveis de credenciadoras concorrentes de suas controladas, Cielo e Rede, respectivamente; e Inquérito Administrativo nº 08700.001861/2016-03, em desfavor de Cielo S.A. e REDECARD S.A., para avaliar a conduta de discriminação em relação às demais credenciadoras, no tocante à inserção das chaves de criptografia nos equipamentos Pinpad. Condutas essas, passíveis de enquadramento no artigo 36, §3º, incisos III, IV, V, X e XI da Lei nº 12.529/11.

Em março de 2017, o Banco Itaú Unibanco S.A. e Hipercard Banco Múltiplo S.A. e REDECARD S.A. protocolaram propostas de TCCs (nº 08700.001844/2017-49 e 08700.001845/2017-93 respectivamente) junto ao CADE. A SG, então, instaurou comissão de negociação para analisar as propostas.

O primeiro TCC, proposto pelo Banco Itaú Unibanco S.A. e Hipercard Banco Múltiplo S.A., e posteriormente homologado pelo CADE em 11 de abril de 2017, tornava o arranjo de pagamento da Hipercard aberto, sem qualquer relação de exclusividade, conforme regulação em vigor, que prevê expressamente que um instituidor de arranjo atue de forma neutra, de modo a não se utilizar de sua posição para obter vantagem competitiva indevida para si ou para participante do arranjo (como uma credenciadora), nem prejudicar a concorrência entre os participantes do arranjo e que não será instituída qualquer tipo de exclusividade que inviabilize a participação de outra credenciadora no arranjo, além de obrigar o cumprimento de metas para garantir que o arranjo de pagamento da Hipercard capturado por outras credenciadoras.

O segundo TCC, homologado na mesma data, a REDECARD S.A. se comprometeu a dar acesso, em seus Pinpads, a todas as demais credenciadoras, indiscriminadamente, desde que essas empresas concedam a ela o mesmo tratamento em seus próprios equipamentos.

Alguns meses depois, em 28 de junho de 2017, após proposta de acordo, o colegiado do CADE homologou mais dois TCCs: um com a Cielo S.A. (nº 09700.003613/2017-70) e outro com a Elo Serviços S.A. e a Elo Participações S.A. (nº 08700.003614/2017-14).

Assim como o acordo da Hipercard, o primeiro pôs fim à exclusividade entre a Elo (bandeira/arranjo de pagamento) e a credenciadora Cielo, para a captura de transações de pagamento eletrônico com uso de cartões de débito e crédito da bandeira Elo, que a partir de 31 de julho de 2017, começou a operar no modelo de arranjo aberto. Assim como no TCC da Hipercard, também foram instituídas metas para que houvesse captura por outras credenciadoras.

Uma diferença relevante em relação ao acordo celebrado com a Hipercard se refere à capacidade da Elo em habilitar e homologar quantas credenciadoras quanto forem necessárias, desde que tais empresas se apresentassem nas janelas de homologação com as adaptações tecnológicas necessárias para o efetivo início do processo.

O segundo TCC celebrado com a Cielo S.A. pôs fim à exclusividade no uso de equipamentos de captura de transações com cartões de pagamento: a Cielo se comprometeu a dar acesso, em seus Pinpads, a todas as demais credenciadoras, indiscriminadamente, desde que essas empresas concedessem a ela o mesmo tratamento em seus próprios equipamentos.

Com a celebração dos TCCs, os Inquéritos Administrativos nº 08700.000018/2015-11 e nº 08700.001861/2016-03 foram suspensos em relação aos signatários, até que o CADE ateste

o cumprimento integral dos acordos pelas partes. Contudo, em relação aos outros representados, o processo continuou.

Por entender que a finalidade da investigação fora devidamente alcançada, seja por meio de acordos negociados, seja por meio da adoção unilateral de práticas aderentes à legislação concorrencial por parte das empresas investigadas Alelo, Amex e à Ticket, conferindo maior abertura e competitividade ao mercado brasileiro de meios de pagamento, a SG sugeriu o arquivamento do Inquérito Administrativo 08700.000018/2015-11 em relação aos Representados Alelo, Amex e Ticket, restando suspenso para fins de acompanhamento de decisão em relação aos TCCs homologados com os demais Representados. Tal decisão foi publicada em 20 de julho de 2017.

O Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51 em desfavor de Bradesco, Banco do Brasil e Itaú-Unibanco, com o objetivo de avaliar a recusa desses bancos em ler a agenda de recebíveis de credenciadoras concorrentes de suas controladas, Cielo e Rede, respectivamente, ainda prossegue. Importante ressaltar, por fim, que não houve exigência de qualquer tipo de contribuição pecuniária no estabelecimento dos TCCs, tendo em vista que a legislação assim não determina para casos de conduta unilateral.

2.3 *Investigação no Mercado de Câmbio "offshore"*

Em julho de 2015, o CADE abriu o Processo Administrativo (nº 08700.004633/2015-04) para investigar um suposto cartel no Mercado Cambial (em inglês, *Foreign Exchange Market "Forex" ou "FX"*) que teria ocorrido entre o período de 2007 a 2013. Em detalhes: a suposta prática anticompetitiva estaria relacionada com o mercado de câmbio à vista (também conhecido como mercado “spot”); com as taxas de câmbio de referência – como a taxa WM / Reuters, a taxa de referência do Banco Central Europeu e a PTAX⁷ do BACEN – e; com a negociação de contratos a termo de moedas, como o BRL Non-Deliverable Forwards (BRL NDFs)⁸.

Este Processo Administrativo iniciou com a assinatura de um acordo de leniência⁹. De acordo com as evidências fornecidas pelos Lenientes, as empresas Representadas teriam participado de um cartel através de um bate-papo *on-line* ocorrido na plataforma da *Bloomberg*. As partes teriam supostamente cartelizado para: (i) fixar níveis de preços (especificamente, fixar os níveis de *spread* cambial) e (ii) compartilhar informações comercialmente sensíveis entre concorrentes no mercado de câmbio. Vale ressaltar que investigações similares a esta

⁷ O BACEN coleta e divulga as taxas médias praticadas no mercado interbancário, isto é, a taxa média do dia apurada com base nas operações realizadas naquele mercado, conhecida por "taxa PTAX", a qual serve como referência, e não como taxa obrigatória. Para mais informações acesse: http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/taxCam.asp

⁸ Segundo conceito trazido pela própria SG na Nota Técnica instauradora do Processo Administrativo nº 08700.004633/2015-04, “as operações NDF são utilizadas normalmente como instrumento de *hedge*, pois o contratante de um NDF garante uma taxa de câmbio futura para a moeda base do contrato. Nos países emergentes, em que as moedas são menos estáveis, o mercado futuro e operações do tipo NDF são mais frequentes. As NDFs podem ser realizadas no Brasil tanto entre empresas brasileiras quanto entre empresas de dentro e de fora no Brasil, considerando uma situação em que uma empresa estrangeira queira operar com o câmbio brasileiro”.

⁹ Informação disponível em: <http://en.cade.gov.br/press-releases/cade2019s-superintendence-investigates-cartel-in-the-manipulation-of-exchange-rates>. Último acesso em 21 Fevereiro 2017.

foram realizadas por diferentes autoridades antitruste em todo o mundo, tal como nos EUA e na União Europeia.

Entre os bancos investigados estão: Banco Standard de Investimentos, Banco TF Tokyo-Mitsubishi UFJ, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, HSBC, JP Morgan Chase, Merrill Lynch, Morgan Stanley, Nomura, Royal Bank of Canada, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered e UBS, além de 30 pessoas físicas. Na época da alegada conduta, os representados estavam localizados no exterior, em mesas de câmbio estrangeiras, conhecidas como mesas de câmbio “offshore”, denominação que acabou caracterizando este caso.

As supostas condutas, segundo alegado, teriam tido efeitos diretos e indiretos no mercado brasileiro. Em termos técnicos, o mercado de câmbio realiza operações referentes à compra de uma moeda em troca de outra. Em relação aos efeitos indiretos, as taxas de câmbio poderiam influenciar os níveis domésticos de consumo em um país, além dos níveis de investimentos, importações e exportações, entre outras transações financeiras com base nestas taxas. Sobre os efeitos diretos, a SG, em sua Nota Técnica considerou que, mesmo sendo o Real (BRL) a moeda oficial do País, números consideráveis de transações comerciais de entidades brasileiras são feitas através de moedas estrangeiras (por exemplo, Euro, Dólar Americano e Libra Esterlina).

Além disso, o mercado de câmbio conta com as taxas de referência – que são calculadas com base nas taxas de câmbio praticadas no mercado para pares de moedas específicos e periodicamente publicadas por entidades públicas e privadas em todo o mundo como BACEN (PTAX), WM / Reuters e o Banco Central Europeu. Essas taxas de referência são utilizadas, por exemplo, por empresas multinacionais, instituições financeiras e investidores como base para celebração de contratos e ativos em todo o mundo.

Ressalta-se que em dezembro de 2016, o CADE celebrou acordos de leniência com as seguintes instituições financeiras Representadas: o Barclays PLC, Citicorp, Deutsche Bank - Banco Alemão, HSBC Bank PLC e JP Morgan Chase & CO. O valor das contribuições pecuniárias cobradas pelo CADE para assinatura destes acordos somou R\$ 183,5 milhões. Assim, o CADE suspendeu a investigação em relação aos bancos que assinaram os acordos.

No entanto, a investigação avança sobre os demais Representados, quais sejam: Standard Chartered Bank, The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, LTD, Credit Suisse AG, Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith incorporaram, Banco Morgan Stanley, Nomura International PLC, Royal Bank of Canada, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered Bank (Brasil) e UBS AG, além de demais pessoas físicas.

2.4. Investigação no Mercado de Câmbio “onshore”

Em dezembro de 2016, a Superintendência Geral iniciou outra investigação sobre o mercado de câmbio (Processo Administrativo nº 08700.008182 / 2016-57). Desta vez, a SG se propôs a examinar um suposto cartel no mercado de câmbio “onshore”, envolvendo mais diretamente a moeda brasileira. As supostas condutas referem-se essencialmente ao mercado de câmbio à vista, ao mercado de câmbio futuro, entre outras operações financeiras envolvendo a moeda nacional (BRL).

As evidências analisadas pela autoridade concorrencial indicam que entre as condutas anticompetitivas discutidas estariam: tentativas de coordenação em relação a operações de câmbio e posições de risco cambial; tentativas para fixar preços e/ou níveis de preços e *spreads*

cambiais (como FRP); tentativas de afetar o índice de referência PTAX do BACEN; e compartilhamento de informações comercialmente sensíveis, tais como posições de risco, negociações prospectivas e/ou informações de clientes.

Diferentemente do caso acima explicado (i.e. Investigação no mercado de câmbio “offshore”), as condutas investigadas neste Processo Administrativo referem-se a instituições financeiras e pessoas físicas localizados no Brasil. De acordo com a SG, há evidências de que os bancos Representados também teriam formado este conluio por meio das salas de bate-papo *on-line* da plataforma *Bloomberg*, entre o período de 2008 e 2012.

A referida investigação envolve 10 instituições financeiras com sede no Brasil, além de 19 de seus funcionários e/ou ex-funcionários. Entre os Representados estão: o Banco BBM; Banco BNP Paribas Brasil; Banco BTG Pactual; Banco Citibank; HSBC Brasil; Banco Múltiplo, Banco ABN AMRO Real; Banco Fibra; Banco Itaú BBA; Banco Santander (Brasil); e Banco Société Générale Brasil. Os Representados ainda estão sendo notificados para enviar sua defesa.

Tanto na investiga o no mercado de câmbio “onshore” como no Processo Administrativo que investiga as condutas no mercado de câmbio “offshore”, o CADE vem coordenando suas diligências junto ao BACEN¹⁰.

3. *Atos de concentra o*

Como dito na introdu o deste Capítulo, as tendências de consolida o no mercado financeiro continuam e as questões sobre os impactos sobre a concorrência tornam-se inevitáveis.

Vale notar que, independentemente do controle prévio do CADE, o BACEN também vem adotado um procedimento próprio para análise de atos de concentra o, ao aprovar a Circular n  3.590, de 26/04/2012. Mais recentemente, em 2016, o BACEN publicou outra Circular (n  3.800, de 29/06/2016) que traz algumas mudanças na análise no caso de atos de concentra o do Sistema Financeiro Nacional (SFN). De acordo com a nova Circular, serão analisadas pelo Banco Central do Brasil, sob o ponto de vista de seus efeitos sobre a concorrência, sem prejuízo do exame relativo   estabilidade do sistema financeiro, as seguintes opera es que envolvam duas ou mais institui es financeiras ou demais institui es autorizadas a funcionar pelo BACEN:

“Art.1 [...]”

- I - transferência de controle societário;
- II - incorpora o;
- III - fusão;
- IV - transferência do negócio; e

¹⁰ Nota-se que em junho de 2017 foi publicada uma Medida Provisoria 784/2017 que ampliou os poderes investigatórios do Banco Central e da CVM, ao criar condi es para bancos assinarem acordos de leniência diretamente com estas autoridades, em troca da redu o de penas no âmbito administrativo. Este conceito de acordo de leniência, ainda que tenha a mesma nomenclatura dos acordos de leniência do SBDC, refere-se tão somente a irregularidades administrativas das institui es financeiras e não penais, que continuarão a cargo do Ministério Público Federal (MPF). Existe uma abertura na interpreta o da MP 784/2017 que casos de cartéis no mercado financeiro, como   o caso do cartel das taxas de câmbio “offshore” e “onshore”, sejam exemplos de infra es que estariam dentro do escopo da nova norma. No entanto, esta discussão permanece ainda embrionária no país.

V - outros atos de concentração.

§ 1º Para os efeitos desta Circular, entende-se como:

I - ato de concentração, a operação que leve ao aumento de participação relativa de instituições financeiras ou demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil em segmentos do mercado em que atuem; e

II - transferência do negócio, a cessão de estrutura geradora de operações ou de serviços financeiros.

§ 2º O disposto no caput não se aplica a:

I - operações que envolvam apenas instituições do mesmo conglomerado;

II - cessões de créditos que não envolvam as operações referidas em seus incisos I a V; e

III - operações que envolvam apenas administrador”

Mesmo tendo em vista estas novas regulamentações do BACEN, esta seção se presta a apresentar de maneira descritiva apenas os atos de concentração notificados ao CADE e analisados sob vigência da Lei nº 12.529/11.

3.1 Caso Itaú Unibanco/BMG

Em meados de 2012, o banco BMG S.A. ("BMG") assinou um contrato com o Itaú Unibanco que visava oferecer, distribuir e comercializar créditos consignados no Brasil, formando uma *joint venture* denominada Banco Itaú BMG Consignado S.A. A partir desta transação, o Itaú Unibanco passaria a deter 70% da *joint venture*, enquanto a BMG deteria os restantes 30%.

As Requerentes notificaram a transação ao CADE em agosto de 2012 (Ato de Concentração nº 08700.006962/2012-39) e, segundo informado, o negócio teria como objetivo aumentar o desempenho dessas instituições no mercado de créditos consignados. Naquela época, as empresas também justificaram a operação pelo fato de que o Itaú Unibanco se beneficiaria da expertise e da rede de correspondentes do BMG. O BMG, por sua vez, arrecadaria fundos a um custo menor através do Itaú Unibanco. Vale lembrar que o caso *Itaú Unibanco / BMG* foi o primeiro caso de ato de concentração analisado pelo rito ordinário sob vigência da Lei nº 12.529/11. O CADE analisou a transação em apenas 48 dias.

Quanto à avaliação do CADE sobre a definição do mercado relevante e potenciais efeitos concorrenciais, a SG compreendeu que o mercado de créditos consignados configura um mercado próprio, uma vez que não é um substituto de outros produtos financeiros - tanto do ponto de vista da substitutibilidade da oferta quanto da demanda. Em maiores detalhes, segundo a SG, do ponto de vista da oferta, a instituição financeira que oferece créditos consignados deve atender aos critérios da Lei nº 10.820/03, estabelecendo uma parceria com a instituição pagadora (no caso, o empregador do interessado). Do lado da demanda, o indivíduo interessado nos créditos consignados também está sujeito a condições específicas para acessar esse tipo de crédito. Dentre estas condições, o interessado deve ser recipiente de salário e depende de uma parceria entre o empregador e a instituição financeira. Isso quer dizer que os profissionais liberais, por exemplo, não tem acesso a esse tipo de crédito. Sobre a dimensão geográfica do mercado relevante, a SG entendeu que o mercado de créditos consignados deveria ser definido como nacional. Além disso, a SG entendeu que a dinâmica competitiva em relação ao referido mercado era suficiente para evitar danos aos consumidores advindos desta operação.

Tendo em vista esta linha argumentativa, o CADE aprovou a operação sem quaisquer restrições. Por fim, vale notar que a operação também foi avaliada pelo BACEN.

3.2. Caso HSBC/Bradesco

O Caso *HSBC/Bradesco* refere-se à aquisição de 100% das ações da HSBC Brasil pelo banco Bradesco (Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41). A operação foi divulgada ao mercado após o anúncio do HSBC sobre o fechamento de suas atividades no Brasil e na Turquia em 2015.

Com a referida aquisição avaliada em USD 5,1 bilhões (equivalente a R\$ 17,8 bilhões no câmbio da época), o Bradesco assumiu todas as operações do HSBC no Brasil. Dentre estas operações estão clientes de varejo, no seguimento de alta renda, bancos comerciais; serviços de financiamento e acordos operacionais com varejistas (mais de 6.000 pontos de venda); além de planos seguros / previdência / títulos de capitalização.¹¹

Para melhor avaliar os efeitos desta operação e coletar informações sobre os mercados afetados pela transação, a SG solicitou informações aos concorrentes das referidas instituições financeiras além de outras entidades interessadas¹². Em janeiro de 2016, por meio do Despacho nº 140/2016, a SG declarou a complexidade da transação (ou seja, transformou o rito que seria sumário em um rito ordinário), nos termos do artigo 56 da Lei nº 12.529/11 e do artigo 120 do Regulamento Interno do CADE. Na mesma ocasião, a SG determinou a elaboração de um estudo quantitativo pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE sobre os impactos competitivos decorrentes da operação. Além disso, a SG solicitou às Requerentes: (i) uma análise das eficiências econômicas geradas pela operação; e (ii) estudos quantitativos ou qualitativos sobre a dinâmica competitiva deste mercado que pudesse abrandar as possíveis preocupações competitivas identificadas pela SG.

Em abril de 2016, a SG publicou o Parecer nº 12/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE, contestando a presente operação ao Tribunal Administrativo e recomendando a aprovação com restrições, ou seja, aprovação sujeita à assinatura de um Acordo de Controle de Concentrações ("ACC"). Finalmente, em junho de 2016, oito meses após a notificação,¹³ seguindo as recomendações da SG, o Tribunal do CADE aprovou a fusão com restrições. De acordo com o Conselheiro Relator do caso, João Paulo de Resende, a transação levou a um aumento dos níveis de concentração do mercado, especialmente em mercados específicos, como, por exemplo, o mercado de depósito à vista (contas correntes).

Ao assinar o ACC, o Bradesco concordou com diversos remédios comportamentais, entre eles:

- (i) Comprometimento em não se envolver em fusões e aquisições com instituições financeiras, ou mesmo em quaisquer consórcios dentro do Brasil durante 30 meses, a partir da data de publicação da decisão do Tribunal do CADE no Diário Oficial da União;

¹¹ Bradesco. Presentation about *Acquisition of HSBC Brasil*. August 2015. Disponível em:

<https://www.bradescom.com.br/site/conteudo/download/Download.aspx?file=~%2Fuploads%2F635741665745559369-hsbc-presentation.pdf>. [21-02-2017]

¹² Entre elas BB, Caixa, Itaú Unibanco, Santander, Banco Safra, Banco BTG Pactual, CCB Brasil – China Construction Bank, Banco Volkswagen, Bancoob - Banco Cooperativo do Brasil, Banco GMAC, Scotiabank, SICREDI, Brasilprev Seguros e Previdência, Embraccon Administradora de Consórcio, Scania Administradora de Consórcios, Porto Seguro, BB Mapfre SH1 Participações e Rodobens Administradora de Consórcios.

¹³ Partes notificaram a operação em 27 de outubro de 2015.

- (ii) Comprometimento em oferecer incentivos para os então ex-clientes do HSBC Brasil de vários municípios para transferir suas operações de crédito para outras instituições financeiras concorrentes ao Bradesco¹⁴;
- (iii) Melhoria nos procedimentos aplicados para de portabilidade de crédito e salários, e
- (iv) Implementação de medidas que melhorem a transparência e a qualidade dos serviços prestados aos seus clientes; e realização de programas de qualificação e treinamento para seus funcionários com o objetivo de melhorar os serviços prestados aos seus clientes.

A densidade analítica requerida neste caso sinalizou a capacidade do CADE para avaliar a complexidade da dinâmica dos mercados financeiros. Na mesma linha da autoridade de concorrência, o BACEN também aprovou a transação com remédios em janeiro de 2016, quase 6 meses antes da aprovação do CADE.

3.3. Caso Itaú Unibanco/Citi

O caso Itaú Unibanco/Citi refere-se a uma reestruturação societária de algumas empresas do grupo Citibank ("Citi")¹⁵ (Ato de Concentração 08700.001642/2017-05). O Citi anunciou, em outubro de 2016, a realização de uma operação, junto ao banco Itaú Unibanco para venda de seu segmento de varejo, voltados a pessoas físicas e, em menor grau, a pessoas jurídicas de pequeno porte que recebem o mesmo tratamento dado às pessoas físicas. Com esta operação, as operações bancárias relacionadas a consumidores pessoas físicas continuariam a operar pelo banco Itaú Unibanco, enquanto restaria ao Citi a manutenção de suas operações de atacado no país, com foco em *private banking* e empresas médias, multinacionais e brasileiras de grande porte.¹⁶ Especificamente em relação à emissão de cartões de crédito, cumpre ressaltar que a relação contratual entre Diners e Citibank não será contemplada pelo presente negócio.

A Parecer da SG sobre a operação constatou sobreposição horizontal em oito mercados relevantes (i.e., i. depósitos à vista; ii. depósitos a prazo e poupança; iii. emissão de cartões de crédito; iv. programas de fidelização – por coalizão; v. créditos de livre utilização – pessoas físicas; vi. empréstimos consignados – pessoas físicas; vii. financiamentos habitacionais – pessoas físicas; viii. financiamentos para aquisição de veículos – pessoas físicas; xi. gestão de recursos de terceiros; x. distribuição de fundos/ativos de terceiros; xi. distribuição de planos de previdência privada; xii. distribuição de títulos de capitalização; e xiii. corretagem de valores), além de sete mercados integrados verticalmente (a saber, i. arranjos de pagamentos e emissão de cartões de crédito; ii. emissão de cartões de crédito e programas de fidelização -individuais e por coalizão-; iii. administração fiduciária e gestão de recursos de terceiros; iv. administração fiduciária/gestão de recursos de terceiros e distribuição de fundos/ativos de terceiros; v. previdência privada e distribuição de planos de previdência privada; vi. títulos de capitalização e distribuição de títulos de capitalização; e vii. seguros e corretagem de seguros).

¹⁴ Exceção: Caixa, BB e Itaú, que são os maiores bancos no país.

¹⁵ Informação disponível em: <[https://www.itaubank.com.br/arquivosstaticos/RI/pdf/en/IHF-Fato_Relevante_CITI_\(FOR\)_ing.pdf](https://www.itaubank.com.br/arquivosstaticos/RI/pdf/en/IHF-Fato_Relevante_CITI_(FOR)_ing.pdf)>. Último acesso em 20 de Fevereiro de 2017.

¹⁶ Information available at: <<http://www.businesswire.com/news/home/20161008005039/en/Citi-Announces-Sale-Consumer-Business-Brazil-Ita%C3%BA>>. Access on February 21, 2017.

Ademais, concluiu-se que esta operação estaria inserida em um mercado com fortes evidências de ausência de competição efetiva e elevadas margens de lucro, o que resultaria em serviços mais caros e de menor qualidade para os consumidores de produtos e/ou serviços bancários no Brasil¹⁷. Sendo assim, o CADE aprovou a operação com restrições.

Conforme as restrições comportamentais impostas pelo CADE, o banco Itaú comprometeu-se a implementar nos próximos anos medidas de melhoria e disponibilidade de informações e transparência para os consumidores. Ademais, comprometeu-se a desenvolver programa de *Compliance* e treinamento para funcionários.

O Tribunal determinou ainda que o Itaú não poderá adquirir instituições financeiras e administradoras de consórcios pelo período de 30 meses, contados da data da publicação do extrato da decisão no Diário Oficial da União, restrição que não se aplica ao ato de concentração entre Itaú e XP Investimentos (nº 08700.004431/2017-16), que já estava em análise pelo CADE.

Da mesma forma que os casos acima mencionados, esta operação também esteve sujeita à aprovação do BACEN.

4. Considerações finais

O presente artigo se propôs a apresentar um resumo dos principais casos concorrenciais relativos ao mercado financeiro, nos primeiros 5 anos da Lei de Concorrência, entre estes: investigações no mercado de crédito consignado, investigação no mercado de câmbio “offshore” e “onshore” brasileiro, fusão *Itaú Unibanco/BMG*, aquisição *HSBC/Bradesco* e aquisição do *Itaú Unibanco/Citi*.

Nota-se que, não obstante a crescente preocupação do BACEN em ter uma regulamentação própria tanto para atos de concentração como para acordos de leniência nos casos de condutas ilegais - ainda que este não tenha sido o foco deste artigo -, desde a entrada em vigor da Lei de Concorrência, em maio de 2012, a atuação do CADE, tanto no controle de estruturas como em condutas nos casos relativos ao Sistema Financeiro Nacional, tem sido bastante expressiva.

¹⁷ Vide Parecer SG disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?mSH4iGRyreqBFNP6GIEZ2e8TfjqI_W0B2BLNSB0A4m_sxKigNsO3rnfUfbjr6g2kdHu1JdlGdXYjrr2X65bkfg, Último acesso em 23 Agosto 2017.

A INTERFACE ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A PROPRIEDADE INTELLECTUAL: O DIRECIONAMENTO DO CADE COM O ADVENTO DA LEI N. 12.529/11

Andrea Astorga
Carla Junqueira
Ubiratan Mattos

1. Introdução

Este artigo tem como intuito apresentar aspectos gerais a respeito da propriedade intelectual e os principais pontos de interação desta com o direito da concorrência. Será dada especial ênfase às alterações trazidas pela Lei n. 12.529/11 em relação aos direitos de propriedade intelectual e como esta tem sido aplicada pelo CADE.

Embora não se tenha larga gama de precedentes envolvendo propriedade intelectual sob a égide da Lei n. 12.529/11, esta trouxe importantes disposições a respeito do tema, que serão objeto de discussão neste trabalho.

2. A Interface entre o Direito da Concorrência e a Propriedade Intelectual

Inegável a importância de o Estado conceder grau razoável de proteção a direitos de propriedade intelectual, não só para que um autor ou inventor busque reaver seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento, mas também para coibir comportamentos oportunistas de terceiros que tentem se valer indevidamente dos esforços do autor ou criador, prática conhecida como *free riding*.

Embora à primeira vista os interesses tutelados pelo direito da concorrência e pela propriedade intelectual possam parecer contraditórios, na verdade revelam-se complementares em seu escopo de promover o bem-estar social e proteger a coletividade.

Comenta Barbara Rosenberg¹:

“Assim, há uma aparente tensão entre os direitos de propriedade intelectual e a legislação de defesa da concorrência. De um lado, há o incentivo estatal à situação de exclusividade temporária (por vezes, de monopólio) quando do reconhecimento de direitos de propriedade intelectual; de outro, o aparato estatal, por meio das autoridades competentes, busca fomentar a concorrência, coibindo as situações de monopólio, porque estas são tidas, de forma geral, como socialmente ineficientes.”

Com o objetivo de fomentar a inovação, os direitos de propriedade intelectual conferem aos seus titulares um direito exclusivo temporário, que pode restringir a concorrência em um primeiro momento. Caso o estímulo à inovação e o dinamismo do mercado provoquem uma

¹ ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro (Organizador) / BRANCHER, Paulo (Organizador). Desafios Atuais do Direito da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2008. p. 169 – 189.

distorção desse objetivo, afetando negativamente o livre mercado a defesa da concorrência poderá ser acionada para reprimir abusos, restaurar a competição e assegurar que benefícios econômicos e sociais sejam repassados aos consumidores.²

Consigna Paulo Lilla³ que:

“(...) é exatamente nesse ‘tradeoff’ entre o incentivo e o acesso que reside o ponto de partida da análise econômica da propriedade intelectual. Um sistema ótimo de propriedade intelectual deverá permitir que autores e inventores apropriem-se ao máximo do valor da informação criada, conferindo proteção tão somente àquelas informações que agreguem valor à sociedade, isto é, que efetivamente contribuam com o patrimônio literário, científico ou tecnológico do país.”

Nesse sentido, vale ressaltar que a proteção da propriedade intelectual, incluída entre os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente resguardados, encontra fundamento não apenas nos interesses de seus criadores ou inventores, mas em sua relevância para o bem comum na promoção do progresso e desenvolvimento tecnológico e econômico de um país. Assim, os direitos de propriedade intelectual não são absolutos. Além dos requisitos e limitações legais a que estes direitos se sujeitam, o uso abusivo do privilégio exclusivo ou contrário ao interesse social enseja limitações pelo Estado.

Não há conflito com os princípios da ordem econômica elencados no § 4º, do artigo 173, da Constituição Federal, tampouco com a Lei n. 12.529/11. Ao contrário, existe convergência no objetivo de proteger os interesses da coletividade, apenas reprimindo os abusos do poder econômico que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A propriedade intelectual deve ser exercida de acordo com suas finalidades econômicas e sociais. Quando o detentor de uma patente atua de forma abusiva, o Estado intervém para corrigir os efeitos negativos provocados no mercado. Uma das formas para corrigir esta situação consiste no licenciamento compulsório, que não enseja a perda do direito de propriedade intelectual, apenas permite que um terceiro (licenciado) possa explorar a invenção ou criação, em contrapartida ao pagamento de *royalties* ao titular (licenciante).

3. Principais regulamentos da propriedade intelectual

Quando se fala em propriedade intelectual, não se pode ignorar os normativos internacionais que norteiam a legislação brasileira sobre esse tema.

² Questões a longo prazo, como externalidades, monopólios e *gap* entre as informações detidas por agentes no mercado nem sempre são solucionadas pela livre concorrência, sendo necessária a intervenção do Estado para corrigir tais falhas de mercado, conforme explicado por Denis Borges Barbosa: “Assim, se um agente do mercado investe num desenvolvimento de uma certa tecnologia, e esta, por suas características, importa em alto custo de desenvolvimento e facilidade de cópia, o mercado é insuficiente para garantir que se mantenha um fluxo de investimento. Com efeito, a apropriação pelo concorrente da nova solução técnica permite que este reduza as margens de retorno do primeiro investidor. Quem não investe *aufere*, assim, maior prêmio do que aquele que realiza os gastos com o desenvolvimento da tecnologia. Temos aí a imperfeição do mercado, que desfavorece a continuidade do investimento em inovação.” BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª. ed., p. 73. Disponível em: www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf Acesso em 18.6.2017.

³ LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Nos termos da Convenção da OMPI⁴, a Propriedade Intelectual inclui direitos referentes a obras literárias, artísticas e científicas, performances de intérpretes, fonogramas e transmissões, invenções resultantes do esforço humano, descobertas científicas, desenhos industriais, marcas, firmas comerciais e designações, proteção contra a concorrência desleal, além de todos demais direitos resultantes da atividade intelectual nos âmbitos industrial, científico, literário ou artístico.

Mencione-se também o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio ou simplesmente TRIPS⁵, um acordo de direitos mínimos que regula a existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual no âmbito do direito de autor e direitos conexos; marcas; indicações geográficas; desenhos industriais; patentes; topografias de circuitos integrados; proteção de informação confidencial; e controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licenças. Em matéria concorrencial, o TRIPS traz relevantes aspectos como autorizar a adoção por seus membros de mecanismos para coibir abusos de direitos de propriedade intelectual e práticas restritivas em acordos de licenciamento, além de prever a possibilidade de licenciamento compulsório como possível mecanismo a ser adotado em condutas anticoncorrenciais.

A CUP⁶, por sua vez, versa sobre propriedade industrial, que inclui patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais, sinais distintivos, nome comercial e indicação de procedência ou denominação de origem, bem como a repressão à concorrência desleal. O diploma concede a cada país a faculdade de adotar medidas para incluir em suas legislações a previsão de concessão de licenças compulsórias para prevenir abusos decorrentes de direitos de patentes. Introduce ainda os princípios básicos que orientam o Sistema Internacional da Propriedade Industrial: tratamento nacional, prioridade, independência dos direitos e territorialidade.

No Brasil, a proteção à propriedade intelectual é elencada entre os Direitos e Garantias Fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição Federal, em especial o inciso XXVII que garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras; o inciso XXVIII que trata sobre direitos conexos, inciso XXIX que assegura aos autores privilégio temporário para utilização dos inventos industriais, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Nesta esteira, podem também ser mencionados os incisos XXII e XXIII que garantem o direito à propriedade e sua função social, no que aplicáveis também à propriedade intelectual.

Leis específicas também regulam o tema, a exemplo da Lei n. 9.610/98, que trata de direitos autorais, a Lei n. 9.279/96, que dispõe sobre os direitos e obrigações relativos à

⁴ A Convenção da OMPI foi assinada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967 e emendada em 28 de setembro de 1979. OMPI consiste na abreviação de Organização Mundial da Propriedade Intelectual, ou *World Intellectual Property Organization* – WIPO em inglês, e se trata de um órgão autônomo no contexto da Organização das Nações Unidas - ONU.

⁵ TRIPS consiste em abreviação da denominação do tratado em língua inglesa: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. O TRIPS resultou da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, no âmbito da Organização Mundial do comércio, tendo sido assinado em 12 de abril de 1994, em Marraquexe, e incorporado pelo Brasil por intermédio do Decreto 1.355, de 31 de dezembro de 1994.

⁶ “Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial” ou apenas Convenção de Paris, ratificada em 7 de julho de 1883, tendo sofrido diversas revisões desde então.

propriedade industrial, trazendo por exemplo os requisitos para patenteabilidade de uma invenção ou registro de uma marca e a Lei n. 9.609/98 que versa sobre a proteção de softwares.

Também relacionada ao tema, a Lei n. 9.456/97 que versa sobre a proteção de cultivares. A licença compulsória de cultivar protegido pode ser definida, nos termos do artigo 29, como a autorização concedida pela autoridade competente para a exploração sem exclusividade da cultivar, independentemente da autorização de seu titular, pelo prazo de três anos prorrogável por iguais períodos, tendo por contrapartida uma remuneração definida. A concessão desta licença compulsória se dá mediante requerimento de legítimo interessado. Em seu artigo 33, a referida lei regulamenta expressamente a atuação do CADE concessão de licença compulsória no âmbito de cultivares, ao dispor que “ (da) decisão do CADE que conceder licença requerida não cabe recurso no âmbito da Administração nem medida liminar judicial, salvo, quanto à última, ofensa ao devido processo legal.”

Por fim, a própria Lei n. 12.529/11 traz disposições específicas a respeito de direitos de propriedade intelectual, tanto no que concerne a condutas ilícitas (como o uso abusivo de direito de propriedade intelectual), como na previsão de penalidades decorrentes do uso abusivo e medidas para mitigar efeitos danosos ao mercado (como licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual).

4. Condutas e práticas comerciais anticompetitivas relacionadas a direitos de propriedade intelectual

A defesa da concorrência não se preocupa com o interesse de um particular, ou com disputas comerciais entre agentes econômicos que não extrapolam o âmbito privado, mas com práticas que possam resultar prejuízo à coletividade, afetar a concorrência e a atuação de agentes econômicos no mercado, ou inibir a liberdade de escolha dos consumidores.⁷ A atuação da defesa da concorrência se dá basicamente em duas frentes: na repressão de condutas e no controle de estruturas.

O abuso no exercício de direitos de propriedade intelectual pode se dar das mais diversas formas: em contratos de transferência de tecnologia envolvendo licenciamento de direitos com cláusulas contratuais que restrinjam a concorrência, uso de direito para abusar de posição dominante, restrições em operações econômicas que fogem ao objeto/ escopo, práticas restritivas à concorrência, dominação de mercados, apenas para citar alguns exemplos. A seguir, passa-se a discorrer a respeito de algumas destas.

4.1 Controle de condutas relacionadas a Propriedade Intelectual

A conduta anticoncorrencial pode tomar forma por quaisquer dos tipos descritos no artigo 36, atuando, por vezes, os direitos de propriedade industrial como facilitadores para tais condutas ilícitas. De maneira geral, configuram infrações à ordem econômica condutas que tenham por objetivo ou resultem em: i) restrição à livre concorrência e livre iniciativa, ii)

⁷ Nas palavras de Calixto Salomão Filho: “(...) *essa intervenção*’ é um recurso de última instância, e, mesmo assim, apenas admissível em função da existência de reiterados comportamentos abusivos ou tendentes a consolidar a dominação do mercado através da exclusão de concorrentes. Jamais pode ser baseada em dados meramente estruturais do mercado.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

dominação de mercado relevante; iii) aumento arbitrário de lucros; ou, iv) exercício abusivo de posição dominante⁸, nos termos do artigo 36 da Lei n.12.529/11.

A Lei n. 12.529/11 trata expressamente de duas condutas diretamente relacionadas a propriedade intelectual, nos incisos XIV e XIX, do § 3º, artigo 36:

“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:

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

(...)

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

A dificuldade se revela em determinar o que configura exercício legítimo da proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual do seu uso abusivo, que pode ser entendido como um desvio das finalidades sociais e econômicas da proteção concedida. O próprio § 1º, do artigo 36, esclarece que a dominação de mercado resultante da eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não configura ilícito concorrencial.

4.1.1 O caso ANFAPE⁹

No momento em que este artigo está sendo escrito, aguarda julgamento pelo CADE relevante caso envolvendo o exercício abusivo de direitos de propriedade industrial sobre o desenho de peças automotivas. Não obstante, considerando já terem sido proferidos pareceres pela SG, PFE e MPF recomendando a condenação das montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda., entende-se relevante a menção do caso ao presente artigo.

Apesar de as montadoras serem detentoras de direitos de propriedade industrial validamente obtidos sobre os desenhos de peças automotivas de sua fabricação, a SG considerou que a imposição desses direitos de desenho industrial aos Fabricantes Independentes de Autopeças – FIAPs, visando proibir a comercialização de peças de fabricação própria no mercado de reposição (“*aftermarket*”), configuraria abuso de direito de propriedade industrial com efeitos anticompetitivos.

Segundo o Parecer da SG¹⁰ a conduta teria resultado na exclusão de fabricantes independentes concorrentes do mercado de reposição de autopeças no Brasil, conferindo a cada uma delas um monopólio na reposição de suas respectivas peças, o que resultaria em maiores

⁸ Presume-se detentor de posição dominante o agente econômico capaz de alterar de forma unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou detenha participação igual ou superior a 20% em determinado mercado relevante.

⁹ Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51, aguardando julgamento pelo Tribunal.

¹⁰ Parecer da SG proferido, em 15.6.2016, no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51.

preços e menos opções aos consumidores, proprietários de automóveis que necessite repor peças do veículo, como retrovisores, para-choques, lanternas e diversas outras.

As montadoras argumentaram que tais práticas se dariam em razão de segurança e qualidade, além de necessidade de recuperação de custos. A SG entendeu que não haveria desincentivos aos investimentos em inovações pelas montadoras e considerou tais argumentos irrazoáveis para justificar a exclusão em massa de concorrentes e contrabalancear os danos aos consumidores por parte das montadoras.

A PFE, em seu parecer, ponderou também a não oposição pelas montadoras à atuação dos fabricantes independentes de peças de reposição que perdurou por décadas:

“Este parecer acrescenta à análise do presente processo administrativo a constatação de que as representadas incorrem em ‘venire contra factum proprium’, consubstanciado no comportamento contraditório, de quebra de confiança, em nítida violação à boa-fé objetiva, ao intentar impedir a atividade de fabricantes independentes de autopeças, sob alegação de legítimo exercício do direito de propriedade industrial. O emprego de instrumentos econômicos permite demonstrar a contrariedade entre o comportamento inicial e o posterior, que se revela lesivo à concorrência.

O comportamento inicial que está demonstrado é o de não oposição à atuação dos fabricantes independentes de autopeças, setor da economia em funcionamento há décadas e que gera eficiências econômicas, sobretudo em benefício direto do consumidor. A interdependência de ambos os segmentos industriais é reconhecida inclusive pelas representadas. Assim, não há que se aceitar o comportamento contraditório perpetrado nesse momento para obter o amparo da lei na intenção de exclusividade no uso de design registrado, segundo a legislação da propriedade industrial, em prejuízo da confiança e boa-fé objetiva, valores esses inspirados nos fundamentos éticos da Constituição Federal, que são pressupostos de validade e legitimidade dos atos jurídicos, além de o Código Civil (art. 187) prever que comete abuso de direito quando seu exercício exceder os limites impostos pela boa-fé.

Os efeitos potenciais da conduta das representadas excedem ao âmbito restrito dos títulos de registro de desenho industrial ora invocados em face dos fabricantes independentes de autopeças, bem como ao patrimônio jurídico dos associados da representante, atingindo todo um setor da economia e em prejuízo à defesa do consumidor e à repressão ao abuso do poder econômico.”¹¹

Houve manifestação do MPF em 27.7.2017 também pela condenação das montadoras e o caso aguarda julgamento pelo Tribunal do CADE.

4.1.2 Sham litigation – Eli Lilly vs. Pro-Genéricos¹²

Em 24.6.2015, o CADE condenou as empresas Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company ao pagamento de multa no valor de R\$ 36.679.586,16 pela prática de *sham litigation* ou abuso de direito de petição com finalidade anticompetitiva. Por meio de ações enganosas na Justiça Federal do Rio de Janeiro, do Distrito Federal e na Justiça de São Paulo, a empresa teria obtido a comercialização exclusiva do medicamento Gemzar, cujo princípio ativo é o cloridrato de gencitabina, utilizado no tratamento de pacientes com câncer.

Omitindo informações, obteve tutela antecipada no TRF1 contra a ANVISA, intimando-a a abster-se de conceder novos registros e a cancelar registros já concedidos que

¹¹ Parecer da PFE proferido, em 1.3.2017, no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51.

¹² Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, decidido pelo Tribunal em 11.8.2015.

autorizassem a produção, comercialização ou importação com o propósito de comercializar medicamento similar ao GEMZAR. Sobreveio decisão reconhecendo os efeitos monopolísticos da liminar e a potencialidade do dano ao mercado, que poderia causar grave lesão à saúde e economia públicas, sobretudo em razão da impossibilidade de acesso a medicamento similar ou genérico de custo mais acessível.

Segundo o CADE, a Eli Lilly tentou ainda, de forma abusiva, estender os efeitos do direito de exclusividade a outras finalidades terapêuticas. A Eli Lilly teria impedido que a Sandoz comercializasse o medicamento GEMCIT para tratamento de qualquer enfermidade, omitindo a verdadeira extensão da decisão do TRF1 ao juízo de São Paulo.

O CADE entendeu como concretos e inegáveis os efeitos gravosos gerados pela conduta ao mercado e à concorrência. Em decorrência de monopólio obtido impropriamente pela Eli Lilly, houve exclusão de concorrentes, distorção de preços e abuso de posição dominante. O CADE considerou também o fato de a Eli Lilly ter incorrido em reincidência, já que não havia transcorrido cinco anos de sua condenação por fixação de acordo com laboratórios para impedir a comercialização de medicamentos genéricos.

4.2 Controle de estruturas – Contratos de transferência de tecnologia e operações econômicas

A princípio, contratos de transferência de tecnologia são pró-competitivos, na medida em que criam incentivos para a inovação e disseminação de tecnologia, possibilitando integrações que podem desenvolver novos produtos ou serviços, além de permitir alocação eficiente de recursos e economias entre agentes econômicos, em geral concorrentes ou verticalmente relacionados entre si.

Por outro lado, podem trazer em seu bojo cláusulas anticompetitivas ou restritivas, como: fixação de preços de revenda, venda casada, cláusulas abusivas, seja delimitando território de atuação sem levar em conta o objeto do contrato, seja estabelecendo limites à quantidade a ser comercializada, bem como cláusulas de não-concorrência que se extrapolem abusivamente o objeto do contrato. Por exemplo, o *grantbacks*, que consistem em estipulações no acordo de licenciamento obrigando o licenciado a transferir ou licenciar ao titular da patente original as melhorias resultantes do licenciamento, seja a título gratuito ou por preço pré-determinado.

Os *pools* de patente, por sua vez, se verificam geralmente em mercados de alta tecnologia e naqueles em que as patentes possuem importância estratégica. Traduzem-se no agrupamento de direitos de propriedade intelectual de dois ou mais titulares, geralmente na forma de uma *joint-venture* ou empresa criada para este fim específico, que os sublicenciam entre si ou para terceiros, o que pode implicar em sérias barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado. Não obstante, *pools* de patentes também podem ser benéficos à dinâmica concorrencial quando reduzam custos, resultem em economia de escala, permitam a utilização de patentes bloqueadas e tecnologias complementares, promovam a disseminação da tecnologia, estimulem a pesquisa e o desenvolvimento, não se configure em acordos fechados

e exclusivos.¹³ Pelos mesmos fundamentos, licenças cruzadas também merecem especial atenção em razão da concentração de direitos de exploração de determinadas patentes.

Também geram preocupação as patentes defensivas, na medida em que utilizadas por agentes econômicos como estratégia anticompetitiva para impedir o acesso ao mercado por meio da compra sistemática de patentes e sua não-utilização, ou pelo pedido de patentes de todas as possíveis configurações que poderiam ser utilizadas por seus concorrentes.

Uma vez configurados como atos de concentração econômica, nos termos do artigo 90¹⁴ da Lei n. 12.529/11, e atingidos os critérios dispostos no artigo 88, tais contratos ou operações serão obrigatoriamente notificados ao CADE, e apenas poderão ser implementados com a aprovação da autoridade antitruste. °

Na vigência da Lei n. 8.884/94 a definição de atos de notificação obrigatória era bastante ampla, ao dispor no artigo 54 que “(o)s atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.” Por esta razão, a jurisprudência acaba norteando a questão.

Em relação a Lei n. 12.529/11, apesar de o conceito de contrato associativo ter permanecido em aberto por algum tempo, o CADE, em decisão que nos parece acertada, elaborou resolução para dispor sobre o tema.

Atualmente em vigência, a Resolução CADE nº 17, determina serem de notificação obrigatória os contratos com duração igual ou superior a dois anos, celebrados entre concorrentes no mercado relevante objeto do contrato, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: i) estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica (entendida como "aquisição ou oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que explorada por empresa privada com propósito de lucro"; e (ii) estabeleçam compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica objeto do contrato.

A referida resolução veio a substituir a Resolução CADE nº 10, que dispunha sobre o tema e incluía entre os contratos associativos de notificação obrigatória os contratos com prazo

¹³ Neste sentido, pode-se citar o Ato de Concentração nº 08700.010828/2012-32, que versa sobre a aquisição pela LG Electronics Inc. (“LGE”) de 25% das quotas da One-Red, LCC um pool de patentes formado pela Philips Electronics North America Corporation. (“Philips”), Pioneer North America, INC. (“Pioneer”) e SCA IPLA Holding INC. (“Sony”). A SG entendeu que o Ato de Concentração 08012.000734/2011-22, que aprovou a constituição da One-Red, teria analisado todas as questões concernentes ao tema, em especial o acesso por concorrentes da Philips, Sony e Pioneer de patentes essenciais, e teria concluído que estaria em conformidade com os princípios da livre concorrência e legislação. Ressalvou que a operação ora em análise não alteraria a estrutura de controle ou as disposições referentes à governança corporativa. (Ato de Concentração n. 08700.010828/2012-32, aprovado pela SG em 8.1.2013.)

¹⁴ “Art. 90 Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”

igual ou superior a dois anos, que acarretassem cooperação horizontal ou vertical no objeto do negócio, ou compartilhamento de risco, e resultassem em relação de interdependência, que era constatada quando: i) em se tratando de partes horizontalmente relacionadas: a soma da participação das partes contratantes (e grupos econômicos) no mercado relevante objeto do contrato fosse igual ou superior a 20%; ou, ii) em se tratando de partes verticalmente relacionadas: pelo menos uma parte detivesse participação igual ou superior a 30% no mercado relevante objeto do contrato, desde que a relação envolvesse: a) compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes; ou, b) relação de exclusividade.

Nota-se, portanto, que com a Resolução CADE nº 17 o CADE passou a concentrar sua atenção em contratos envolvendo concorrentes no mercado, deixando de lado relações verticais, como contratos de fornecimento e distribuição.

5. Mecanismos previstos na Lei n. 12.529/11 com o condão de intervir no privilégio de exploração de direitos de propriedade intelectual

A Lei n. 12.529/11, dispõe de mecanismos para intervir no privilégio de exploração de direitos de propriedade intelectual, visando mitigar efeitos negativos que possam decorrer da ação de agentes econômicos no mercado.

Como visto acima, contratos associativos e outras operações econômicas que se configurem como ato de concentração estão sujeitos à notificação e aprovação prévia pelo CADE para que possam ser implementados. Neste sentido, ao constatar que determinada operação pode implicar na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, criar ou reforçar posição dominante, resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviço, o CADE pode reprovar a operação, nos termos do § 5º, do artigo 88, da Lei n. 12.529/11.

Caso tais operações gerem aumento da produtividade, competitividade ou qualidade de bens e serviços, propiciem a eficiência e os desenvolvimento tecnológico ou econômico, ou ainda repassem aos consumidores parte relevante dos benefícios aprovados, tais atos serão autorizados.¹⁵

Nestas situações, o CADE pode fazer uso de Acordos em Controle de Concentrações (“ACC”) para subordinar a aprovação da operação a remédios estruturais e comportamentais para mitigar eventuais efeitos deletérios à concorrência, que podem incluir a obrigação de

¹⁵ Calixto Salomão Filho nota que enquanto no controle de estruturas entende-se a eficiência como um dos elementos justificadores da aprovação de um ato de concentração, na atuação repressiva constitui excluyente absoluto de ilicitude para poder de mercado alcançado exclusivamente em razão de eficiências. Isto se dá porque no primeiro caso é realizada “*uma previsão de comportamento futuro dos agentes econômicos, baseada em dados sobre a estrutura do mercado e sobre o comportamento pretérito, tratando-se de condutas se está diante de um comportamento real, não presumido e – por hipótese- anticompetitivo.*”

(...)

Há ainda outra razão. Tratando-se de controle das estruturas, como visto, não é possível ter certeza a respeito dos resultados que advirão de determinado ato de concentração. Em ausência dessa certeza, uma extrema rigidez dogmática com relação aos princípios a serem perseguidos não é justificável nem do ponto de vista lógico.

*Nas condutas o raciocínio é exatamente o inverso. Nelas o elemento econômico puro adiciona-se de forma bastante intensa o dado valorativo jurídico. Além disso, não é necessário fazer qualquer previsão. O ato existe e é antijurídico, ou seja, contrário a um valor que para o legislador parecia instrumental à persecução do objetivo constitucional de defesa da concorrência.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As estruturas.* São Paulo: Malheiros Editores, 2003.*

alienar ativos de propriedade industrial, como marcas, e licenciar determinada tecnologia a concorrentes.

Nesse sentido, o Ato de Concentração nº 08700.008607/2014-66¹⁶, entre GlaxoSmithKline plc - GSK e Novartis AG. A Aprovação da operação foi condicionada a alienação de um pacote de ativos relacionados ao principal produto antitabagismo da empresa, incluindo direitos de propriedade, licenças e contratos.

Outro exemplo que pode ser citado é o Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83¹⁷, entre JBS e Rodopa. Para afastar as preocupações concorrenciais, a operação foi condicionada a celebração de um ACC, que dentre suas obrigações previa a alienação de uma de suas marcas e colocação em funcionamento de duas plantas inativas, seja por meio da venda a terceiros, seja reativando-a. Em 16.10.2016, o ACC foi considerado descumprido: a empresa manteve por pouco tempo os níveis de funcionamento das plantas determinado pelo ACC e continua operando a marca que deveria ter sido alienada. Mesmo cogitando o desfazimento da operação, o CADE fixou nova data para cumprimento da obrigação.

Em ilícitos concorrenciais, a Lei n. 12.529/11 prevê o licenciamento compulsório como uma das possíveis penas a serem impostas, a depender da gravidade dos fatos ou do interesse público geral, em situações em que a prática da conduta infracional esteja relacionada ao uso do direito de propriedade intelectual:

“ V - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;”

Vale mencionar que o inciso IV, do artigo 24 da revogada Lei n. 8.884/94 previa apenas a possibilidade de recomendação para que fosse concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator. A Lei n. 12.529/11 inovou não só ao incluir direitos de propriedade intelectual, ao invés de apenas patentes, como também ao determinar a necessidade de a conduta infratora estar relacionada ao uso deste direito.

Ainda previsto na Lei n. 12.529/11 há a possibilidade do CADE celebrar Termos de Compromisso de Cessação, que determinem a cessação ou abstenção da prática anticompetitiva ou seus efeitos lesivos, além de outras obrigações que julgar cabíveis (inciso I, do § 1º, do artigo 85).¹⁸

Por fim, as medidas preventivas, consoante artigo 84 da Lei n. 12.529/11, que podem ser impostas em qualquer fase do inquérito administrativo ou do processo administrativo, com o intuito de manter ou reestabelecer o ambiente concorrencial livre e leal. Da medida preventiva decorre a imediata cessação da prática e pode prever a reversão à situação anterior, quando

¹⁶ Ato de Concentração nº 08700.008607/2014-66, aprovado com restrições em 3.3.2015.

¹⁷ Ato de Concentração nº 08700.010688/2013, aprovada com restrições em 26.8.2014.

¹⁸ Embora não se refira a direitos de propriedade intelectual, como exemplo da abrangência das medidas que podem ser adotadas pelo CADE, recentemente, e pela primeira vez em sede de Termo de Compromisso de Cessação, foi estabelecido como compromisso para celebração do termo, além de outras medidas, a previsão de desinvestimento de ativos, postos de combustíveis em localidades específicas do Distrito Federal, com o intuito de reduzir a concentração do mercado e permitir a entrada e o desenvolvimento de concorrentes no setor, diminuindo os incentivos à colusão no mercado. O Termo de Compromisso de Celebração foi celebrado. (Inquérito Administrativo n. 08012.008859/2009-86, aguardando julgamento pelo Tribunal.)

possível. Para sua imposição, deve haver “indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne *ineficaz o resultado final do processo*.”¹⁹

6. Conclusão

Este artigo buscou traçar um panorama geral das atuais discussões envolvendo os direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência, tomando por base análises relevantes feitas pela autoridade antitruste brasileira sob a égide da Lei 12.529/11.

A Lei n. 12.529/11, que completa cinco anos de vigência, trouxe importantes alterações, inclusive no que concerne à propriedade intelectual, consolidando a interrelação entre as duas matérias como mecanismos de estímulo à inovação e dinamização do mercado.

O órgão antitruste deve estar atento aos principais debates sobre o tema e preparado para lidar com o dinamismo dos mercados, observando uma coerente aplicação da norma. Ao nosso ver não há conflito entre o direito de propriedade intelectual e a defesa da concorrência, consoante sejam preservados os princípios de razoabilidade e proporcionalidade na busca de medidas eficazes para reprimir abusos, restaurar a concorrência e assegurar que benefícios econômicos e sociais sejam repassados aos consumidores.

Neste sentido, nos parece que as alterações trazidas pela Lei n. 12.529/11 só tem a contribuir para a conciliação desses direitos, o que se espera continue a se confirmar nas decisões do órgão antitruste.

¹⁹ Ainda no Inquérito Administrativo n. 08012.008859/2009-86, citado na nota de rodapé acima, houve aplicação de medida preventiva, uma vez que as provas já produzidas na instrução processual demonstrariam que a conduta da Cascol Combustíveis para Veículos Ltda., no mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal, continuaria a gerar danos à concorrência e aos consumidores.

O CADE E O PODER JUDICIÁRIO: ATOS VINCULADOS

Ludmila Somensi
Mauro Grinberg

Temos visto com alguma frequência manifestações a respeito da excessiva judicialização existente no Brasil. Até aí nada novo. Ocorre que, em alguns processos movidos contra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) com o objetivo de anular sanções aplicadas pela autarquia por supostas práticas contrárias à livre concorrência, já são encontradas manifestações no sentido de que, por ser o Cade um órgão técnico especializado, suas decisões só podem ser reformadas por falhas procedimentais e não por motivos ligados a questões de mérito. Quanto a estas, tais manifestações reconhecem a soberania do Cade. Bem observa Paula Forgioni que:

de tanto em tanto, surgem vozes defendendo que as decisões do CADE não poderiam ter seu mérito revisto pelo Poder Judiciário, pois estas seriam discricionárias em virtude, principalmente, da expertise do órgão e dos amplos termos empregados no texto da Lei Antitruste¹.

A autora mostra que a discussão não é ultrapassada; devem ser levadas em conta as tentativas dos tribunais de diminuir a judicialização, o que pode ser meritório, mas não necessariamente constitucional, legal e justo. A controvérsia tem origem, em parte, na dicotomia entre regulação e concorrência; todavia, as manifestações podem fazer sentido na matéria relativa à regulação, mas não quando se trata de alegadas infrações, sobretudo aquelas contra a ordem econômica.

Com efeito, muitas decisões de agências reguladoras são tomadas com base no que conhecemos como poder discricionário, definido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “*a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*”². Quando uma prefeitura decide quais ruas devem ser pavimentadas, nenhum cidadão tem direito subjetivo para exigir que a rua em que mora seja uma das escolhidas; a decisão está dentro do poder discricionário da autoridade, que deve escolher as ruas a serem pavimentadas.

O contrário é o poder vinculado, em que a autoridade tem a obrigação de decidir de uma determinada forma, não lhe sendo dado o poder de escolha entre duas ou mais hipóteses. Nestes casos, como expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

o poder é *vinculado*, porque a lei não deixa opções; ela estabelece que, diante de determinados pressupostos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo, diante de um

¹ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2016, p. 163.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

poder vinculado, o particular tem um *direito subjetivo* de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.³

Quando um guarda de trânsito percebe que um veículo está estacionado em local proibido, não lhe é dada a opção entre distintas possibilidades; ele tem a obrigação de aplicar as devidas sanções. Flávio José Roman, em trecho no qual comenta tema desenvolvido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, diz:

Na hipótese em que, baseada em laudo técnico, a Administração determina a erradicação de determinada plantação porque contaminada por moléstia prejudicial à agricultura ou à pecuária, não se verifica qualquer discricionariedade: a conclusão técnica de que a plantação está contaminada é determinante. Já na estipulação das condições mínimas de segurança e higiene em obras de construção civil, v.g., cumprirá certa margem de apreciação subjetiva à Administração para fixar os limites toleráveis de risco, segundo as técnicas disponíveis para a prevenção de acidentes.⁴

Voltando ao tema inicial: as decisões do Cade quanto às condutas contrárias à livre concorrência são claramente vinculadas pois, constatadas uma infração e sua autoria, a sanção constitui dever da autoridade competente; por outro lado, não constatadas a infração e sua autoria, o arquivamento constitui dever da autoridade competente. Nestes casos, não existe a escolha da autoridade entre duas ou mais opções; só há uma. E, quando a parte condenada vai ao Poder Judiciário, este tem a obrigação de conhecer o mérito da questão; a decisão condenatória do Cade não é um ato discricionário, já que o Cade não tem o poder de escolha ante as constatações. O que a parte condenada pode alegar é que, entre as escolhas possíveis, aquela feita pelo Cade não é a correta, competindo então ao Poder Judiciário decidir. Como se trata de ato vinculado, o Poder Judiciário não pode deixar de recebê-lo e emitir decisão. E como o mérito – houve ou não infração? – é da essência da decisão, o Poder Judiciário não pode deixar de analisar o mérito.

Esclarece Amanda Flávio de Oliveira:

Qualquer ato que fira direito ou o ameace estará sujeito ao controle jurisdicional, qualquer que tenha sido seu responsável e mesmo que se trate de ato proveniente de qualquer dos outros poderes estatais, desde que o interessado o provoque. Nesse caso, o Judiciário não poderá esquivar-se de analisar o que lhe é proposto, diante da impossibilidade de se declinar o exercício da prestação jurisdicional⁵.

Completa Paula Forgioni:

No que tange à revisão judicial das decisões administrativas, em que pesem as opiniões contrárias, *no Estado Democrático não se admite o poder sem controle*. Partindo desse pressuposto, as decisões do CADE estão amplamente sujeitas ao controle judicial⁶.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 66.

⁴ ROMAN, Flávio José. *Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica*. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2013, p. 171.

⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52.

⁶ FORGIONI, Paula. *Op. Cit.*, p. 163.

A autora na verdade dá realce ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu em 22 de março de 2012 – nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.181.643, Relator o Ministro Félix Fischer – que “*é equivocado – e inconstitucional – reduzir a atuação do Poder Judiciário a uma instância revisora de decisões do Cade (ou de qualquer instância da Administração), concentrando no órgão administrativo competência originária exclusiva para o exame de ilícitos anticoncorrenciais*”. Assim, o exame desses ilícitos, embora dentro da competência do Cade, obviamente não pode excluir a revisão judicial completa.

Ainda mais, dentro do Novo Código de Processo Civil (NCPC), não existe mais a possibilidade, contemplada por jurisprudência anterior, do Juiz deixar de apreciar todas as questões alegadas no processo. Com efeito, estabelece o § 1º, inciso IV, do art. 489 do NCPC: “*Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que (...) não enfrentar todos os argumentos aduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”. Esclarece aqui Teresa Arruda Alvim:

Trata-se da necessidade de examinar, para acolher, os elementos fundantes da decisão; e examinar para afastar, os que poderiam ter levado a uma decisão diferente. Essa necessidade integra os contornos da noção contemporânea do *princípio do contraditório*, que também pressupõe, ao lado das oportunidades de afirmar e demonstrar a verdade das suas alegações, o direito da parte de ver analisadas pelo juiz, as suas alegações⁷.

Um exemplo claro de como se faz necessária a revisão das decisões do Cade pelo Poder Judiciário está na incoerência que muitos advogados militantes detectam na aplicação das penas pela autarquia. Daniel Silva Boson confirma:

A partir de uma sistematização da jurisprudência do CADE no tocante a dosimetria das penas aplicadas a empresas, confirmamos, de forma inequívoca, a hipótese levantada de que o CADE não possui critérios coerentes no uso dos elementos legais de dosimetria da pena. Primeiro, em geral há uma diversidade de definições para a maioria desses elementos. Segundo, aparentemente, em geral, a fixação da pena não decorre dessa análise. Por fim, nas poucas vezes em que o CADE apresentou uma metodologia que considerasse os elementos legais, faltou coerência entre as metodologias utilizadas⁸.

Felizmente há já algumas decisões judiciais que analisaram as questões de mérito, não obstante as alegações em contrário:

- (i) O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na Apelação Cível 0014995-56.2005.4.03.6100, envolvendo o chamado caso THC2, decidiu que “*quanto à irreversibilidade da decisão exarada pelo CADE, não tem fundamento legal ou mesmo constitucional a colocação vertida em grau de recurso pela apelante. Deveras, o princípio constitucional insculpido no inciso XXXV, do art. 5º da CF é claro ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito*”.

⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, coord. Cássio Scarpinella Bueno, Volume 2, p. 435.

⁸ BOSON, Daniel Silva. *Dosimetria das Penas Aplicadas a Empresas pelo Cade por Infração contra a Ordem Econômica*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, p. 276.

- (ii) O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nas Apelações Cíveis 2007.34.00.043978-7 e outras, manteve a sentença de 1ª instância que, entre outros pontos, entendeu que “*as conclusões a que chegou o CADE foram exageradas e não correspondem à realidade*”; ou seja, analisado foi o mérito.

Assim, a análise do Poder Judiciário, quando chamado em relação a decisões do Cade, deve sempre incluir o mérito.

POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA E A RELAÇÃO COM O JUDICIÁRIO

Patricia Agra Araujo¹

1. Introdução

A Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network* – “**ICN**”), por meio de seu Grupo de Trabalho de Implementação de Políticas de Concorrência (“**CPI**”), presidido pelo CADE, organizou dois estudos que analisaram a relação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência e o Judiciário, em diferentes países². Estes estudos foram conduzidos durante os anos de 2006 e 2007 (denominados aqui “**Estudos ICN**”).

Em trabalhos anteriores do referido Grupo de Trabalho, o judiciário havia sido definido como um dos principais elementos que impactavam a implementação da política de defesa da concorrência, especialmente em países em desenvolvimento.

O primeiro estudo foi elaborado com base nas respostas de 18 autoridades de defesa da concorrência de 17 países (aproximadamente 20% dos membros da ICN à época). O estudo chegou às seguintes conclusões³:

“O judiciário influencia os resultados de políticas de defesa da concorrência independentemente do regime jurídico e do nível de desenvolvimento;
Aparentemente, é maior a probabilidade de as decisões das autoridades de defesa da concorrência serem revogadas quando estão sendo revistos casos de conduta ou sobre o valor das multas, ao contrário do que ocorre em atos de concentração;
Na maioria das jurisdições que responderam o questionário, juízes moldam e desempenham um importante papel no desenvolvimento das políticas de concorrência;
Um dos principais problemas identificados pelas autoridades antitruste está relacionado à falta de familiaridade dos juízes com os conceitos da política de concorrência;
A revisão judicial foi identificada como a principal razão à impossibilidade de recolhimento imediato das multas impostas pelas autoridades de defesa da concorrência;
É senso comum que a quantidade de decisões contestadas no judiciário aumenta proporcionalmente ao nível de maturidade da autoridade de defesa da concorrência”

O segundo Estudo utilizou as conclusões obtidas pelo Relatório de 2006 como ponto de partida e analisou a relação entre o judiciário e as autoridades de defesa da concorrência a partir do estudo de casos.

¹ Agradecimentos especiais a Isabela de Oliveira Parisio e Rodrigo França Vianna.

² *ICN Competition Policy Implementation Working Group – Sub group 3. Competition and the Judiciary: A report on a survey on the relationship between Competition Authorities and the Judiciary, April 2006*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc594.pdf>> e *International Competition Network Competition Policy Implementation Working Group – Sub group 3. Competition and the Judiciary: Second Phase – Case Studies, May/June 2007*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc372.pdf>>. Acessados em: 30 de agosto de 2017.

³ Tradução livre das conclusões do Estudo ICN de 2006.

Especificamente em relação ao Brasil, o estudo apontou que⁴:

“A intervenção e a revisão judicial têm alterado o comportamento das autoridades de defesa da concorrência: as autoridades estão prestando cada vez mais atenção nos procedimentos; fazendo os processos administrativos se aproximarem dos padrões judiciais (o que tem sido chamado de “judicialização” das decisões) e concentrando esforços para aumentar a qualidade do conjunto probatório”;

“A falta de conhecimento especializado em questões relacionadas à concorrência pelo judiciário é um importante problema que afeta a implementação das políticas de concorrência”;

“A demora causada pela intervenção judicial (mesmo quando o judiciário decide não anular ou reformar a decisão, mas devolvê-la à autoridade) é um problema, porque enfraquece a decisão da autoridade de defesa da concorrência, bem como sua reputação”;

“A execução das decisões do CADE melhorou significativamente após o órgão passar, de forma bem-sucedida, a requerer ao judiciário que determinasse o depósito do valor integral da multa como requisito à revisão judicial”.

Como é possível verificar através das conclusões apresentadas nos Estudos ICN, a preocupação com a relação entre as Autoridades Antitruste e o Judiciário não é novidade, tampouco essa preocupação é relacionada a um país, características específicas da autoridade ou ao regime jurídico aplicado.

Os Estudos ICN comentados demonstram que a revisão judicial e a perspectiva do Poder Judiciário sobre as decisões das autoridades de defesa da concorrência são de fundamental importância, especialmente para a efetividade das decisões e para a autonomia das autoridades.

Passaram-se dez anos desde os Estudos de 2006 e 2007 e algumas de suas conclusões ainda são válidas e aplicáveis. A Lei de Defesa da Concorrência de 2011 (Lei 12.529/2011) mudou substancialmente a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Antes da promulgação da nova lei, havia três autoridades: a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, secretarias vinculadas aos Ministérios da Fazenda e da Justiça, respectivamente, ambas responsáveis pelas investigações. O CADE era o órgão judicante, responsável pela decisão de casos de conduta e pela aprovação de atos de concentração.

Após a promulgação da nova lei, o CADE passou a cuidar das investigações e da adjudicação dos casos, bem como pela aprovação de atos de concentração. Essas atribuições estão hoje divididas entre a Superintendência-Geral (“SG”), responsável pelas investigações e análise de atos de concentração e o Tribunal, pelo seu julgamento, com apoio do Departamento de Estudos Econômicos e a Procuradoria.

Desde os Estudos ICN, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência uniu suas funções em um único órgão – o CADE; atos de concentração complexos passaram a ser aprovados por meio da negociação de remédios entre as partes envolvidas e o CADE (os chamados “Acordos em Controle de Concentrações – “ACC”); acordos de leniência se tornaram a principal ferramenta de investigação, de forma bem sucedida e incontroversa; e o CADE passou a resolver a maioria dos casos de conduta por meio de acordos (os Termos de Compromisso de Cessação de Prática – “TCC”). A taxa de sucesso do CADE na revisão

⁴ Tradução livre das conclusões do Estudo de 2007.

judicial se inverteu: à época dos Estudos ICN, o CADE perdia quase 80% das decisões contestadas judicialmente; hoje vence aproximadamente na mesma proporção.

A Lei Antitruste Brasileira tem por base princípios constitucionais que determinam que toda decisão de natureza administrativa pode ser revista pelo Judiciário.⁵⁶ Há uma importante discussão teórica no Brasil referente aos limites da revisão judicial das decisões do CADE: se o judiciário deve retornar a decisão à autoridade; se o judiciário pode decidir acerca do mérito e reformar a decisão da autoridade antitruste; ou se o judiciário deve se limitar ao controle de sua legalidade. Essa discussão ainda se encontra distante de uma resposta definitiva e as decisões judiciais sobre esse tema ainda não são pacíficas.

O judiciário pode ser envolvido em questões relacionadas à concorrência em uma ampla variedade de situações, como: (i) permissão à autoridade de defesa da concorrência para buscas e apreensões; (ii) revisão de decisões do CADE; (iii) concessão de liminares suspensivas; (iv) ações coletivas; (v) ações privadas de indenização e ressarcimento de danos; e (vi) implementação das decisões do CADE, obrigando as partes condenadas a pagar as multas e/ou ao cumprimento das condições comportamentais impostas.

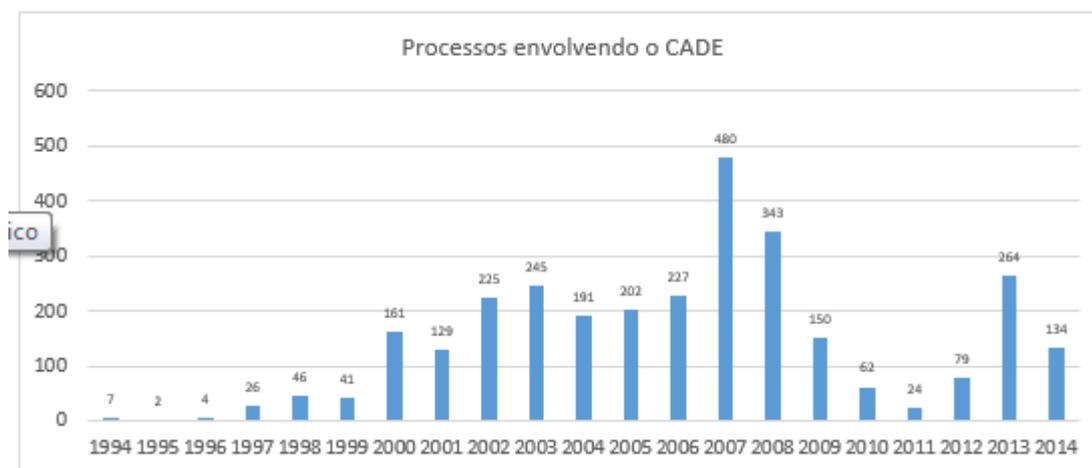
Como demonstrado no gráfico abaixo, a quantidade de decisões judiciais referentes a questões relacionadas à defesa da concorrência tem caído ao longo dos anos⁷. Há cinco principais razões para isso: (i) o CADE tornou-se mais agressivo em defender suas decisões perante o judiciário; (ii) com base em sua experiência anterior, alterou seus procedimentos, aproximando-os daqueles utilizados nos processos judiciais; (iii) o número de decisões condenatórias em casos de conduta anticompetitiva e de imposição de restrições em atos de concentração diminuiu; (iv) a quantidade de acordos – tanto em atos de concentração, quanto em casos de conduta – aumentou significativamente; e (v) a obrigação de depositar o valor integral da multa como requisito à revisão judicial das decisões do CADE⁸.

⁵ Constituição Federal, artigos 5º, XXXV, 170 e 173.

⁶ Sobre o modelo brasileiro de revisão judicial, consultar: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 827; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 43-44; MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 47-49

⁷ Todos os dados constantes do artigo foram extraídos dos Relatórios de Gestão Anuais elaborados pela Procuradoria Geral do CADE, Relatórios Anuais do CADE e decisões judiciais obtidas nos sites dos Tribunais Regionais Federais: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acessados em 30 de agosto de 2017.

⁸ Fernando Alves de Oliveira Junior em *Avanços da Política Antitruste no Brasil: o CADE e o Judiciário* também analisou este assunto, apontando quatro razões parcialmente similares para explicar as mudanças na relação entre o CADE e o Judiciário. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/congresso-iders-2010/apa-cade.pdf>>. Acessado em 30 de agosto de 2017.

Gráfico 1: Processos envolvendo o CADE

Há dez anos, a maioria das intervenções nas decisões do CADE feitas pelo Judiciário referiam-se a questões processuais, como observado nos Estudos ICN. A percepção geral (incluindo a da autoridade) ainda é a de que questões procedimentais nos processos da autoridade antitruste são os principais argumentos levados pelas partes aos tribunais e que são também a principal questão discutida pelos juízes.

Os Estudos ICN observaram que a reação do judiciário na revisão dos casos analisados pelo CADE era mais focada nas questões processuais, do que na discussão do mérito. Esta conclusão ainda é válida pelas mesmas razões apontadas nos Estudos ICN: juízes estão mais familiarizados com questões legais processuais, do que com questões concorrenciais ou econômicas. Há um amplo reconhecimento de que o CADE é a autoridade definida para análises concorrenciais e que tem a competência legal e a capacidade técnica para avaliar condutas anticompetitivas e atos de concentração.

Ao longo dos anos, o CADE ganhou o reconhecimento e a confiança da sociedade como uma instituição cujas análises são baseadas em conhecimento técnico e pouco suscetível a captura. Esta percepção inclui o judiciário. Foi um longo caminho, mas o CADE tem sido exitoso em demonstrar que suas decisões são técnicas e autônomas.

Além da boa reputação do CADE, o número de condenações por práticas anticompetitivas e de restrições impostas em atos de concentração caíram como consequência de três fatos: o aumento no número de casos concluídos por meio de acordos; um esforço pelo órgão para reduzir o estoque de casos pendentes que não geravam impactos anticompetitivos; e a mudança no procedimento de revisão de atos de concentração.

No caso de atos de concentração, muitas das disputas judiciais questionavam multas impostas pela autoridade devido à submissão intempestiva das operações. Em 2012, a Lei nº 12.529/11 mudou o sistema para um regime de análise prévia, no qual não há prazo para a submissão da operação, uma vez que esta não pode ser implementada antes da aprovação pela autoridade.

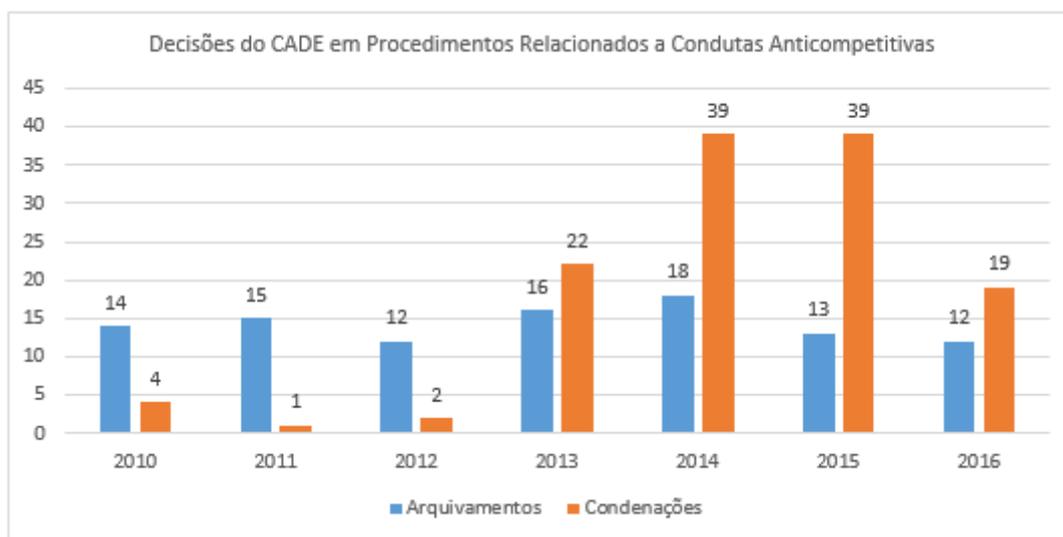
Ademais, o CADE tem imposto menos restrições unilaterais às operações analisadas, ao passo que aumentou o número de casos nos quais os remédios têm sido negociados conjuntamente entre as partes e a autoridade. Entre 1994 e 2010 (sob a égide da lei antiga), 54 acordos foram assinados, uma média de 3,17 por ano; de 2012 a 2016 (sob a vigência da nova lei) 26 acordos foram celebrados, uma média de 5,2 acordos por ano.

Os acordos tornaram-se também a conclusão mais comum de casos de condutas anticompetitivas⁹. Estima-se que atualmente 80% a 85% das atividades da Superintendência-Geral está relacionada à negociação de acordos. Uma evidência que suporta tal posição é que em 2016 as decisões condenatórias decresceram substancialmente, chegando a quase metade dos números relativos aos anos anteriores, embora a quantidade de casos iniciados tenha se mantido praticamente a mesma.

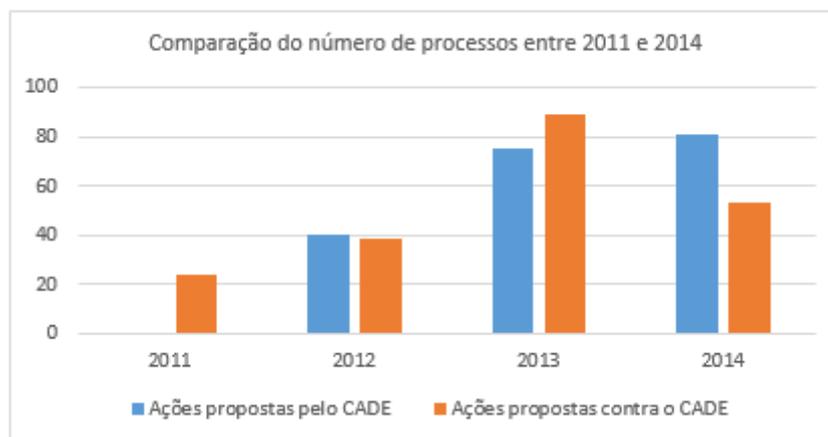
Os acordos têm dois efeitos na redução de litígios judiciais. Reduzem a quantidade de partes com interesse em contestar a decisão da autoridade e reforçam o mérito do caso para a autoridade de defesa da concorrência.

Considerando, por exemplo, uma investigação de cartel. Para que haja acordo, a parte precisa confessar ou reconhecer a existência da conduta, bem como cooperar com a autoridade, fornecendo a descrição e provas que demonstrem não apenas sua própria participação na conduta, como também o envolvimento de outros participantes. Como consequência, a autoridade terá um caso mais robusto, com mais provas da conduta e do envolvimento dos acusados para defender perante o judiciário.

Gráfico 2: Decisões do CADE em Casos de Condutas Anticompetitivas



⁹ De acordo com o balanço anual do CADE referente ao ano de 2016, o número de acordos realizados pela autoridade aumentou substancialmente desde 2013. Em Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Balanço 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016/apresentacao-balanco-2016.pdf>>. Acessado em 17 de março de 2017.

Gráfico 3: Processos Judiciais envolvendo o CADE

Como pode ser observado nos Gráficos 2 e 3 acima, as condenações do CADE impactaram os processos judiciais envolvendo a autoridade, mas não na mesma proporção de seu crescimento. Em 2013, por exemplo, o CADE observou um pequeno aumento no número de condenações; ao passo que a quantidade de processos judiciais mais que dobrou.

O Gráfico 3 também qualifica esses processos judiciais. Em 2013, por exemplo, a maioria dos processos eram propostos pelas partes contra o CADE, em reação ao aumento nas condenações. Já em 2014, os números relativos às revisões judiciais e às atividades do CADE são coerentes: o CADE teve recorde em aplicação de multas e passou à qualidade de autor no judiciário, agindo de forma proativa para o recolhimento dos valores dessas multas.

Outro elemento que afetou a decisão das partes em contestar ou não as decisões do CADE no judiciário foi a obrigação legal do depósito do valor integral da multa devida ou de garantia no valor da condenação como condição à propositura da ação judicial. Embora tal previsão já constasse da Lei Antitruste de 1994, os juízes passaram a aplicá-la em todos os processos nos últimos dez anos. Atualmente, é pacífico que para discutir ou suspender a decisão do CADE, o valor integral da multa deve ser depositado em juízo ou garantido¹⁰. Sob tal condição, ações judiciais superficiais ou frágeis podem se tornar muito caras e não compensarem o custo de acionar a revisão judicial, reduzindo as contestações às decisões do CADE.

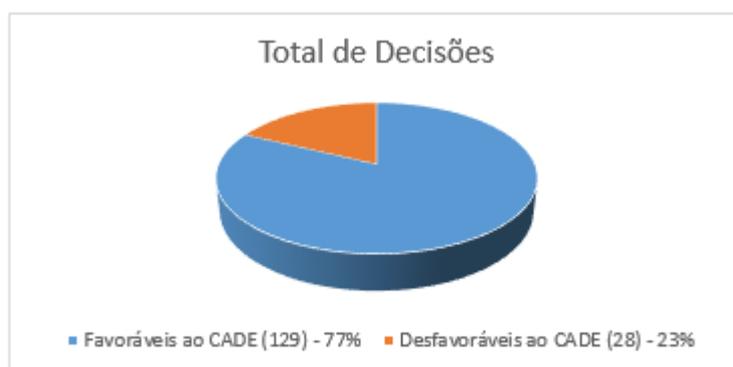
Entre as conclusões dos Estudos ICN, os países que participaram dos Estudos reconheceram que a intervenção judicial é mais frequente em casos de conduta e relativa ao recolhimento de multas. Os pagamentos de multas sempre foram um entrave na implementação da política de concorrência no Brasil. A autoridade aumentou o recolhimento de multas impostas nos últimos anos, mas ainda são um problema frequentemente levado ao judiciário.

¹⁰ Neste sentido, as seguintes decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais: *Tribunal Federal da 4ª Região. 3ª Turma Julgadora. Acórdão no Agravo de Instrumento No. 2009.04.00.019472-7/RS. Relator: Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Decisão de 18 de agosto de 2009; BRASIL. Tribunal Federal da 4ª Região. 4ª Turma Julgadora. Acórdão no Agravo de Instrumento No. 2009.04.00.007403-5/RS. Relatores: Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha. Decisão de 22 de julho de 2009. BRASIL. Tribunal Federal da 1ª Região. 7ª Turma Julgadora. Acórdão na Apelação Cível 20484 DF 2000.34.00.020484-5. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Decisão de 23 de março de 2004; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 6ª Turma Julgadora. Acórdão no Agravo de Instrumento No. 38292 DF 2001.01.00.038292-1. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Decisão de 09 de outubro de 2006.*

| Tabela 1: Multas impostas pelo CADE | | | | | | | |
|--|------|-------|--------|--------|----------------|--------------------|----------------|
| | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | Total até 2014 | 2015 ¹¹ | Total até 2015 |
| Multas pagas | 0 | 15 | 71 | 21 | 107 | 8 | 115 |
| Multas impostas | 26 | 19 | 30 | 14 | 89 | 149 | 238 |
| Porcentagem de multas impostas e pagas | 0,00 | 78,95 | 236,67 | 150,00 | 120,22 | 5,37 | 48,32 |

O aumento no percentual de pagamento de multas demonstrado na Tabela 1 acima pode ser consequência da política de acordos implementada e dos efeitos da necessidade de garantir o valor integral da multa para recorrer ao judiciário. Pode ser também uma consequência da reversão da taxa de êxito do CADE em processos judiciais já comentada. A maioria das decisões são hoje favoráveis ao CADE, com demonstrado no Gráfico 4:

Gráfico 4: Decisões Judiciais



De forma coerente, essa taxa de sucesso se reflete também na análise da intervenção judicial; de acordo com a Tabela 2 abaixo, o Judiciário intervém em um baixíssimo número de casos para suspender o pagamento de multas, mas estes poucos casos referem-se aos mais altos valores impostos.

| Tabela 2: Multas (Relatório da Procuradoria Geral do CADE, 2015) | |
|--|---|
| Item | Total |
| Multas impostas e não pagas | 148, no valor de R\$ 214.514.824,72 |
| Multas impostas, mas não pagas por ter sua execução suspensa judicialmente | 5, no valor de R\$ 51.575.119,89 |
| Porcentagem de multas impostas e suspensas judicialmente | Número de casos: 3,38% Valor dos casos: 24,04% |

¹¹ De acordo com o CADE, 2015 foi um ano muito atípico. Devido à organização interna, a instituição teve uma performance baixa no recolhimento de multas neste ano.

2. Conclusões

É senso comum que a política de acordos teve um impacto positivo na implementação e na efetividade da política de defesa da concorrência. Como já mencionado, vai, sem dúvida, afetar a revisão judicial das decisões tomadas pela autoridade antitruste. Uma política de acordos consistente afeta a escolha das partes sobre ir ao judiciário, já que a revisão judicial no Brasil é custosa e lenta. Uma decisão de primeira instância pode demorar de cinco a oito anos para ser proferida. Pela perspectiva das partes, ter o valor das multas depositado para discutir a decisão da autoridade por um longo período de tempo pode não valer a pena.

Os principais problemas do CADE relacionados à revisão judicial de suas decisões mantêm-se sobre questões formais e recolhimento de multas.

Em relação ao recolhimento de multas, embora esse número tenha crescido em valor, de 2011 a 2015, somente 48,32% das multas impostas foram pagas – de 238 multas aplicadas, apenas 115 foram recolhidas. Esse índice pode melhorar e o CADE vem despendendo recursos nesse sentido, tornando a imposição das multas e a própria implementação da política de defesa da concorrência, mais efetivas.

Demandas judiciais contra o CADE referem-se, em geral, a questões processuais (e isso provavelmente continuará sendo assim), incluindo a legalidade no conjunto probatório, direitos de defesa e outras questões, a maioria relacionada à etapa de investigação, em linha com a conclusão dos Estudos ICN de dez anos atrás. Assim sendo, para a política brasileira de defesa da concorrência ser mais efetiva, questões processuais devem receber tanta atenção quanto as substantivas, por parte de ambos, SG e membros do Tribunal.

O CADE tem a percepção de que o “*competition on the merits*” está agora sob escrutínio com maior frequência do que no passado. De fato, os Tribunais têm reconhecido a competência da autoridade sobre matérias atinentes à concorrência referindo-se em seus julgamentos às decisões do CADE. Os Tribunais também têm limitado a revisão judicial ao controle de legalidade, como ocorreu em importantes casos, como no processo dos *shoppings* da cidade de Porto Alegre e no Ato de Concentração envolvendo Usiminas e CSN, as duas maiores siderúrgicas brasileiras.

A revisão judicial é importante instrumento democrático. Ela melhora a qualidade das decisões e, em caso de órgãos com poderes adjudicantes, como o CADE, pressiona pelo aperfeiçoamento de suas regras internas e procedimentais.

Não obstante, a revisão judicial não pode ser utilizada para retardar a implementação de políticas e evitar o cumprimento da decisão tomada pela autoridade, o que pode ter um impacto negativo na efetividade e no desenvolvimento da política de defesa da concorrência, essencial ao ambiente competitivo, que resulta em menores preços, maiores quantidades e melhores produtos e serviços.

Minar o poder do CADE ao substituir suas decisões de mérito por decisões judiciais, também pode ter o mesmo impacto, enfraquecendo a efetividade da política de defesa da concorrência. O Judiciário pode e deve controlar a legalidade dos procedimentos do CADE, o que inclui a validação das provas utilizadas, como autoridade de natureza administrativa, mas o juiz não deveria – ou se o fizesse, que fosse raríssimo e feito com extrema cautela - substituir o mérito concorrencial da decisão.

Por último, mas não menos importante, as decisões do CADE não são monocráticas; elas são tomadas por um colegiado, composto por sete membros, observado o devido processo legal. Como mencionado, juízes raramente questionam questões materiais (concorrência no mérito) das decisões do CADE, mas sim as de natureza formal. Quanto melhor observados os princípios da ampla defesa e contraditório e os procedimentos, juízes se sentirão menos propensos a questionar as decisões da autoridade antitruste, o que contribuirá à efetividade da própria política de defesa da concorrência. Nesse sentido, escreve Paul Troop: “*legal formalism is not a stupid thing*”, mesmo no campo do direito concorrencial.

Pesquisa realizada nos sites dos tribunais superiores – STJ e STF- brasileiros não mostram nenhum resultado para processos discutindo casos iniciados e decididos sob a Lei nº 12.529/11. Considerando estarmos comemorando os 5 anos da “nova” Lei, não houve tempo suficiente para que casos julgados pelo CADE tenham chegado à revisão das instâncias superiores. No Brasil, os processos judiciais demoram em média oito anos somente para uma decisão em primeira instância¹². Esperamos nas comemorações dos próximos cinco que os Estudos ICN tenham a maior parte de suas conclusões vencidas e substituídas.

¹² Estimativa elaborada considerando os dados publicados no Relatório de 2016, Justiça em números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - - *Justiça em números 2016: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acessado em 17 de março de 2017.