MULHERES NO ANTITRUSTE

VOLUME 1

PREFÁCIO
ISABEL VAZ

ORGANIZADO POR

AGNES MACEDO
AMANDA ATHAYDE
ISABELA MAIOLINO
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES
LEONOR CORDOVIL
MYLENA AUGUSTO DE MATOS

MULHERES NO ANTITRUSTE

VOLUME 1

COMISSÃO CIENTÍFICA

ANA FRAZÃO
FERNANDA GARIBALDI
FLÁVIA CHIQUITO
JULIANA O. DOMINGUES
LEONOR CORDOVIL
LUCIANA MARTORANO
MARCELA FERNANDES
PAULA AZEVEDO
MICAELA B. B. FERNANDES
SILVIA FAGÁ DE ALMEIDA

AUTORAS

ADRIANA L. C. STRAUBE
AMANDA ATHAYDE
ANA FLÁVIA A. PEREIRA
ANDRESSA L. FIDELIS
ANNA BINOTTO
ANNA O. DE M. LEITE
ANTONELLA BOIDI
ARIEL IRIZAR
BARBARA LUVIZOTTO
BEATRIZ DE M. QUEIROZ
BEATRIZ M. N. SANTOS
FABÍOLA CAROLINA L. C. DE ABREU
ISABELA MAIOLINO
ISABELLA C. URNIKES
JÚLIA M. LOURES .
LUÍSA P. MONDECK
LUÍZA R. JACOBSEN
MARIA CAMILLA COELHO
MARIA CAROLINA DE S. FRANÇA
MARIANA F. DA ROSA
MÔNICA T. FUJIMOTO
NATÁLIA PEPPI
PAULA DE A. BAQUEIRO
PAULA AZEVEDO
PAULA PINEDO
SILVIA FAGÁ DE ALMEIDA
SIMONE MACIEL CUIABANO
STEPHANIE V. PENEREIRO
TEREZA CRISTINE A. BRAGA
URSULA P. P. BASSOUKOU
VIVIAN ANNE F. DO N. ARRUDA

Dados para catalogação

MACEDO, Agnes et al. (Org.)

Mulheres no antitruste / organização Agnes Macedo de Jesus, Amanda Athayde, Isabela Maiolino, Juliana Oliveira Domingues, Leonor Cordovil e Mylena Augusto de Matos . São Paulo: Editora Singular, 2018.

Livro digital - formato

ISBN 978-85-53066-12-4

1. Concentração econômica. 2. Infração à ordem econômica. 3. Política concorrencial. I. Autores. II. Título

CDU 340:339.137.27
Cutter M141m

Karina Borsari
CRB-8/4951

Organizado por:
Agnes Macedo de Jesus
Amanda Athayde
Isabela Maiolino
Juliana Oliveira Domingues
Leonor Cordovil
Mylena Augusto de Matos
Diagramação e edição: Agnes Macedo de Jesus, Isabela Maiolino e Mylena Augusto de Matos
Revisão: Agnes Macedo de Jesus, Isabela Maiolino e Mylena Augusto de Matos
Capa: Agnes Macedo de Jesus

SUMÁRIO

Prefácio - Conquistas e desafios das mulheres no antitruste

Isabel Vaz.....6

Sobre as colaboradoras.....12

PARTE 1 - CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA.....19

1. Contratos associativos: do desafio conceitual à dificuldade de enquadramento pelo Cade

Júlia Marsola Loures 20

2. Antitrust law & innovation: digital markets involving disruptive technology and antitrust analysis

Vivian Anne Fraga do Nascimento Arruda, Paula Pinedo e Luísa Pereira Mondeck 34

3. Efeitos conglomerados em concentrações econômicas: caracterização e desdobramento

Anna Binotto 48

4. Poder de portfólio: recente tendência do Cade na análise de operações conglomeradas

Ursula Pereira Pinto Bassoukou, Beatriz Medeiros Navarro Santos e Mariana Fontoura da Rosa 66

5. Remédios Antitruste, medidas de preservação e de separação e monitoramento: uma análise empírica dos julgados do Cade na vigência da Lei 12.529/2011

Maria Carolina de Sá França 76

6. Remédios comportamentais em fusões verticais: problema ou solução?

Silvia Fagá de Almeida e Anna Olimpia de Moura Leite 94

7. Shall NCAs allow mergers that create bargaing power? The case of Broadband Channels joint venture in Brazil

Simone Maciel Cuiabano 106

PARTE 2 - INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA.....116

8. Algoritmos, colusão e "novos agentes": os quatro cenários de Stucke e Ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira

Maria Camilla Arnez Ribeiro Coelho 117

9. Crimes diretamente relacionados à prática de cartel: uma análise acerca do enquadramento da corrupção ativa no rol de crimes do artigo 87 - Lei 12.529/11

Beatriz de Mattos Queiroz.....132

10. A jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas

Paula Farani de Azevedo Silveira e Paula Baqueiro 143

11. La Persecución de carteles en la República Argentina

Ariel García e Antonella Boidi.....158

12. O acordo de leniência antitruste como paradigma para o cabete à corrupção: as experiências dos Estados Unidos e do Brasil.....171

Luíza Rocha Jacobsen 171

13. O papel da cooperação jurídica internacional no direito concorrencial e sua importância no combate aos cartéis transnacionais

Natália Peppi Calvacanti 185

14. Transplante legal de institutos norte-americanos de antitruste e de combate à corrupção ao direito brasileiro

Ana Flávia Azevedo Pereira.....198

PARTE 3 POLÍTICA CONCORRENCIAL 212

15. Acordos no CADE: muito além de leniência e compromissos de cessação de conduta

Adriana Laporta.....213

16. Antitruste e anticorrupção: como incentivar a adoção de Programas de Compliance por empresas privadas?230

Fabíola Carolina L. C. de Abreu e Isabella Costa Urnikes 230

17. Antitruste, inovação e informação: uma nova paralisia?

Stephanie Vendemiatto Penereiro 242

18. JBS e atos de concentração: neutralidade concorrencial ou alinhamento com a Política dos Campeões Nacionais?

Mônica Tiemy Fujimoto.....258

19. Da teoria à realidade: o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil

Amanda Athayde Linhares Martins Riveira, Andressa Lins Fidelis e Isabela Maiolino 273

20. Globalization and International Antitrust Law: challenges and way forward

Bárbara Luvizotto.....291

21. Remediar o quê? Reflexões sobre a intervenção do Estado em relações concorrenciais

Tereza Cristine de Almeida Braga 304

PREFÁCIO

CONQUISTAS E DESAFIOS DAS MULHERES NO ANTITRUSTE

Isabel Vaz[1]

Palestra no 1º Seminário Women in Antitrust
Em 10 de maio de 2018

1. Reflexão inicial

Caras amigas e amigos, congratulo-me com as fundadoras dessa nova categoria de reflexões, "Mulheres no Antitruste". Mais do que um movimento, vejo essa reunião como um momento de pensar e de repensar como nós, mulheres, nos situamos diante do estudo, da análise, da interpretação e da prática desse fascinante ramo do Direito, que é o Direito da Concorrência.

De um lado, estamos diante de uma ciência jurídica, e, como tal, ela demanda conhecimento científico, adquirido em pós-graduações, especializações, pesquisas, muito esforço e dedicação, busca de ensinamentos colhidos em outros países, em outras culturas, deslocamentos, mobilidade, objetividade e muita coragem. Desbravamento de uma selva de novos saberes, localizados em outras disciplinas jurídicas e, notadamente, na ciência-fronteira do Direito Econômico, que é a Economia. Da mesma forma, para as economistas, existe a necessidade de transpor os limites da ciência descritiva, para adentrar o campo da ciência normativa. São mundos vizinhos, que não se opõem, antes se complementam, para uma correta exegese e uma justa aplicação do Direito Antitruste.

Por outro lado, volvamos um olhar para nós, as mulheres, que fomos seduzidas por esse Direito relativamente novo, vigente, sobretudo, no mundo das grandes empresas, das corporações internacionais, das joint ventures e das organizações cujos orçamentos superam, às vezes, os de alguns países, sabendo-se que seu comportamento pode provocar consequências benéficas ou devastadoras, dependendo de como elas atuam no exercício da atividade econômica. Não podemos esquecer, por força de um comando constitucional, que essa ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna", na forma do disposto no caput do art. 170 da Constituição vigente. E não é, segundo dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.529, de 2011, a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos por aquela lei? A ordem econômica, que a Lei Antitruste defende contra infrações, é orientada "pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico".

Por mais autonomia que tenhamos, por mais independentes que sejamos, poucas de nós podemos dizer não termos as injunções decorrentes de compromissos essencialmente femininos: a maternidade, a criação dos filhos, o cuidado com a casa, a formação e a manutenção de um espaço sagrado, vivificado pelo que podemos chamar de "laços de ternura." Homem nenhum, por mais virtuoso que seja, é capaz de criar sozinho esse ambiente de aconchego, de conforto espiritual, de alegria, de cuidado, de carinho, que forma um círculo invisível e poderosíssimo que mantém as pessoas unidas, felizes, quando chegam a casa, mesmo que seja uma casa modesta, porque há segurança, há paz, existe amor, pairando no ar, existe união, é um lar.

---

[1] Professora aposentada do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG; Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Paris I – Panthéon-Sorbonne; Especialista, Mestre e Doutora em Direito Econômico pela UFMG; Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional; Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE; Advogada; Parecerista.

E então, como ficamos nós, mulheres, conscientes do papel e da fundamentalidade de nossa presença junto à família, e desejosas, ao mesmo tempo, de cumprir um papel na sociedade, conscientes, também, de nossa capacidade de "fazer a diferença", em alguma atividade liberal?

Existem alguns caminhos que podemos percorrer: a) procurar conquistar o sonho da realização profissional; b) renunciar às aspirações pessoais e dedicar-nos à família e às atividades que não exijam muito aprimoramento pessoal; ou c) procurar uma "terceira via" e tentar conciliar as exigências da profissão escolhida e os deveres para com a família.

Todas as três opções implicam renúncia.

Com certeza, cada uma de nós aqui presente terá feito a sua.

2. Um princípio constitucional e sua extensão: a igualdade

Feitas essas considerações, gostaria de passar para outro tema mais específico: abordar um princípio que acredito primordial nas competições: o princípio da igualdade.

Quase todas as leis de defesa da concorrência contêm regras que proíbem práticas capazes de distorcer a competição nos mercados. Essa distorção ocorre, muitas vezes, pelo chamado abuso de posição dominante (previsto no art. 36, IV, da Lei nº 12.529, de 2011). Nessa prática, o que salta aos olhos é a desigualdade de condições de competir. Essa competição não é livre, porque alguém detém maior poder de mercado e, por meio dele, comete a infração. Se houvesse igualdade, o abuso não surtiria efeito.

No caso dessa reflexão sobre os desafios que enfrentamos no exercício de nossa profissão, não vamos cogitar de abuso, pois disso não se cuida. Vamos raciocinar em termos de mercado de trabalho, de um mercado específico, em que as pessoas, homens e mulheres, dedicam-se a um ramo especial da atividade jurídica: o Direito Antitruste.

De que nos serviria evocar aqui o princípio da igualdade?

Para que a sua capacidade profissional, de conquista de mercado de trabalho e de realização pessoal possa florescer e prosperar, as mulheres também precisam usufruir da igualdade de oportunidades.

Imaginemos um jovem advogado que pretenda adentrar esse mundo novo, e uma jovem advogada com o mesmo preparo intelectual e a mesma aspiração. Muito provavelmente, terão oportunidades iguais de galgar um lugar importante, compatível com sua capacidade.

À medida que vai passando o tempo, as mulheres costumam deparar com o momento das escolhas, aquelas três vias antes mencionadas: carreira, família ou ambas?

Se a mulher optar por uma dedicação mais assídua à carreira, talvez precise abrir mão de um projeto familiar ou adiá-lo; se escolher constituir uma família, assumindo todas as tarefas inerentes à maternidade e às responsabilidades domésticas, pode ser levada a renunciar a um curso fora do País ou a prestar um concurso, a desistir de pleitear um cargo que exija dedicação exclusiva ou deixar de lado alguma atividade incompatível com o início de uma vida familiar.

Os homens não costumam enfrentar esse dilema, pois, em algumas sociedades, devido a razões culturais, não são preparados para o compartilhamento de tarefas, de afazeres e de responsabilidades domésticos. É nesse ponto exato que evoco e invoco o princípio constitucional da igualdade a favor das mulheres que possuem vocação, talento, coragem e forte motivação para se lançar à conquista de um espaço profissional compatível com seus anseios e com sua capacidade.

Para que esse desejo possa realizar-se, contudo, ela precisa de igualdade de oportunidades. De escolas especializadas para os filhos, creches, auxiliares domésticos. Se tais recursos lhe faltarem, e se ela não puder partilhar as responsabilidades da casa e da família, sua formação profissional será afetada, dificultando, em relação aos homens, a sua ascensão profissional.

Resta a terceira hipótese ou a terceira via antes mencionada. Foi a que escolhi. Casada, aos 19 anos, com o advogado Orlando Vaz, depois de ingressar na Faculdade de Direito da UFMG, aos 22 anos, tínhamos já três filhos. Felizmente, sempre pude contar com seu apoio e com a colaboração de mãe, sogra, irmãs e auxiliares. Bacharel em 1967, tive a companhia de meu filho mais velho, de três anos, na formatura. O curso de Direito não foi fácil. Uma das coisas mais penosas que vivi foi, enquanto esperava o ônibus para a Faculdade, ouvir o choro de um dos meninos, sem saber se tomava a condução

ou voltava para casa. Quase sempre, deixava o coração em casa e ia para a aula. Outras vezes, voltava correndo e ficava com meus filhos. Depois, pedia a uma colega que me emprestasse as anotações. Terminei o curso, mas sem ter conseguido fazer o estágio profissional que, àquela época, não era obrigatório, mas me fez muita falta.

Entre 1969 e 1971, moramos todos em Paris, onde meu marido dirigia a Maison du Brésil, por indicação do então Chanceler José de Magalhães Pinto. Tornei-me professora de francês, Nível Superior, pela Sorbonne, Paris III, e Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Em Paris, meus filhos permaneciam no Colégio de 8h30min a 17h30min. Por essa razão, pude frequentar duas Universidades durante o tempo em que lá estivemos.

Regressando ao Brasil, começaram minhas dificuldades domésticas, pois não existiam escolas em tempo integral. Era preciso, de manhã, levar os filhos ao judô, à natação, às aulas de reforço, pois os três haviam sido alfabetizados em francês e tinham dificuldade com o português, ajudá-los com os deveres de casa, e, à tarde, levá-los ao Instituto de Educação e depois buscá-los.

Em Paris, todas essas atividades eram oferecidas e praticadas no próprio Colégio, o que me deixava quase todo o dia livre para estudar. Aqui, essas tarefas me tomavam quase o dia inteiro. Mesmo assim, em 1973, consegui um trabalho como advogada na Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte e, depois, na Superintendência de Desenvolvimento da Capital – SUDECAP –, onde permaneci até 1989.

Até 1982, minhas principais atividades eram o trabalho burocrático e o cuidado com a família. Só consegui começar a fazer pós-graduação em 1982, pois meus filhos estavam crescidos e já frequentavam a Universidade. O mais velho e o caçula, na Escola de Arquitetura, e o do meio, na Faculdade de Direito da UFMG.

Em 1982, pedi uma licença sem vencimentos na SUDECAP, pois o regime da Especialização do Curso de Direito e Legislação na Política Setorial de Ciência e Tecnologia, ministrado na Faculdade de Direito da UFMG, em convênio com o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI –, e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq –, era de 10 horas diárias na Faculdade. Terminei o curso em dezembro de 1982, defendendo uma monografia sobre "Contratos de Exportação de Serviços", mas não pude contar com ninguém dentro da Faculdade de Direito que conhecesse esse tema, para me orientar. Por fim, indicaram-me um grande advogado mineiro, Professor Eduardo Grebler, que me emprestou grande parte do material que usei, e concordou em examinar a monografia ao final do curso.

Em 1986, ao terminar o Mestrado, apresentei a dissertação intitulada "Tipificação dos Contratos Internacionais de Transferência de Tecnologia", tema sobre o qual não encontrei nenhuma obra para consultar, tendo de construir o texto a partir de obras sobre contratos, examinando Atos Normativos do INPI, com uma bem definida linha de intervenção e protecionismo, livros de Direito Internacional, de Propriedade Industrial, documentos da Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI –, alguns Planos Nacionais de Desenvolvimento, e a esparsa legislação brasileira referente à Política brasileira de Ciência e Tecnologia. Meu orientador foi o Professor Doutor Aroldo Plínio Gonçalves, ex-Juiz do Trabalho, Professor de Direito do Trabalho e de Direito Processual Civil, pessoa extremamente culta e um grande intelectual, com várias obras publicadas nas duas áreas do Direito e muito respeitado nos meios acadêmicos. Bastante reconfortada diante da perspectiva de redigir minha dissertação sob uma orientação segura, procurei-o para receber suas instruções e começar a trabalhar. Ele me disse: "– Faça o trabalho e depois me procure". Fui buscar orientação e saí desorientada. Fiz o trabalho como pude, insegura, por não ter com quem discutir os rumos da dissertação, mas a Banca Examinadora o aprovou com a nota máxima.

Matriculei-me no Doutorado, depois de ser aprovada no teste de seleção, como é costume na Faculdade de Direito da UFMG, e pedi ao saudoso Professor Washington Peluso Albino de Sousa que me aceitasse como orientanda, e ele assentiu.

Consegui uma Bolsa de Auxílio à Pesquisa do CNPq e passei, com meu marido, cerca de três meses entre Paris, Bruxelas, Louvain-La-Neuve e Genebra, visitando bibliotecas e instituições, como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI –, coletando documentos, adquirindo obras e realizando entrevistas com professores de destaque na área do Direito Econômico. Na capital francesa, fui recebida pelo Professor Bernard Chenot, ex-Ministro do Governo Charles De Gaulle, um dos

responsáveis pela criação das empresas estatais e pela concepção de um Direito Público Econômico, assentado em dois pilares: o Direito Regulamentar Econômico e o Direito Institucional Econômico. Recebeu-nos, a mim e ao meu marido, no Institut de France, do qual era Secretário Perpétuo, e, depois de conversarmos um pouco sobre o objetivo de nossa visita, ofereceu-me seu livro de poesias, intitulado Morgane, desejando-me "bon courage" no trabalho. Ao Orlando, ofereceu um livro jurídico, contendo muitos discursos pronunciados durante sua vida pública, dizendo: "– Pour Monsieur, ça c'est un livre sérieux!".

Tivemos oportunidade de nos encontrar também com o Professor Gérard Farjat, que nos recebeu no apartamento de sua filha. Autor do festejado Droit économique, teceu considerações importantes sobre os rumos e a importância do Direito Econômico para os países em via de desenvolvimento. Àquela época, em 1986, já previa um grande movimento concentracionista de capitais, com um importante papel político a ser desempenhado por uma dezena de grandes corporações transnacionais. Em sua opinião, em algumas décadas, o mundo talvez fosse governado mais pelo poder econômico detido pelas grandes empresas, do que pelo poder político propriamente dito.

O Professor Pierre Delvolvé, muito conhecido também na área do Direito Administrativo, atualizou uma das mais clássicas obras da disciplina objeto de minhas pesquisas, o Droit public économique, e atendeu-nos em seu apartamento enorme, em Saint-Germain, grande o bastante para abrigar sua família, a esposa e 10 filhos. Sua entrevista forneceu-me importantes subsídios para a tese que vim a redigir em seguida.

Em Louvain-La-Neuve, visitamos o Professor Joe Verhoeven, que fez importantes sugestões para o desenvolvimento da minha pesquisa. Retornando ao Brasil, dediquei-me à parte mais árdua do trabalho, a redação da tese.

Nesse ínterim, a primeira mulher a ocupar o cargo de Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, Professora Doutora Ana Maria Ferraz Augusto, da UFMG, foi aprovada no concurso para juiz de Direito em Minas e pediu exoneração do CADE. Em companhia do Professor Werter Faria, então Presidente daquela Instituição, Ana Maria pediu uma audiência ao então Ministro da Justiça Oscar Dias Corrêa, para comunicar-lhe sua decisão. O Ministro demonstrou grande preocupação, confessando aos visitantes a dificuldade que teria em encontrar um substituto na área do Direito da Concorrência, ao que Ana Maria lhe respondeu:

– O senhor tem uma pessoa "de dentro da sua casa", especialista, mestre e doutoranda em Direito Econômico, a Isabel Vaz, sua afilhada de casamento, esposa de seu secretário particular, Dr. Orlando Vaz, e eles já moram em Brasília.

– Mas eu nem tinha pensado nela... – disse o Ministro.

Logo em seguida, ele me ligou e perguntou se eu aceitaria o convite para integrar o CADE, dizendo que eu tinha até a noite para responder. Conversei com meu marido, e ele aprovou a ideia. Indicada pelo Ministro Oscar Corrêa, nomeada pelo Presidente José Sarney, tomei posse como Conselheira no dia 10 de maio de 1989.

Residindo em Brasília, retornava a Belo Horizonte a cada 15 dias, para me encontrar com o orientador, Professor Washington Albino, à época Diretor da Faculdade de Direito. Atarefado com as questões administrativas da Escola, sugeriu-me que procurasse a Professora Ana Maria Ferraz Augusto. Tendo ela aceitado a tarefa, continuei a voltar a Belo Horizonte, trazendo, a cada duas semanas, um capítulo da tese.

No CADE, as reuniões do Conselho ocorriam apenas a cada 15 dias. A economia brasileira era fechada, as empresas que mais se destacavam eram estatais, do setor de mineração, como a Cia. Vale do Rio Doce. A Petrobras, que já foi uma das mais importantes companhias de petróleo do mundo, exercia sua atividade em regime de monopólio da União. Entre as grandes empresas privadas, do setor de construção e de outras áreas importantes, praticamente não havia competição, devido ao tabelamento de preços e a outras injunções legais que em nada favoreciam a livre concorrência. Havia pouco a fazer, em termos de defesa da concorrência, sob a vigência da Lei nº 4.137, de 1962.

Assumindo a presidência da República em 1990, Fernando Collor de Mello exonerou os Conselheiros do CADE, que ficou praticamente inativo até a edição da Lei nº 8.158, de 1991, logo revogada pela Lei nº 8.884, de 1994, que transformou aquele até então chamado "órgão judicante" em

autarquia, atribuindo-lhe personalidade jurídica e a capacidade, entre outras, de estar em juízo para, por exemplo, promover a execução de seus julgados.

Defendida minha tese em 1991, intitulada "Direito Econômico das Propriedades", inscrevi-me em um concurso para Professor Titular na Faculdade de Direito da UFMG e comecei a escrever o "Direito Econômico da Concorrência", para satisfazer uma das exigências do edital. Como o concurso para professor titular era anunciado com grande antecedência, realizou-se antes, o certame para Professor Assistente, um dos cargos iniciais da carreira docente na UFMG. Fiz minha inscrição, pois possuía já trabalhos jurídicos publicados, uma especialização em Direito do Trabalho em Paris, outra na própria UFMG, o Mestrado e o Doutorado, todos na área do Direito Econômico. Entre os títulos, o de ex-Conselheira do CADE, a segunda mulher, no Brasil, a participar dessa entidade. Havia um concorrente, autor de algumas publicações científicas e possuidor do título de mestre na área de Direito Constitucional. Fiz uma boa prova escrita, uma vez que o ponto sorteado, para a aula didática, foi sobre Direito do Consumidor, tema que conhecia bastante bem, pois fazia parte da grade curricular de minha Área de Concentração, o Direito Econômico. A Banca Examinadora, escolhida pelo Diretor da Faculdade, presidida por um renomado jurista, contudo, atribuiu maior nota no quesito "títulos" ao candidato apenas mestre, que, assim, foi classificado em primeiro lugar, embora seu mestrado tivesse sido na Área de Concentração de Direito Constitucional, que não era a do concurso. Diante desse resultado, não poderia disputar a vaga de Professor Titular, embora com minha tese Direito Econômico da Concorrência, já entregue à Secretaria da Pós-Graduação como pré-requisito, eu tivesse sido considerada capaz de conquistar o primeiro lugar naquele concurso.

Foi muito difícil superar esse revés. Com apoio de meu marido e de meus filhos, consegui reagir. Surgiu uma nova vaga para Direito Econômico, e entrei com um mandado de segurança para garantir minha nomeação dentro do prazo de validade do concurso e fui nomeada, "arrombando as portas" da Faculdade, e logo atingi o nível de Professora Adjunta, pois já era doutora. Do concurso para Professor Titular, porém, não participei.

Minha trajetória na Faculdade de Direito foi relativamente rápida. Em 13 anos de magistério, consegui formar 26 mestres e nove doutores, dos quais muito me tenho orgulhado, pois, mais do que alunos brilhantes e todos, vitoriosos em sua carreira, são meus amigos, e, hoje, são meus mestres.

Um dos únicos quesitos objetivos a guiar a fixação de critérios para avaliação de um candidato é a prova de títulos. Tanto assim que, hoje, na Faculdade de Direito da UFMG, encontra-se definida uma espécie de lista com a valoração de cada quesito, de modo a evitar que a Banca Examinadora adote critérios subjetivos, que podem conduzir a resultados injustos. Faltou, a meu ver, a aplicação do princípio da igualdade diante da lei, que permitiu que um diploma de mestrado obtivesse maior pontuação do que um de doutorado.

A essa altura, acredito que talvez tenha escolhido o caminho mais árduo, mas tenho certeza de que foi o que me trouxe também as maiores alegrias. Trabalhar na área do Direito Antitruste, principalmente àquela época, aspirando não apenas à realização profissional, mas trazer alguma contribuição, ainda que modesta, para a consolidação dessa disciplina jurídica no Brasil, representa uma vitória. Vitória não sobre pessoas ou eventuais competidores, mas sobre as minhas próprias limitações. Uma prova disso é a minha presença neste evento.

Se me fosse dado fazer alguma observação sobre o desempenho das juristas mais novas, que escolheram trilhar a senda do Direito Antitruste, diria que elas fizeram a escolha certa: pavimentar, com a profundidade e a seriedade de seus conhecimentos, a estrada ainda insegura e um tanto acidentada do Direito da Concorrência no Brasil. A qualidade das produções acadêmicas, das dissertações, das teses e de outros trabalhos de elevada qualidade, estampados em pareceres técnicos, em votos proferidos por algumas Conselheiras do CADE, ou por advogadas no exercício profissional, ou professoras, em salas de aula, ou em congressos e em seminários, atesta a grande maturidade atingida pelas mulheres que militam no Antitruste e a importância de sua produção científica para sedimentação e a consolidação desse atualíssimo e importante ramo do conhecimento jurídico entre nós.

A grande sensibilidade feminina, ao contrário do que pensam algumas pessoas, não impede as mulheres de desenvolver um raciocínio lógico, nem de encarar e de resolver questões técnicas ou complexas, imbricadas nas causas, nos processos ou problemas que lhes são postos. Ao contrário, a sensibilidade, a intuição, a paciência e a perspicácia que lhes são inerentes contribuem para que possam,

muitas vezes, encontrar as melhores e as mais justas soluções nas questões que a profissão lhes põe diante dos olhos.

Pelo que tenho visto, a maioria das mulheres que atua no Direito Antitruste fez suas escolhas entre as opções e os caminhos que a vida lhes apresentou. Quase todas escolheram o caminho mais difícil, porém o mais gratificante: optaram por formar uma família, ter seus filhos e construir, também, uma bela careira. Tarefa difícil, com certeza! Certamente, no entanto, escolheram com o coração, certas de que, para se sentirem plenas, realizadas, precisavam ser boas mães e, ao mesmo tempo, profissionais competentes. Têm muitas batalhas a vencer, inúmeras conquistas a realizar. Têm, entretanto, também uma certeza: são tão capazes quanto seus colegas homens para desempenhar cargos e funções e tarefas com responsabilidade, brilhantismo e sucesso. Basta que tenham igualdade de oportunidades. Em poucas palavras, basta que a Constituição seja respeitada.

Quero terminar minhas palavras de agradecimento às organizadoras deste encontro e fundadoras do Women in Antitrust, Professoras Amanda Athayde Martins Rivera, Juliana Domingues e Leonor Cordovil, e às demais participantes deste evento, com as seguintes palavras, tomadas de empréstimo a um dos maiores poetas da Língua Portuguesa:

Assim que a vida e alma e esperança,
E tudo quanto tenho, tudo é vosso;
O proveito disso eu só o levo.
Porque é tamanha a bem-aventurança
O dar-vos quanto tenho e quanto posso,
Que, quanto mais vos pago, mais vos devo.

(CAMÕES, Luís Vaz de. “Soneto 80”. In Obra completa. Rio de Janeiro: Companhia Aguilar Editora, 1963. p. 295)

SOBRE AS COLABORADORAS

Comissão Organizadora

Agnes Macedo de Jesus é bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestranda em European Law - Business Law pela Radboud University, Holanda, com especialização em Direito da Concorrência, Direito Empresarial Comparado, Direito Autoral, Direito Tributário Europeu, Direito do Trabalho Europeu e Securitização de Transações. Integrante do Honours Programme da Radboud University no tema Truth and Politics.

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera é professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). É doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UMA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência e Econômico. É servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos. De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel. Em 2017 se tornou Chefe de Gabinete do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF/Cade), elaborando pareceres em processos de direito da concorrência e auxiliando investigações criminais e na cooperação jurídica internacional. Fundadora da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

Isabela Maiolino é bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação. Foi Assistente e Coordenadora-Substituta da Superintendência-Geral do CADE, tendo atuado com investigação de cartéis internacionais, condutas unilaterais e instrução de atos de concentração, de 2015 a 2018. Diretora de Publicações da rede Women in Atitrust Brasil (WIA).

Juliana Oliveira Domingues é Professora Doutora de Direito Econômico na FDRP/USP com pós-doutorado na Georgetown University. Foi a primeira pesquisadora brasileira selecionada pelo programa internacional da American Bar Association (Antitrust Law - International Scholar in Residence Program). Trabalhou em vários casos paradigmáticos envolvendo antitruste e comércio internacional no Brasil. Em 2008, publicou seu primeiro livro sobre Direito Antitruste premiado como "melhor livro jurídico" (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Em 2012, passou a lecionar na Universidade de São Paulo (USP) e atuar como consultora independente. Em 2011 publicou seu primeiro livro sobre o direito antitruste brasileiro em inglês e em 2013 publicou o livro "Brazilian Competition Law: A practitioner's Guide", ambos pela editora Wolters Kluwer. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP). É Conselheira do IBRAC. Foi Assessora Não Governamental da ICN. Publicou dezenas de artigos em português e em inglês. Atualmente tem pesquisado temas envolvendo igualdade de gênero e sua relação com o desenvolvimento econômico. Fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

Leonor Cordovil é doutora em Direito Econômico (USP) e em Direito Internacional (Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne), mestre em Direito Econômico (UFMG), professora do mestrado da Escola de Direito da FGV/SP, fundadora do grupo Women in Antitrust, autora de livros e artigos em Direito da Concorrência, Consumidor e Comércio Internacional, Diretora de Concorrência do IBRAC, sócia do escritório Grinberg Cordovil Advogados, Antitrust Officer da International Bar Association.

Mylena Augusto de Matos é assistente do Gabinete da Superintendência-Geral do Cade, responsável pela negociação de acordos de leniência antitruste. Anteriormente, foi Coordenadora-Substituta da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 8, também na Superintendência-Geral do Cade, incumbida de investigar cartéis no Brasil, sobretudo relacionados a licitações públicas. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e Pós-Graduanda em Direito Societário na Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Comissão Científica

Ana Frazão é advogada e Professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB. Ex-Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB e Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Líder do GECEM – Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado.

Fernanda Garibaldi é graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2012) e mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo - USP (2018), possui vasta experiência na representação de clientes perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, especialmente em investigações de condutas anticompetitivas e análise de atos de concentração econômica.

Flávia Chiquito dos Santos é mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (2014). Foi estudante de pesquisa visitante na King´s College London (2013). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Foi assessora no Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") (2006-2007). Advogada, com experiência na área de Direito da Concorrência/Antitruste e Compliance desde 2004. Atualmente, é sócia no escritório Lino, Beraldi, Belluzzo e Tartarini Advogados. Autora do livro "Aplicação de penas na repressão a cartéis – Uma análise da jurisprudência do CADE" publicado pela editora Lumen Iuris (2016). Autora e co-autora de artigos publicados em livros e revistas especializadas. Membro da Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP (CECORE/OAB-SP). Conselheira do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

Juliana Oliveira Domingues é Professora Doutora de Direito Econômico na FDRP/USP com pós-doutorado na Georgetown University. Foi a primeira pesquisadora brasileira selecionada pelo programa internacional da American Bar Association (Antitrust Law - International Scholar in Residence Program). Trabalhou em vários casos paradigmáticos envolvendo antitruste e comércio internacional no Brasil. Em 2008, publicou seu primeiro livro sobre Direito Antitruste premiado como "melhor livro jurídico" (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Em 2012, passou a lecionar na Universidade de São Paulo (USP) e atuar como consultora independente. Em 2011 publicou seu primeiro livro sobre o direito antitruste brasileiro em inglês e em 2013 publicou o livro "Brazilian Competition Law: A practitioner's Guide", ambos pela editora Wolters Kluwer. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP). É Conselheira do IBRAC. Foi Assessora Não Governamental da ICN. Publicou dezenas de artigos em português e em inglês. Atualmente tem pesquisado temas envolvendo igualdade de gênero e sua relação com o desenvolvimento econômico. Fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

Leonor Cordovil é doutora em Direito Econômico (USP) e em Direito Internacional (Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne), mestre em Direito Econômico (UFMG), professora do mestrado da Escola de Direito da FGV/SP, fundadora do grupo Women in Antitrust, autora de livros e artigos em Direito da Concorrência, Consumidor e Comércio Internacional, Diretora de Concorrência do IBRAC, sócia do escritório Grinberg Cordovil Advogados, Antitrust Officer da International Bar Association.

Luciana Martorano é sócia do escritório Martorano Law. Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membra de ABA, AIJA, NYSBA, WIA (Brasil), WIA (Europe), WIA (EUA) e OAB-CECORE. Palestrante de temas antitruste e de diversidade em diversos eventos nacionais e internacionais. Autora de artigos e livros sobre antitruste.

Marcela Fernandes é doutoranda e Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Especialista em Defesa da Concorrência pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - GVLaw. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Como integrante da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, ocupou diversos cargos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tendo sido chefe da unidade de investigação de cartéis internacionais da Superintendência-Geral do Cade. Atua como consultora em direito concorrencial e compliance. É Diretora de Projetos da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

Paula Farani de Azevedo Silveira é conselheira no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2018-atualmente). Mestre em Direito Internacional Econômico pela Georgetown University Law Center (2007). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2006). Advogada com larga experiência em Direito Concorrencial e Comércio Internacional. Foi Coordenadora na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e negociadora de assuntos relacionados a concorrência no Mercosul (2007-2008).

Micaela Barros Barcelos Fernandes é doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Mestre em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ. Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela FGV/RJ. Graduada em Direito pela UFRJ. Advogada e professora no Rio de Janeiro.

Silvia Fagá de Almeida é economista pela FEA/USP, doutora em economia pela FGV-SP (com tese sobre o poder compensatório e sua aplicação antitruste no setor de saúde suplementar, trabalho premiado com a primeira colocação no Prêmio-SEAE de Monografias do Ministério da Fazenda). Foi visiting scholar na Columbia University-NY (2011-2012) e professora da pós-graduação de economia da EESP-FGV e da FIPE. Diretora da LCA, com mais de 15 anos de experiência em defesa da concorrência. Mencionada, desde 2015, no Who's Who Legal (associada à Global Competition Review) como economista de destaque no plano internacional para questões concorrenciais. É diretora de Economia do IBRAC (2016-2019).

Autoras

Adriana Laporta Cardinali Straube é advogada. Doutora em Direito (USP). Mestre em Direito (PUC-SP). Foi Visiting researcher e Visiting Fellow na King's College London. Vencedora do prêmio da Latin America Corporate Counsel Association – LACCA, em 2017, como melhor Compliance Counsel das Américas e finalista, no mesmo ano, como melhor advogada in-house da América Latina na categoria de Direito da Concorrência pela Association of Corporate Counsels. É autora de diversos artigos jurídicos e palestrante no Brasil e no exterior.

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera é professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). É doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UMA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, da Concorrência e Econômico. É servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos. De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel. Em 2017 se tornou Chefe de Gabinete do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF/Cade), elaborando pareceres em processos de direito da concorrência e auxiliando investigações criminais e na cooperação jurídica internacional. Fundadora da rede Women in Antitrust Brasil (WIA).

Ana Flávia Azevedo Pereira é advogada de *compliance*, mestranda em Filosofia do Direito na PUC/SP, pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal no IDP e bacharel em Direito pela UFMG.

Andressa Lins Fidelis é bacharel em Direito pela PUC-SP (menção honrosa), mestre em direito antitruste e regulatório pela Gerogetown University Law Center (Deans List) e mestre em economia aplicada pela Barcelona Graduate School of Economics. Previamente, advogou na área de direito da concorrência e regulação em São Paulo, foi trainee no Federal Trade Comission e atuou como Coordenadora no Gabinete da Superintendência-Geral do Cade. Atualmente, atua com direito da concorrência europeu no escritório Latham e Watkins em Bruxelas.

Anna Binotto é advogada. Graduada pela Faculdade de Direito da USP (2017).

Anna Olimpia de Moura Leite é analista da LCA, mestre e graduada em economia pela FEA-USP. Especialista em defesa da concorrência e políticas públicas na área de Economia do Direito. Trabalhou como assessora técnica do Gabinete do Prefeito e na Assessoria Econômica da Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico da Prefeitura Municipal de São Paulo, de 2013 a 2014.

Antonella Boidi entrou no Escritório Marval, O'Farrell & Mairal em 2016 e atualmente se atua no Departamento de Direito da Concorrência. Assessora e maneja casos de controle de concentrações econômicas para companhias ativas no setor dos agronegócios, cervejas, transporte, IT, petroquímicas e comércio varejista. Antes de começar no Escritório, trabalhou no Ministério de la Agroindústria de la Nación (Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, y Secretaría de Coordinación Política). Formou-se em Direito na Universidad Católica de Salta em 2012 e depois completou um mestrado em Estudos Internacionais na Universidad Torcuato Di Tella, uma pós-graduação em Regime Jurídico dos Agronegócios na Universidad Austral e cursou o Programa Avançado em Defesa da Concorrência na Universidad Torcuato Di Tella. Recentemente colaborou em vários artigos sobre a matéria publicados em The Law Reviews (The Public Competition Enforcement Review, 2018) e no Journal of European Competition Law & Practice (2018). Foi convidada a ministrar aulas em cursos de Defesa da Concorrência em diferentes universidades e é membro do Colegio Público de Abogados de la Capital Federal".

Ariel Irizar entrou no Escritório Marval, O'Farrell & Mairal em 1995 e atualmente atua como associada sênior nas áreas de Sociedades e Direito da Concorrência. Formou-se em direito na Universidad de Buenos Aires, tendo completado um Program of Instruction for Lawyers na Universidade de Harvard no ano de 1998. Assessorou empresas em investigações por condutas anticompetitivas ante as autoridades argentinas, incluindo as indústrias de cimento, tabaco, gases

medicinais, laboratórios, terminais portuárias, indústrias petroleiras e automotrizes. Conta também com experiência na área de litígios, tendo representado clientes em diversas indústrias em processos coletivos, danos e prejuízos e recursos ante os tribunais superiores e a Corte Suprema de Justicia de la Nación. Escreveu vários artigos dentro de sua especialidade em publicações nacionais e internacionais, e é membro do Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ministra aulas de defesa da concorrência em várias universidades argentinas e estrangeiras (Universidad Argentina de la Empresa, Universidad Católica Argentina, Universidad Di Tella, Universidad Católica del Uruguay etc.).

Barbara Luvizotto é associada das práticas de Antitruste & Concorrencial, Comércio Internacional e Contencioso do Tauil & Chequer Advogados no escritório de São Paulo. Barbara possui cerca de quatro anos de experiência na área de Direito Antitruste, sendo que em 2017, integrou a equipe Mayer Brown – Escritório de Bruxelas, onde participou de diversos casos de Direito Concorrencial e Regulatório da União Europeia. É doutoranda em Comércio Internacional pela Universidade de São Paulo, com estudos focados em debates sobre a economia digital e investimentos internacionais. Possui título de mestre (LLM) em Análise Econômica do Direito pelas Universidades de Hamburgo, Universidade de Ghent e Universidade de Bologna. Barbara é bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP). Em 2013, obteve bolsa de mérito acadêmico da USP para participar do programa de intercâmbio acadêmico na Universidade de Tübingen, onde focou seus estudos em Direito Concorrencial da União Europeia.

Beatriz de Mattos Queiroz é Advogada associada a Pinheiro Neto Advogados, Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia, ex-pincadista (38º Edição do PinCade, 2018).

Beatriz Medeiros Navarro Santos é advogada, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP.

Fabíola Carolina Lisboa Cammarota de Abreu é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 1996. Pós-graduada em Direito Comparado, pela Anglia Plytechnic University, Cambridge, Inglaterra, 1998. Master of Business Administration (MBA) pela University of Manchester, 2017. Pós MBA em Advanced Boardroom Program for Women pela Saint Paul Escola de Negócios, com conclusão prevista para 2019. Certificada pela Society of Corporate Compliance & Ethics como Certified Compliance & Ethics Professional - CCEP, em 2014 e como Certified Compliance & Ethics Professional-International – CCEP-I, em 2017. Foi Presidente do Comitê Legal e Fiscal da Câmara de Comércio e Indústria Britânica no Brasil, de 2001 a 2003. Compõe o quadro de árbitros da Câmara de Arbitragem da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (CArb-ABPI) desde 2015. Tradutora juramentada pela Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP, para o idioma inglês, desde 2000. É palestrante e autora de artigos sobre temas envolvendo Direito da Concorrência, Compliance e Anticorrupção para revistas e sites especializados (Estadão, Valor Econômico, Capital Aberto, IFLR, entre outros). Fabíola atuou nos maiores escritórios de advocacia do Brasil por mais de 20 anos, tendo sido sócia de um renomado escritório por 13 anos. Durante esses mais de 20 anos, atuou com clientes dos mais diversos segmentos, incluindo: indústria farmacêutica, indústria de bens de consumo e higiene e limpeza, construtoras e incorporadoras, instituições financeiras, hospitais e planos de saúde, indústria automotiva, logística, comércio eletrônico, varejo, tecnologia da informação, prestação de serviços, saúde, software.

Isabela Maiolino é bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação. Foi Assistente e Coordenadora-Substituta da Superintendência-Geral do CADE, tendo atuado com investigação de cartéis internacionais, condutas unilaterais e instrução de atos de concentração, de 2015 a 2018. Diretora de Publicações da rede Women in Atitrust Brasil (WIA).

Isabella Costa Urnikes é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, Brasil, 2018, tendo recebido Prêmio "Menção Honrosa" pelo Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado, intitulado: "Direito Constitucional à Educação das Pessoas com Deficiência: educação inclusiva e seus reflexos nas instituições de ensino privado do Brasil". Participou do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), no período de agosto de

2017 a julho de 2018, tendo realizado a pesquisa acadêmica intitulada: "Pecunia Non Olet: Tributação de Rendimentos Decorrentes de Atos de Corrupção nos Termos da Lei nº 12.846/13".

Júlia Marssola Loures é graduanda em Direito pela Universidade de Brasília, intercambista na Université Sorbonne Nouvelle – Paris 3. Integrou a equipe de Antitruste e Comércio Internacional do Trench Rossi Watanabe Advogados entre 2016 e 2017, e atualmente compõe o time de Comércio Internacional da Barral M Jorge Consultores Associados.

Luísa Pereira Mondeck é advogada de Tozzini Freire Advogados Formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2017, membro da Ordem dos Advogados. Atua na área de Direito Concorrencial, assessorando clientes nacionais e internacionais em processos administrativos e atos de concentração.

Luíza Rocha Jacobsen é graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Ex-Assistente Técnica da Assessoria Internacional do CADE e ex-Coordenadora de Recuperação de Ativos do DRCI do Ministério da Justiça. Atualmente é sócia no Mudrovitsch Advogados.

Maria Camilla Coelho é Advogada do escritório Pinheiro Neto Advogados. Graduada em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e graduada em Relações Internacionais pela Fundação Armando Álvares Penteado.

Maria Carolina de Sá França é assessora do Tribunal do Cade, Gabinete 05. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e bacharel em Economia pela Universidade de Brasília.

Mariana Fontoura da Rosa é advogada, bacharel em direito pela Universidade de Brasília, UnB.

Mônica Tiemy Fujimoto é bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação. É Analista Antitruste da coordenação responsável pela investigação de cartéis em licitações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, onde trabalha desde 2016.

Natália Peppi Cavalcanti é Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP. Especialista em Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas (FGVLaw), SP. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogada.

Paula de Andrade Baqueiro é assessora em Gabinete do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (2017).

Paula Farani de Azevedo Silveira é conselheira no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2018-atualmente). Mestre em Direito Internacional Econômico pela Georgetown University Law Center (2007). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2006). Advogada com larga experiência em Direito Concorrencial e Comércio Internacional. Foi Coordenadora na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e negociadora de assuntos relacionados a concorrência no Mercosul (2007-2008).

Paula Pinedo é advogada de Tozzini Freire Advogados. Formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2015, membro da Ordem dos Advogados. Atua na área de Direito Concorrencial, assessorando clientes nacionais e internacionais em processos administrativos e atos de concentração.

Silvia Fagá de Almeida é economista pela FEA/USP, doutora em economia pela FGV-SP (com tese sobre o poder compensatório e sua aplicação antitruste no setor de saúde suplementar, trabalho premiado com a primeira colocação no Prêmio-SEAE de Monografias do Ministério da Fazenda). Foi visiting scholar na Columbia University-NY (2011-2012) e professora da pós-graduação de economia da EESP-FGV e da FIPE. Diretora da LCA, com mais de 15 anos de experiência em defesa da concorrência. Mencionada, desde 2015, no Who's Who Legal (associada à Global Competition Review) como economista de destaque no plano internacional para questões concorrenciais. É diretora de Economia do IBRAC (2016-2019).

Simone Maciel Cuiabano é doutora em Economia pela UnB, Postdoctoral Fellow na Toulouse School of Economics. Economista-chefe adjunta do Cade entre 2014 e 2016. Auditora de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional.

Stephanie Vendemiatto Penereiro é graduada em direito pela Universidade de São Paulo. Assistente de Assessoria de Gabinete no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Tereza Cristine Almeida Braga é mestra em Direito pela Universidade de Brasília; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público; Especialista em Planejamento Tributário pelo Departamento de Ciências Contábeis da Universidade de Brasília. Consultora nas áreas de direito empresarial, regulação, licitações e compliance; professora de direito empresarial e analista na Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Ursula Pereira Pinto Bassoukou é advogada, especialista em Direito Societário pela Escola de Direito do Estado de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas

Vivian Anne Fraga do Nascimento Arruda é sócia de Tozzini Freire Advogados; Mestre em Direito Internacional pela USP (Universidade de São Paulo); Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Especializada em Direito Econômico Regulatório pela FGV (Fundação Getúlio Vargas); Graduada em Ciências Políticas e Relações Internacionais pela Suffolk University, EUA; Membro do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do CESA.

PARTE 1 - CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

1. CONTRATOS ASSOCIATIVOS: DO DESAFIO CONCEITUAL À DIFICULDADE DE ENQUADRAMENTO PELO CADE

1. ASSOCIATIVE CONTRACTS: CONCEPTUAL CHALLENGE AND DIFFICULTIES OF IMPLEMENTATION BY THE BRAZILIAN ANTISTRUST NATIONAL AUTHORITY

Júlia Marsola Loures

Resumo: A nova Lei de Concorrência, em vigor desde 2012, incluiu em suas políticas de controle de estruturas a obrigatoriedade de notificação prévia dos contratos de concentração por cooperação, que englobam os contratos associativos, as *joint ventures* e os consórcios. A definição de contrato associativo, contudo, não é tipificada, nem encontra doutrina assente, sua delimitação conceitual representando importante desafio ao direito da concorrência e à academia. Neste sentido, este trabalho se propõe a identificar os elementos caracterizadores dos contratos associativos, a partir de uma digressão conceitual dos contratos híbridos que, como aqueles, apresentam-se como alternativa intermediária entre os contratos de empresa e de mercado. Por fim, analisando os esforços já empreendidos pela autoridade concorrencial no sentido de aprimorar o controle preventivo dos contratos associativos, discute-se as problemáticas enfrentadas pelo CADE no controle de estruturas desses contratos.

Palavras-chave: Antitruste; Contratos associativos; Controle de estruturas.

Abstract: The new Brazilian Competition Act, in force since 2012, has included in its merger control policies the obligation of prior notification for mergers by cooperation, that involve associative contracts, joint ventures and consortia. The definition of an associative contract, however, has neither legal definition nor established concept by the doctrine, and such conceptual delimitation presents a major challenge to competition law and scholars. Hence, this paper intends to identify the elements that constitute the associative contracts, starting from a conceptual digression of the hybrid contracts, since they both represent an intermediate alternative between traditional business contract forms and new market features. Finally, through an analysis of the progress already made by the competition authority in order to improve the prior control of associative contracts, this research discuss the challenges faced by CADE in merger control related to such contracts.

Key words: Antitrust, Associative contracts, Merger control.

Introdução

As relações jurídico-econômicas entre as empresas e os agentes econômicos desempenham um peso cada vez mais significativo na atividade econômica, tendo assumido novas formas de articulação entre si, para além da formação de grupos societários, nunca tendo a gama de possibilidades para celebrar e garantir a vontade de duas partes sido tão diversa. Dentro dessas novas formas contratuais, a obrigatoriedade de notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) dos contratos associativos, estabelecida pela Lei no. 12.529/2011, colocou a espécie em pauta, não só incitando a discussão do ponto de vista teórico-conceitual mas, também, fazendo com que os contratos associativos entrassem na órbita do direito concorrencial brasileiro.

Essa modalidade de contratos é atípica, caracterizada, em linhas gerais, pela reunião de pessoas, básicas ou jurídicas afim de conjugar esforços e/ou bens para perseguir objetivos comuns. O fim comum identifica e aproxima os interessados, numa conjugação que pode ser a simples associação deles através de contratos próprios em que cada um mantém sua personalidade jurídica própria.

Os contratos associativos constituem um dos três modelos de concentração por cooperação, ao lado das joint ventures e dos consórcios. Por força dos termos do art. 90, IV, da Lei no. 12.529/2011, estas modalidades estão sujeitas ao controle preventivo realizado pela autoridade antitruste brasileira, o CADE. Contudo, sem definição legal no ordenamento jurídico e inexistindo conceituação doutrinária assente, a necessidade de submissão dos contratos associativos ao CADE gera muitas controvérsias,

considerando a elevada possibilidade de operações econômicas e jurídicas celebradas entre os agentes de mercado que poderiam ser enquadradas nesta modalidade.

O objetivo de análise e de pesquisa do presente estudo é, portanto, delimitar os elementos comuns caracterizadores dos contratos associativos, definição tão carente em nosso ordenamento jurídico e doutrinas atuais, abordando sua relevância para o direito da concorrência a partir da Resolução 17/2016, do CADE.

Para tanto, na primeira parte, uma digressão conceitual acerca dos contratos híbridos e seus elementos nos permitirá conhecer algumas características comuns dos contratos que envolvem cooperação, para posteriormente começarmos a tatear os elementos constitutivos dos contratos associativos.

Na segunda parte, apontaremos os pressupostos e critérios adotados pelo CADE para a correta identificação, distinção e controle dos contratos de concentração por cooperação, discutindo os desafios enfrentados pela autoridade antitruste na execução dessa difícil tarefa.

1. O complexo significado de contratos associativos

1.1 Digressão conceitual: modalidades contratuais atípicas e o fenômeno da cooperação

A economia e a dogmática jurídica não dispõem de mecanismos e explicações suficientes para compreender a sofisticação e a variedade das relações empresariais[1]. O ambiente institucional tende a definir os princípios e as regras norteadoras das transações comerciais, e os agentes econômicos buscarão as organizações de menor custo e de maior eficiência para desempenharem seus serviços[2].

Entes econômicos são cada vez mais formados através de laços contratuais em detrimento de societários[3], num movimento natural de esgotamento dos modelos tradicionais, que se revelam insuficientes para atender à complexidade de demandas dos agentes de mercado, e também fruto da necessidade de que o direito contratual se reinvente para dar conta das mudanças socais e para que consiga reparar falhas de mercado através de novas estruturas jurídicas[4]. Nesse sentido, como afirma Eros Grau[5], a identificação de novas categorias jurídicas contratuais reflete não só a necessidade de modernização e de adaptação das teorias clássicas à realidade contemporânea, mas também de manter a economia de mercado em funcionamento.

A análise econômica do direito, para além desse movimento de modernização e de adaptação às necessidades do mercado, deve ter como objeto de análise o impacto que as instituições podem ter no desenho das soluções contratuais[6]. Como aponta Posner[7], "a análise-padrão supõe que as partes fazem um contrato com o objetivo de assegurar um investimento em um projeto com benefício mútuo". Nesse sentido, vemos, por exemplo, que como aponta Lorenzetti[8], a economia contemporânea, marcada pela competitividade, requer elevada participação e cooperação das partes de um contrato. A cooperação

---

[1] NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. pp. 11-16.

[2] MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações*: formas plurais e desafios. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

[3] FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência:* pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 201.

[4] COLLINS, Hugh. *The law of contract.* 4. Ed. Londres: LexisNexis, 2003, p. 30-35.

[5] GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.* v. 96, 2001. pp. 423-433. p. 230.

[6]Cf. POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual:* sucesso ou fracasso? Tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

[7]Ibid., p. 17.

[8] LORENZETTI, Ricardo. Contratos associativos y "joint venture". *Revista Diretio de Empresa.* v.1, n.1, jan./jun. 1996. p. 39-49.

entre indivíduos especializados produz ganhos em eficiência, o que justifica os sujeitos se reunirem em firmas submetidos a uma autoridade comum[9].

É claro que a confiança sempre desempenhou papel crucial na regulação da relação entre os agentes econômicos; a boa-fé objetiva atuando nesse contexto como fator de redução dos custos de transação, propulsionando as transações ao conferir segurança e previsibilidade ao fluxo das relações econômicas[10]. Como a cooperação se faz presente em todas as relações entre empresas em maior ou menor grau, Richardson[11] afirma não haver separação clara entre transações de mercado e transações cooperativas. Não obstante, para não incorrer no erro de considerar que um alto grau de cooperação entre os agentes significa necessariamente a formação de uma empresa comum[12], o que ensejaria a necessidade de notificação ao CADE, é preciso que estes mecanismos de cooperação sejam à minúcia analisados.

Teubner[13] discute a importância de se distinguir competição de cooperação para fins de institucionalização, distinção que residiria no fato de que, "na competição, objetivos individuais só podem ser atingidos às custas do outro enquanto, na cooperação, objetivos individuais são totalmente compatíveis com os objetivos das outras partes"[14]. Para o autor, essa diferença não deve ser esgotada, mas mantida e formalizada através de mecanismos jurídicos de institucionalização[15].

Ante a essa necessidade de conceber novas formas de associação, muitas vezes marcadas pelo cada vez mais presente elemento de cooperação, surgem modalidades contratuais distintas, que representam um desafio para a academia e para o antitruste. Três dessas modalidades são de especial relevância para a aplicação da Lei no. 12.529/2011: os consórcios, as *joint ventures* e os contratos associativos, porque têm a capacidade de alterar a estrutura competitiva do mercado[16]. É por essa habilidade de aumentar o nível de concentração do mercado que atraem a preocupação do direito da concorrência, cristalizada nos termos no art. 90, IV, da referida lei, que prevê que estas formas de cooperação estão sujeitas à notificação prévia.

É aqui que se inserem os contratos associativos. A partir de um esforço de compreender o que seriam tais contratos atípicos, buscar-se-á tatear seu conceito formal e os contornos que têm adotado na prática.

Em matéria contratual, ensina Paula Forgioni[17], há uma larga zona intermediária existente entre as formas puras de organização da atividade econômica, marcada por uma variedade de contratos que guardam um grau de sofisticação e de complexidade além do que aquele que vemos normalmente nas relações de mercado. A despeito da dificuldade conceitual dos contratos associativos, considerando que constituem uma das três principais modalidades de acordos de cooperação, a lado das *joint ventures* e dos consórcios, já conseguimos identificá-lo nessa área cinzenta.

---

[9] ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review*. v. 62, n. 5, dez. 1972. pp. 777-795. p. 777.

[10] FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 99.

[11] RICHARDSON, G. B. In: BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*: a reader in industrial organization. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 66.

[12] FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 46.

[13] TEUBNER, Gunther. Coincidentia Oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks:* Legal issues of multilateral cooperation. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 18.

[14] Tradução nossa. Trecho original: "Within competition, individual goals can only be achieved at the cost of another, while within cooperation, individual goals are wholly compatible with those of others". Ibid., p. 18-19.

[15] Ibid., p. 19.

[16] MARITI, P.; SMILEY, H. Co-operative agreements and the organization of industry. In: BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*: a reader in industrial organization. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 289

[17] FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 183.

Antes de adentrarmos os pormenores desse instituto, façamos algumas considerações sobre a classificação dos contratos, sem o propósito, contudo, de aprofundar a discussão sobre este complexo tema que ainda gera muita divergência na doutrina. O interesse deste breve panorama conceitual é fornecer as bases necessárias para que consigamos corretamente endereçar o escopo dos contratos associativos.

As formas extremas de organização da atividade econômica se traduzem, por um lado, nos contratos comutativos, bilaterais ou sinalagmáticos, troca/permuta ou intercâmbio, e nos contratos de sociedade, por outro[18]. Os primeiros representam o extremo em que predominam as relações de mercado[19], todos eles exprimindo juridicamente uma troca em que cada uma das partes realiza prestações essenciais à outra, com natureza de contrapartida.

Ou seja, os contratos característicos das relações de mercado pressupõem vontades antagônicas e divergentes entre as partes relacionadas, de modo que, cumprindo uma prestação, torna-se exigível a contraprestação para cumprimento total do contrato. Os contratos de sociedade, por sua vez, diferem-se precisamente nos interesses dos agentes econômicos que são, nesse caso, convergentes - em prol de um objetivo comum - e exigem, além do interesse mútuo, a contribuição de esforços e recursos entre os sócios como requisito[20].

Vistas as formas puras contratuais do ponto de vista econômico, figuram na área cinzenta os chamados contratos híbridos[21], situados entre a empresa e o mercado, e que são assim chamados por ter um grau intermediário de autonomia, mais acentuado do que os modelos hierárquicos, mas inferior ao das soluções de mercado. Por isso justamente, são excluídos do controle de estruturas[22]. Paula Forgioni explica a dificuldade em tratar essas novas formas de organização:

> O entendimento desses dois polos [referindo-se às sociedades comerciais e aos contratos de intercâmbio] é também importante para que se tenha a real dimensão dos problemas dos contratos "de entremeio" e que derivam, principalmente, da ausência de respostas jurídicas a vários impasses que surgem durante a sua execução. Se, no que toca ao intercâmbio e às sociedades, essas soluções foram sendo construídas com o passar do tempo e hoje são conhecidas dos juristas, o mesmo não ocorreu com os "híbridos" - até porque a disseminação de seu uso é fenômeno recente. (FORGIONI, Op. cit., 2011, p.154).

Quanto aos tipos contratuais de forma híbrida, a título de ilustração do argumento acerca da ausência de parcimônia doutrinária, encontramos desde definições que os limitavam a contratos de mera colaboração, como defende Lima Pinheiro[23], para quem tratam-se de "contratos em que as partes vinculam-se a uma certa coordenação das suas atividades, mas não se obrigam a colaborar na prossecução de um resultado econômico unitário", até interpretações mais abrangentes, como entendem Paula Forgioni e Ana Frazão. Forgioni[24] e Frazão[25] identificam como elemento central dos contratos híbridos a manutenção da autonomia patrimonial dos agentes, que sustentam lucros e prejuízos distintos, ainda que interdependentes, numa relação em cujas áleas das partes não são comuns.

Os contratos híbridos também guardam um importante aspecto relacional[26], que se manifesta também pelo fato de as partes não se limitarem às obrigações estipuladas, e que sofistica o jogo de

---

[18] Cf. GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo (Coord.). *Contratos.* 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[19] MORAIS, Luis Domingos Silva. Empresas Comuns – joint ventures – no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina, 2006. p. 274.

[20] GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo (Coord.). *Contratos.* 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 479-481.

[21] FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 183.

[22] FRAZÃO, Op. cit. 2017, p. 226.

[23] PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum – joint ventures – em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina, 2003. p. 209.

[24] FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 173-178.

[25] FRAZÃO, Op. cit. 2017, p. 226-228.

[26] Trata-se de uma característica contratual que faz referência a uma relação de longo prazo entre as partes, marcada por um forte elemento de cooperação. Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

interesses à medida em que apresenta novas soluções às recentes problemáticas de mercado[27]. Ana Frazão[28] classifica os contratos relacionais como "respostas a problemas de coordenação, risco, oportunismo, assimetria informativa e racionalidade limitada", compreendendo, além dos contratos híbridos, os contratos associativos, em que o grau de cooperação adquire caráter ainda mais elevado, visto que uma nova estrutura empresarial é criada, consequentemente sujeita ao controle prévio de estruturas pelo CADE.

Por pertencerem a essa zona de penumbra, os contratos híbridos naturalmente constituem um desafio aos juristas e à autoridade antitruste. Ângelo Gamba constatou, ao estudar a natureza jurídica dos contratos híbridos, que é precisamente a incompletude, a incapacidade de se enquadrar em categorias jurídicas consagradas sua característica essencial[29], sendo a dogmática clássica insuficiente para operacionalizar esse recente fenômeno econômico. Não há que se falar, portanto, na previsão de um conceito definitivo através de características estanques para estes contratos, estabelecendo apenas parâmetros gerais para que possam ser identificados e compreendidos[30].

Não obstante essa impossibilidade de uma delimitação conceitual precisa para a referida modalidade contratual, seu estudo se justifica para demonstrar o substrato econômico que evidencia a insuficiência dos modelos tradicionais hierarquizados e a consequente importância do surgimento de soluções contratuais intermediárias, a chamada "terceira via"[31]. É precisamente esta elasticidade das formas de cooperação entre os agentes econômicos que tanto dificulta a identificação das formas de concentração relevantes do ponto de vista concorrencial pela autoridade antitruste.

Necessário, portanto, fazer uma distinção entre as relações de cooperação obrigacional mais difusas e assentes em contratos comutativos daquelas mais estáveis, do tipo associativo, ainda que sem uma estrutura verdadeiramente organizacional[32]. A identificação do escopo nesses casos não é, reiteramos, tarefa trivial, mas pode se dar a partir de elementos contratuais que afastem os pontos em comum ou ressaltem as características de divergência específicas de cada modalidade de cooperação.

Retomando o objeto deste estudo, considerando a digressão e análise conceitual acerca dos contratos híbridos, nos dedicaremos agora a tatear um significado para os contratos associativos.

1.2 Contratos associativos per se

A esta altura, elemento inequívoco de caracterização dos contratos associativos é a existência de um escopo em comum[33] coordenando a ação das partes contratantes, o que explicaria o fato de contratos de longa duração não bastarem para caracterizar o contrato associativo, pois há a necessidade de um objetivo comum. Como lembra Ana Frazão[34], esses contratos são também plurilaterais[35], sendo esta característica consequência do fato de não haver óbice a que determinada comunhão de fins seja compartilhada pelas partes. Diferentemente do que acontece nos contratos comutativos/bilaterais ou de permuta, cuja finalidade é a execução da contraprestação[36], há nos contratos associativos uma

---

[27] ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007. p. 395.

[28] FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 209.

[29] CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico: aspectos dogmáticos e a postura do CADE no caso Monsanto. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2017.p. 96-101.

[30] Ibid., p. 101.

[31] FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 209.

[32] MORAIS, Op cit. 2006, p. 307.

[33] CAIXETA, Deborah Batista. *Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. 2015.* Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.p. 112.

[34] FRAZÃO, Ana. Joint Ventures Contratuais. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 187, jul/set 2015, p. 187-211. pp. 195.

[35] Cf. ASCARELLI, Tulio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. Campinas: Bookseller, 2001.

[36] JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito.* Tradução de Heder Hoffman. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2002. p. 94-95.

preocupação coordenativa - pois as partes têm o mesmo objetivo - em relação aos fatos que possam advir posteriormente ao alcance do objeto contratual.

Como dito anteriormente, a mera referência à cooperação ou à colaboração é insuficiente para caracterizar os contratos associativos, até em observância à boa-fé objetiva contratual, segundo a qual a cooperação é necessidade comum a todos os contratos[37]. Assim, o aspecto distintivo dos contratos associativos não reside na existência ou não de cooperação, mas no grau e na forma como é exercida[38]. É este aspecto que os diferencia não só dos contratos híbridos, mas também dos contratos tradicionais de troca, permuta ou intercâmbio[39].

Os contratos associativos ensejam, portanto, uma grande ambiguidade, pois a expressão evoca associação, mas tende a abranger relações contratuais sem organização formal, isto é, contratos de eficácia meramente obrigatória[40], o que dificulta a identificação de critérios que possam apontar o escopo comum entre as partes. Isto porque as cooperações meramente obrigacionais referem-se às situações em que a conjugação das atividades desempenhadas pelas partes não se materializa num suporte organizacional próprio[41].

Essa coordenação presente nos contratos associativos se enquadra no segundo modelo de concentração definido por Richardson[42], concentração por cooperação, observada com duas ou mais empresas independentes estabelecem uma conexão entre seus respectivos planos empresariais para a execução de um objetivo comum. A partir desse pressuposto, Débora Caixeta[43] definiu um acordo de cooperação como "qualquer relação interempresarial que se localiza entre as formas extremas de contratos de curto prazo e a completa concentração empresarial entre duas ou mais empresas".

Novamente, o elemento essencial para que estes acordos de concentração por cooperação sejam submetidos ao crivo *ex ante* do CADE é a realização de um empreendimento comum[44], que pode consistir num ato contrato ou numa atividade abstratamente definida que alcance um resultado benéfico a todos. A diferença desse controle para o controle de estruturas normalmente realizado pelo CADE é que, no caso dos contratos associativos, não há uma organização mais rígida, diferente das hipóteses de fusão e aquisição de empresas[45], por exemplo.

Ao lado dos contratos associativos, são também considerados acordos de concentração por cooperação as *joint ventures* e os consórcios que, embora não sejam o foco deste estudo, são dignos de nota para fins de diferenciação dos contratos associativos.

Os consórcios são exemplos típicos de cooperação entre empresas, legalmente disciplinados pelo art. 278 da Lei no. 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas, que deixa clara a existência de um fim comum sem, no entanto, criar nova personalidade jurídica, mantendo os agentes sua autonomia jurídica e financeira[46]. Os consórcios e as demais formas de cooperação têm vários pontos em comum[47], mas é fato que, conforme adverte Silva Morais[48], por receberem uma tipificação legal que uniformiza seu conteúdo jurídico, não constituem um bom paradigma de análise para compreensão dos contratos associativos.

As *joint ventures* contratuais, por sua vez, têm estrutura muito semelhante à dos contratos associativos, aqui compreendidas como um contrato de empreendimento comum para a realização de

---

[37] FORGIONI, Op. cit. 2011, p. 99.

[38] FRAZÃO, Op. cit. 2015, p.197.

[39] FRAZÃO, Op. cit. 2017. p. 210.

[40] PINHEIRO, Op. cit., 2003.p. 162.

[41] CAIXETA, Op. cit. 2015. p. 112.

[42] RICHARDSON, Op. cit. 1999, p. 66.

[43] CAIXETA, Op. cit. p. 51.

[44] PINHEIRO, Op. cit., 2003, p. 40.

[45] CAIXETA, Op. cit., 2015, p. 53.

[46] FRAZÃO, Op. cit. 2015, passim.

[47] CAIXETA, Op. cit., 2015, p. 56.

[48] MORAIS, Op. cit. 2006, p. 172.

atividades econômicas que não pressupõe necessariamente a constituição de uma organização comum dotada de personalidade jurídica própria, podendo assentar-se em relações de obrigação[49]. Nesse sentido, o caráter cooperativo é mais importante do que o caráter integrativo[50], existindo uma solidariedade de interesses com vantagens compartilhadas[51], que não se verifica nos consórcios. A grande peculiaridade das *joint ventures* contratuais, ressalta Ana Frazão[52], é que estas independem da criação de um pessoa jurídica, diferente, portanto, do que ocorre nas *joint ventures* societárias, representando também grande desafio por se posicionar de forma intermediária entre a estrutura hierárquica e as relações de mercado.

Não foram poucos os que se propuseram a tentar encontrar um núcleo duro para os contratos associativos. O que pudemos observar é que sua estrutura é muito semelhante, senão a mesma, conforme propõe Ana Frazão[53], à das *joint ventures* contratuais, nos termos propostos por Lima Pinheiro[54], para quem a *joint venture* é caracterizada por um contrato de empreendimento comum que poderá ou não assumir uma plataforma organizacional devidamente institucionalizada.

Desta feita, concordamos com a conclusão proposta por Débora Caixeta[55] de que podemos classificar como contratos associativos qualquer relação contratual que apresente (i) um objetivo comum entre as partes contratantes e (ii) uma cooperação estável. Indo além nessas características, na medida em que as partes se associam em prol de um fim comum, suas necessidades são convergentes ou idênticas, numa solidariedade de interesses que se traduz em vantagens para ambas, como no compartilhamento de infraestruturas.

Considerando o conceito proposto, como os contratos associativos constituem formas de concentração por cooperação, já que resultam no compartilhamento de facilidades e de soluções e que perdem parte de sua autonomia econômica preexistente em razão do compromisso firmado em prol de um objetivo comum, tornam-se objeto de controle concorrencial de estruturas, o que justificará sua necessidade de notificação ao CADE.

É o conceito defendido por Verçosa[56], para quem os contratos associativos, abertos ou plurilaterais, são aqueles formados a partir de uma vontade específica de um número ilimitado de partes cujo elemento constituinte é a colaboração destinada a um fim comum, mediante o compartilhamento de bens e de esforços.

Ocorre que, como dito, a identificação desse escopo comum é tarefa árdua, precisamente onde reside a maior dificuldade da autoridade antitruste na execução do controle preventivo. Nesse sentido, parece-nos interessante lembrar o que foi dito pelo Presidente do CADE à época de um emblemático Ato de Concentração, o AC da Monsanto, Vinicius de Carvalho, que assim se exprimiu em seu voto vogal:

> 22. Nesses termos, o voto do Conselheiro Pontual indica, a meu ver acertadamente, é que a caracterização de contratos associativos ultrapassa a mera constatação de cooperação ou colaboração (que como bem salientou a Conselheira Ana Frazão em seu voto, são aspectos visíveis em qualquer contrato comutativo de longa duração) e passa por considerações mais detalhadas sobre a independência das partes contratantes a partir, principalmente (nos casos concretos analisados aqui), da análise dos possíveis efeitos que determinadas cláusulas do contrato têm na capacidade de ingerência de uma parte nas decisões contratualmente relevantes

---

[49] FRAZÃO, Op. cit. 2015, passim. Ana Frazão, entende que, na verdade, as joint ventures, assim como os consórcios, constituem espécies de contratos associativos. Cf. Frazao, Op. cit. 2017, p. 215-226.

[50] PINHEIRO, Op. cit., 2003, p. 79.

[51] MORAIS, Op. cit., 2006, p. 178.

[52] FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 216-217.

[53] Cf. nota de rodapé no. 45.

[54] PINHEIRO, Op. cit., 2003, p. 197.

[55] CAIXETA, Op. cit., 2015, p. 72.

[56] VERÇOSA, Haroldo Malheiros D. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 81.

> de outra e no formato de compartilhamento de riscos. **(**Voto-vogal do Presidente do CADE Vinicius de Carvalho no AC Monsanto).

Mais uma vez, e retomando o que disseram os Conselheiros do CADE quando do julgamento do AC Monsanto, a cooperação e a colaboração das partes não servem como critérios definitivos para caracterizar os contratos associativos. O que os distingue das outras modalidades contratuais de concentração é, na verdade, o grau dessa colaboração e cooperação. Notadamente, para esses contratos, estes deveres de cooperar e colaborar são as obrigações principais.

Ainda em seu voto-vogal, diz o Presidente sobre a dificuldade e o desafio apresentados às autoridades antitruste em função da multiplicidade e da sofisticação nas novas formas contratuais:

> 24. O CADE ainda tem um longo caminho na busca de critérios transparentes e adequados para a notificação de arranjos contratuais que envolvam estruturas cooperativas que fogem dos casos clássicos de concentração como as hipóteses de fusão ou aquisição de controle. Trata-se de questão que, diante da multiplicidade dos arranjos contratuais que se encontram no meio empresarial, desafia autoridades de defesa da concorrência também em outras jurisdições (idem).

Nesse sentido, a falta de definição legal no ordenamento jurídico desses contratos associativos e considerando a ausência de doutrina assente na matéria, associada à multiplicidade de operações jurídicas e econômicas que podem ser enquadradas dentro deste conceito, faz com que ainda haja insegurança e incerteza quanto à obrigatoriedade de comunicação ao CADE, assunto que será discutido no tópico abaixo.

2. A necessidade de notificação dos contratos associativos junto ao CADE

2.1 Pressupostos e critérios para notificação

A obrigação estabelecida pela Lei no.12.529/2011, também conhecida como Lei do CADE ou Lei da Concorrência, de notificação dos contratos associativos fez com que tal espécie adentrasse o foco de interesses do direito concorrencial no Brasil. O artigo 90, inciso IV, dessa lei, diz haver ato de concentração, passível de notificação, "quando duas ou mais empresas celebrem contrato associativo, consórcio ou joint venture". De fato, como a estrutura competitiva do mercado pode sofrer modificações, o contrato associativo pode se tornar preocupação de direito antitruste.

Esta preocupação e consequente controle pelo CADE poderiam ser realizados de modo distinto, eis porque o julgamento do caso Monsanto adquiriu tamanha repercussão. A intervenção da autoridade antitruste não precisa necessariamente ocorrer via controle *ex ante*, sendo o controle de condutas foro mais adequado ao endereçamento de abusos travestidos de legitimidade em cláusulas contratuais de grande complexidade[57]. Não nos cumpre aqui, de todo modo, adentrar a discussão acerca do que justifica a forma dessa interferência, de modo que passaremos a analisar os dispositivos que o CADE desenvolveu para facilitar o controle de estruturas dos contratos de concentração por cooperação.

Novidade em relação à antiga lei do CADE, Lei no. 8.884/94, a obrigatoriedade de se notificarem os contratos associativos perante ao CADE causou grande discussão, não só pela forma genérica como o tema é abordado no texto legislativo, mas também pela amplitude do conceito de contratos associativos e pela dificuldade de se pautar no esforço doutrinário dadas as divergências tão marcantes. Essas preocupações levaram o CADE a estabelecer, depois de uma consulta pública, parâmetros mais bem definidos para delimitar quais contratos associativos necessitavam comunicação à autoridade.

Como resultado desse primeiro esforço de delimitação, surgiu a Resolução n. 10, de 2014[58]. Ao contrário do que pretendia o CADE com tal documento, a forma abrangente com que trataram os

---

[57] CARVALHO, Op. cit. 2017, p. 98.

[58] BRASIL. *Resolução CADE no 10, de 29 de outubro de 2014***.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ssjK4QT

contratos associativos fez com que, a depender da interpretação que lhe fosse conferido, fossem comuns situações em que contratos simples e corriqueiros de fornecimento de distribuição, por exemplo, tivessem de se sujeitar à notificação econômica, a despeito de não suscitarem preocupações anticoncorrenciais[59], gerando ainda mais incerteza e insegurança jurídica.

Em razão disso, o CADE elaborou uma segunda resolução, a Resolução n. 17 de 18 de outubro de 2016[60], revogando a Resolução anterior e estabelecendo critérios mais razoáveis e específicos para a obrigatoriedade de notificação, contribuindo para uma conceituação mais precisa dos contratos associativos.

Passemos à análise deste documento. O primeiro critério relevante abordado pelo CADE foi o elemento temporal. Como dito, os contratos associativos enquanto espécie híbrida imprescindem de uma relação contínua entre as partes, bastante caracterizada por seu aspecto relacional. O tempo é um elemento que necessariamente integra os contratos de execução continuada, uma vez que, em face dessa continuidade, as obrigações são renovadas sucessivamente e mantêm-se as condições de segurança e confiança no contrato[61].

A definição de um aspecto temporal para que um contrato seja considerado de longa duração será sempre imperfeita. Não obstante, a experiência da autoridade concorrencial pode indicar um parâmetro razoável que vise capturar operações que possuem relevância concorrencial[62]. Nesse sentido, estabeleceu o CADE:

> Art. 1º Esta Resolução disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, respeitados os critérios estabelecidos no artigo 88.
>
> Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica (…).
>
> […]
>
> Art. 3º Os contratos com duração inferior a 2 (dois) anos ou por prazo indeterminado devem ser notificados, nos termos desta Resolução, caso o período de 2 (dois) anos, a contar da sua assinatura, venha a ser atingido ou ultrapassado.
>
> Parágrafo único. Os contratos previstos no caput devem ser notificados previamente à sua renovação, e a continuidade da sua vigência por prazo igual ou superior a 2 (dois) anos dependerá da aprovação prévia do Cade." (Resolução n. 17/2016 - CADE) (grifos nossos)

Como se vê, a Resolução entendeu como período temporal satisfatório para configurar-se necessidade de notificação ao CADE prazo igual ou superior a 2 anos, ou contratos de duração inferior que ultrapassem esse lapso temporal quando renovados. Este prazo parece razoável, uma vez que a experiência do Conselho tem demonstrado que, ainda que contratos inferiores a dois anos possam ser admitidos como de longa duração por algum critério, eles raramente têm o objetivo e a potencialidade de estabelecer alterações significativas de estrutura econômica[63].

Analisemos o artigo 2o:

NM7ViqHpNE_48iLwuyZi8GbS8y0qA8QG-4hgSOtYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6Y qZEwffSBQA>. Acesso em 11 jan. 2018.

[59] CANOVES, Gustavo de O. Análise dos aspectos contratuais que definem os contratos associativos e a obrigatoriedade de notificação ao CADE. São Paulo: Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, 2016, p. 45.

[60] BRASIL. *Resolução CADE no 17, de 18 de outubro de 2016*. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ssjK4QT NM7ViqHpNE_48iLwuyZi8GbS8y0qA8QG-4hgSOtYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6Y qZEwffSBQA>, Acesso em 11 jan. 2018.

[61] GOMES, Op. cit., 2007. p. 152.

[62] CAIXETA, Op. cit., 2015, p. 179.

[63] CAIXETA, Op. cit., 2015, p. 122.

> Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:
>
> I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e
>
> II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.
>
> §1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro. (Resolução n. 17/2016 - CADE) (grifos nossos)

É de se esperar que de um objetivo em comum decorra necessariamente a participação das contratantes nos resultados obtidos. Lima Pinheiro[64] indica que, nos contratos associativos, não se tem uma repartição dos lucros propriamente dita, mas a obtenção de vantagens patrimoniais resultantes de sucessivos atos de troca entre as partes e entre elas e terceiros.

Neste sentido, acertada decisão do CADE em incluir o compartilhamento dos resultados da atividade econômica como indício que sugere a existência de um escopo comum entre contratantes. No que diz respeito ao compartilhamento de riscos, este não deve ser compreendido somente como um quesito fiscal ou contábil, mas também como compartilhamento de receitas e prejuízos[65]. A interdependência deve se dar em razão da finalidade comum perseguida pelas partes, ou seja, os deveres de colaborar e de cooperar.

Quanto a essas obrigações, Silva Morais[66] nos lembra, há várias alternativas na configuração da cooperação como base de compromissos contratuais. Diz que a cooperação obrigacional pode abarcar desde práticas que não atendam os requisitos de validade do negócio jurídico até acordos não-vinculativos mas que sejam, no entanto, capazes de provocar verdadeira integração econômica. Desta feita, é preciso que o CADE esteja atento às cláusulas e disposições contratuais que extrapolem a finalidade do contrato e possam, eventualmente, estabelecer exclusividade, seja de forma implícita ou explícita.

É precisamente a dificuldade de identificar quais contratos se enquadram no escopo dos contratos associativos que a Resolução decidiu exigir notificação prévia, o que representa o maior desafio para a autoridade antitruste hoje na matéria. O estabelecimento de critérios, como discutido, é um importante passo rumo à efetividade do controle de estruturas. Contudo, a correta identificação da natureza e do conteúdo dos contratos, para além de sua aparente formalidade, é fundamental para que os mecanismos desenvolvidos pelo CADE adquiram eficácia.

Nesse sentido, feita a digressão conceitual sobre alguns tipos e modalidades contratuais – sobretudo dos contratos híbridos - que importam à análise do fenômeno dos contratos associativos, e compreendido como eles têm sido tratados pelo CADE até então, cabe, agora, discutir essa dificuldade mesma de corretamente distinguir essas modalidades para identificar os contratos de concentração por cooperação.

2.2 A problemática enfrentada pelo CADE

Algumas cláusulas e dispositivos contratuais, ainda que não apresentem expressamente caráter de exclusividade, podem ter efeitos equivalentes, como argumenta Barbosa[67] no contexto de propriedade intelectual, mas que é perfeitamente aplicável a essa análise contratual abstrata. O autor estabelece como cláusulas com efeitos equivalentes às de exclusividade aquelas que (i) restrinjam

---

[64] PINHEIRO, Op. cit., 2003, p. 185.

[65] CANOVES, Op. cit. 2016, p. 46.

[66] MORAIS, Op. cit., 2006, p. 173.

[67] BARBOSA, Denis Borges. *A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano*. Suíça: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2005, p. 168.

volume e/ou estrutura de produção, (ii) coíbam o uso de tecnologias competitivas, (iii) estabeleçam opção de compra total ou parcial em favor do provedor, entre outras.

Não obstante o esforço em estabelecer critérios objetivos para identificar a necessidade de notificar uma relação contratual que crie um agente econômico dependente de regulação, é tarefa complexa a de apropriadamente identificar essas características estabelecidas pela Resolução do CADE em contratos em que o caráter de cooperação esteja menos evidente. Demsetz e Lehn[68] explicam que as estruturas empresariais se diversificam na busca pelo lucro, assumindo formas e modelos criativos muitas vezes utilizados com a finalidade mesma de burlar a regulação, adotando modelos inovadores e menos evidentes.

Assim, ainda que teoricamente isentos do controle de estruturas por sua própria natureza, Frazão[69] entende que, na prática, os contratos híbridos – que representam essa zona cinzenta de bastante incerteza doutrinária e de difícil enquadramento de sua natureza jurídica – podem ser utilizados para criar entes econômicos com as mesmas finalidades e por vezes num modelo muito semelhante ao dos próprios contratos associativos. Eis a importância de buscarmos distinguir os contratos híbridos dos contratos associativos, agudizada pelo fato de que aqueles não se submetem ao controle prévio de estruturas pelo CADE.

Isto porque, apesar das diferenças, é pacífico que tais modalidades contratuais compartilham entre si o posicionamento intermediário entre as soluções tradicionais de mercado e as soluções societárias, a zona de penumbra descrita por Paula Forgioni[70]. Elas desafiam o binarismo proposto por Ronald Coase entre empresa e mercado, apresentando-se como soluções bem-sucedidas em combinar elementos de organização típica empresarial e coordenação inerente do mercado[71].

Nesse sentido, é precisa a observação de Ana Frazão ao constatar que o que caracteriza os contratos associativos não é o elemento de cooperação, mas o grau dessa cooperação[72], mas "uma cooperação diferenciada, voltada para a execução de um fim comum a partir de uma estrutura organizacional para tal"[73].

É importante, portanto, que a autoridade antitruste se atente aos detalhes e ao conteúdo que guardam esses contratos e procure ultrapassar a aparente hibridez formal dos contratos para efetivamente evitar situações em que a criatividade dos agentes, ao colocarem suas vontades num contrato que *a priori* foge dos critérios estabelecidos, faça com que um acordo de concentração por cooperação que deveria ser notificado escape aos olhos da autoridade antitruste. Por outro lado, a parcimônia é também exigida para que essa obrigação não seja imposta a todo e qualquer contrato que inclua colaboração entre empresas, a fim de evitar a frustração de modelos de negócio em crescimento[74].

Após a condução deste estudo, ficou-nos clara a extrema dificuldade, senão impossibilidade, de se estabelecerem critérios que esgotem as possibilidades de identificação da existência de um escopo em comum entre as partes. Nesse sentido, agora, com alguns critérios razoáveis criados, o CADE deve estar atento às cláusulas contratuais que extrapolem o objeto usual dessa espécie de contrato e que sejam capazes de gerar preocupações de cunho concorrencial.

Conclusão

As novas formas de organização econômica constituem um desafio substancial para o direito. É preciso que comunidade jurídica esteja atenta para acompanhar as mudanças da sociedade e traduzi-

---

[68] DEMSETZ, Harold; LEHN, Kenneth. The structure of corporate ownership: causes and consequences. *Journal of political economy.* v. 93, n.6, 1985, pp.1.155-1.177, p. 1.176.

[69] FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 228.

[70] FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 183.

[71] FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 214.

[72] FRAZÃO, Op. cit., 2015, p. 195.

[73] FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 214.

[74] CARVALHO, Op. cit., 2017, p. 98-99.

las nas formas disponíveis de se "fazer direito", elaborando legislação compatível, desenvolvendo doutrina e jurisprudência compatíveis.

Para a difícil tarefa de definir o conceito de contratos associativos, buscamos, primeiramente, identificar e distinguir os contratos híbridos que assumem formas diversas e ocupam uma área intermediária em termos de autonomia em relação aos contratos típicos de permuta e de sociedade. Destacamos as obrigações de colaborar e de cooperar como elementos estruturantes destas modalidades contratuais, agora inseridos como deveres, diferente do que outrora era reduzido aos princípios da lealdade e da boa-fé.

A noção de contratos associativos *per se* é, como demonstrado, extremamente complexa. A similaridade com as joint ventures traduz uma robusta dificuldade em delimitar essas formas de concentração por cooperação, a diferença sendo estabelecida pelo grau em que se dá a cooperação e a colaboração.

Para nós, depois dessa digressão e esforço ruminativo do conceito, entendemos que podem ser considerados como contratos associativos aqueles contratos cujas disposições e cláusulas gerem efeitos semelhantes às concentrações econômicas, no que diz respeito à agregação de poder econômico das contratantes. Assim, características contratuais que envolvam exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa ou restrições e incentivos que interfiram nas suas decisões comerciais, sobretudo quanto à contratação de produtos ou serviços concorrentes e ao compartilhamento de infraestruturas e facilidades, podem indicar que se trata, ali, de um contrato associativo.

Resta claro, portanto, que a característica de concentração econômica inerente a esses contratos justifica a necessidade de sua comunicação ao CADE. A própria autoridade antitruste tem contribuído muito para colocar o tema em pauta e no esforço conjunto de doutrina e jurisprudência de classificar e delimitar o que são os contratos associativos. Acertou em elaborar uma segunda Resolução que discipline a notificação dos contratos associativos, respondendo à consulta pública realizada. Além dos tópicos de compartilhamento de riscos e resultados, a introdução do elemento temporal para a identificação de contratos que precisam de notificação foi bem recepcionada.

Não se esgota aqui a necessidade de discutir o tema, de forma inclusive mais aprofundada. Espera-se, contudo, que o panorama fornecido por esse estudo fomente debates sobre o complexo conceito dos contratos associativos, incentivando a criação de critérios cada vez mais precisos para sua diferenciação das demais formas de concentração econômica.

Referências Bibliográficas

ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review.* v. 62, n. 5, pp. 777-795, dez. 1972.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato.* Coimbra: Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.* Campinas: Bookseller, 2001.

BARBOSA, Denis Borges. *A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano.* Suíça: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2005. Disponível em: < http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/RRA_Barbosa.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

CAIXETA, Deborah Batista. *Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas.* 2015. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/handle/10482/18696>. Acesso em: 29 jan. 2018.

CANOVES, Gustavo de O. *Análise dos aspectos contratuais que definem os contratos associativos e a obrigatoriedade de notificação ao CADE.* São Paulo: Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, 2016. Disponível em: <

http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1436/Gustavo%20de%20Oliveira%20Canoves_Trabalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 jan. 2018

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico: aspectos dogmáticos e a postura do CADE no caso Monsanto*. 2017. 109 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: < http://bdm.unb.br/handle/10483/17605>. Acesso em: 29 jan. 2018

COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. Ed. Londres: LexisNexis, 2003. Pp. 30-35.

DEMSETZ, Harold; LEHN, Kenneth. The structure of corporate ownership: causes and consequences. *Journal of political economy*. v. 93, n.6, p.1.155-1.177, dez. 1985.

FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAZÃO, Ana. Joint Ventures Contratuais. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 187, jul/set 2015, p. 187-211. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515194>. Acesso em: 29 jan. 2018

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

GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo (Coord.). *Contratos.* 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.* v. 96, pp. 423-433, 2001.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de Heder Hoffman. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2002.

LORENZETTI, Ricardo. Contratos associativos y "joint venture". *Revista Diretio de Empresa.* v.1, n.1, jan./jun. 1996.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARITI, P.; SMILEY, H. Co-operative agreements and the organization of industry. In: BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization.* Oxford: Oxford University Press, 1999.

MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações: formas plurais e desafios.* São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Luis Domingos Silva. *Empresas Comuns – joint ventures – no Direito Comunitário da Concorrência***.** Coimbra: Almedina, 2006.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum – joint ventures – em Direito Internacional Privado.* Coimbra: Almedina, 2003.

POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual : sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

RICHARDSON, G. B. The organisation of industry. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts.* New York: Oxford University Press, 1999.

TEUBNER, Gunther. Coincidentia Oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation.* Oxford: Hart Publishing, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros D. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TRIBUNAL DO CADE. Ato de Concentração no 08012.002870/2012-38. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Relator: Marcos Paulo Veríssimo. Julgado em 28.08.2013.

_____. Ato de Concentração no 08012.006706/2012-08 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Julgado em 28.08.2013.

_____. Ato de Concentração no 08700.003898/2012-34 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola Relator: Alessandro Octaviani. Julgado em 28.08.2013.

_____. Ato de Concentração no 08700.003937/2012-01 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Julgado em 28.08.2013.

BRASIL. *Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

_____. *Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 11 jan. 2018.

_____. *Resolução CADE no 10, de 29 de outubro de 2014***.** Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ssjK4QTNM7ViqHpNE_48iLwuyZi8GbS8y0qA8QG-4hgSOtYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6YqZEwffSBQA>. Acesso em 11 jan. 2018.

_____. *Resolução CADE no 17, de 18 de outubro de 2016.* Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ssjK4QTNM7ViqHpNE_48iLwuyZi8GbS8y0qA8QG- 4hgSOtYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6YqZEwffSBQA>, Acesso em 11 jan. 2018.

2. ANTITRUST LAW & INNOVATION: DIGITAL MARKETS INVOLVING DISRUPTIVE TECHNOLOGY AND ANTITRUST ANALYSIS

2. DIREITO ANTITRUSTE & INOVAÇÃO: MERCADOS DIGITAIS ENVOLVENDO TECNOLOGIA DISRUPTIVA E ANÁLISE ANTITRUSTE

Vivian Anne Fraga do Nascimento Arruda, Paula Pinedo e Luísa Pereira Mondeck

Resumo: O surgimento de novos modelos de negócios, tecnologias e até mercados cria desafios específicos para o Direto Antitruste. Com efeito, a expansão dos setores digitais e tecnológicos vêm trazendo algumas preocupações para os sistemas de controle de estruturas em diversas jurisdições. Isto em razão de a concorrência nos principais mercados digitais operar de forma diferente, em alguns aspectos, da concorrência dos mercados mais tradicionais. Por exemplo, a concorrência nos mercados digitais tem características distintas, incluindo efeitos de rede, mercados de dois lados, inovação acelerada e altas taxas de investimento. Em algumas situações, os critérios jurisdicionais que tornam as operações de notificação obrigatória não são suficientes para capturar a necessidade de análise de transações que podem gerar alterações na estrutura dos mercados envolvidos.
Palavras-chave: notificação, critérios, jurisdições, tecnologia e inovação.

Abstract: The emergence of new business models, technologies and even markets creates particular challenges for Antitrust. Indeed, the expansion in the digital and technological sectors have been raising some concerns to the merger control systems in several jurisdictions. This is because competition in major digital markets is different in some ways from competition in more traditional markets. For instance, competition in digital markets has distinctive characteristics, including, network effects, two-sided markets, fast paced innovation and high rates of investment. In some cases, the jurisdictional thresholds for mandatory notifications are not sufficient to capture the need for a review of cases that may have impacts in the structure of the involved markets.

Key word: notification, criteria, jurisdictions, technology and innovation.

Introdução

No presente artigo serão apresentadas algumas operações envolvendo setores tecnológicos e digitais que foram alvo de discussões relacionadas aos critérios de notificação de ato de concentração às autoridades antitruste, visto que, em alguns casos, apesar de não atenderem aos critérios legais para tornar a operação de notificação obrigatória, as empresas envolvidas possuíam grande influência no mercado.

Além das questões enfrentadas pelas autoridades de defesa da concorrência, preliminarmente, relacionadas aos critérios de notificação, o artigo também demonstra que os novos modelos de negócio alteram o próprio escopo de mérito da análise das autoridades, pois trazem discussões inovadoras ao cenário concorrencial.

Mercados digitais possuem dinâmica e natureza técnica muito peculiares. E, embora se reconheça que um *enforcement* excessivo direcionado pode inibir a inovação que é a força motriz da concorrência na economia digital, há uma necessidade de intervenção do órgão antitruste em determinadas circunstâncias. A título de exemplo, a Comissão Europeia analisou os efeitos antitruste decorrentes do compartilhamento de dados entre plataformas digitais, no caso envolvendo o WhatsApp e Facebook.

Por fim, abordaremos também as alternativas que algumas autoridades de defesa da concorrência estão adotando para suprir as lacunas legais, a fim de expandir os critérios de notificação de ato de concentração para abranger as operações que necessitam de análise antitruste, especialmente aquelas relacionadas à inovação.

1. Operação entre a Uber China e Didi Chuxing: não preenchimento dos requisitos legais de notificação de ato de concentração

Em 2016, a Didi Chuxing investiu um bilhão de dólares na Uber Global e ofereceu 20% de suas ações com direito a uma cadeira no conselho da empresa como forma de pagamento, enquanto a Didi Chuxing também passou a ter um assento no conselho da Uber. Desta forma, no cenário pós operação, ambas as empresas passaram a ter participação acionária uma na outra.

A operação, avaliada em 35 bilhões de dólares, não foi submetida à análise da autoridade antitruste chinesa porque as partes não atingiram o critério legal de faturamento, tendo em vista que o valor combinado da receita anual de ambas as empresas na China foi menor do que 10 bilhões de yuan (equivalente a aproximadamente 1,5 bilhões de dólares)[1].

De acordo com a legislação chinesa, uma operação somente é submetida à aprovação da autoridade antitruste quando a soma das receitas anuais globais de ambas as empresas exceder 10 bilhões de yuan, e o faturamento individual de cada uma das empresas na China alcançar, pelo menos, 400 milhões de yuan[2].

A operação combinou os valores de mercado de ambas as empresas que foram avaliadas em aproximadamente 28 bilhões de dólares (Didi Chuxing) e 7 bilhões de dólares (Uber China). A operação fortaleceu ainda mais a participação da Didi Chuxing no mercado chinês de compartilhamento de caronas, uma vez que sua participação passou de 85% para 93%, de acordo com informações fornecidas pela *CNIT-Research* (Centro de Pesquisa de TI da China)[3].

Apesar do alto valor da operação e da alta participação de mercado detidas pelas empresas envolvidas, a operação não foi submetida à análise prévia de controle de concentração, diante da ausência do requisito formal de faturamento[4].

Entretanto, após um ano da concretização da operação, a autoridade chinesa resolveu investigar a operação em decorrência de reclamações e pedidos de esclarecimentos de terceiros[5][6]. A investigação ainda está em curso e visa confirmar se as empresas realmente não teriam atingido o limite legal de faturamento que ensejasse uma análise antitruste prévia, bem como investigar impactos anticompetitivos derivados da transação, tendo em vista que a Didi Chuxing aumentou significativamente sua participação de mercado após a conclusão da operação[7].

Para justificar a instauração da investigação, a autoridade chinesa avaliou a possibilidade de considerar outras fontes de receitas (incluindo, entre outros aspectos, os ativos e títulos intangíveis detidos pelas empresas), para fins de cálculo do faturamento das partes, as quais não teriam sido consideradas pelas empresas no momento da consumação da operação. Se essa premissa for confirmada pelo órgão antitruste, a operação seria considerada de submissão obrigatória[8].

De acordo com o posicionamento de um advogado antitruste da China[9], em casos como este, o desafio da autoridade é encontrar números confiáveis na indústria para estimar o faturamento das partes,

---

[1] Disponível em: <https://www.caixinglobal.com/2017-07-28/101123585.html>. Acesso em 24 de julho de 2018.

[2] French Nicolas. Merger Control: The international regulation of merger and joint venture in 72 jurisdictions worldwide, 2017, p. 103.

[3] Disponível em: <http://www.xinhuanet.com/english/2016-08/03/c_135561235.htm>. Acesso em 24 de julho de 2018.

[4] Disponível em: <https://www.caixinglobal.com/2017-07-28/101123585.html>. Acesso em 24 de julho de 2018.

[5] Idem.

[6] Disponível em: <https://www.ft.com/content/41b69c58-70fb-11e6-a0c9-1365ce54b926>. Acesso em 30 de julho de 2018.

[7] Idem.

[8] Idem.

[9] Idem.

o que demonstra que os órgãos antitruste devem ter a preocupação de coletar os dados necessários, para cada tipo de negócio, a fim de evitar equívocos no cálculo das receitas das empresas.

Até o presente momento as autoridades chinesas não encerraram as investigações e, portanto, ainda não se manifestaram quanto a necessidade de notificar a operação mesmo após seu fechamento. Entretanto, as preocupações concorrenciais decorrentes da operação já foram levantadas pelos consumidores que temem as possíveis consequências, como a diminuição da qualidade e o aumento de preço, resultantes da alta concentração no mercado de compartilhamento de caronas originada pela transação.

1.1 Efeitos no mercado de compartilhamento de caronas decorrentes da operação entre a Uber China e Didi Chuxing em outras jurisdições

Como demonstrado, os critérios formais de notificação previstos na legislação chinesa podem não ter sido suficientes para capturar a análise da operação na China e muito menos as graves implicações ao mercado dela decorrentes. Isso demonstra que apenas os critérios legais de notificação do país, especialmente os relacionados ao faturamento das partes envolvidas, podem não ser suficientes para captar a análise de todas as operações que suscitem preocupações concorrenciais no mercado.

Além dos efeitos gerados no mercado chinês, a operação envolvendo a Didi Chuxing e a Uber também gerou múltiplos efeitos ao redor do mundo, uma vez que a Didi Chuxing, antes da operação, já possuía participação em outras empresas de compartilhamento de carona, tais como Ola da Índia e Grab Taxi, as quais também são concorrentes da Uber no sudeste asiático.

A operação em questão também impactou o mercado norte-americano, pois a Didi Chuxing também já possuía participação acionária na empresa americana de plataforma de carona, Lyft, após um investimento de 100 milhões de dólares feito na empresa em 2015. Portanto, após a conclusão da operação, o Uber passou a deter participação indireta na Lyft, sua concorrente no mercado americano. Dessa forma, a operação pode ser vista como uma forma de reduzir a concorrência nesse mercado nos Estados Unidos[10].

O interesse de expansão da Didi Chuxing também gerou efeitos na América Latina, notadamente no Brasil, visto que, em 2017, a empresa brasileira 99 recebeu investimentos da Didi Chuxing, avaliados em aproximadamente 320 milhões de reais[11]. Ademais, em janeiro de 2018, a Didi Chuxing resolveu adquirir o controle da 99, avaliada em 1 bilhão de dólares, além de ter investido em recursos tecnológicos que permitiram a expansão do aplicativo em outras cidades brasileiras[12].

A operação entre a Didi Chuxing e 99 também não foi submetida à análise prévia de controle de concentração do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), diante da suposta ausência de preenchimento dos requisitos legais pelas partes envolvidas[13].

Percebe-se que, desde 2015, a Didi Chuxing vem demonstrando interesse em expandir-se globalmente. No decorrer dos últimos anos, a empresa vem criando uma parceria global que abrange

---

[10] Disponível em: <http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2016/08/uber_s_deal_with_didi_chuxing_could_open_it_up_to_antitrust_scrutiny.html>. Acesso em 24 de julho de 2018.

[11] Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7182480/maior-rival-uber-chinesa-didi-chuxing-compra>. Acesso em 24 julho de 2018.

[12] Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5243261/didi-compra-99-que-vale-us-1-bi>. Acesso em 24 de julho de 2018.

[13] A Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) prevê dois critérios para determinar a obrigatoriedade de submissão de operações ao CADE: (i) produção de efeitos no Brasil e (ii) preenchimento de patamares mínimos de faturamento bruto (R$ 750 milhões e R$ 75 milhões) aferidos pelos grupos econômicos das partes envolvidas na operação no ano fiscal anterior à operação.

quase todos os principais *players* do mercado de compartilhamento de caronas ao redor do mundo. Essa rede de parceria global abrange mais de mil cidades do mundo e atinge 60% da população mundial[14].

Atualmente, a Didi Chuxing é uma das *startups* mais valiosas do mundo, tendo ultrapassado a Uber em decorrência de seu valor ter alcançado aproximadamente 56 bilhões de dólares[15]. Alguns especialistas comentam que o mercado de caronas compartilhadas poderá deixar de ter monopólios locais, passando a ser dominado por empresas com influência global.

Diante do cenário atual, é possível afirmar que existe uma grande tendência das empresas de tecnologia em formar conglomerados no mercado de caronas, tendo em vista que a operação em questão proporcionou a consolidação de uma indústria que já era concentrada.

2. Operação entre o WhatsApp e Facebook: critérios de notificação nos países europeus

As empresas de tecnologia vêm crescendo e ganhando espaço no mercado nos últimos anos, ao passo que atuam em diversos ramos que são considerados novos para o direito, especialmente aqueles relacionados ao mercado digital.

A chegada de tais empresas cria novos debates no âmbito do direito concorrencial. No controle de notificação de atos de concentração, além de outros desafios, as autoridades vêm enfrentando dificuldades relacionadas à economia digital, diante da desproporcionalidade dos valores dessas empresas e seus baixos faturamentos - que muitas vezes não atingem sequer os critérios legais para tornarem as operações de notificação obrigatória.

Apesar dessas empresas não apresentarem faturamento alto, muitas delas possuem ativos intangíveis, cuja precificação é muito subjetiva e de difícil análise, porém são vislumbrados de alto valor pelos investidores, por conta de sua alta perspectiva de geração futura de caixa.

O caso da operação envolvendo a compra do WhatsApp pelo Facebook ensejou debates de cunho concorrencial na Europa, pois, por pouco ela teria escapado da análise das autoridades antitruste europeias, tendo em vista que o WhatsApp não atingiu os critérios de faturamento no ano anterior da operação[16].

A transação, no entanto, foi submetida à análise da Comissão Europeia, devido ao fato da operação ter se enquadrada nos critérios de notificação obrigatória em três países[17] da União Europeia, em decorrência da expressiva participação de mercado das partes nessas regiões. Dessa forma, em virtude dos potenciais efeitos concorrenciais que a operação geraria nos mercados de plataformas digitais, houve a necessidade de a Comissão Europeia analisar a operação[18].

Entre os pontos concorrenciais analisados pela autoridade, foi dada especial atenção às discussões a respeito da política de privacidade fornecida aos usuários, tanto do WhatsApp quanto do Facebook, *vis-à-vis* o intercâmbio de dados coletados por tais empresas. O compartilhamento de dados também pode ser considerado uma preocupação concorrencial no âmbito de análise de uma operação envolvendo empresas de tecnologia.

Diante dos diversos aspectos e discussões concorrenciais decorrentes das operações no mercado digital, é importante que as autoridades garantam que essas transações sejam submetidas à um

---

[14] Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-03/didi-buys-99-taxis-igniting-fight-with-uber-in-latin-america>. Acesso em 24 de julho de 2018.

[15] Disponível em: <https://www.financialexpress.com/world-news/chinas-didi-chuxing-catching-up-with-uber-valued-at-about-56-billion-after-new-funding-of-4-bn/984158/>. Acesso em 23 de julho de 2018.

[16] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp, p. 2 -3.

[17] Os países nos quais a operação atendeu aos critérios de notificação obrigatória não foram mencionados na decisão pública da Comissão Europeia.

[18] Disponível em: <https://www.freshfields.com/en-us/our-thinking/campaigns/digital/media--internet/germany-merger-control-update>. Acesso em: 20.de julho de 2018.

controle prévio antitruste, para evitar que aspectos importantes, como o compartilhamento de dados coletados por aplicativos, não deixem de ser analisadas pelos órgãos antitruste.

2.1. Operação entre Facebook e Whatsapp: aspectos concorrências analisados pela Comissão Europeia

A operação entre o WhatsApp e o Facebook foi notificada em 2014 e aprovada em agosto de 2016 pela Comissão Europeia. A autoridade entendeu que a transação englobava três mercados relevantes distintos, quais sejam, (i) serviços de comunicação ao consumidor[19]; (ii) serviços de redes sociais[20]; e (iii) serviços de publicidade *online*[21].

No que diz respeito aos serviços de comunicações ao consumidor, a Comissão focou sua análise em aplicativos para *smartphones*, uma vez que o WhatsApp não estava disponível para outros dispositivos móveis quando a operação foi analisada[22].

Após apreciação, a Comissão Europeia entendeu que a experiência do usuário do Facebook Messenger é diferente daquela do usuário do WhatsApp. Para utilizar o Facebook Messenger deve ocorrer uma integração com a rede social do Facebook, já que é necessário possuir uma conta/perfil no Facebook para acessá-lo. Já o acesso aos serviços fornecidos pelo WhatsApp é feito apenas por meio de números de telefone.

Dadas as diferenças resultantes dessas experiências, desde (i) a identificação do usuário (um via telefone, outro via perfil do Facebook), (ii) a fonte dos contatos das comunicações (um, a agenda de contatos telefônicos, outro, a rede de amigos), (iii) a intensidade da experiência (considerada muito mais rica para o usuário do Facebook) e (iv) a intensidade das comunicações (considerada muito mais frequente no WhatsApp), a Comissão Europeia concluiu que Facebook Messenger e WhatsApp não seriam concorrentes próximos nesse mercado[23].

A Comissão Europeia também constatou que os usuários de serviços de comunicação usam os dois aplicativos de maneiras diferentes e muitos deles usam os dois aplicativos simultaneamente no mesmo aparelho celular. Portanto, ao final da análise feita pela autoridade europeia, entendeu-se que, em virtude de as duas empresas atuarem em mercados bastante dinâmicos, os consumidores continuariam tendo diversas opções de aplicativos de comunicação alternativos, tais como Line, Viber, Threma, Telegram, Snapchat e Wechat[24].

Em relação aos serviços de redes sociais, a Comissão Europeia definiu que ambas as empresas não podem ser consideradas concorrentes, já que o Facebook fornece mais serviços que o WhatsApp. Ainda, mesmo que fosse considerada alguma sobreposição em decorrência da operação, constatou-se que o ganho de novos usuários pelo Facebook seria limitado no cenário pós operação, já que a base de dados do WhatsApp e do Facebook em parte já se sobrepõe, pois, muitos usuários que utilizam um aplicativo, também utilizam o outro[25].

Por fim, a Comissão Europeia analisou o mercado de serviços de publicidade *online*, embora o WhatsApp não seja ativo nele. Após análise, a autoridade concluiu que apesar de existir a possibilidade de o Facebook introduzir tal serviço no WhatsApp e decidir começar a coletar dados dos usuários para conseguir melhorar os anúncios fornecidos pelo Facebook, não seria possível verificar preocupações concorrenciais. Isto porque, mesmo após a operação, continuarão existindo provedores de publicidade direcionada alternativos ao Facebook, bem como uma grande quantidade de dados de usuários da internet considerados interessantes para fins publicitários, não serão alcançados pelo Facebook[26].

---

[19] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp, p. 3-7.

[20] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp, p. 8-11.

[21] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp, p. 11-14.

[22] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp, p. 4.

[23] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp, p. 19.

[24] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp, p.15.

[25] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp p. 17-18.

[26] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp p. 11-14.

A Comissão Europeia destacou que só foram analisados os efeitos potencialmente problemáticos de concentração de dados em um cenário pós operação na medida em que eles poderiam prejudicar especificamente o mercado de publicação *online*. Isso porque, a autoridade mencionou que a análise a respeito das mudanças nos padrões de privacidade decorrentes de uma maior concentração no mercado em um cenário pós operação não está prevista pela legislação no âmbito de análise do direito da concorrência da União Europeia[27].

Portanto, ao final da análise antitruste nos três mercados acima expostos, e assumindo também um cenário em que a correspondência de usuários fosse possível, a operação foi aprovada pelas autoridades europeias, pois compreendeu-se que a sua concretização não seria capaz de causar preocupações para a concorrência em tais mercados.

2.2. Caso Facebook e Whatsapp: análise pela Comissão Europeia sobre política de privacidade de dados

Os dados também são considerados de grande importância do ponto de vista econômico quando processados e convertidos em informações úteis para gerar atividade econômica e agregarem poder de mercado às empresas no mercado em que atuam. Com efeito, eles tendem a influenciar a parcela de poder econômico das empresas de tecnologia que possuem capacidade de manuseá-los no mercado em que atuam.

Na época dos fatos, quando o Facebook notificou a operação à Comissão Europeia, informou as autoridades que não detinha capacidade suficiente de estabelecer um intercâmbio de informações entre as contas dos usuários das empresas e dados das empresas. Essa informação foi fornecida pelo Facebook tanto no formulário de notificação, como em uma resposta a um pedido de informações requerido pelas autoridades[28].

Entretanto, após a operação ser aprovada pela Comissão Europeia e concretizada pelas empresas, em agosto de 2016, por meio da ocorrência de uma atualização na política de privacidade da WhatsApp, a empresa informou que detinha capacidade de realizar conexões entre os dados de seus usuários com seus respectivos perfis do Facebook. A Comissão Europeia resolveu apurar se tal capacidade de promover intercâmbio de informações entre o Facebook e WhatsApp realmente era possível[29].

Ao final da investigação, a Comissão concluiu que essa capacidade técnica já existia em 2014 quando a operação foi analisada em um primeiro momento pela autoridade europeia, e que o Facebook estava ciente disso, mas omitiu tal informação.

O regimento interno de fusões e aquisições da União Europeia[30] obriga as empresas a fornecerem informações corretas durante as investigações realizadas pela autoridade, sob pena de multa. A legislação visa garantir que as análises sejam feitas de forma correta e eficaz, devendo tal obrigação ser aplicada independentemente de tal informação ser ou não relevante para o resultado final da avaliação.

Logo, a Comissão Europeia multou o Facebook no valor de 110 milhões de euros por ter fornecido informações incorretas e enganosas em 2014[31]. Esta foi a primeira vez que a Comissão Europeia decidiu aplicar multa em decorrência do fornecimento de dados incorretos e enganosos. De acordo com Margrethe Vestager, Comissária da União Europeia, responsável pela concorrência, a multa

[27] Decisão da Comissão Europeia no Case No. Comp/M.7217 – Facebook/WhatsApp p. 29.

[28] Decisão da Comissão Europeia no Processo M.8228- Facebook/WhatsApp (proc. Artigo 14º, nº 1), p.5.

[29] Decisão da Comissão Europeia no Processo M.8228- Facebook/WhatsApp (proc. Artigo 14º, nº 1), p.7.

[30] Regulamento (CE) nº 802/2004 da Comissão Europeia estabelece que "cabe as partes notificantes transmitir à comissão, de modo completo e exato, os fatos e circunstâncias relevantes para a tomada de uma decisão sobre a concentração notificada.

[31] Decisão da Comissão Europeia no Processo M.8228- Facebook/WhatsApp (proc. Artigo 14º, nº 1), p. 13-15.

aplicada às empresas "envia um sinal claro para as empresas que devem cumprir todos os aspectos das regras de fusão da União Europeia, incluindo a obrigação de fornecer informações corretas"[32].

Do ponto de vista concorrencial, após análise realizada pelas autoridades europeias, constatou-se que o ocorrido não geraria impactos concorrenciais em decorrência da aprovação da transação proferida em 2014, isso porque tal decisão foi baseada em outros elementos que vão além do intercâmbio de informações e correspondência de usuários entre as empresas. Ainda, a União Europeia informou que durante sua análise sobre a operação, já se supunha que a correspondência de dados e usuários pudesse ocorrer. Portanto, restou claro que o fornecimento incorreto e enganoso de dados não teve impacto no resultado da decisão de análise da operação[33].

Além da Europa, a operação também foi concluída nos Estados Unidos e a questão envolvendo compartilhamento de dados também foi apreciada pelo *Federal Trade Commission* (FTC). Isso porque, após o anúncio de intenção de aquisição do WhatsApp pelo Facebook, ambas as empresas fizeram declarações públicas indicando que as promessas na política de privacidade de dados do WhatsApp seriam mantidas após a conclusão da operação. Dessa forma, em 10 de abril de 2014, o FTC enviou uma carta para ambas as empresas reforçando o compromisso feito e informando que o FTC continuará acompanhando o cumprimento dos compromissos feitos aos usuários[34].

Como demonstrado, essa operação envolveu diversas discussões no âmbito dos órgãos antitruste e recebeu atenção especial por envolver compartilhamento de dados coletados através de aplicativos.

Certamente esse assunto será novamente objeto de análise em outras operações e as autoridades deverão estar preparadas para enfrentar esse tema e, possivelmente, adaptar seu método de análise para englobar as questões diretamente relacionadas a esse mercado.

3. Operação entre Itaú Unibanco e XP Investimento

3.1. O controle de estrutura envolvendo o mercado de inovação

Da notificação do ato de concentração envolvendo as empresas Itaú Unibanco e XP Investimentos, ocorrida em maio de 2017, também emergiu uma análise mais criteriosa pelo CADE, que não se baseou apenas em critérios tradicionais.

No caso, o CADE entendeu ser necessária sua intervenção para impedir um comportamento potencialmente anticoncorrencial que acabasse inibindo o processo de competição dinâmica.

Além das análises frequentemente realizadas em controle de estrutura, o CADE avaliou nesse caso os efeitos da operação relacionados aos mercados de inovação, tendo vista que a XP Investimentos é uma *fintech* pioneira no mercado financeiro brasileiro que atua como uma corretora através de plataforma aberta de distribuição de produtos de investimentos.

No Parecer Técnico[35] que analisou a operação, foi desenvolvido pela Superintendência-Geral do CADE um capítulo específico que trata sobre o controle de estrutura no mercado de inovação, sob o título "o surgimento de novos *players* no mercado financeiro cujo perfis apresentam características disruptivas, contestando posições históricas detidas pelos incumbentes nesse setor, emergem algumas preocupações e desafios que podem demandar atenção das autoridades de defesa da concorrência".

---

[32] *Press release* elaborado pela Comissão Europeia a respeito de informações incorretas fornecidas durante a análise da operação WhatsApp e Facebook. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm>. Acesso em 24 julho de 2018.

[33] Idem.

[34] Letter From Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc. (856.04 KB), disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

[35] Nesse sentido, ver o Parecer Técnico Superintendência Geral, no Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16, disponibilizado em 27 de dezembro de 2017 (*Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos*).

Sobre o tema, o CADE mencionou o entendimento da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – "OCDE"[36] sobre as características concorrenciais da tecnologia disruptiva. Para a OCDE, essa tecnologia possui potencial para alterar o mercado e seu funcionamento, bem como envolve novos produtos, procedimentos e modelos de negócios.

Neste contexto, a OCDE também entendeu que operações envolvendo uma cooperação, por meio de parceria ou aquisição, entre um *player* antigo e um novo *player* disruptivo, devem ser analisadas com mais atenção pelas autoridades antitruste.

A Superintendência-Geral também cita um artigo denominado *EU merger control and tech firms*[37], o qual relata que um dos aspectos mais relevantes em análises de concentração envolvendo empresas inovadoras é o efeito da operação para a inovação futura, com possível redução da concorrência e da inovação de maneira generalizada para o mercado.

Diante dos possíveis efeitos negativos que essas operações podem trazer para o mercado, a Superintendência-Geral do CADE menciona o posicionamento da Comissária da Comissão Europeia, Margrethe Vestager[38], sobre "a possibilidade de nova revisão dos critérios de notificação de fusões naquela jurisdição, para que seja possível examinar operações de empresas com "muitas boas ideias, mas ainda pouco em termos de vendas".

Nesse sentido, a Superintendência Geral afirma "que as operações de empresas disruptivas tem levado autoridades mundo afora a, inclusive, discutirem revisões em seus critérios de faturamento, para que operações que envolvam esse perfil de empresas sejam submetidas ao controle de estruturas. Autoridades da Alemanha e União Europeia são algumas dessas autoridades que reconhecem que o patamar atual de notificação não é capaz de capturar os efeitos dinâmicos das operações".

Segundo a OCDE, em razão do proeminente incremento de plataformas, transações e opções de busca no ambiente virtual, métodos tradicionais de análise precisam ser revisados à medida que novas questões competitivas entram no radar das agências antitruste.

Por fim, a Superintendência-Geral reconhece que os instrumentos disponíveis para análise antitruste de operações envolvendo a economia digital ainda é bastante incipiente. Porém, defende que cabe as autoridades antitruste empreender esforços para garantir uma análise eficiente, e preservar a competitividade nesses mercados, visto que tais empresas têm promovido ganhos de bem-estar aos consumidores.

3.2. Análise e efeitos concorrenciais decorrentes da análise da operação

A operação notificada ao CADE em maio de 2017, visa a realização de investimentos pela Itaú Unibanco na XP Holding mediante o aporte de capital e aquisição de participação no capital social da companhia. A operação, avaliada em aproximadamente 6 bilhões de reais, já foi aprovada pelo CADE com restrições e representa a entrada do Itaú no capital social da XP.

Nos termos do contrato celebrado entre as partes, a operação será composta por três etapas: (i) inicialmente, o Itaú se tornará acionista minoritário da XP, com uma participação correspondente a 49,9% do capital social total e 30,1% do capital social votante; (ii) em 2020, o Itaú adquirirá uma participação adicional de 12,5% da XP, que lhe assegurará 62,4% do capital social total e 40,0% do capital social votante; e (iii) em 2022, o Itaú adquirirá outro adicional de 12,5% da XP, que lhe assegurará 74,9% do capital social total e 49,9% do capital social votante[39].

O contrato da operação também prevê que ambas as empresas exerçam opções de compra e venda entre si, quais sejam: (i) a partir de 2024, a XP poderá exercer seu direito de venda da totalidade

---

[36] "Key Points of the Hearing on Disruptive Innovation". Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. 11 maio de 2017.

[37] Disponível em <http://www.iflr.com/Article/3756904/PRIMER-EU-merger-control-and-tech-firms.html>. Acesso em 30 de novembro de 2018.

[38] "Key Points of the Hearing on Disruptive Innovation". Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. 11 maio de 2017.

[39] Nesse sentido, ver o Voto do Conselheiro-Relator, no Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16, julgado em 15 de março de 2018 (*Itaú Unibanco/XP Investimentos*).

de sua participação no capital social da XP ao Itaú; e (ii) a partir de 2033, o Itaú poderá exercer seu direito de compra da totalidade da participação detida pela XP Controle no capital social da XP. Entretanto, no caso da aquisição de controle da XP pelo Itaú, será necessário que tal operação seja notificada ao CADE para sua análise pela autoridade antitruste.

De acordo com as requerentes, "a operação representa uma oportunidade de investimento e de crescimento em um modelo de negócios que está em expansão, não apenas no Brasil, mas no mundo: o modelo de plataformas de investimento abertas", tendo em vista que as atividades das requerentes são complementares e a operação permitirá a diversificação de investimentos do Itaú Unibanco e sua entrada em um modelo de negócios que a empresa não atuava anteriormente.

Embora as requerentes tenham submetido a operação em rito ordinário, alegaram no formulário de notificação que a operação não geraria efeitos negativos em qualquer mercado relevante definido pelo CADE, em decorrência da baixa sobreposição horizontal e da inexistência de integração vertical que acarretasse fechamento de mercado em decorrência da operação.

Nesse sentido, as partes consideraram que o ato de concentração poderia ser classificado como simples[40], podendo ser analisado de forma célere e sem a necessidade de um teste de mercado abrangente. Entretanto, a operação em questão foi classificada pela autoridade como de alta complexidade e demandou uma extensa análise da Superintendência-Geral, diante das questões concorrenciais envolvidas.

A Superintendência-Geral proferiu Parecer em dezembro de 2017 recomendando a aprovação do referido ato de concentração condicionado à assinatura de Acordo em Controle de Concentrações (ACC), negociado com as requerentes, que estabeleceu remédios.

Em sede de análise pelo Tribunal, o ato de concentração foi aprovado pela maioria dos votos dos Conselheiros e condicionado às obrigações comportamentais estipuladas no ACC que visam reduzir efeitos concorrências negativos no mercado financeiro. O único voto[41] contrário à aprovação da operação foi proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin, que destacou em sua decisão que diante da aprovação da operação inexistem garantias de que os efeitos concorrenciais do ato de concentração serão benéficos aos consumidores, mesmo com a celebração do ACC.

A Conselheira também destacou que o risco da aquisição de um banco disruptivo por um banco privado poderá distorcer a competição no mercado, tendo em vista que "os players de plataforma aberta estão começando a trazer maior concorrência para os bancos". Nesse sentido, ela também destacou que a análise do presente ato de concentração englobando este *player* disruptivo não pode ficar restrita às questões decorrentes de concentrações horizontais e verticais dos produtos oferecidos pelas Requerentes.

4. Previsão legal que permite o CADE analisar operações que não preenchem os critérios de notificação obrigatória

Além dos casos mencionados acima, cabe ressaltar que no Brasil também já houve discussão sobre a necessidade de análise de operação pelo CADE que não preenchia os critérios de notificação obrigatória previstos na Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

Sobre o tema em questão, o artigo 88, parágrafo 7º da Lei de Defesa da Concorrência faculta ao CADE requerer a submissão de qualquer operação à sua análise, mesmo aquelas que não configurem concentração econômica e nem atinjam os parâmetros de faturamento, no prazo de um ano a contar da consumação. Dessa forma, qualquer operação pode extraordinariamente ser submetida ao crivo da autoridade antitruste, caso possa prejudicar a dinâmica competitiva do mercado.

---

[40] Os atos de concentração classificados como simples devem buscar observar o prazo de análise de até 45 dias (mínimo 15 dias após publicação do edital, conforme artigo 118 do RICADE), conforme Manual Interno da Superintendência-Geral para Atos de Concentração Apresentados sob o Rito Ordinário, publicado em julho de 2017.

[41] Nesse sentido, ver o Voto da Conselheira Cristiane Alkmin, no Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16, julgado em 15 de março de 2018 (*Itaú Unibanco/XP Investimentos*).

Nesse sentindo, em 23 de junho de 2015, o CADE emitiu a Resolução nº 13 que disciplina o procedimento para apurações referentes a atos de concentração (Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração – "APAC"). Além de analisar condutas de *gun jumping* - seja de operação já notificada e em análise pelo CADE, seja de operação ainda não submetida à aprovação do CADE – o APAC também é o procedimento usado pelo CADE para requerer a submissão de atos de concentração não sujeitos à notificação obrigatória, com a possibilidade de interposição de recurso pelas empresas envolvidas.

Após mais de seis anos de vigência da Lei 12.529/2011, o CADE divulgou no início desse ano a informação de que teria requerido, pela primeira vez, a submissão à sua análise de uma operação que não cumpria os critérios legais de notificação obrigatória de ato de concentração.

Essa medida excepcional foi aplicada na operação que se refere à aquisição global pela Guerbet da unidade de negócios de meios de contrastes (*Contrast Media Delivery System Business Unit*) da Mallinckrodt GroupS.à.r.l.. O negócio foi concluído em 27 de novembro de 2015, sem análise prévia do CADE. Entretanto, a Superintendência-Geral do CADE recebeu uma denúncia da GE Healthcare do Brasil Comércio e Serviços para Equipamentos Médico-Hospitalares Ltda. (GEHC), concorrente das partes, sobre os possíveis efeitos negativos ao mercado decorrentes da operação. Segundo a GE Healthcare, a operação poderia gerar alta concentração nos mercados de contraste e sistema de injeção e, com isso, poderia gerar aumento de preço, alteração da estrutura de custos de *players* privados e públicos e, em última instância, afetar os consumidores finais.

Após finalizar a investigação[42], a Superintendência-Geral concluiu pela necessidade de uma avaliação[43] pormenorizada dos efeitos decorrentes da operação para verificar e controlar os possíveis danos ao ambiente concorrencial resultante da concentração econômica. Dessa forma, o CADE decidiu pela necessidade de notificação da operação, mesmo considerando que as empresas envolvidas não preenchiam os critérios de notificação obrigatória previstos na Lei.

Após finalizar sua análise, o CADE concluiu pela aprovação da operação sem restrições, sob os argumentos, em síntese, de que não existiam indícios de exercícios de poder de mercado após a operação e que os principais concorrentes possuíam portfólio e produtos similares, com alta substituibilidade, o que facilitaria a troca pelo cliente em caso de aumento de preços ou queda na qualidade dos produtos oferecidos.

Tal caso demonstra que os critérios de notificação obrigatória de ato de concentração previstos pela legislação antitruste brasileira nem sempre abrangem todas as operações capazes de gerar preocupações na dinâmica concorrencial no mercado. Dessa forma, como mecanismo de defesa à concorrência, a Lei 12.529/2011 faculta ao CADE analisar operações entre concorrentes ou entre partes verticalmente relacionadas que possam resultar em alterações substanciais no mercado, mesmo que a operação não se enquadre nos requisitos legais de submissão obrigatória.

Assim, diante do caso em questão, é importante que as empresas se atentem à possibilidade de o CADE exigir a submissão da operação para sua análise prévia, mesmo em casos não previstos em lei, especialmente quando a operação resultar em aumento significativo da participação de mercado das empresas envolvidas.

5. Novo critério de notificação obrigatória envolvendo o valor da operação na Alemanha e Áustria, e emissão de guia sobre o assunto

As legislações antitruste alemã e austríaca sofreram alterações especificamente em seus critérios legais de notificação[44]. Um novo limite legal baseado no valor da operação foi introduzido para

[42] APAC nº 08700.009828/2015-32 (autos de acesso restrito).

[43] Nesse sentido, ver Ato de Concentração nº 08700.005959/2016-21, julgado em junho de 2017. (*Guerbet S.A./Mallinckrodt Group S.à.r.l*).

[44] As alterações legislativas incluindo o novo limite legal foram introduzidas na Alemanha em 09 de junho de 2017 e na Áustria em 1º de novembro de 2017. Disponível em <https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/alert-memos/2017_06_27-germany-_-austria-revised--new-merger-thresholds.pdf>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

incluir operações que anteriormente não estavam sendo analisadas pelas autoridades antitruste em ambos os países.

Esta mudança visa adaptar a lei da concorrência para assegurar que os critérios de análise econômica englobem todas as concentrações de mercado importantes e também as operações que envolvam setores em desenvolvimento, relacionados à economia digital e tecnológica, por exemplo.

Após a alteração, as transações que excedam o valor de 400 milhões de euros na Alemanha e 200 milhões de euros na Áustria[45] passaram a ser de notificação obrigatória. Assim, com base nos novos critérios legais, passou-se a capturar casos em que as empresas envolvidas possuam baixo faturamento interno e que o preço da operação seja desproporcionalmente alto.

Essa modificação legislativa visa suprir as lacunas existentes no sistema de controle de estrutura, de modo a permitir a abrangência de sua aplicação. Tais autoridades europeias, portanto, reconheceram que o patamar de notificação anterior não era capaz de capturar os efeitos dinâmicos das atuais transações no mercado[46].

Em maio de 2018, as autoridades antitruste da Alemanha e da Áustria publicaram conjuntamente um Guia, que ainda está sob análise e sujeito a consulta pública, sobre a aplicação deste novo critério de notificação envolvendo o valor da operação. Ambas autoridades uniram esforços para incluir suas mais recentes experiências em controle de estrutura, convidando partes interessadas a participarem das discussões sobre o assunto[47].

Como demonstrado nos casos analisados nesse artigo, diversas transações atuais envolvem empresas que possuem faturamento baixo, mas ao mesmo tempo possuem um grande potencial de mercado. Dessa forma, o Guia considera que o valor da operação é um parâmetro para verificar os efeitos da operação no mercado. Evidentemente estabelecer o valor da operação não é uma atividade fácil e exigirá grandes esforços das empresas.

O Guia traz, entre outros aspectos, diretrizes sobre como quantificar o valor das operações, esclarecendo que o valor contábil da empresa pode ser diferente do valor de sua compra (denominado no Guia de *consideration value* - "valor de consideração"), que geralmente inclui um prêmio de aquisição.

Para fins concorrenciais as partes devem considerar o valor de consideração que engloba todos os pagamentos feitos pelo comprador, levando em conta a avaliação de títulos e ativos tangíveis e intangíveis, assim com o direito de voto que lhe foi transferido. Abrange, também, os pagamentos futuros, tais como cláusula de *earn-out*, bem como outras contraprestações condicionais ao cumprimento de certas metas de faturamento ou lucro, assim como o pagamento para cláusula de não concorrência.

O Guia estabelece que é dever das partes demonstrar como foi feito o cálculo que determinou o valor de consideração, a fim de justificar que a operação é de notificação obrigatória. Evidentemente o valor da operação pode ser alterado ao longo das negociações, portanto, o Guia sugere que, em caso de dúvida, as partes devem notificar a operação por precaução e caso haja mudanças que diminuam o valor da operação, as partes poderão desistir da submissão.

Ainda, outro critério necessário para tornar a operação de notificação obrigatória é que a empresa adquirida (denominado pelo Guia de *target* - "empresa alvo") possua atividade doméstica significativa no momento do fechamento da operação. Dessa forma, o Guia sugere que apenas operações que possuam conexões suficientes com o mercado alemão sejam analisadas.

A questão trazida pelo Guia nesse ponto é a dificuldade de como avaliar se empresa alvo possui ou não atividades domésticas. Como diretrizes, o Guia leva em consideração três métricas para

---

[45] Guia da Alemanha e Áustria, versão em inglês *(Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG*). Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em 01 de julho de 2018.

[46] Idem.

[47]Disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/new-merger-control-guidelines-for-transaction-value-thresholds-in-austria-and-germany/. Acesso em 18 de julho de 2018.

endereçar essa questão - que devem ser aplicadas caso a caso para determinar o *local nexu* de cada operação.

A primeira métrica é a utilização de indicadores (*indicators*), que podem variar de acordo com o setor da indústria envolvido em cada operação. Esses indicadores podem ser, por exemplo, o número de usuários ativos por mês ou visitantes únicos em uma empresa pertencente ao setor digital, ou, como é o caso na Áustria, a própria localização da empresa pode servir como indicador nessa avaliação. Por fim, é importante destacar que apesar de também servir como indicador de presença doméstica, o faturamento doméstico nem sempre é aplicado no caso de mercado não maduros.

A segunda métrica denominada de *local nexus* ou alocação geográfica da atividade do negócio refere-se ao local onde se espera que o produto ou atividade seja utilizado (normalmente será onde o consumidor está localizado). Um exemplo trazido pelo Guia é o nexo local na atividade de P&D que pode ser definido no local da operação, ou seja, local onde se encontra se a infraestrutura e os funcionários. Adicionalmente, em casos de registro de patentes, o próprio endereço do inventor pode ser considerado o *local nexu*.

Por último, o Guia sugere a utilização da métrica de comercialização (*marketability*). Esse critério avalia se o produto ou atividade envolvida na operação é comercializado no mercado local. O Guia estabelece também que há comercialização em atividades que possuem remunerações de maneiras não tradicionais, como é o caso da utilização de aplicativos que requerem pagamentos futuros, ou, aplicativos gratuitos que estabelecem como forma de pagamento, o fornecimento de dados e a exposição do consumidor as propagandas.

A disponibilização do Guia e sua submissão à consulta pública se destina a ajudar os profissionais da comunidade antitruste a lidar com estas novas disposições legislativas, bem como incentivar discussões a respeito do assunto[48].

As mudanças propostas pela mudança legislativa e evidenciadas pelo Guia tentam adaptar os critérios de notificação atuais às novas dinâmicas dos mercados digitais e tecnológicos. Essas modificações certamente poderiam ser aplicadas nos casos envolvendo o Uber e a Didi e WhatsApp e o Facebook, a fim de assegurar que tais operações sejam submetidas à análise de uma autoridade antitruste, por conta do valor envolvido na operação.

Certamente os novos critérios visam assegurar a preservação de um ambiente competitivo e favorável ao desenvolvimento de empresas inovadoras, assegurando que a análise antitruste levante obstáculos contra uma alta concentração de mercado envolvendo os principais players atuantes, o que reduziria o incentivo das empresas em continuar desenvolvendo melhores alternativas tecnológicas, associadas aos ganhos de bem-estar do consumidor.

Conclusão

Questões relacionadas aos critérios de notificação envolvendo operações no mercado digital e de tecnologia vêm sendo discutidas em diversas jurisdições. As novas estruturas empresariais muitas vezes não apresentam vendas em patamares expressivos que se enquadrem nos critérios de notificação obrigatória previstos pela legislação antitruste.

Portanto, as autoridades antitruste de diversos países já reconheceram que apenas o critério de faturamento pode não ser um indicador suficiente para determinar o controle de estrutura em mercados de inovação, pois certas empresas podem apresentar faturamento baixo, apesar de possuir grande potencial para gerar efeitos no mercado futuro, via inovação e melhoria tecnológica.

Dessa forma, as autoridades concorrenciais devem analisar a influência que essas empresas possuem no mercado para verificar se a operação pode gerar efeitos sob a ótica antitruste.

Essa reflexão deve ser feita, também, como objetivo de estimular que operações que envolvam atividades relacionadas à tecnologia disruptivas, como compartilhamento de banco de dados de seus

[48] Disponível em: <https://www.noerr.com/en/newsroom/News/new-transaction-value-threshold-in-german-merger-control.aspx>. Acesso em 10 de julho de 2018.

usuários, sejam analisadas pelas autoridades antitruste, como meio de garantir a manutenção da competitividade nesses mercados e o incentivo a inovação.

Identificar os casos que necessitam de uma intervenção antitruste será um novo desafio para as autoridades. No Brasil, o CADE poderá se valer da prerrogativa prevista na Lei de Defesa da Concorrência para requerer a submissão das operações que não cumpram os critérios de notificação obrigatória, mas que possam suscitar efeitos de cunho concorrencial

Referências Bibliográficas

ADACHI, Vanessa. *Por que XP/Itaú está na mira do Cade*. Novembro 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/5191009/por-que-xpitau-esta-na-mira-do-cade>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BHUIYAN, Johana. *China's Didi is leading a $100 million investment in another Uber rival, Brazil's 99*. Janeiro 2018. Disponível em: <https://www.recode.net/2017/1/4/14169538/didi-99-brazil-investment>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRIGATTO, Gustavo. *Didi compra a 99, que vale US$ 1 bi*. Janeiro 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5243261/didi-compra-99-que-vale-us-1-bi>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. *Chinesa Didi compra controle do aplicativo brasileiro de transporte 99*. Janeiro 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5242375/chinesa-didi-compra-controle-do-aplicativo-brasileiro-de-transporte-99>. Acesso em: 24 jul. 2018.

CADELL, Cate. *Didi Uber Deal Under Investigation By Chinese Antitrust Regulators*. Setembro 2016. Disponível em: <https://technode.com/2016/09/04/didi-uber-deal-under-investigation-by-chinese-antitrust-regulators>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Caixin. *One Year On, Didi-Uber Union Still Under Antitrust Scrutiny*. Julho 2017. Disponível em: <https://www.caixinglobal.com/2017-07-28/101123585.html>. Acesso em: 24 jul. 2018.

CARTY, Kevin. *Will Uber Rouse the Trustbusters?* Agosto 2016. Disponível em: <http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2016/08/uber_s_deal_with_didi_chuxing_could_open_it_up_to_antitrust_scrutiny.html>. Acesso em: 24 jul. 2018.

CENDROWSKI, Scott. *China Launches Investigation Into the Didi-Uber Deal*. Setembro 2016. Acesso em: <http://fortune.com/2016/09/02/china-didi-uber-investigation>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Electronic Privacy Information Center. *In re: WhatsApp***.** Disponível em: <https://www.epic.org/privacy/internet/ftc/whatsapp>. Acesso em: 24 jul. 2018.

FAIR, Lesley. *FTC staff to Facebook and WhatsApp: Privacy promises prevail*. Abril 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2014/04/ftc-staff-facebook-whatsapp-privacy-promises-prevail>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Autoridade Antitruste da Alemanha. Guia da Alemanha e Áustria versão em inglês (Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)). Maio 2018. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em: 24 jul. 2018.

HEINZ, Silke. *Draft guidelines on new transaction value merger thresholds in Germany and Austria*. Maio 2018. Disponível em: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/05/18/draft-guidelines-new-transaction-value-merger-thresholds-germany-austria/?print=print>. Acesso em: 24 jul. 2018.

InfoMoney. *Maior rival da Uber, chinesa Didi Chuxing compra a 99*. Janeiro 2018. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7182480/maior-rival-uber-chinesa-didi-chuxing-compra>. Acesso em: 24 jul. 2018.

NEWCOMER, Eric. *Didi Buys 99 Taxis, Igniting Fight With Uber in Latin America*. Janeiro 2018. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-03/didi-buys-99-taxis-igniting-fight-with-uber-in-latin-america>. Acesso em: 24 jul. 2018.

NOCERA, Joe. *Why WhatsApp Is No Threat to Facebook's Dominance*. Maio 2018. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2018-05-04/whatsapp-and-instagram-are-no-threat-to-facebook-s-dominance>. Acesso em: 24 jul. 2018.

SHAOHUI, Tian. *Xinhua Insight: Didi, Uber merger stokes monopoly concerns*. Agosto 2016. Disponível em: <http://www.xinhuanet.com/english/2016-08/03/c_135561235.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

STEVENS, Adrian. *How Facebook Evolved into a Social Media Giant*. Maio 2016. Disponível em: <https://marketrealist.com/2016/05/facebook-evolved-social-media-giant>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Comissão Europeia. *Press Release - Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover*. Maio 2017. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. *Press Release - Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook.* Outubro 2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

WONG, Julia Carrie. *Facebook's privacy practices are under investigation, FTC confirms***.** Março 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/26/facebook-data-privacy-cambridge-analytica-investigation-ftc-latest>. Acesso em: 24 jul. 2018.

3. EFEITOS CONGLOMERADOS EM CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS: CARACTERIZAÇÃO E DESDOBRAMENTO

3. CONGLOMERATE EFFECT IN ECONOMIC TRANSACTIONS: CHARACTERIZATION AND DEVELOPMENTS

Anna Binotto

Resumo: O artigo avalia a caracterização de efeitos conglomerados em atos de concentração econômica, buscando identificar as justificativas por trás de operações com efeitos conglomerados, bem como os principais desdobramentos para a atuação interventiva das autoridades antitruste, considerando, sobretudo, que a maior parte dessas operações, na atualidade, se dão nos setores de tecnologia e internet. A análise conclui que uma, dentre as várias teorias do dano normalmente sugeridas, costuma ser aplicada na atuação do Cade e da Comissão Europeia em operações com efeitos conglomerados, e que isso pode se dever à necessidade de (i) realizar uma revisão paulatina e gradual da análise antitruste tradicional; e (ii) de buscar mínima convergência entre as autoridades atuantes em diferentes jurisdições.

Palavras-chave: Controle de concentrações, efeitos conglomerados, Cade, Comissão Europeia.

Abstract: The paper reviews the characterization of conglomerate effects in transactions subject to antitrust merger review, to identify the main explanations behind such transactions, and the main developments regarding antitrust intervention, given that, they are mostly found in high-tech and internet markets. The paper shows that, amongst several theories of harm suggested to address conglomerate effects, one is more recurrently applied by both CADE and the European Commission, upon reviewing conglomerate transactions, which might be related to (i) the need for a gradual revision of the traditional antitrust analysis, and (ii) the need for a relative convergence between antitrust agencies across different jurisdictions.

Keywords: Merger review, conglomerate effects, CADE, European Commission.

Introdução

Este artigo pretende avaliar a aplicação da teoria dos efeitos conglomerados[1] no âmbito do controle concorrencial de estruturas e sua viabilidade como instrumento para uma atuação mais interventiva e rígida do direito antitruste na contenção da criação de empresas gigantes. Este debate adquire importância especial no controle de concentrações nos setores de internet e tecnologia[2].

A análise empreendida sugere que a forma como os efeitos conglomerados estão sendo avaliados por algumas autoridades emprega apenas uma, dentre as várias teorias do dano que costumam ser sugeridas, o que pode limitar a aplicabilidade dessa teoria e o grau de profundidade das intervenções sobre ela assentadas. Tal escolha, por outro lado, parece se dever, em primeiro lugar, pela necessidade de paulatinamente revisar as bases da análise antitruste tradicional e, em segundo, e consequentemente, pela necessidade de se criar certo grau de convergência entre as autoridades atuando em diferentes jurisdições.

Além desta introdução, o artigo segue debatendo a problemática da criação de conglomerados e empresas de tamanho cada vez maior (Parte 2), para depois delinear as principais teorias do dano

[1] Estes efeitos podem ser verificados quando, em uma transação econômica, as partes não atuam nos mesmos mercados (considerando-se as definições de mercado relevante comumente adotas pelas autoridades), e nem em mercados verticalmente relacionados. Isso significa que os produtos e/ou serviços que as partes ofertam no mercado são, de maneira geral, complementares ou não relacionados (*i.e.*, não geram sobreposições horizontais ou verticais).

[2] Hoje, grande parte das discussões que tangenciam o tema adota um tom crítico à chancela que autoridades antitruste oferecem à constituição de desses conglomerados: cada vez que, em sede do controle de estruturas, as autoridades afastam preocupações concorrenciais pela inexistência de sobreposição entre as atividades das partes, elas permitiriam que agentes econômicos concentrassem cada vez mais poder econômico – e consequentemente político, o que seria indesejável para a sociedade.

relacionadas aos efeitos conglomerados (Parte 3), e por fim, analisa alguns casos recentes em que autoridades antitruste (aqui, especificamente, a brasileira, e a europeia) avaliaram esses efeitos na prática (Parte 4).

1. Tamanho, poder e antitruste

A aversão social ao poder econômico das grandes empresas não é fenômeno novo, e tampouco é ligação que se faz entre sua contenção e o direito antitruste[3], o que tem voltado à tona recentemente[4]. Há pelo menos dois grandes debates incluídos nessa recente preocupação. Um, de ordem material e prognóstica: o tamanho das grandes corporações e seu consequente poder econômico e político deve ser combatido, e o direito antitruste é uma das formas ideias de controle e fiscalização desse poder. O outro, de ordem procedimental, diz respeito à munição do direito antitruste com instrumentos que o tornem apto a realizar tal intervenção de forma legítima e coerente. Entre os debates do primeiro, poderia ser incluída a discussão atual e relevantíssima sobre os "objetivos do antitruste". Entre os debates do segundo, cria-se uma agenda de pesquisa importante sobre o desenvolvimento de novas teorias e métodos de análise aplicáveis a casos práticos, que permitam sustentar decisões que, ao menos em tese, divirjam do que a análise tradicional consideraria ideal. Um e outro andam juntos: permitir que o antitruste não se destine exclusivamente à promoção da eficiência alocativa, em sua concepção neoclássica, é premissa para a possibilidade de desenvolver novos métodos e teorias de análise das concentrações econômicas e das condutas dos agentes no mercado. Ou seja, para se determinar o que é "anticompetitivo" é necessário, primeiro, delimitar o que está incluído na tutela do da autoridade que assim o faz.

Assim, abrir espaço para novas teorias do dano (*i.e.*, criação de nexo de causalidade entre determinadas condutas e estruturas e correspondentes efeitos concorrenciais negativos), no contexto do controle de concentrações realizado pelas autoridades antitruste, tem inegável importância no caminho de atribuir a esse ramo do direito maior responsabilidade na contenção do poder econômico. Nesse sentido é necessário entender (*i*) como e por quê tais conglomerados se formam na atualidade; (*ii*) por quê há preocupação com o tamanho e poder de tais conglomerados; e (*iii*) quais são os desdobramentos para a política de defesa da concorrência, sobretudo para o controle de concentrações.

Há diversas justificativas econômicas tradicionais para a formação de conglomerados. Dentre elas, incluem-se a possibilidade de diversificação e consequente dispersão dos riscos entre diversas linhas de negócios, bem como a possibilidade de concessão de subsídios cruzados essas diferentes linhas, criando mecanismos de financiamento interno de novos mercados, sustentados pelos lucros aferidos em outros já consolidados. Nesse sentido, conglomerados intensificam a alavancagem (*leverage*) da entrada em um mercado, o que poderia ser interpretado como uma flexibilização de barreiras à entrada já estabelecidas e, ao menos teoricamente, como uma contestação da posição dominante de um outro competidor[5]-[6].

---

[3] O próprio debate sobre as origens da legislação norte-americana, por exemplo, engloba discussões sobre a necessidade de contenção do crescimento desenfreado de grandes empresas. Segundo Orbach e Rebling, "*Anti-bigness sentiments have been embedded in our antitrust tradition since its birth"* (ORBACH, B., Rebling, G. C. *The Antitrust Curse of Business*, Southern California Law Review, v. 85, p. 605, 2012).

[4] Nas palavras de Carl Bogus "Perhaps the greatest problem resulting from gigantic corporate size and high industry concentration is the political power of corporations. Bigger is more powerful, pure and simple" (BOGUS, C. The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust, University of Michigan Journal of Law Reform, n. 49, 2015, p. 10 e p. 90).

[5] GUERRERA, F. *Decline sets in at the conglomerate*, Financial Times, 2007, disponível em https://www.ft.com/content/58d234f0-b48c-11db-b707-0000779e2340

[6] Nesse sentido, Mascowitz distingue as operações conglomeradas em três tipos: (*i*) aquelas voltadas a diversificar linhas de produtos; (*ii*) aquelas voltadas à diversificação geográfica da atuação das partes; e (*iii*) outras, dentre as quais aquelas que visam à entrada em um novo mercado, não antes explorado pela parte adquirente. (MARKOVITS, R. S., Economics and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014, p. 183). Similarmente, Spivack cita operações "concêntricas", para designar aquelas cujas partes visam a expandir sua atuação em mercados relacionados, embora não coincidentes (como insumos e matérias-primas, desenvolvimento de produtos, desenvolvimento de tecnologia, canais de

Comum a qualquer das justificativas econômicas para a formação de conglomerados é a preocupação com o tamanho desses agentes econômicos e com o poder político e econômico que o acompanham. A "maldição da grandeza" (*curse of bigness)* é o termo apropriado por Orbach e Rebling, primeiramente cunhado por Louis Brandeis, para se referir aos problemas políticos, sociais e econômicos decorrentes da existência de agentes econômicos tão poderosos, liderando uma economia cada vez mais concentrada, em seus diversos setores[7].

É fato que não são apenas conglomerados (ou seja, empresas ou grupos econômicos com atuação transversal em diversos mercados ou setores da econômica) que preocupam. Mas nessas operações, tal discussão se torna mais latente: nelas inexiste debate sobre tamanho *relativo* (*i.e.*, a representatividade de sua atuação nos específicos mercados em que atuam)[8] – não há sobreposição horizontal entre as atividades de cada parte – há apenas a preocupação com os efeitos que podem decorrer do tamanho *absoluto* dessas empresas[9]. Preocupar-se com a formação de conglomerados é, nesse sentido, quase que necessariamente, preocupar-se com a formação de empresas de grande tamanho absoluto, seja por conta de seu poder econômico e político, seja (como se verá, mais recorrentemente) pela possibilidade de atuação transversal em diversos mercados relacionados.

Hoje, a reaparição[10] dessas figuras, especialmente nos setores de internet e tecnologia, parece apresentar ao antitruste uma pergunta fundamental: o tratamento dado a esses agentes econômicos deve ser o mesmo daquele oferecido aos gigantes do começo do século passado? Deve o antitruste intervir de forma a reconfigurar as estruturas empresariais desses grupos[11]? Similarmente, seria o antitruste capaz de criar padrões mais ou menos objetivos que permitam dizer quando uma empresa ou grupo econômico

---

marketing ou canais de distribuição), distinguindo-as das operações conglomeradas "puras" em que as partes procuram entrar em mercados novos, não relacionados a sua linha tradicional. (SPIVACK, G. B. Conglomerate Mergers and the Antitrust Laws, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 4111., 1970, p. 4).

[7] Para Bogus essa inquietação com a contenção do crescimento desenfreado das empresas e da formação de gigantes conglomerados estaria na origem do antitruste norte-americano, que teria surgido justamente para fazer frente às tendências de concentração econômica e crescimento das empresas. Esse posicionamento não se dá sem críticas, e está inserida no cerne do debate sobre os objetivos do antitruste. Nesse sentido, ver, por exemplo, BORK, R. *Goals of Antitrust: A Dialogue on Crisis*, 1965; PITOFSKY, R. *The Political Content of Antitrust*, 1979; e MCGOWAN, D. Innovation, Uncertainty, and Stability in Antitrust Law, 2013, pp. 741-756.

[8] BOGUS, C., op. cit., p. 64. Segundo o autor, a utilização de índices como o HHI ou C4 como instrumentos de aferição da probabilidade de exercício abusivo do poder econômico como decorrência de uma transação serviria, em primeiro lugar, para afastar, ao menos a priori, qualquer consideração de ordem sócio-política: na maior parte dos casos, estando a concentração final das participações de mercado das partes abaixo de determinados níveis (*i.e*., tamanho relativo diminuto), sequer haveria qualquer aprofundamento da avaliação de seus efeitos. Em segundo lugar, e como consequência, ela permite que a vasta maioria dos casos sejam aprovados pelas autoridades sem quaisquer restrições

[9] Esta preocupação, no entanto, não é uníssona. Carl Shapiro, por exemplo, destaca, no contexto da economia dos Estados Unidos que, a despeito de uma aparente tendência de maior concentração geral da economia, com crescimento do tamanho absoluto das empresas, isso não significa que o tamanho relativo das empresas tenha também tendido à concentração. Isso significa que, para fins de controle concorrencial (ao menos aplicando-se uma análise tradicional), o tamanho absoluto das empresas, e o consequente poder político e econômico que elas adquirem, não seria, a princípio, suficiente para justificar intervenção de natureza antitruste. Nesse sentido, ver SHAPIRO, C. Antitrust in a Time of Populism, 2017, p. 8.

[10] No contexto norte-americano, operações com efeitos conglomerados passaram a chamar a atenção das autoridades de defesa da concorrência, principalmente, entre as décadas de 1960 e 1970 (SPIVACK, G. B., op. cit.), quando houve uma onda de transações econômicas entre empresas de diferentes setores da economia, a que Harry First se refere como "Woodstock Decade" (FIRST, H. *Woodstock Antitrust*, Antitrust Chronicle, Competition Policy International, 2018, p. 58). Para ele, durante esse período a política antitruste norte-americana esteve eminentemente preocupada com o tamanho das empresas, conduzindo um verdadeiro ataque a grandes companhias.

[11] TAPLIN, J., Is It Time to Break Up Google?, NYT (Apr. 22, 2017), disponível em https://www.nytimes.com/2017/04/22/opinion/sunday/is-it-time-to-break-up-google.html).

passa a ser "grande demais"? Ou nas palavras de George Spivack, "*how big is too big"* [12] para o direito antitruste?

Afinal, se a criação de conglomerados, em geral sob a forma de grupos econômicos, é uma estratégia empresarial que pode trazer benefícios à atuação desses agentes, incluindo a produção de riquezas e a preservação de entidades produtivas com diversidade de escopo, tais efeitos precisam ser ponderados com a necessidade/desnecessidade de o antitruste evitar a criação ou fortalecimento de conglomerados (e, sendo necessário, de que forma o fazer). Caberá ao antitruste, portanto, estabelecer métodos de análise capazes de aferir (*i*) quando essas estratégias empresariais deverão ser objeto de consideração e análise pelas autoridades concorrenciais; e (*ii*) quando (e se) exigirão intervenção por meio do direito antitruste.

1.1. Os Gigantes da Internet e Tecnologia

Yong Lim sugere que, desde o fim dos anos 1980 os conglomerados eram quase "espécies ameaçadas de extinção"[13], mas que tais figuras estão hoje na base da organização empresarial dos gigantes de tecnologia e internet – Google, Amazon, Microsoft, Facebook, etc. - e que, portanto, teria sido a escalada de empresas do setor de tecnologia que impulsionara o "ressurgimento" de conglomerados (e da consequente preocupação com seus efeitos concorrenciais) na econômica global.

Nesse setor, especificamente, há quem defenda a necessidade de empresas terem grande tamanho, de forma, por exemplo, a sustentar seus esforços de inovação[14]. Mas não há consenso na literatura sobre tal constatação, o que a torna insuficiente para sustentar uma específica autorização para que empresas nesse setor adquiram tamanho maior, seja relativo (*i.e.*, refletido em alto *market share*) ou absoluto (*i.e.*, percebido, principalmente no caso de conglomerados em gigantes corporações)[15].

As razões da formação de conglomerados no cenário atual, entretanto, parecem estar relacionadas com a dinâmica de competição (e, também, de inovação) nesses mercados. Se no passado, o principal objetivo da diversificação de linhas de negócios estava relacionado à necessidade de alocação de capital e risco, de forma a assegurar estabilidade financeira das empresas, hoje, a formação de conglomerados estaria muito mais ligada a um "*fear of displacement rather than business cyclicality, akin to a hedge against missing out on the 'next new thing' coming out of disruptive Technologies*"[16].

A formação dos conglomerados estaria, então, intimamente ligada à ideia de que, nesses setores, a competição não se dá apenas dentro dos mercados, mas também, e principalmente, *pelos* mercados, através da busca pelo domínio de ciclos de inovação constantes[17]. Isso desdobra em um impressionante portfólio de *negócios* dessas empresas, que chama a atenção e indica uma tentativa de cativar os clientes em todas as facilidades utilizadas em seu dia a dia[18].

---

[12] SPIVACK, G. B., op. cit., p. 83.

[13] LIM, op. cit., p. 2.

[14]KATZ, M.; SHELANSKY, H. Shumpeterian Competition and Antitrust Policy In High Tech Markets Competition, Vol. 14, p. 47, 2005, p. 20.

[15] Teece e Sidak, nesse sentido, defendem que a existência de direitos de propriedade intelectual e propriedade de ativos complementares à atividade inventiva afetam a atividade inventiva dos agentes econômicos do que sua alta participação (e alto poder) de mercado. Ver SIDAK, G.; TEECE, D. *Dynamic Competition in Antitrust Law.* Journal of Competition Law & Economics, 5(4), p. 593.

[16] LIM, op. cit., p. 3

[17] Isso é especialmente importante em operações envolvendo partes capazes de coletar grandes quantidades de dados pessoais, em que tais dados aparecem como importante ativo para a transação. Nesse sentido, ver FIDELIS, Andressa Lin. Data Driven Mergers, RDC, v.5, n.2, 2017.

[18] É o caso da Amazon, detalhadamente estudado por Lina Khan, quem ressalta a atuação da empresa nos setores de varejo, marketing, logística e distribuição, meios de pagamento, produção de conteúdo cinematográfico, edição de livros, leilões, armazenamento, entre tantos outros, nos quais ingressou através da aquisição de companhias já estabelecidas e consolidadas. Essa característica do modelo de negócios da Amazon, encontrada em outras gigantes do setor de tecnologia e internet, cria uma rede de interação cruzada entre outros grandes players naqueles mercados, que passam a, ao mesmo tempo, contratar (como clientes ou fornecedores), e competir com a Amazon. Essa situação não só dá margem à criação de relevantes conflitos de interesses e desincentivos à

Mas não só a dinâmica mercadológica e análise de seus efeitos concorrenciais nesses setores é distinta, mas também há maiores desafios no que diz respeito aos remédios aplicáveis pelas autoridades de defesa da concorrência[19], ou seja, a possibilidade de o antitruste atuar de forma "mais interventiva" na contenção e limite da formação e fortalecimento de conglomerados. Primeiramente, é difícil afirmar, com convicção, se as operações surtem efeitos horizontais, ou efeitos conglomerados[20], dada a dificuldade de se delimitar os mercados relevantes afetados pela transação, o que, sem dúvidas, implica importantes mudanças nos métodos de análise prévia dessas concentrações. Consequentemente, identificar, nesses mercados, unidades de negócio autônomas possivelmente alienáveis a concorrentes ou entrantes é tarefa muito mais complexa do que quando se olha para setores tradicionais[21], o que impõe barreiras à intervenção antitruste estrutural. A adoção de remédios comportamentais, nesses mercados, então, tem sido preferida justamente porque permite maior flexibilidade e reversibilidade das obrigações exigidas pelas autoridades, especialmente importantes em se tratando de mercados em relação aos quais ainda se tem muita dúvida[22-23].

2. Atos de concentração econômica com efeitos conglomerados: tratamento jurídico e principais desdobramentos.

A legitimidade da intervenção antitruste na formação e/ou expansão de grandes conglomeradas só se justifica com base na criação de *teorias de dano* capazes de estruturar racionalmente um esquema de causa e consequência capaz de sustentar o perigo imposto à concorrência por tais formações empresariais. Como se verá, a adoção de uma ou outra teoria está relacionada a diferentes fatores, os quais serão expostos em seguida.

2.1. Efeitos conglomerados: teorias do dano

Existem pelo menos quatro teorias do dano desenvolvidas para identificar os danos potenciais decorrentes de operações com efeitos conglomerados, as quais remontam das décadas de 1960 e 1970[24],

---

concorrência em diversos (e distintos) mercados, mas também faz com que a Amazon se estabeleça como uma plataforma (utility) absolutamente transversal entre mercados, cujo acesso passa a ser essencial para a atuação no mercado de vendas online de qualquer indústria. Ver KHAN, L. op. cit., p. 126.

[19] Isso é verdade, sobretudo quando se trata de remédios estruturais, notadamente preferidos pelas autoridades antitruste (EUROPEAN COMMISSION, *Working Party No. 3 on Co-operation & Enforcement: Remedies in Merger Cases*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, European Union (June 28, 2011).

[20] OECD, Big Data: Bringing Competition to the Digital Era, 2017, p. 7.

[21] SHER, S. KEMP, K. *A Comparative Analysis of the Use of Merger Remedies in Technology Industries*, in: CPI Antitrust Chronicle, December, 2014, p. 2. Para os autores, o emprego de remédios estruturais, notadamente de desinvestimento é particularmente difícil em mercados intensivos em tecnologia. Nesse sentido, destacam que *"divestiture may not always fully resolve the competitive concerns of a merger, and may even defeat the pro-competitive efficiencies that would have resulted from the combination, particularly where a merger occurs between parties that: (i) operate at different levels of a supply chain (a "vertical merger"), (ii) compete in a networked market, or (iii) derive their Market power primarily from IP assets*".

[22] EZRACHI, Ariel, *Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies*, (Univ. of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper No. (L) 13/05, 2013), at 4, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913773

[23] O setor de internet e tecnologia é, assim, duplamente ilustrativo das ideias debatidas no decorrer deste artigo. Em primeiro lugar, os gigantes deste setor estão no centro dos debates em torno da preocupação com o tamanho absoluto e poder econômico e político de grandes empresas, especialmente no que diz respeito aos seus reflexos para a intervenção antitruste. Em segundo, é nesse setor que debates sobre efeitos conglomerados tem tomado profundidade no contexto do controle de concentrações. O desafio imposto ao antitruste para funcionar como instrumento de intervenção, controle e limitação da formação e atuação desses conglomerados é, portanto, particularmente grande quando se fala dos conglomerados atuais, atuantes majoritariamente nos setores de internet e tecnologia.

[24] .. SPIVACK, G. B. op. cit. Ver também KOLASKY, William J. Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels. Address before the George Mason University Symposium, 2001 ("(…) we

e hoje, têm sido chamadas a responder às preocupações com efeitos conglomerados nesses casos[25]. Elas serão brevemente resumidas abaixo.

2.1.1. Atuação transversal: reciprocity dealings

A primeira das teorias do dano estruturada para o enfrentamento dos efeitos conglomerados é aquela que identifica nessas figuras um potencial incentivador à adoção dos chamados *reciprocity dealings*, ou seja, uma atuação transversal, em que uma empresa emprega seu poder sobre mercado específico para induzir e/ou alavancar (*leverage*) sua atuação em outros mercados, especialmente quando se trata de bens ou serviços complementares ou relacionados[26]. Tal teoria baseia-se na identificação da possibilidade de uma das partes da operação induzir seus clientes ou fornecedores a contratar com a sua contraparte nos mercados em que esta atua, e vice-versa, não por conta da substância do produto ou serviço ofertado (*e.g.*, preço, qualidade), mas pela conjugação do oferecimento desses produtos e serviços sob um mesmo conglomerado[27].

Segundo a teoria da atuação transversal, há algumas condutas que podem ser incentivadas pela criação de conglomerados, sendo as principais conhecidas como *tying* e *bundling*. *Tying* corresponde à venda casada, ou seja, à subordinação da aquisição de um produto ou serviço, à aquisição de outro produto ou serviço[28]. *Bundling* é uma prática similar, mas, segundo a OCDE, diferencia-se do *tying* porque os produtos ofertados em conjunto fazem parte de um item coeso: o exemplo é do carro que é vendido com uma série de componentes, ou do sapato que é vendido com cadarço[29]. A Comissão Europeia distingue, ainda, o *bundling* puro do *bundling* misto, destacando que no primeiro os produtos só podem ser comercializados em conjunto em proporções fixas, e no segundo, há oferta dos produtos separadamente, mas o preço cobrado pela solução integrada é substancialmente inferior. As práticas de desconto condicionado são exemplos desse *bundling* misto[30].

Mas as práticas de *tying* ou *bundling* não são, por si só, anticompetitivas, e podem implicar a oferta de produtos, serviços ou soluções integradas em condições mais valiosas para os consumidores[31]. Além disso há possibilidade de ganhos de economia de escopo, inclusive através da possibilidade de estruturação de *one-stop shops*, da redução de custos de relacionados à qualidade e customização, além

---

view the EU approach to conglomerate mergers as inconsistent with the central tenet of U.S. antitrust policy -- that the antitrust laws "protect competition, not competitors").

[25] Em especial, uma delas tem sido mais amplamente aplicada – tendo sido adotada pela Comissão Europeia na maior parte das decisões sobre o tema, e replicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), nas ocasiões em que se manifestou sobre o tema.

[26] Nesse sentido, o principal efeito concorrencial que se extrai da formação de conglomerados está relacionado à existência de poder de portfólio, especialmente quando as partes da operação atuam em mercados relacionados ou complementares. Ver SPIVACK, G. B. op. cit., p. 83. Segundo a OCDE, está complementaridade engloba aspectos técnicos (e.g., produtos que, por suas características técnicas, podem ser consumidos em conjunto), comerciais (e.g., produtos que podem se distribuídos pelos mesmo canais de distribuição), e ligadas à elasticidade da demanda entre de um e outro (e.g., a demanda por um produto pode ser afetada substancialmente pelo aumento da demanda de outro). Ver OECD, *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, 24-jan-2002, p. 7.

[27] BUNDESKARTELLAMT, *Conglomerate Mergers in Merger Control: Review and Prospects*, Discussion Paper for the meeting of the Working Group on Competition Law on 21 September 2006, p. 6. Trata-se da preocupação que se levanta em operações horizontais ou verticais aptas a criar ou fortalecer poder de portfólio, que podem ser, a depender das circunstâncias do caso, positivos ou negativos, sempre que as partes da transação tenham algum poder de mercado.

[28] A principal preocupação concorrencial decorrente dessa conduta é a possibilidade de redução da escolha do consumidor e de redução do volume de comércio, na medida em que o agente econômico restringe a forma de aquisição de determinado produto, o que deverá refletir, também, em aumento dos preços pagos. Ver, SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial*¸ São Paulo: Malheiros, 2013, p. 527.

[29] BUNDESKARTELLAMT, op. cit., p. 30.

[30] EUROPEAN COMISSION, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2008, p. 21.

[31] EUROPEAN COMISSION, 2008, op. cit., p. 20.

da possibilidade de estruturar uma discriminação de preço eficiente (*i.e.*, cobrar preços maiores de quem está disposto a pagar mais, e preços menores de quem não está)[32].

A preocupação com essas práticas nasce, por outro lado, quando se percebe que elas têm o condão de gerar fechamento de mercado, especialmente quando os custos impostos aos concorrentes atuais e potenciais, na tentativa de replicar tal estratégia de atuação transversal, sejam proibitivos[33], e quando houver consumidores interessados em adquirir os produtos de forma independente, sem que possam se valer de poder compensatório[34]. O fechamento pode se estender, também, a mercados adjacentes, em que não necessariamente ocupa-se posição dominante[35], sobretudo quando se identificam efeitos de rede[36]-[37].

Além das condutas unilaterais potencializadas pelos efeitos conglomerados, a constatação de possibilidade de fechamento de mercado pode, também, implicar potencialidade de criação de efeitos coordenados, seja porque leva a redução do número de agentes atuantes no mercado, facilitando atuação coordenada, seja porque fortalece a concorrência *entre mercados*, o que também pode induzir atuação coordenada[38].

2.1.2. Fortalecimento do Poder Econômico: Entrenchment Doctrine

A doutrina do *entrenchment* sustenta que os danos à concorrência decorrentes de operações com efeitos conglomerados advêm do aumento do poder econômico e financeiro resultante da operação conglomerada. Tal aumento do poder econômico teria a capacidade de levar à redução da atividade concorrencial dos demais agentes atuantes nos mercados afetados, não só pela possibilidade de os

---

[32] OECD, op. cit., p. 203.

[33] EUROPEAN COMISSION, 2008, op. cit., p. 22.

[34] EUROPEAN COMISSION, 2008, op. cit., p. 8. A organização sugere que a mera constatação da possibilidade de discriminação de preço decorrente da existência de efeitos de portfólio não deveria ser suficiente para sustentar restrições à aprovação, ou reprovação a uma operação.

[35] A OCDE também destaca a possibilidade de que, em uma operação efeitos conglomerados, as partes, com posição dominante em um ou mais mercados, utilizarem a complementaridade entre os produtos ou serviços ofertados por sua contraparte, não para alavancar sua participação no mercado não antes explorado, mas para fortalecer sua posição de dominância no mercado em sobre o qual já detém poder. A preocupação é que com o *bundle* ou *tying* de produtos ou serviços complementares a um produto ou serviço em que se tem dominância impede ou prejudica a entrada de concorrentes capazes de exercer rivalidade nos mercados adjacentes, isto é, a preocupação principal está relacionada com um potencial fechamento do mercado. O exemplo clássico é o do caso da Microsoft que, ao unir a venda de seu sistema operacional Windows, em que detinha posição dominante, ao navegador de Internet Explorer, resultava em um desincentivo à competitividade nesse segundo mercado

[36] EUROPEAN COMISSION, 2008, op. cit., p. 22 ("If further there are network externalities at play this will significantly reduce these rivals' scope for expanding sales (…) in the future. Alternatively, where entry not the market for the complementary products is contemplated by potential entrants, the decision to bundle by the merged entity may have the effect of deterring such entry").

[37] Para a Comissão Europeia, três avaliações deverão ser feitas para identificar atuação transversal negativa para a concorrência resultante de efeitos conglomerados. A primeira, sobre a possibilidade de os agentes econômicos engajarem-se nessas condutas. A segunda, sobre a probabilidade de os agentes econômicos efetivamente engajarem-se em tais práticas, o que significa, de maneira geral, avaliar se tais *reciprocity dealings* seriam lucrativos ou não. A terceira, sobre a potencialidade de tais condutas efetivamente gerarem prejuízos à concorrência. Nesse caso, não seria suficiente que as atividades dos demais concorrentes fosse prejudicada (*i.e.*, que houvesse redução da oferta dos produtos ou serviços pelos concorrentes), mas, sim, que tal prejuízo impedisse a entrasse de concorrentes potenciais e se há redução substancial da oferta de produtos e serviços (gerando, portanto, fechamento de mercado). EUROPEAN COMISSION, 2008, op. cit., p. 24.

[38] É o caso do exemplo de Lim, citado acima, segundo o qual os gigantes da tecnologia não oferecem concorrência entre os diferentes mercados que constituem o *core business* de cada um. Assim, por exemplo, se Apple continuar a optar por pré-instalar e integrar a seu sistema operacional os aplicativos da Google (Google Maps, YouTube, Gmail, etc.) a contestação da posição dominante dessas empresas por um entrante em potencial entrante será inviável, resultante, portanto de uma atuação tacitamente coordenada entre os grandes agentes econômicos.

conglomerados "subsidiarem" internamente reduções substanciais de seus preços, mas também pela possibilidade de provocarem outros tipos de retaliação a seus competidores, inclusive, através de comportamento coordenado. Lim se refere a essa teoria como a preocupação com os "*deep pockets*" dos conglomerados, isto é, com a possibilidade de estes agentes econômicos desenvolverem, como consequência de seus vastos recursos financeiros, práticas de mercado que não poderiam ser acompanhadas por seus concorrentes[39].

A utilização dessa teoria do dano pode ser percebida, por exemplo, na Alemanha, onde o Bundeskartellamt tem baseado sua análise sobre operações com efeitos conglomerados, e sua possibilidade de fortalecer uma posição dominante, na identificação, no cenário pós operação, (*i*) do fortalecimento do poder financeiro, (*ii*) da possibilidade de aumentar seu acesso a outros mercados, ou então (*iii*) da possibilidade de impedir a atuação de concorrentes potenciais[40].

A *entrenchment doctrine* está relacionada, antes de mais nada, à tutela do poder econômico dos grandes conglomerados. A identificação das práticas comerciais específicas, que poderão ser implementadas pelas partes num contexto pós-operação, é considerada apenas uma consequência dessa preocupação imediata (o que justificará, inclusive, que esta seria uma preocupação para a face repressiva, de controle de condutas do antitruste).

2.1.3. Redução da concorrência: subtantial lessening of competition

A terceira teoria do dano está relacionada com a possibilidade de uma operação resultar em uma diminuição da concorrência (*substantial lessening of competition*), com duas variantes: (*i*) a diminuição da concorrência potencial[41]; e (*ii*) a diminuição da concorrencial atual[42]. A primeira está relacionada à identificação de que, sob a perspectiva dos demais concorrentes de um mercado, a parte que no momento da operação não se sobrepunha a suas atividades, era, no entanto, percebida como uma entrante potencial. A segunda, à identificação de que os mesmos resultados da operação poderiam ser atingidos de forma menos prejudicial à concorrência, por exemplo, por meio da aquisição de um concorrente menor ou menos poderoso.

Segundo a OCDE a utilização da teoria da *substancial lessening of competition* pode ser interessante para aferir efeitos conglomerados, pois ensejaria avaliação de poder econômico para além da medida de participação de mercado (*i.e.*, tamanho relativo), que se perderia debates sobre a precisa definição de mercados relevantes e, inclusive, na preferência pela fixação de mercados de dimensões mais restritas, aumentando a chance de fixação de um quadro de probabilidade de exercício de abuso de posição dominante[43]. Embora certamente ofuscada pela teoria dos *reciprocity dealings*, há identificação ocasional dessa teoria na aplicação pelas autoridades, além da menção expressa feita pela OCDE em suas orientações.

---

[39] LIM, op. cit., p. 18. O mesmo autor destaca, em outra oportunidade, que "[t]he fundamental weakness of the entrenchment theory is its distorted view of competitive advantages provided through economies of scale and scope, essentially rendering the theory into an aversion against "bigness" itself without discerning whether the advantages are a result of efficiency" (LIM, Y, MIN, G. Competition and Corporate Governance: Teaming Up to Police Tunneling, 36(2) NW. J. INT'L L. & BUS. 267, 284 (2016).

[40] BUNDESKARTELLAMT, op. cit., p. 14.

[41] A preocupação com a concorrência potencial, i.e., a constatação de que a operação analisada elimina concorrência ou impede a entrada de um agente (em geral, uma das partes) em um mercado em que potencialmente poderia competir, está relacionada à manutenção da constante ameaça de um novo entrante, o que levaria as empresas a concorrer mais vigorosamente. A análise da relevância de um entrante potencial vai depender, obviamente, da constatação da configuração atual do mercado em questão: número de *players*, existência de barreiras à entrada e histórico de entrada. Mas a existência de concorrência potencial entre as partes pode, para alguns, descaracterizar o caráter complementar (e, consequentemente, conglomeral) da operação em questão. Sobre a temática, ver também OLIVEIRA, Marcelo N. *Concorrência Potencial: teoria do dano ou futurologia?*, Revista do IBRAC, v. 23, n.2, 2017.

[42] BUNDESKARTELLAMT, op. cit., p. 6.

[43] OECD, op. cit., p. 10.

2.1.4. Aumento da concentração agregada

A quarta teoria de dano para avaliação de efeitos conglomerados é identificação do aumento da concentração agregada. Segundo esta perspectiva, sequer seria necessário identificar quaisquer dos efeitos descritos nos itens anteriores, pois o aumento da concentração agregada seria suficiente para disparar a intervenção da autoridade antitruste[44]. Essa teoria sustenta-se na identificação de efeitos nefastos decorrentes do aumento da concentração agregada de maneira transversal na economia de um país. Entre eles, está a redução da variedade de fontes de oferta de emprego, o que contribuiria para a redução global dos salários, além da redução da a diversidade de executivos, também adstritos a um menor número de empregadores prospectivos[45], questão da qual decorrem ainda outros problemas, como os da interligação decisória (*interlocking directorates*) intrasetorial e do aumento descometido dos salários desses executivos[46].

2.2. Teorias do Dano na Prática: o que influencia sua escolha

Dentre as quatro teorias do dano apresentadas, a primeira (*reciprocity dealings*) destaca-se nos casos recentes tratando de efeitos conglomerados que foram avaliados[47]. Isso provavelmente se dá, como se verá, primeiro, porque tal teoria representa um aprimoramento incremental da análise antitruste tradicional (*i.e.*, não requer uma revisão completa da agenda e política implementada pelas autoridades antitruste), e segundo, porque baseia-se em aspectos mais substanciais que institucionais, facilitando a convergência entre as autoridades estrangeiras.

2.2.1. A Necessária Revisão do Antitruste Clássico

Enxergar na criação de conglomerados um problema concorrencial requer a revisão de algumas premissas comuns à análise tradicional do direito antitruste. Isso porque, para os estudiosos ligados à tradição da Escolha de Chicago, os conglomerados não representariam uma preocupação concorrencial[48].

De fato, o resultado imediato de uma operação com efeitos conglomerados não é, ao menos à primeira vista, a eliminação de um concorrente, como ocorre em operações com efeitos horizontais (*i.e.*, entre concorrentes atuais)[49]-[50]. Posner, nesse sentido, é enfático em afirmar que a preocupação

---

[44] LIM, op. cit.

[45] BOGUS, C. The New Road to Serfdom…, p. 7.

[46] Para ele, ainda, que o aumento da concentração econômica, de um lado, poderia indicar o mercado analisado tornou-se menos competitivo durante os anos, ou, pelo contrário, que houve maior ganho relativo de participação de mercado, justamente porque as empresas tornaram-se mais competitivas e ávidas por maiores parcelas dos consumidores. A adoção da primeira interpretação como premissa seria injustificada dentro de um cenário em que há especificidades à dinâmica competitiva de cada mercado, justamente porque ignora o processo pelo qual as empresas concentraram para si maiores parcelas do mercado. SHAPIRO, C. *Antitrust in a Time of Populism*…

[47] Trata-se, também, da teoria eleita pela Comissão Europeia para tratar dos efeitos conglomerados em suas Diretrizes Controle de Concentrações com Efeitos Não-Horizontais, as quais são replicadas nas decisões do Cade sobre o tema, conforme detalha a Parte 4.

[48] Defendido, por exemplo, por Richard Posner, em trabalho escrito em 1969, durante o período em que as autoridades norte-americanas construíram uma agenda de combate aos conglomerados, o qual critica, uma a uma, as "teorias" que pretendem ver, nos conglomerados, um problema concorrencial (POSNER, R. *Conglomerate Mergers and The Antitrust Policy: An Introduction*, St. John's Law Review, V. 44, 1969, p. 524).

[49] BUNDESKARTELLAMT, op. cit.

[50] Carl Bogus, nesse sentido, destaca como a doutrina de Robert Bork preocupava-se apenas com operações que visassem à criação ou fortalecimento de monopólios, capazes de reduzir a oferta total do mercado e criando "peso morto" dos monopólios – e, já que este não era o caso de operações com efeitos verticais ou conglomerados (pois tais operações eram incapazes de aumentar a participação de mercado das partes), tais operações deveriam ser excluídas do controle antitruste. Igualmente, tais operação seriam voltadas unicamente para a criação de eficiência produtivas, o que seria benéfico para a indústria (pela redução de custos de produção), e para consumidores (pois possibilitaria a prática de preços reduzidos em determinados mercados, sustentados pela atuação no mercado

concorrencial com conglomerados tem caráter político e só se sustenta se, por meio da política antitruste, se buscasse-se satisfazer objetivos que ultrapassassem a promoção de um mercado competitivo, com o que ele discordava[51]-[52].

Mas, a teoria dos *reciprocity dealings*, como forma de identificar danos decorrentes da formação de conglomerados, parece representar um "meio termo". Não exige, como fazem as teorias da *entrenchment doctrine*, ou do aumento da concentração agregada, que a autoridade antitruste intervenha apenas baseada na constatação de fortalecimento de poder econômico ou de concentração de mercado, o que poderia significar a inclusão, sob sua tutela, de outros objetivos de cunho político e social[53]. Assim, não parece exigir a revisão abrangente dos "objetivos do antitruste", e, portanto, impõe ônus menores às autoridades antitruste.

Por outro lado, a adoção da teoria dos *reciprocity dealings* já representa avanço, uma vez que se baseria em uma análise mais dinâmica do processo competitivo, que ultrapassa a atuação das partes dentro do *locus* do mercado relevante, e dá mais atenção à estratégia empresarial como um todo. Nesse contexto, ela parece responder a algumas deficiências da análise "estática" da concorrência que tem na concorrência perfeita sua base normativa e no foco demasiado na análise de tamanho relativo (*i.e.*, aferição de participação de mercado)[54], o que costuma implicar conclusões normativas insuficientes e incorretas sobre as causas e consequências das estratégias empresariais[55].

Nesse sentido a eleição desta particular teoria do dano para aferir os efeitos concorrenciais decorrentes de operações conglomeradas parece representar uma alteração gradual e paulatina da análise antitruste clássica, que ainda se baseia em premissas e instrumentos de análise empregados tradicionalmente (como a proteção do consumidor e a verificação dos incentivos econômicos de redução ou aumento de preços) para avaliar os impactos negativos sobre a concorrência.

2.2.2. Necessidade de Mínima Convergência

Além de um desenvolvimento incremental da política antitruste, parece que a teoria dos *reciprocity dealings* permite maior convergência entre as práticas de diferentes autoridades.

---

verticalmente ou complementarmente relacionado). Ver BOGUS, C. op. cit., p. 16 e também WEITBRECHT, A., FLANAGAN, R. *The Control of Vertical and Conglomerate Mergers Before and After GE/Honeywell – The Commission's Draft Guidelines for Non-Horizontal Mergers,* Bloomberg European Business Law Journal, V. 1, 2007, p. 296.

[51] POSNER, R. op. cit., p. 532 ("The extravagant prohibitory sweep of the antitrust laws, (...) goes far beyond the current assault by the Department of Justice on the conglomerate movement (...). They are highly political issues to which the antitrust laws, with their vague, but ample contours, can be made to offer the appearance of a solution").

[52] Similarmente, William Kolasky deixa claro que, sob a adoção da promoção da eficiência como único meio de atingir o bem-estar dos consumidores, e como objetivo último da política concorrencial, seria muito difícil, se não impossível, sustentar que operações com efeitos conglomerados deveriam ser objeto de preocupação pelas autoridades antitruste (KOLASKY, op. cit.). A princípio, portanto, levantar preocupações concorrenciais em operações com efeitos conglomerados exige revisão da análise tradicional e dos objetivos normalmente incluídos na tutela do direito antitruste. Mas, tendo em vista a profundidade e complexidade desse debate, tal revisão certamente não se fará se não de forma gradual.

[53] É o caso, por exemplo, de discussões tratando de efeitos de redistribuição de renda, de promoção de emprego/relações trabalhistas, de restrições à democracia deliberativa, decorrentes de condutas anticompetitivas e/ou decisões no contexto de controle prévio de concentrações realizado pelas autoridades antitruste. Nesse sentido, ver HOVENKAMP, H. *Antitrust Policy and Inequality of Wealth…;* GRUNES, A. *Is Fake News a Competitive Problem?* Competition Policy International, 2017.

[54] Nesse sentido, Teece e Sidak, destacam que "[a] 'neo-Schumpeterian' framework for antitrust analysis that favors dynamic competition over static competition would put less weight on market share and concentration in the assessment of market power and more weight on assessing potential competition and enterprise-level capabilities." (SIDAK, G.; TEECE, D. op. cit., p. 583).

[55] LEON, I., Latin American Competition Policy: From Nirvana Antitrust Policy to Reality-Based Institutional Competition Building, Chicago-Kent Law Review, V.39, 2007, p. 40-43.

Uma mínima convergência global entre a atuação das agências antitruste parece, de maneira geral, desejável[56], especialmente no que diz respeito ao controle de operações com efeitos transnacionais, e o tratamento dos efeitos conglomerados já foi especialmente problemático, no passado, para a convergência[57]-[58].

De qualquer forma, a despeito das peculiaridades históricas, políticas e sociais em relação a formação de grandes monopólios, grandes grupos econômicos ou conglomerados, a atual "onda" de conglomeração e consolidação empresarial, sobretudo no mercado de tecnologia e internet, precisa ser avaliada através de uma perspectiva global, justamente porque tal processo não se dá de forma restrita à jurisdição de uma ou outra autoridade antitruste[59].

De maneira geral, a convergência internacional em matéria de controle antitruste de concentrações pode traduzir-se em diferentes instrumentos de cooperação[60], e sobre diferentes objetos[61]-[62]. Uma convergência mais alargada, de ordem normativa ou institucional, traduzida em um alinhamento de cultura concorrencial (*cultural norms*), implicaria a necessidade de convergência na definição dos

---

[56] Nesse sentido, ver SOKOL, D.; BLAIR, R. Welfare Standards in US and EU Antitrust Enforcement, 2001, 2498-2517, e SOKOL, D. Monopolist Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age¸ Berkley Business Law Journal, V. 4, 2007, p. 62.

[57] Vale lembrar que um dos mais relevantes casos em que houve dissidência entre os posicionamentos do DOJ e e da Comissão Europeia, impulsionando boa parte da produção acadêmica recente sobre a necessidade de convergência global no controle de concentrações, incluía um debate relevante sobre efeitos conglomerados. Trata-se do caso GE/Honeywell, no setor aeronáutico. A Comissão Europeia rejeitou a operação destacando, além de preocupações relacionadas a sobreposições horizontais e verticais, o fato de que, num cenário pós operação, as duas partes teriam, combinadas, atuação relevante em inúmeros mercados relevantes no setor de aviação, bem como em mercados adjacentes. O DOJ, sabidamente mais resistente à tese dos efeitos conglomerados, aprovou a operação. Sobre esse caso, ver WEITBRECHT, A., FLANAGAN, R. *The Control of Vertical and Conglomerate Mergers Before and After GE/Honeywell…,* p. 298.

[58] Segundo Kolasky, essa particular divergência está primeiramente relacionada à adoção de diferentes standards legais para analisar efeitos concorrenciais: a autoridade europeia se concentraria na aferição da criação ou fortalecimento de posição dominante (o chamado dominance test), enquanto a norte-americana, na redução da concorrência (com o chamado substantial lessening of competition test – SLC). Ver KOLASKY, William J. *Conglomerate Mergers and Range Effects…* Para Paula Forgioni, as duas jurisdições têm diferentes visões historicamente construídas sobre a política antitruste: enquanto a norte-americana assistiu a uma consolidação dos ensinamentos da Escola de Chicago, na Europa, estes tiveram menor alcance, uma vez que a política concorrencial tem aspecto instrumental e está ligada à promoção de outros objetivos relacionados à criação da União Europeia. Ver FORGIONI, P. *Os Fundamentos do Antitruste*, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 165 e seguintes.

[59] BOGUS, C., op. cit., p. 6. De fato, parcela considerável dos negócios que surtem efeitos sobre a dinâmica competitiva dos mercados é internacional (SILVEIRA, P. B. *L'Internationalisation du Contrôle des Concentrations*. Paris: Université Panthéon-Assas, Tese (Doutorado), 2011, p. 26)

[60] BECKER, Bruno B. Decentralized Globalization: Possible Solutions for Multiple Merger Control Regimes In Cross-Border Transactions. REVISTA DO IBRAC Volume 22 - Número 1- 2016, p. 36.

[61] A convergência internacional em direito antitruste, e sobretudo em matéria de controle de concentrações, pode se desenvolver em três frentes: (*i*) procedimental; (*ii*) material; e (*iii*) normativa. A mesma sugestão já havia sido feita por Crane, que apenas optara pela designação de frente "institucional" para a terceira proposta por Chen. Para Chen, CHEN, T. K. Convergence and Its Discontents: A Reconsideration of the Merits of Convergence of Global Competition Law. Chicago Journal of International Law, V. 12, n. 2, 2012, p. 438. Ver também CRANE, Daniel A. Substance, Procedure, and Institutional Harmonization of Competition Policy, p. 157.

[62] Sob uma perspectiva material incluíram-se a convergência de "princípios substantivos", padrões de legalidade, e modos de condução de negócios e, também a metodologia econômica relativamente padronizada para análise de transações globais. Sokol e Blair afirmam que havia uma confusão interpretativa sobre os objetivos do antitruste (sob o aspecto social ou político), enquanto sua análise econômica já teria convergido para uma mesma corrente; E porquanto argumentam que tal convergência é desejável (e praticamente inalcançável em termos de objetivos sociais/políticos/não-econômicos), a decisão mais acertada seria concentrar como finalidade da política antitruste a perseguição da alocação eficiente de recursos excedentes e promover o bem-estar geral (ou, secundariamente, dos consumidores), ver SOKOL, D.; BLAIR, R. op. cit., p. 2513.

objetivos da política antitruste e sua compatibilização com outros ideais como desenvolvimento, crescimento econômico, inovação e bem-estar social[63], o que seria de difícil alcance[64].

Por outro lado, o desenvolvimento de determinadas teorias do dano, fixando um ponto de partida para a análise da correlação de determinadas estruturas e/ou condutas empresariais e determinados efeitos negativos à ordem concorrencial, pode enquadrar-se no conjunto de normas de convergência "substancial". Isto é, pode significar um avanço em relação à padronização de procedimentos de atuação[65], sendo, no entanto, menos ambiciosa que a convergência global em torno de questões institucionais/normativas, por exemplo relacionadas aos "objetivos do antitruste".

A adoção de algumas teorias (como a *entrenchment doctrine* e a da concentração agregada) se sustenta em bases mais institucionais que substanciais, o que implicaria a revisão da agenda de prioridades de cada autoridade antitruste (adstrita, portanto, ao contexto local de cada uma delas)[66], o que é tarefa árdua e, para alguns, inalcançável. Assim, a predileção da teoria dos *reciprocity dealings*, que, ainda baseada em critérios mais substanciais que institucionais, parece atender à preocupação de convergência internacional de forma mais satisfatória[67].

3. Efeitos Conglomerados na Prática

Alguns casos recentes mostram como o problema dos efeitos conglomerados tem sido enfrentado na prática, bem como os instrumentos que vem sendo aplicados para tentar mitigá-los, quando necessário.

O Cade manifestou-se poucas vezes sobre efeitos conglomerados. Os principais casos recentes são as operações Bayer/Monsanto[68], TGM/WEG[69], Exilor/Luxotica[70], e UTC/Rockwell Collins[71]. Na

---

[63] CRANE, Daniel A. Substance, Procedure, and Institutional Harmonization of Competition Policy, p. 140.

[64] Em relação à frente normativa/institucional da convergência a própria OCDE destaca a existência de limites reconhecidos, inclusive de ordem constitucional, que são inerentes à definição dos valores e objetivos protegidos por uma determinada política antitruste. Ver OCDE, *Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement*, 2014, p. 25. Fullerton e Alvarez apresentam exemplos: a autoridade chinesa faz prever a "promoção do desenvolvimento do socialismo de mercado"; a autoridade sul-africana destaca a "promoção do emprego e do desenvolvimento socioeconômico da África do Sul"; e a autoridade alemã prevê que a proteção da concorrência como um processo eficiente deva, por vezes, privilegiar a proteção de concorrentes, à proteção de consumidores. Ver FULLERTON, L., ALVAREZ, M. *Convergence in International Merger Control*. Antitrust, V. 26, pp. 20-25, 2012.

[65] Como por exemplo, a determinação de obrigações de transparência e devido processo legal, bem como fixação de sistemas de análise prévia de concentrações e critérios de notificação.

[66] Em relação especificamente à atuação das autoridades antitruste, Vinicius Marques de Carvalho sugere que estas duas formas levam à avaliação de sua política através (*i*) dos desvios ou convergências em relação às chamadas *best practices* internacionais; ou (*ii*) como resultado do procedimento histórico das escolhas de cada país, construindo as chamadas *better practices* (CARVALHO, Vinicius M. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas. In CARVALHO, Vinicius M. (org.) A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015, p. 13).

[67] Isso pode ser verificado, por exemplo, na atuação do Cade ao avaliar operações com efeitos conglomerados, em sua maioria, também analisadas por outras autoridades, em que a autoridade brasileira conduz sua análise, majoritariamente, com base nas Diretrizes Controle de Concentrações com Efeitos Não-Horizontais, conforme descreve a Parte 4, abaixo. Obviamente, a constatação de se há efetiva convergência global substantiva em torno da teoria da atuação transversal / reciprocity dealings dependeria de uma investigação específica, que avaliasse decisões proferidas por outras autoridades.

[68]Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61.

[69]Ato de Concentração nº. 08700.008483/2016-81. Em TGM/WEG envolvendo os mercados de geradores e turbinas para cogeração de energia. No caso, tanto Superintendência-Geral, quanto a Conselheira Relator no Tribunal, Pollyana Villanova, destacaram diretamente a criação de poder de portfólio no cenário pós-operação (não se fala especificamente na criação de um conglomerado).

[70] Ato de Concentração nº. 08700.004446/2017-84. Tanto a Superintendência-Geral, quanto o Tribunal, afastaram as preocupações concorrenciais resultantes da operação, sobretudo em relação aos efeitos conglomerados,

maior parte deles, tanto a Superintendência-Geral, quanto, quando chamado a se manifestar, o Tribunal, conduziram a análise baseada na teoria da atuação transversal / *reciprocity dealings* e concluíram pela ausência de incentivos para adoção das condutas típicas (como *tying* e *bundling*), afastando as preocupações concorrenciais relacionadas, especificamente, aos efeitos conglomerados[72].

No caso da Comissão Europeia, em todos os casos recentes, a teoria do dano aplicada foi a dos *reciprocity dealings* – a preocupação principal da operação pareceu estar sempre voltada à atuação transversal, envolvendo diversos mercados complementares/relacionados. Nos casos Microsoft/Linkedin[73] e Intel/McAfee[74], a principal preocupação era o fechamento de mercado decorrente da possibilidade de alavancagem da participação das partes em outros mercados, como resultado da posição dominante. No caso Qualcomm/NXP[75], a principal preocupação estava relacionada ao poder de portfólio das partes nos mercados de chips e semicondutores, bem como a possibilidade de abuso no licenciamento de determinadas tecnologias desenvolvidas pela NXP, que poderia ser condicionada a aquisição dos produtos que pertenciam ao portfólio das empresas.

Em todos os casos, as preocupações concorrenciais decorrentes dos efeitos conglomerados levaram à imposição de remédios comportamentais, consistentes, basicamente, na assunção de obrigações de não discriminação, garantia de interoperabilidade e acesso às informações necessárias para utilização das plataformas e funções oferecidas por concorrentes de ambas as partes[76].

Em Intel/McAfee, inclusive, a Comissão Europeia destacou a importância dos *remédios comportamentais* para enfrentar preocupações relacionadas a efeitos conglomerados, indicando que,

---

aprovando-a sem quaisquer restrições. A mesma decisão foi tomada pela Comissão Europeia, na análise do caso, ver Case M.8394 – *Exilor/Luxotica* (2017).

[71] Ato de Concentração nº. 08700.001324/2018-17. As preocupações foram afastadas sobretudo diante da constatação de que haveria baixos incentivos para o oferecimento de soluções integradas compreendendo produtos e serviços de cada uma das empresas.

[72] Vale destacar, no entanto, que as principais operações avaliadas pela Comissão Europeia, em que preocupações mais relevantes foram identificadas, não foram objeto de análise pelo Cade, ou seja, a avaliação da atuação da autoridade brasileira certamente fica limitada. Na maior parte dos casos, avaliados na Europa, os mercados afetados diziam respeito ao setor de internet e tecnologia, confirmando a impressão apresentada anteriormente, de que, no cenário atual, a preocupação com os conglomerados está, sobretudo, nesse setor. Em alguns casos, foram aplicados remédios específicos à mitigação dos efeitos conglomerados, os quais são descritos abaixo.

[73] Case M.8124 - Microsoft / LinkedIn (2016). O caso, e os remédios aplicados envolveram, a discussão sobre a relevância de dados para a análise antitruste, e a aplicação de teorias do dano especificamente relacionadas aos efeitos conglomerados resultantes da operação. A preocupação, nesse sentido, decorria da atuação relevante da Microsoft nos mercados de sistemas operacionais (OSs) e *softwares* de produtividade (i.e., Microsoft Office), que poderia gerar efeitos de *tying* para o mercado de redes sociais profissionais (PSN), *i.e.*, tais efeitos conglomerados consistiam na possibilidade de existir fechamento dos primeiros mercados a concorrentes da Linkedin no mercado de PSN.

[74] Case M.5984 – Intel/MacAfee (2011) A principal preocupação da Comissão era que qualquer concorrente da McAfee no mercado de soluções de segurança pudesse ser discriminado no acesso de informações necessárias para acessar as funcionalidades do *hardware* da Intel. Segundo a decisão da Comissão Europeia, "*in the light of the results of the market investigations, that it is likely that the conglomerate effects resulting from a degradation of the interoperability between the parties' products and those of the parties' competitor would lead to a foreclosure of McAfee's competitors in the endpoint security markets and thereby possibly strengthen the current dominant position in the chipset and CPU market"*, Case M.5984 – Intel/MacAfee (2011), p. 32.

[75] Case M.8306 – *Qualcomm/NXP* (2017). Qualcomm e NXP, atuantes no mercado de semicondutores. Para além de preocupações relacionadas às sobreposições horizontais entre as atividades das partes, a Comissão Europeia analisou também a criação de efeitos conglomerados, relacionados principalmente a integração, por um mesmo agente econômico, de chips destinados a diferentes atividades, bem como de um portfólio de patentes complementares relacionadas às tecnologias NFC e MIFARE desenvolvidas pela NXP.

[76] Em Microsoft/Linkedin, por exemplo, o remédio sugerido pela Comissão para fazer frente a essa preocupação consistiu em dois conjuntos de compromissos: os primeiros destinados a fazer frente às preocupações de pré-instalação do Linkedin nos sistemas operacionais da Microsoft, e os segundos destinados às preocupações relacionadas à integração de funções do Linkedin junto ao pacote Office e possibilidade de recusa do acesso de concorrentes às especificidades técnicas da Microsoft.

quando o principal problema é a garantia de acesso a informações necessárias para utilizar determinadas plataformas ou produtos, cabe às autoridades antitruste *apenas* garantir acesso a tais informações (e, consequentemente, a tais produtos), aos concorrentes que delas necessitam para suas atividades[77]. Parece bastante claro que tal indicação só faz sentido dentro da específica teoria do dano eleita pela Comissão Europeia para avaliar os efeitos concorrenciais dos conglomerados. Fosse a preocupação a criação de entidades com exagerado tamanho ou poder econômico, os remédios negociados certamente seriam outros.

Aliás, este ponto foi especificamente levantado pelo Conselheiro João Paulo Resende, do Cade, em seu voto pela reprovação da operação entre Bayer e Monsanto[78], em que destacou que, a contrário da tendência internacional de fixar obrigações comportamentais para enfrentar efeitos conglomerados, "*dado o tamanho do problema, por que não usar remédios estruturais para enfrentar riscos de exercício de poder vertical e de conglomerado*?" sobretudo quando há nexo de causalidade suficiente que impeça a mitigação desses efeitos através de remédios comportamentais[79]. O voto do Conselheiro Relator, Paulo Burnier, no mesmo caso, ao contrário, concluiu a sessão dedicada a análise dos efeitos conglomerados destacando a dificuldade das autoridades americana e europeia em sustentar que tais efeitos poderiam, realmente, trazer efeitos negativos para a dinâmica concorrencial dos mercados, indicando, também, as importantes economias de escala e escopo possibilitadas por efeitos conglomerados, que poderiam ser repassadas aos consumidores na forma de melhores preços e condições para aquisição de produtos. O Conselheiro, portanto, pediu cautela na avaliação de efeitos conglomerados em atos de concentração econômica no Brasil[80].

Diante da análise proposta, não foi possível identificar nenhum caso em que as autoridades tenham levantado outras preocupações concorrenciais decorrentes dos efeitos conglomerados que os *reciprocity dealings*, ou a adoção de outra teoria do dano para avaliar seus resultados para a concorrência[81].

---

[77] Case M.5984 – Intel/MacAfee (2011), p. 54.

[78] O caso Bayer/Monsanto foi analisado pelo Cade em 2017, tendo sido aprovado com restrições, no mesmo ano, pelo Tribunal Administrativo. Nesse caso, tanto a análise do Cade, quando da Comissão Europeia avaliaram a criação de efeitos conglomerados, tendo o primeiro imposto remédios comportamentais para mitigá-los, e a segunda afastado as preocupações concorrenciais relacionadas a tais efeitos. A análise do mesmo caso pela Comissão Europeia concluiu pela ausência de incentivos para comercialização de soluções integradas, tendo os remédios impostos por aquela autoridade sido voltados apenas para o enfrentamento das sobreposições horizontais localizadas, ver Case M.8084 – *Bayer/Monsanto* (2017).

[79] Para ele, um pacote de desinvestimento mais robusto, envolvendo, no caso, a alienação de ativos relevantes nos mercados de defensores agrícolas e transgênicos (os mercados que geravam efeitos conglomerados na operação), ou a saída, por completo, de um dos dois mercados.

[80] Similarmente, em TGM/WEG, é interessante a constatação da Superintendência-Geral de que a detecção, identificação e comprovação das possíveis práticas anticompetitivas decorrentes do poder de portfólio das requerentes seria difícil, uma vez que a estrutura de custos de cada parte deveria ser compreendida no detalhe, bem como a política de precificação de cada produto. Nesse sentido, faria sentido que a autoridade exigisse, preventivamente, que as partes se comprometessem com determinadas obrigações de controle e fiscalização sobre as soluções integradas, garantindo a não discriminação e o não fechamento de mercado. Especificamente, a WEG se comprometeu a garantir que seus clientes (atuais e potenciais) teriam a possibilidade de adquirir cada um dos produtos que integram o sistema de cogeração de energia de forma avulsa, bem como integrada. A decisão segue as orientações da OCDE, que sugere que a atuação das autoridades concorrenciais no que concerne aos efeitos de portfólio decorrentes de uma operação com efeitos conglomerados seja feita ex post, isto é, através da repressão a eventuais condutas unilaterais das partes no contexto pós-operação. No documento produzido, revela-se expressamente que "*one can never be certain that such behavior will in fact occur" e "waiting until after it arises means that it can be assessed in actual market conditions which should greatly facilitate determining its likely net competitive effect"* (OECD, op. cit., p. 9).

[81] Apenas de forma tangencial e subsidiária, no entanto, na primeira operação analisada pela Comissão Europeia envolvendo preocupações relacionadas a efeitos conglomerados, após a edição de suas Diretrizes sobre operações com efeitos não horizontais (a aquisição da Double Click, uma empresa atuante no mercado de *ad serving*, pela Google), problemas relacionados ao poder econômico e político das partes foram avaliados. Nesse caso, a Comissão afastou todas as preocupações relacionadas aos efeitos conglomerados destacando, principalmente, a

Conclusão

Da análise teórica e prática da teoria dos efeitos conglomerados em atos de concentração econômica podem ser traçados traçar algumas conclusões de ordem diagnóstica e outras de ordem propositiva.

Os casos analisados mostram uma predileção pelo emprego da teoria de poder conglomerado ligada à atuação transversal em mercados relacionados (*reciprocity dealings*), que pautou também os remédios aplicados (em geral, restrições comportamentais voltadas especificamente para desincentivar condutas típicas de *tying* e *bundling*).

A adoção dessa teoria do dano e da intervenção não estrutural nas organizações empresariais dos conglomerados parece indicar a tendência de avanço gradual e paulatino em relação a uma política de defesa da concorrência que afastava, de pronto, qualquer preocupação concorrencial nos conglomerados. Assim, se evita que as autoridades adentrem o campo complexo e inseguro da revisão generalizada dos objetivos e instrumentos de sua política de defesa da concorrência, impondo, por exemplo, uma tarefa genérica de tutelar a formação e atuação de conglomerados gigantes. Isso assegura, também, maior facilidade ao processo de convergência global entre a atuação das autoridades que venham a avaliar os mesmos efeitos conglomerados em diferentes jurisdições, na medida em que permite uma convergência de ordem mais substancial que institucional.

Essa tendência não é necessariamente negativa. De fato, em termos de uma teoria do dano, descrita em diretrizes aplicáveis a casos gerais e utilizadas como referências para autoridades nas mais diversas jurisdições, como fazem a Comissão Europeia, ou a OCDE, a proposta de uma revisão demasiadamente profunda parece, ao menos à primeira vista, de difícil – se não impossível – concretização. Em cenários locais, como é o caso da Alemanha, essa revisão talvez ganhe concretude maior, mas quando se fala em convergência global (algo que é tido como desejável, sobretudo no controle de concentrações com efeitos transnacionais), parece, de fato, mais complicado.

De maneira geral, no controle de concentrações, os efeitos conglomerados serão quase sempre secundários a sobreposições horizontais e verticais e raramente serão tidos como suficientes para barrar uma operação ou obrigar as partes a fazerem desinvestimentos substanciais. Mas, levando em consideração um caso em particular, isto é, sem o ônus de adotar, uma teoria do dano de forma generalizada, indicar a existência de preocupações concorrenciais decorrentes de efeitos conglomerados e criar remédios específicos para estas preocupações que ultrapassem as soluções comportamentais voltadas a mitigar potencial poder de portfólio entre as partes as autoridades antitruste podem ser importantes estratégias de avanço e inovação da análise antitruste[82]. Isso quer dizer que, sem prejuízo da adoção da linha da teoria da atuação transversal / *reciprocity dealings* para avaliação geral dos efeitos conglomerados de uma operação, as autoridades antitruste podem se valer, em casos específicos, e com

---

existência de efeitos de rede apenas indiretos nos mercados de intermediação e *ad serving*, a existência de concorrentes relevantes (como Yahoo, AOL, e Microsoft), capazes de rivalizar com as empresas no cenário pós-operação, e os baixos incentivos para desenvolver práticas de *bundling* ou outras formas de *reciprocity dealings* suficientes para excluir outros concorrentes dos mercados. Mas, durante a instrução do caso, diversos agentes de mercado e terceiros da sociedade civil levantaram preocupações relacionadas ao poder que a empresa combinada teria como resultado da combinação entre suas bases de dados pessoais de seus clientes e usuários. A análise da Comissão, no entanto, limitou-se à avaliação da possibilidade de práticas de alavancagem (*leveraging*) e fechamento de mercado, não havendo debate efetivo sobre os efeitos de tal poder sobre a privacidade alheia sobre a dinâmica concorrencial dos mercados afetados. Nos demais casos, especialmente naqueles em que a Comissão Europeia autorizou o fortalecimento de gigantes conglomerados de tecnologia e internet, nenhuma outra discussão relevante sobre os efeitos concorrenciais do tamanho absoluto ou poder econômico e político das partes, pós-operação, foi encontrada.

[82] Nesse contexto, vale destacar as indicações de Grinsbug e Wright (GINSBURG, D. H., WRIGHT, J. D., op. cit., p. 18) e Katz e Shelansky, no sentido de que a introdução de análises "fora da caixa" no antitruste, especialmente voltadas para a avaliação de aspectos de concorrência dinâmica, pode valer-se de estudos específicos ao mercado afetado por determinada operação ou conduta para avaliar mais profundamente a dinâmica competitiva dos agentes, levando em conta seu desenvolvimento histórico, as condições econômicas e regulatórias que incidem sobre eles, bem como o padrão das inovações que assistiram (KATZ, M. SHELANSKI, H. op. cit.).

aplicação pontual, de outras teorias capazes de sustentar intervenções estruturais – sempre que isso for demonstrado como sendo necessário, como foi a indicação do Conselheiro João Paulo Resende no caso Bayer/Monsanto[83].

Referências Bibliográficas

BECKER, Bruno B. Decentralized Globalization: Possible Solutions For Multiple Merger Control Regimes In Cross-Border Transactions. REVISTA DO IBRAC Volume 22 - Número 1- 2016.

BOGUS, C. The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust, University of Michigan Journal of Law Reform, n. 49, 2015.

BORK, R. Goals of Antitrust: A Dialogue on Crisis, 1965.

BROCKHOFF, J; JEHANNO, B, et. Al. Google/DoubleClick: The first test for the Commission's nonhorizontal merger guidelines. Competion Policy Newsletter n. 2, 2008.

BUNDESKARTELLAMT, Conglomerate Mergers in Merger Control: Review and Prospects, Discussion Paper for the meeting of the Working Group on Competition Law on 21 September 2006.

CADE, Superintendência-Geral, Ato de Concentração nº. 08700.001324/2018-17, j. 08/05/2018.

CADE, Tribunal Administrativo, Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61, Conselheiro Relator: Paulo Burnier da Silveira, j. 17/05/2017.

CADE, Tribunal Administrativo, Ato de Concentração nº. 08700.004446/2017-84, Conselheiro Relator: Paulo Burnier da Silveira, j. 28/03/2018.

CADE, Tribunal Administrativo, Ato de Concentração nº. 08700.008483/2016-81, Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, j. 01/03/2018.

CARVALHO, Vinicius M. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas. In CARVALHO, Vinicius M. (org.) A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015.

CHEN, T. K. Convergence and Its Discontents: A Reconsideration of the Merits of Convergence of Global Competition Law. Chicago Journal of International Law, V. 12, n. 2, 2012.

COMPARATO, F. K. O Poder de Controle na Sociedade Anônima, 6ª ed., Forense, 2014.

CRANE, D. Four Questions For The Neo-Brandeisians, Antitrust Chronicle, Competition Policy International, 2018, p. 68.

CRANE, D. Substance, Procedure, and Institutional Harmonization of Competition Policy.

DELOITTE, M&A Institute. Cross Border M&A: Springboard to global growth, 2017.

EUROPEAN COMISSION, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2008.

EUROPEAN COMMISSION, Merger Case, Case M.4731 - Google/DoubleClick, j. 11/03/2008.

EUROPEAN COMMISSION, Merger Case, Case M.5984 – Intel/MacAfee, j. 26/01/2011.

EUROPEAN COMMISSION, Merger Case, Case M.8084 – Bayer/Monsanto, j. 29/05/2018.

EUROPEAN COMMISSION, Merger Case, Case M.8124 - Microsoft / LinkedIn j. 12/06/2016.

EUROPEAN COMMISSION, Merger Case, Case M.8306 – Qualcomm/NXP, j. 18/01/2018.

[83] Nesse contexto, vale destacar as indicações de Grinsbug e Wright e Katz e Shelansky no sentido de que a introdução de análises "fora da caixa" no antitruste, especialmente voltadas para a avaliação de aspectos de concorrência dinâmica, pode valer-se de estudos específicos ao mercado afetado por determinada operação ou conduta para avaliar mais profundamente a dinâmica competitiva dos agentes, levando em conta seu desenvolvimento histórico, as condições econômicas e regulatórias que incidem sobre eles, bem como o padrão das inovações que assistiram. Isso vale para aferição de efeitos conglomerados, mas também para outras preocupações concorrenciais que exijam que as autoridades se desviem da análise antitruste tradicional (GINSBURG, D. H., WRIGHT, J. D., op. cit. p. 18 e KATZ, M. SHELANSKI, H. op. cit.).

EUROPEAN COMMISSION, Merger Case, Case M.8394 – Exilor/Luxotica, j. 01/03/2018.

EUROPEAN COMMISSION, Merger Case, Working Party No. 3 on Co-operation & Enforcement: Remedies in Merger Cases, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, European Union (June 28, 2011).

EZRACHI, Ariel. Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies, (Univ. of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper No. (L) 13/05, 2013), disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913773.

FIDELIS, Andressa Lin. Data Driven Mergers, RDC, v.5, n.2, 2017.

FIRST, H. Woodstock Antitrust, Antitrust Chronicle, Competition Policy International, 2018.

FORGIONI, P. Os Fundamentos do Antitruste, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FOX, Eleanor. International Antitrust and the Doha Dome. Virginia Journal of International Law. V. 43, 2003.

FULLERTON, L., ALVAREZ, M. Convergence in International Merger Control. Antitrust, V. 26, 2012.

GINSBURG, D. H., WRIGHT, J. D., Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions, Antitrust Law Journal, V. 78, N. 1, 2012.

GRUNES, A. Is Fake News a Competitive Problem? Competition Policy International, 2017.

GUERRERA, F. Decline sets in at the conglomerate, Financial Times, 2007, disponível em https://www.ft.com/content/58d234f0-b48c-11db-b707-0000779e2340.

HOVENKAMP, H. Antitrust Policy and Inequality of Wealth, University of Pennsylvania Law School, Faculty Scholarship. 1769, 2017.

KAHN, L. Amazon's Antitrust Paradox. The Yale Law Journal v. 126, n. 3, January 2017.

KATZ, M.; SHELANSKY, H. Shumpeterian Competition And Antitrust Policy In High Tech Markets Competition, Vol. 14, p. 47, 2005 KHAN, L. Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Journal, 2016.

KHAN, L. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. Journal of European Competition Law & Practice, Volume 9, Issue 3, 1 March 2018, Pages 131–132.

KOLASKY, William J. Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels. Address before the George Mason University Symposium, 2001.

LEON, I., Latin American Competition Policy: From Nirvana Antitrust Policy to Reality-Based Institutional Competition Building, Chicago-Kent Law Review, V.39, 2007.

LIM, Y. Tech wars: return of the conglomerate: Throwback or dawn of a new series for competition in the digital era?, 2017.

MARKOVITS, R.S., Economics and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014.

MARSDEM, P. Who Should Trust-Bust? Hippocrates, not Hipsters (feat. evidence-led suggestions for how authorities could be more "progressive", In Antitrust Chronicle, April, Volume 1, Spring 2018.

MCGOWAN, D. Innovation, Uncertainty, and Stability in Antitrust Law, 2013, pp. 741-756.

OECD, Big Data: Bringing Competition to the Digital Era, 2017.

OECD, Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, 24-jan-2002, p. 7.

OLIVEIRA, Marcelo N. Concorrência Potencial: teoria do dano ou futurologia?, Revista do IBRAC, v. 23, n.2, 2017.

ORBACH, B., Rebling, G. C. The Antitrust Curse of Business, Southern California Law Review, v. 85, p. 605, 2012

PEREIRA NETO, C. M. S., GERADIN, D. Restrições Verticais Adotadas por Empresas Dominantes: Uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PICCIOTO, Sol. Capitalismo corporativo e a regulação internacional da concorrência. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro, Vol. 07, N.4, 2016.

PITOFSKY, R. The Political Content of Antitrust, 1979.

POSNER, R. Conglomerate Mergers and The Antitrust Policy: An Introduction, St. John's Law Review, V. 44, 1969.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial*¸ São Paulo: Malheiros, 2013.

SHAPIRO, C. Antitrust in a Time of Populism, 2017.

SHARMA, R. Amazon, Facebook, Google, And The New Tech Conglomerate, FORBES (Aug. 9, 2014), available at https://www.forbes.com/sites/rakeshsharma/2014/08/09/amazon-facebookgoogle-and-the-new-tech-conglomerate/#7f4fb003788f.

SHER, S. KEMP, K. A Comparative Analysis of the Use of Merger Remedies in Technology Industries, in: CPI Antitrust Chronicle, December, 2014.

SIDAK, G.; TEECE, D. Dynamic Competition in Antitrust Law. Journal of Competition Law & Economics, 5(4), p. 593.

SILVEIRA, P. B. L'Internationalisation du Contrôle des Concentrations. Paris: Université Panthéon-Assas, Tese (Doutorado), 2011.

SOKOL, D.; BLAIR, R. Welfare Standards in US and EU Antitrust Enforcement, 2001, 2498-2517, e SOKOL, D. Monopolist Without Borders: The Institutional Challenge Of International Antitrust in a Global Gilded Age¸ Berkley Business Law Journal, V. 4, 2007.

SOKOL, David. Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age. Berkeley Business Law Journal, v. 4. Berkeley: Berkeley Business Law Journal, 2007.

SPIVACK, G. B. Conglomerate Mergers and the Antitrust Laws, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 4111., 1970, disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4111

TAPLIN, J., Is It Time to Break Up Google?, NYT (Apr. 22, 2017), disponível emt https://www.nytimes.com/2017/04/22/opinion/sunday/is-it-time-to-break-up-google.html).

WEITBRECHT, A., FLANAGAN, R. The Control of Vertical and Conglomerate Mergers Before and After GE/Honeywell – The Commission's Draft Guidelines for Non-Horizontal Mergers, Bloomberg European Business Law Journal, V. 1, 2007.

WEITBRECHT, A., FLANAGAN, R. The Control of Vertical and Conglomerate Mergers Before and After GE/Honeywell, p. 298.

WU, T. After Consumer Welfare, Now What? The "Protection of Competition" Standard in Practice, Antitrust Chronicle, April, Vol. 1, Spring 2018.

4. PODER DE PORTFÓLIO: RECENTE TENDÊNCIA DO CADE NA ANÁLISE DE OPERAÇÕES CONGLOMERADAS

4. PORTFOLIO POWER: CADE'S RECENT TEDENCY IN THE ANALYSIS OF CONGLOMERATE MERGERS

Ursula Pereira Pinto Bassoukou, Beatriz Medeiros Navarro Santos e Mariana Fontoura da Rosa

Resumo: Com o aumento de concentrações envolvendo empresas de grande porte e multinacionais, em diversos casos recentes o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") analisou quais seriam os potenciais efeitos de portfólios decorrentes de operações conglomeradas e se haveria a necessidade de adotar remédios para mitigá-los. Essa tendência na jurisprudência nacional segue a tendência de abordagem desse tema em outras jurisdições, em especial, na União Europeia e Estados Unidos da América. Por meio da análise de casos julgados pelas autoridades antitruste, é possível verificar as dificuldades enfrentadas para se analisar a dualidade dos efeitos decorrentes do poder de portfólio e de que forma as autoridades têm lidado com a questão.

Palavras-chaves: Conglomerado. Concentração. Venda casada. Vendas em pacote. Portfólio.

Abstract: With the increase of merger filings involving large and multinationals companies, in many recent cases the Administrative Council of Economic Defense ("CADE") has analyzed which would be the potential portfolio effects arising from these conglomerate transactions and whether it would be necessary to adopt remedies to mitigate such effects. This trend in the national jurisprudence follows the trend about this matter from other jurisdictions, specially in the European Union and the Unites States of America. Through the analysis of cases judged by the antitrust authorities it is possible to verify the difficulties faced in analyzing the duality of effects deriving from portfolio power and how the authorities are dealing with this matter.

Keywords: Conglomerate. Merger. Tying. Bundling. Portfolio.

Introdução

É parte da rotina dos operadores do direito concorrencial analisar e notificar operações envolvendo concentrações econômicas horizontais[1] e verticais[2]. Porém, há um terceiro tipo de concentração que tem cada vez mais atraído os holofotes do CADE, principalmente quando combinado com os outros dois tipos mencionados inicialmente: as operações conglomeradas.

Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar como as operações conglomeradas têm sido analisadas pelo CADE, pontuando quais seriam as principais preocupações da autoridade com esse tipo de operação; os aspectos positivos e negativos resultantes deste tipo de operação; e os fatores que são levados em consideração na análise realizada.

Para tanto, inicialmente, serão abordados os conceitos de operações conglomeradas e poder de portfólio e seus possíveis efeitos negativos e positivos. Posteriormente, para fins comparativos, será abordado o caso paradigmático no qual as autoridades antitruste norte-americana e europeia emitiram decisões divergentes, em grande parte pelas conclusões sobre os efeitos que podem ser gerados

[1] Conforme a Cartilha do CADE (última versão atualizada de maio de 2016), uma concentração é considerada 'horizontal' quando envolve agentes econômicos distintos, mas que ofertam apenas produtos e/ou serviços substitutos, *i.e.*, as partes da concentração atuam no mesmo nível da mesma cadeia de fornecimento e seus produtos não são complementares. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf

[2] Conforme a Cartilha do CADE (última versão atualizada de maio de 2016), uma concentração é considerada 'vertical' quando envolve agentes econômicos distintos, que possuem uma relação atual ou potencial de fornecedor-cliente, *i.e.*, ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf

pelo poder de portfólio. Tal caso demonstra a dificuldade encontrada pelas autoridades na análise do poder de portfólio e a ausência de um consenso quanto aos seus efeitos.

Em seguida, será abordada a recente tendência do CADE na análise de operações conglomeradas, que passou a tratar com mais cautela a questão do poder de portfólio, para analisar como a autarquia tem lidado com essa questão; os principais fatores levados em consideração; os efeitos negativos e positivos eventualmente suscitados pela autoridade; e quais são as principais preocupações indicadas como decorrentes deste tipo de operação. Para isso, será realizado um breve relato sobre a jurisprudência recente da autarquia, englobando alguns dos principais casos julgados que envolveram operações conglomeradas.

1. Operações Conglomeradas e Poder de Portfólio

Conforme o Guia da Comissão Europeia para Concentrações Não Horizontais[3], atos de concentração conglomerados:

> [...]são concentrações entre empresas que mantêm relações que não são nem estritamente horizontais (enquanto concorrentes no mesmo mercado relevante) nem verticais (enquanto fornecedor e cliente). Na prática, trata-se principalmente de concentrações entre empresas que desenvolvem actividades em mercados estreitamente relacionados (2) (por exemplo, concentrações que envolvem fornecedores de produtos complementares ou produtos que integram uma gama de produtos geralmente vendidos ao mesmo conjunto de clientes para a mesma utilização final).

As concentrações conglomeradas podem, ainda, ser classificadas em outros três tipos. De acordo com Forgioni[4], as operações que envolvam empresas que fabricam o mesmo produto mas atuam em mercado geográficos distintos são denominadas operações de "expansão de mercado". Já aquelas que fabricam produtos complementares por natureza (possuem semelhanças em processos de produção, publicidade e/ou distribuição) são chamadas de operações de "expansão de produto". Por fim, aquelas operações em que os produtos não guardam qualquer relação entre si, são denominadas operações "de diversificação" ou "conglomeradas puras".

Regra geral, atos de concentração conglomerados (ou, em inglês, *conglomerate mergers*) são menos propensos a serem entendidos como anticoncorrenciais. No entanto, é necessário, tal como ocorre em concentrações horizontais e verticais, sopesar as eficiências *vis-à-vis* os efeitos anticompetitivos (como fechamento e/ou aumento dos custos de concorrentes) que podem ser gerados a partir dessas operações.

Ao contrário de concentrações horizontais, as concentrações conglomeradas não geram a perda de concorrência direta entre as empresas que são parte da operação no mesmo mercado relevante.

Assim, por apenas ensejarem efeitos indiretos no mercado afetado pela operação, as operações conglomeradas possuem um grau de complexidade de análise maior do que as concentrações horizontais e verticais, pois, além da tradicional análise dos mercados afetados pela operação, operações conglomeradas também carecem de uma análise dos mercados relacionados e, por vezes, da própria dinâmica comercial desses negócios a fim de avaliar se há a possibilidade de produção de efeitos deletérios.

Além disso, concentrações conglomeradas são mais propensas a resultar em eficiências do que concentrações horizontais, por promoverem as chamadas eficiências de escopo (produção/oferta conjunta de produtos/serviços relacionados)[5].

Isso porque, tais operações geralmente envolvem produtos e serviços altamente complementares (ao invés de sobrepostos ou verticalmente integrados), não substitutos e oferecidos a um mesmo nicho de clientes. Como resultado de uma operação conglomerada, portanto, o mercado

---

[3] *Commission Guidelines on Non Horizontal Mergers*, parágrafo 91. Versão em português disponível em: https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/19597169-c020-4a72-816a-0b15416119f7.

[4] FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste. 4ª edição.* Pag. 417. Ed. Revista dos Tribunais.

[5] Vide *Commission Guidelines on Non Horizontal Mergers*, parágrafos 11 a 14. Disponível em https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/19597169-c020-4a72-816a-0b15416119f7.

contará com uma empresa potencialmente mais eficiente, pois possibilitará a oferta de um maior portfólio de produtos/serviços. Da mesma maneira, poderá haver diminuição dos custos de transação dos clientes, uma vez que estes poderão negociar com uma única empresa para diversos produtos, serviços e/ou marcas.

Não obstante, mais recentemente, algumas autoridades concorrenciais (como a Comissão Europeia e o CADE) têm demonstrado uma tendência à persecução de casos conglomerados e seus potenciais efeitos anticompetitivos, envolvendo tanto a análise de operações quanto a investigação de condutas.

Conforme será melhor detalhado, diversos foram os casos recentemente analisados pela Comissão Europeia e CADE envolvendo, pelo menos em parte, teorias sobre as preocupações suscitadas por operações envolvendo conglomerados.

De antemão, é possível antecipar que atos de concentração envolvendo junção de conglomerados não suscitarão preocupações concorrenciais se a concentração nos respectivos mercados não for alta. Caso contrário, uma análise mais detalhada de seus efeitos será necessária. A principal preocupação normalmente atrelada a esse tipo de operação está relacionada ao chamado efeito de portfólio, por meio do qual a empresa resultante da concentração poderia tomar vantagem de sua gama de produtos ou portfólio e alavancar a sua atuação (*i.e.*, utilizar o seu poder de mercado em um dos produtos/serviços em que possui atuação para aumentar os preços em outro(s) mercado(s)).

Em resumo, dentre os principais efeitos positivos associados à detenção de um vasto portfólio de produtos é possível listar os seguintes:

1) Diminuição dos custos de transação do cliente – possibilidade de concentrar as negociações em um único fornecedor que possui diversos tipos de produtos e marcas (também conhecido como "*one-stop shopping*"); e

2) Maximização da exposição da marca da empresa – a divulgação de uma marca pode automaticamente divulgar também todos os seus demais produtos.

Por outro lado, dentre os principais efeitos negativos associados à detenção de um vasto portfólio de produtos, têm-se:

1) Criação de barreiras ou dificuldades à entrada de novos agentes;

2) Criação de barreiras ou dificuldades na capacidade efetiva de rivalizar dos concorrentes presentes no mercado; e

3) Facilitação da prática de condutas lesivas à concorrência, como o fechamento de concorrentes por meio de venda de pacote de produtos (*bundling*)[6] e venda casada (*tying*)[7].

2. Análise de caso: General Electric/Honeywell

Inicialmente, é importante destacar que atualmente não há um consenso entre as autoridades europeia e norte-americana (jurisdições que são parâmetro das autoridades concorrenciais brasileiras) sobre atos de concentração conglomerados[8]. O caso paradigmático que deu ensejo a intenso debate

---

[6] *Bundling* refere-se a situações nas quais os produtos são vendidos apenas em proporções fixas ou quando o preço individual do produto é menor quando adquirido em pacotes do que quando adquiridos separadamente. Vide: Guia da Comissão Europeia para Atos de Concentração Não Horizontais, disponível em https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/19597169-c020-4a72-816a-0b15416119f7

[7] Conforme definição fornecida pelo próprio CADE, a venda casada ocorre quando "O ofertante de determinado bem ou serviço impõe, para a sua venda, que o comprador adquira um outro bem ou serviço. O efeito anticoncorrencial mais visível seria a tentativa de alavancar poder de mercado de um mercado para dominar outro, eliminando concorrentes". Vide Cartilha do CADE, disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf.

[8] Ressalte-se que algumas outras razões que potencialmente deram causa a tal divergência entre essas duas jurisdições foram posteriormente suscitadas e discutidas, dentre elas: (i) diferentes padrões legais existentes em tais jurisdições (a regulamentação de concentrações na União Europeia tende a proibir concentrações que podem criar ou fortalecer uma posição dominante, enquanto a legislação norte-americana tende a proibir concentrações que podem diminuir substancialmente a concorrência); (ii) menor disponibilidade de remédios *ex post* (remédios

público entre essas duas agências antitruste envolveu as empresas *General Electric/Honeywell*[9], que foi reprovado pela Comissão Europeia em 2001 (com base em teorias de efeitos conglomerados), após ser aprovado com restrições nos Estados Unidos da América[10].

A principal preocupação suscitada pela Comissão Europeia foi a possibilidade da operação criar ou fortalecer uma posição dominante da empresa resultante em decorrência de certas sobreposições horizontais e, com a combinação dessa posição dominante com o portfólio de produtos aviônicos complementares das partes, permitir com que a empresa resultante pudesse se engajar em práticas de *bundling* ou *tying*[11].

Já a agência antitruste norte-americana identificou dois mercados principais afetados pela operação: o mercado de motores de helicópteros militares e o mercado de serviços e manutenção de motores de aeronaves e de unidade auxiliares de energia (do inglês, *Auxiliary Power Units "APU"*) – que, curiosamente, são diferentes dos mercados principais identificados pela Comissão Europeia, quais sejam, aviônicos e motores de jatos comerciais.

Apesar da autoridade antitruste norte-americana ter identificado preocupações concorrenciais com relação a esses dois mercados, ela entendeu que a aplicação de certos remédios (como o desinvestimento e a autorização para terceiros prestarem serviços de manutenção para certos modelos de motor e APU da Honeywell) mitigaria tais preocupações e permitiria a continuação da rivalidade em tais mercados.

Isso indica, por um lado, que as agências antitruste norte-americanas possuem maior dificuldade em descartar a existência de ganhos de eficiência associados à consolidação de um portfólio extenso de produtos e, por essa razão, são mais relutantes em contestar atos de concentração conglomerados baseados em teorias envolvendo poder de portfólio, que, para serem provadas, exigem um maior padrão de prova sobre seus efeitos deletérios.[12]

---

ex post seriam menos efetivos sob as leis da União Europeia em comparação com os Estados Unidos da América e, portanto, a análise de atos de concentração pela Comissão Europeia seria sua única chance de combater possíveis efeitos deletérios de operações); e (iii) análises sob perspectivas de curto *versus* longo prazo (na União Europeia a análise dos efeitos anticompetitivos de uma operação seriam analisados sob uma perspectiva de maior prazo do que nos Estados unidos da América, argumento por vezes não aceito pela jurisdição norte-americana). Além disso, outras possíveis diferenças ora discutidas seriam relacionadas às próprias diferenças institucionais entre as duas agências (de staff e de ferramentas investigativas); diferenças nos mecanismos de revisão judicial (que podem ser mais onerosos uns que os outros); e, finalmente, uma possível visão diferente sobre a intervenção governamental no funcionamento do mercado. Vide: Apresentação/discurso do Sr. William J. Kolasky (então Procurador Geral Adjunto, Divisão Antitruste, Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América - DOJ): *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*. Simpósio da Universidade George Mason, Washington, DC, Estados Unidos da América. Em 09 de novembro de 2001.

[9] A General Electric (GE) era a fabricante líder de motores a jatos para aeronaves comerciais e regionais de grande porte, cujos dois principais concorrentes eram Pratt & Whitney (subsidiária da United Technologies) e Rolls Royce. Por sua vez, a Honeywell era a fabricante líder de motores para jatos regionais e executivos de pequeno porte (cujos principais concorrentes eram Pratt & Whitney e Rolls Royce) e de sistemas aviônicos e nanoaviônicos (cujo principais concorrentes eram as empresas Rockwell Collins e Thales; e United Technology, BF Goodrich e SNECMA, respectivamente).

[10] No Brasil, o caso foi analisado pelo CADE sob o Ato de Concentração nº 08012.006014/2000-18. Conforme o voto do Conselheiro-Relator Afonso Arinos de Mello, de 12 de setembro de 2001, o caso foi arquivado sem julgamento de mérito, uma vez que houve perda do objeto da operação em vista do desfazimento do negócio pelas partes por motivo de veto da operação pela Comissão Europeia.

[11] A Comissão Europeia concluiu que a operação fortaleceria a posição dominante da GE no mercado de motores para jatos de grande porte, permitindo que GE e Honeywell se envolvessem em práticas de mixed bundling, por meio da oferta de um pacote de motores da GE e de sistemas aviônicos e nanoaviônicos da Honeywell por preços com descontos (ou seja, preços combinados inferiores à soma dos preços autônomos).

[12] Nesse sentido, KOLASKY, William J. afirmou em seu discurso Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels que "(…) the U.S. antitrust agencies concluded that antitrust should rarely, if ever, interfere with any conglomerate merger. We simply could not identify any conditions under which a conglomerate merger, unlike a horizontal or vertical merger, would likely give the merged firm the ability and

Neste sentido, é possível perceber que enquanto o enfoque norte-americano tende a proteger e analisar os impactos diretos desses tipos de operação sobre a concorrência, a visão europeia tende a focar nos benefícios que podem ser gerados aos consumidores dos respectivos mercados.

Além disso, também é possível concluir que, independentemente do posicionamento das agências na análise, há dificuldade pelas autoridades concorrenciais em analisar operações conglomeradas e seu potencial poder de portfólio – fato este também mais recentemente admitido pelo CADE[13].

Isto se dá, portanto, em vista da dualidade de efeitos gerados por tais concentrações e da dificuldade em prever as situações em que, concretamente, concentrações envolvendo junção de portfólios de produtos/serviços gerariam incentivos para um efetivo fechamento de mercado[14].

Nesse contexto, mais recentemente, conforme mencionado acima, diversos foram os casos analisados pela Comissão Europeia e que foram alvos de uma análise mais cuidadosa sob a ótica de efeitos conglomerados, vale mencionar: Qualcomm/NXP Semicondutores (junho de 2017)[15], Bayer/Monsanto (agosto de 2017)[16] e Luxxotica/Essilor (setembro de 2017)[17]. Alguns desses casos também foram analisados pelo CADE e objeto de análise de efeitos conglomerados, conforme será abordado na seção seguinte.

3. Jurisprudência recente do CADE

Com o aumento de concentrações envolvendo empresas de grande porte e multinacionais, o CADE[18] passou a analisar com mais cautela o poder de portfólio e efeitos conglomerados, por entender que operações que resultam em um portfólio muito amplo podem gerar efeitos antagônicos: ao mesmo tempo em que permitem a redução de custos de transação dos clientes ao adquirirem diversos produtos de apenas um fornecedor, também podem ocasionar o aumento das barreiras à entrada aos concorrentes, aumentando as dificuldades para que eles concorram com a empresa resultante da operação, visto que os clientes podem preferir negociar apenas com o fornecedor que detenha o maior portfólio. Como

---

incentive to raise price and restrict output. We recognized, conversely, that conglomerate mergers have the potential as a class to generate significant efficiencies".

[13] Vide, por exemplo, voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, então relator do caso Bayer/Monsanto (Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49).

[14] Ver, neste sentido, KOLASKY, William J. *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*. Apresentação/discurso do ex-membro da Divisão Antitruste, Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América – DOJ no Simpósio da Univerdade George Mason, Washington, DC, Estados Unidos da América, em 09 de novembro de 2001. Ver também CHEN, Zhijun e REY, Patrick. *A Theory of Conglomerate Mergers*. Working Paper. 2015.

[15] Principais preocupações da Comissão Europeia relacionadas ao caso incluíam possíveis práticas exclusionárias contra fornecedores concorrentes, incluindo por meio da potencial modificação de licenças atuais de propriedade intelectual (como, por exemplo, por meio da junção/formação de uma forma de pacote entre uma das tecnologias da NXP ao portfólio de patentes da Qualcomm).

[16] Principais preocupações da Comissão Europeia relacionadas ao caso incluíam a possível formação de pacote ou vendas casadas de produtos pesticidas e sementes, o que poderia impedir o acesso de concorrentes a distribuidores e agricultores, fato agravado pelo fato de que as partes contariam com suas agriculturas digitais (em que possuíam forte presença).

[17] Principais preocupações da Comissão Europeia relacionadas ao caso incluíam o possível uso de marcas relevantes da Luxottica, como a *Ray-Ban*, para convencer óticas a comprarem as lentes da Essilor, o que poderia prejudicar outros fornecedores de lentes.

[18] Vide Atos de Concentração nº 08700.009988/2014-09 (Condor Pincéis Ltda. / Tigre S/A – Tubos e Conexões, nº 08700.007191/2015-40 (Halliburton/Baker Hughes), nº 08700.001097/2017-49 (Bayer / Monsanto), nº 08700.011323/2014-57 (Companhia Brasileira de Cartuchos / Forjas Taurus), n° 08700.006606/2017-20 (Safran / Zodiac), n° 08700.001324/2018-17 (United technologies Corporation / Rocjwell Collins Inc.), nº 08700.008483/2016-81 (WEG Equipamentos Elétricos S.A. / TGM Industria e Comercio de Turbinas e Transmissões Ltda.), n° 08700.004446/2017-84 (Essilor International (Compagnie Générale d´Optique) S.A. / Luxottica Group S.p.A.).

resultado, as eficiências que resultariam da redução dos custos de transação poderiam ser reduzidas e os clientes, potencialmente prejudicados.

No mesmo sentido de alguns precedentes da Comissão Europeia, os precedentes do CADE já vislumbraram algumas preocupações concorrenciais advindas de concentrações que resultam em grandes portfólios, como a eliminação de um potencial concorrente nos mercados envolvidos na operação, o aumento da capacidade de atuação em soluções integradas e a possibilidade de implementar práticas exclusionárias, como subsídios cruzados (ou seja, a diminuição de preços nos mercados em que o agente possui participação de mercado menor, ao passo que compensa essas perdas nos mercados no qual possui uma participação de mercado mais elevada) e as já mencionadas práticas de *tying* e *bundling*.

Ademais, os precedentes do CADE indicam que além de as empresas com portfólios mais amplos estarem em posição de adotar práticas que aumentem as barreiras ao mercado, impedindo assim o acesso ao mercado de seus concorrentes, o portfólio extenso também maximizaria a exposição comercial de determinada empresa e suas marcas em comparação a concorrentes que não possuem um portfólio amplo.

3.1. Análise do poder de portfólio pelo CADE

Para analisar os efeitos que podem ser gerados pelas concentrações, o CADE tem levado em consideração as características e especificidades de cada mercado para averiguar se a ampliação do portfólio de produtos da empresa resultante da concentração é capaz de, efetivamente, gerar riscos ou efeitos negativos ao mercado afetado. A jurisprudência do CADE sobre o tema, no entanto, ainda é incipiente e não consolidada.

Com base em decisões recentemente emitidas pelo CADE, é possível perceber que, para alguns mercados, entende-se que os riscos do poder de portfólio são reduzidos. É o caso de dois precedentes[19] envolvendo o mercado de componentes de aeronaves, que se baseavam na natureza complementar das atividades das partes e que resultavam em uma oferta mais ampla de componentes de aeronaves (*Safran/Zodiac* e *UTC/Rockwell Collins*). Nos dois casos, o CADE descartou preocupações decorrentes do efeito conglomerado devido às características relacionadas à forma de aquisição e venda dos produtos envolvidos na operação.

Nesses casos, tendo em vista que (i) os componentes de aeronaves são adquiridos por meio de processos de cotação (como licitações privadas) específicos para cada modelo de aeronave e (ii) cada componente é objeto de um processo de cotação individual, o CADE entendeu que a ocorrência de práticas de *tying* ou *bundling* seria improvável, bem como a tentativa de implementação de subsídios cruzados pelos fornecedores seria arriscada e não racional. Além disso, a existência de diversos concorrentes relevantes, com portfólios consideráveis, aptos a concorrer de igual forma com as partes da operação, corroborou com o entendimento do CADE para descartar as preocupações derivadas do poder de portfólio nesse mercado.

Os efeitos conglomerados também suscitaram preocupações concorrenciais durante a análise do CADE no caso *Essilor/Luxottica*[20]. A operação tratou da fusão entre Essilor e Luxottica, duas empresas que ocupavam posições complementares na cadeia de fabricação e revenda de produtos e serviços ópticos.

Durante a análise, o CADE declarou a complexidade do caso devido, principalmente, às integrações verticais e ao aumento do poder de portfólio. O Parecer da Superintendência-Geral ("SG") ressaltou a dificuldade da análise dos efeitos que podem ser gerados pelo poder de portfólio e pela prática de venda conjunta dos produtos, ao afirmar que:

---

[19] Ato de Concentração n° 08700.006606/2017-20 (Safran S.A. / Zodiac Aerospace S.A.), que envolvia a aquisição do controle unitário da Zodiac pela Safran, e Ato de Concentração n° 08700.001324/2018-17 (United technologies Corporation / Rockwell Collins Inc.), envolvendo a aquisição da Rockell Collins pela UTC .

[20] Ato de Concentração n° 08700.004446/2017-84 (Essilor International (Compagnie Générale d´Optique) S.A. / Luxottica Group S.p.A.)

> A análise de efeitos dessa prática é um balanceamento delicado entre, de um lado, os benefícios gerados a curto prazo em razão da possibilidade de descontos da venda conjunta de produtos serem repassados a consumidores e, de outro lado, os prejuízos gerados a longo prazo em razão de incentivos para fechamento do mercado a concorrentes, o que pode acabar por prejudicar os consumidores.[21]

Desta forma, o CADE, no mencionado caso, realizou uma análise examinando: (i) a *capacidade* para adoção de práticas tendentes a fechamento de mercado; (ii) os *incentivos* para adoção de práticas tendentes ao fechamento de mercado; e (iii) a probabilidade de geração de *efeitos* negativos como resultado da adoção de práticas exclusionárias.

Tal análise segue o Guia para Atos de Concentração Não Horizontais da Comissão Europeia, que estabelece um teste de três estágios para a checagem de efeitos conglomerados, recomendando que sejam analisados:

1) Em primeiro lugar, se a empresa resultante da operação deteria a capacidade para fechar o mercado para seus concorrentes por meio de práticas comerciais como venda casada (*tying*) ou venda de um pacote de produtos ou serviços (*bundling*);
2) Segundo, se a empresa resultante da operação possuiria incentivo econômico para tanto; e
3) Terceiro, se uma estratégia exclusionária geraria efeito prejudicial significante na concorrência, causando efetivos prejuízos aos consumidores[22].

Entretanto, não foram detectadas na análise do caso *Essilor/Luxottica* evidências significativas de possibilidade de fechamento de mercado e imposição de poder de portfólio pelas partes da operação, uma vez que, ao analisar o histórico do mercado, o CADE não vislumbrou evidência de tratamentos discriminatórios ou incentivos reais de condicionamento ou favorecimento na aquisição conjunta de produtos.

Por outro lado, o Tribunal Administrativo do CADE já analisou pelo menos dois casos em que os efeitos conglomerados decorrentes da operação foram considerados uma das principais preocupações concorrenciais identificadas. Em ambos os casos, as operações foram aprovadas condicionadas à celebração de Acordo em Controle de Concentrações ("ACC"), cujas obrigações envolviam, diretamente, a mitigação das preocupações relacionadas aos efeitos conglomerados.

Um dos principais casos em que tal discussão foi suscitada foi *Bayer/Monsanto*[23], operação que envolveu a aquisição de controle unitário da Monsanto pela Bayer, em que ambas as empresas atuavam nos níveis de produção e comercialização de biotecnologia, sementes e defensivos agrícolas. O CADE entendeu que a operação causaria preocupações concorrenciais decorrentes do fortalecimento da posição das partes junto aos canais de distribuição - o que poderia ensejar o fechamento de mercado - e do incremento da capacidade de atuar com base em soluções integradas. Além disso, o CADE entendeu que as práticas de *tying* e *bundling* seriam plausíveis, que as empresas poderiam criar sistemas de produtos que apresentam uma relação de compatibilidade estrita e que não haveria nenhum concorrente no mercado com o portfólio comparável ao da empresa resultante da operação.

Em seu voto, o Conselheiro Relator Paulo Burnier ressaltou a dificuldade das autoridades antitruste de diversas jurisdições em analisar os efeitos conglomerados no controle de estruturas. Destacou, por exemplo, que nos Estados Unidos da América teria ocorrido um completo abandono da análise de concentrações conglomeradas, tendo em vista a dificuldade de se prever os efeitos anticoncorrenciais; por outro lado, a análise europeia passou a fixar parâmetros para conferir maior objetividade na análise desses efeitos. O Conselheiro Relator ressaltou, ainda, que a principal questão teórica na análise dos efeitos conglomerados é diagnosticar se eles seriam suficientes para ensejar uma

---

[21] Superintendência-Geral do CADE, Ato de Concentração n° 08700.004446/2017-84 (Essilor International (Compagnie Générale d´Optique) S.A. / Luxottica Group S.p.A.), Parecer nº 2/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE, 22 de fevereiro de 2018.

[22] Na prática, tais fatores são geralmente analisados em conjunto por serem intrinsecamente relacionados. Além dos passos acima, as eficiências geradas pela operação são também analisadas.

[23] Ato de Concentração n° 08700.001097/2017-49 (Bayer Aktiengesselschaft / Monsanto Company).

eventual reprovação de um ato de concentração, ou seja, se seria possível reprovar uma operação apenas pelas preocupações relativas aos efeitos conglomerados.

Desse modo, a operação foi aprovada com celebração de ACC, que abrangeu obrigações comportamentais relacionadas ao poder de portfólio, como o licenciamento amplo e não discriminatório dos produtos e a proibição de imposição de práticas de *tying* ou de *bundling*[24].

Em outro caso semelhante, o CADE também condicionou a aprovação da operação à celebração de ACC com remédios comportamentais para mitigar as preocupações relativas ao poder de portfólio. Trata-se do caso envolvendo a *WEG/TGM*[25], que envolveu a aquisição da TGM, pela WEG. Por meio da operação, a empresa resultante seria a única empresa a fornecer todos os componentes integrantes do sistema de turbogeradores[26] no Brasil. Portanto, a operação resultaria na complementação do atual portfólio da WEG, de forma que ela passaria a deter vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes.

As principais preocupações verificadas no caso em comento seriam a capacidade de discriminação de concorrentes, a possibilidade de práticas de fechamento de mercado, venda casada, subsídios cruzados e, principalmente, o fornecimento de soluções integradas. Entretanto, as análises conduzidas pela SG e, posteriormente, pela Conselheira Relatora Polyanna Vilanova, ressaltaram que, apesar das preocupações identificadas, a reprovação da operação seria medida desproporcional.

Deste modo, para mitigar as preocupações identificadas, o Tribunal Administrativo do CADE condicionou a aprovação da operação à celebração de ACC com a assunção de remédios comportamentais pelas partes que assegurassem aos clientes da WEG condições não discriminatórias e a possibilidade de adquirir os equipamentos que integram os turbogeradores de forma integrada ou avulsa[27].

Por fim, também vale mencionar o recente caso analisado pelo CADE envolvendo *Reckitt/Hypermarcas*, que envolveu a aquisição do negócio de bem-estar sexual da Hypermarcas pela Reckitt[28], em que os efeitos do poder de portfólio sobre as marcas detidas pelas empresas envolvidas foram discutidos.

Em sua análise, o CADE identificou preocupações em relação ao poder de portfólio de produtos e ainda identificou preocupações em relação ao poder de portfólio de marcas, devido ao fato de a operação concentrar três das principais marcas do mercado de preservativos masculinos e quatro das principais marcas de lubrificantes íntimos. Em relação ao primeiro, o CADE ressaltou que a Reckitt atua

---

[24] Ressalte-se, entretanto, que a decisão do Tribunal Administrativo do CADE no caso *Bayer/Monsanto* não foi unânime. O voto do Conselheiro João Paulo de Resende questionou a imposição apenas de remédios comportamentais para lidar com a questão do poder de portfólio, entendendo que estes não seriam suficientes para mitigar as preocupações, sendo necessária, na sua opinião, a imposição também de remédios estruturais. Por sua vez, a Conselheira Cristiane Alkmin, ressaltou em seu voto que não haveria rival capaz de concorrer com as partes da operação, além de entender que os remédios comportamentais do ACC seriam insuficientes e de complicada implementação. A Conselheira ressaltou, ainda, que o a obrigação de proibição de venda casada não era um remédio apropriado, visto que a venda casada pode gerar efeitos pró-competitivos.

[25] Ato de Concentração n° 08700.008483/2016-81 (WEG Equipamentos Elétricos S.A. / TGM Indústria e Comércio de Turbinas e Transmissões Ltda.).

[26] Um turbogerador é formado por turbinas a vapor, redutores turbo e geradores para turbina a vapor. A WEG fornecia redutores turbo e geradores para turbina a vapor, enquanto a TGM fornecia turbinas a vapor e redutores turbo.

[27] Ressalte-se que, neste caso, também houve divergência na decisão pelo Tribunal Administrativo do CADE. O Conselheiro João Paulo de Resende não concordou com os remédios comportamentais impostos, uma vez que os remédios propostos de não discriminação seriam de difícil implementação e monitoramento. Além disso, o referido Conselheiro entendeu que haveria eficiências resultantes da operação e a probabilidade de exercício de poder de mercado seria baixa.

[28] Mais especificamente, a operação envolveu a aquisição dos preservativos masculinos comercializados sob as marcas “Jontex”, “Olla” e “Lovetex” e os lubrificantes íntimos comercializados sob as marcas “Jontex” e “Olla”, detidos pela Hypermarcas. A Reckitt já detinha em seu portfólio a marca de preservativo masculino “Durex” e as marcas de lubrificantes íntimos “KY” e “Durex”.

em diversos mercados relacionados, mas no cenário pré-operação o seu portfólio já era significativo e isso não gerou prejuízos ao mercado.

Por sua vez, na análise do portfólio de marcas, tendo em vista a concentração das principais marcas dos mercados relevantes afetados, o CADE entendeu que existiria um potencial risco concorrencial no poder de portfólio de marcas no cenário pós-operação, que permitiria que a Reckitt utilizasse as marcas para adotar estratégias de comercialização, como criação de marcas de combate, distinção de públicos-alvo, discriminação de preços, venda casada, exclusividade, bonificações e descontos de fidelidade. Além disso, os custos dos distribuidores e varejistas poderiam ser reduzidos ao contratar apenas com a Reckitt, o que causaria o aumento dos custos dos rivais e fechamento do mercado.

A operação foi aprovada com celebração de ACC, que previu a obrigação de desinvestimento da marca "KY" no Brasil para um agente com condições necessárias para concorrer. O Conselheiro Relator Paulo Burnier ressaltou que como a marca "KY" é líder no mercado de lubrificantes íntimos, o seu desinvestimento eliminaria os problemas concorrenciais nesse mercado e também aqueles problemas derivados dos efeitos de portfólio no mercado de preservativos masculinos.

Pela análise da jurisprudência recente, verifica-se que nos últimos anos o CADE está de fato analisando a questão do poder de portfólio com mais cautela, apesar de ainda não haver um entendimento consolidado dessa autoridade. Isso ocorre, principalmente, em vista das dificuldades enfrentadas para se sopesar os efeitos negativos e positivos desse tipo de operação, fato que pode ser checado pela existência de divergências entre os votos recentemente emitidos pelo Tribunal do CADE em relação aos remédios e sugestões quanto aos melhores métodos para afastar as possíveis preocupações advindas do poder de portfólio[29].

Conclusão

Como pode ser visto ao longo do presente artigo, com base nos precedentes do CADE, bem como da prática de outras jurisdições, a análise do poder de portfólio decorrente de uma operação não é trivial. As autoridades antitrustes encontram dificuldades em concluir quais são os reais efeitos que concentrações conglomeradas e o poder de portfólio podem ensejar nos mercados envolvidos nas operações.

Em suma, utilizando-se dos exemplos norte-americanos, europeu e brasileiro, a principal dificuldade encontrada diz respeito à dualidade de efeitos gerados pelas operações conglomeradas, que, apesar de serem capazes de produzir diversas eficiências, também podem, especialmente quando envolvendo empresas com posição dominante, gerar efeitos anticoncorrenciais indiretos geralmente associados a práticas exclusionárias.

Conforme mencionado, com base no caso paradigmático narrado acima, a autoridade norte-americana confere maior importância à existência de ganhos de eficiência associados à consolidação de um amplo portfólio de produtos e, deste modo, se mostram mais relutantes a criar entraves para este tipo de ato de concentração apenas pelo poder de portfólio, justamente pela dificuldade de se prever os seus efeitos. Por outro lado, a autoridade europeia buscou a fixação de parâmetros para conferir maior objetividade na análise dos efeitos de portfólio, devido à sua preocupação em relação aos benefícios e malefícios que podem ser gerados aos consumidores dos mercados afetados.

Por sua vez, no Brasil, com o aumento de concentrações envolvendo empresas de grande porte e multinacionais, o CADE passou a analisar com mais atenção os efeitos do poder de portfólio gerados por essas operações, por considerar que eles podem ensejar efeitos prejudiciais para a concorrência. Nas análises realizadas pelo CADE já é possível observar que a autarquia também encontrou dificuldades para analisar e prever os efeitos decorrentes de tais operações, não tendo chegado a um consenso sobre quais seriam os melhores métodos para mitigar possíveis efeitos negativos.

Portanto, cabe à autoridade concorrencial o difícil desafio de sopesar casuisticamente os benefícios gerados por uma operação conglomerada *vis-à-vis* os potenciais efeitos anticorrenciais em

[29] Neste sentido, favor referir-se às notas de rodapé nº 24 e 27 acima.

face da dinâmica comercial de um dado mercado a fim de se verificar a probabilidade de tais preocupações se concretizarem.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Silvia Fagá de, LOPES, Paulo Adania e MACEDO, Bernardo Gouthier. *Efeitos Não-Preço Na Análise Antitruste: Jurisprudência Brasileira Na Nova Lei De Defesa Da Concorrência*. In: IBRAC 5 Anos da Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. Outubro de 2017. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%C3%8ANCIA_-_IBRAC.pdf

Cartilha do CADE (versão atualizada de maio de 2016), disponível no link: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf

FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais.

Guia da Comissão Europeia para Atos de Concentração Não Horizontais, disponível no link: https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/19597169-c020-4a72-816a-0b15416119f7

KOLASKY, William J. *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*. Simpósio da Universidade George Mason, Washington, DC, Estados Unidos da América. Em 09 de novembro de 2001. Disponível no link: https://www.justice.gov/atr/speech/conglomerate-mergers-and-range-effects-its-long-way-chicago-brussels

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

SCHMITZ, Stefan. *The European Commission's Decision in GE/Honeywell and the Question of the Goals of Antitrust Law.* Disponível no link: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=jil

5. REMÉDIOS ANTITRUSTE, MEDIDAS DE PRESERVAÇÃO E DE SEPARAÇÃO E MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DOS JULGADOS DO CADE NA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

5. ANTITRUST REMEDIES, MEASURES OF PROTECTION AND SEPARATION, AND MONITORING ANTITRUST REMEDIES: AN EMPIRICAL RESEARCH OF CADE`S MERGER CASES UNDER LAW NO. 12.529/2011

Maria Carolina de Sá França

Resumo: O presente trabalho realiza pesquisa empírica dos remédios antitruste aplicados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a partir da vigência da Lei 12.529/2011. A autora identificou os atos de concentração submetidos ao controle prévio do Cade no período de janeiro/2013 a dezembro/2017. Destes, foram analisados 29 (vinte e nove) atos de concentração em que houve aprovação com restrições, com a consequente imposição de remédios antitruste. Em síntese, foram examinados os remédios antitruste, as medidas de preservação e separação do negócio desinvestido e o monitoramento de remédios antitruste de acordo os seguintes aspectos: forma de aplicação de remédios (decisão unilateral e solução negociada); local de início das negociações (Tribunal e Superintendência-Geral); remédios antitruste aplicados pelo Cade (estruturais, comportamentais e mistos); remédios antitruste aplicados em casos de integração vertical e de sobreposição horizontal; tipos de remédios estruturais adotados; tipos de medidas de preservação e separação do negócio desinvestido aplicadas; tipos de remédios comportamentais estabelecidos; monitoramento de remédios antitruste adotado (*trustee* e auditoria externa independente); e tipos de *trustees* estabelecidos (*trustee* de monitoramento; *trustee* de desinvestimento; e administrador independente). Por fim, os resultados obtidos são avaliados à luz dos incentivos gerados pelo sistema de análise prévia, bem como do amadurecimento do Cade como autoridade de defesa da concorrência.

Palavras-chave: Atos de Concentração; Remédios Antitruste; Monitoramento de Remédios Antitruste; Lei 12.529/2011.

Abstract: This article performs an empirical research of antitrust remedies applied by the Administrative Council of Economic Defense (Cade), set forth from by Law No. 12.529/2011. The author identified the mergers submitted to Cade's previous control during the period of January/2011 to December/2017. From these, 29 (twenty-nine) mergers approved with restrictions, with the resulting application of antitrust remedies, were analysed. In summary, antitrust remedies, measures of protection and separation of divested business and the monitoring of antitruste remedies were examined regarding the following aspects: form of remedy application (unilateral decision and negotiated solution); place of the beginning of the negotiations (Tribunal and General Superintendence); antitrust remedies applied by Cade (structural, behavioral and mixed); antitrust remedies applied in cases of vertical integration and horizontal overlap; types of structural remedies adopted; types of measures of protection and separation of the divested business applied; types of behavioral remedies stablished; monitoring of antitrust remedies adopted (trustee and independent auditor); and types trustees stablished (monitoring trustee, divestment trustee, and hold separate manager). Finally, the results are analysed in the light of the incentives generated by the system of prior analysis, as well as the maturation of Cade as a competition authority.

Keywords: Mergers; Antitrust Remedies; Monitoring Antitrust Remedies; Law No. 12.529/2011.

Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) sofreu mudanças significativas a partir do amadurecimento institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e da adoção da Lei 12.529/2011.

Entre as alterações decorrentes da nova Lei, destaca-se a instituição do sistema de análise prévia de concentrações[1], que determina a notificação do ato de concentração (AC) ao Cade antes da efetivação da operação, a fim de que este decida acerca de sua aprovação, reprovação ou aprovação com restrições[2].

Os remédios antitruste, aplicados pelo Cade aos atos de concentração aprovados com restrições, também passaram por modificações nos últimos anos, em decorrência da evolução da prática da autoridade antitruste brasileira e dos incentivos gerados pelo novo sistema de análise prévia de concentrações.

Nessa perspectiva, este trabalho realiza pesquisa empírica dos remédios antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011. A autora identificou os atos de concentração submetidos ao controle prévio do órgão no período de janeiro/2013 a dezembro/2017. Destes, foram analisados 29 atos de concentração aprovados com restrições, com a consequente imposição de remédios antitruste. Em síntese, foram examinados os remédios antitruste aplicados, as medidas de preservação e separação do negócio desinvestido determinadas, e o monitoramento adotado.

O artigo adota a seguinte estrutura: a Seção 2 apresenta a pesquisa empírica da prática do Cade no que se refere ao desenho e ao monitoramento de remédios, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017; a Seção 3 demonstra os resultados obtidos à luz dos incentivos gerados pelo sistema de análise prévia, bem como do amadurecimento do Conselho como autoridade de defesa da concorrência; e a Seção 4 tece considerações finais.

1. Pesquisa empírica da prática do CADE de janeiro/2013 a dezembro/2017

Esta seção analisa os atos de concentração aprovados com remédios pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, e está subdividida da seguinte maneira: (2.1) metodologia; (2.2) forma de aplicação de remédios antitruste e local de início das negociações de ACCs; (2.3) remédios antitruste na prática do Cade; (2.4) remédios estruturais na prática do Cade; (2.5) medidas de preservação e separação do negócio desinvestido na prática do Cade; (2.6) remédios comportamentais na prática do Cade; e (2.7) monitoramento de remédios antitruste na prática do Cade (*trustee* e auditoria externa independente).

1.1 Metodologia

O presente artigo analisou os dados públicos obtidos por meio de pesquisa documental – atas de sessões de julgamento do Tribunal do Cade, votos dos Conselheiros, pareceres da Superintendência-Geral, e Acordos em Controle de Concentração (ACCs) – no sítio eletrônico do Cade. Foram identificados 31 atos de concentração aprovados com restrições pela autoridade antitruste, no período de 2013 a 2017, sob a égide da Lei 12.529/2011[3].

Entre os 31 casos aprovados com remédios, identificou-se que 2 deles tratavam de restrições relacionadas à cláusula de não concorrência e não aos efeitos econômicos da concentração, motivo pelo qual foram excluídos da presente pesquisa. Foram analisados, portanto, 29 atos de concentração aprovados com remédios pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017.

Nesse sentido, os atos de concentração foram tabulados pela autora com base nos seguintes parâmetros: (i) ano de julgamento pelo Tribunal do Cade; (ii) forma de aplicação do remédio (solução negociada ou decisão unilateral); (iii) local onde se iniciaram as negociações do ACC (Superintendência-Geral ou Tribunal); (iv) determinação de remédios antitruste (estrutural ou comportamental ou misto); (iv) tipos de remédios estruturais aplicados; (v) tipos de remédios

[1] Nos termos do artigo 88˚, § 2º, da Lei 12.529/2011, 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.

[2] Durante a vigência da revogada Lei 8.884/1994, a análise prévia de concentrações não era obrigatória, tratava-se de um sistema misto, podendo as partes compromissárias notificarem a concentração ao Cade até 15 dias úteis da sua realização.

[3] Foram excluídos da pesquisa os atos de concentração analisados pelo Cade nos termos da Lei 8.884/1994.

comportamentais aplicados; (vi) tipos de medidas de preservação e separação do negócio desinvestido estabelecidas; (vii) monitoramento de remédios antitruste adotado (*trustee* ou auditoria externa); (viii) prazo de vigência do ACC; e (ix) previsão de procedimento arbitral como método alternativo à resolução de controvérsias.

Serão apresentados, a seguir, os resultados obtidos a partir da presente pesquisa.

1.2 Forma de aplicação de remédios antitruste e local de início das negociações de ACCs

Entre os 29 atos de concentração aprovados com restrições pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, em apenas 1 caso, julgado em 2014, foi aplicado remédio por meio de uma decisão unilateral do Conselho, o que representa 3%. Observa-se, portanto, a prevalência de soluções negociadas.

O ACC pode ser negociado tanto na Superintendência-Geral, que sugere ao Tribunal condições para a sua celebração[4], quanto no próprio Tribunal do órgão, cabendo ao Plenário deste aprovar seus termos[5]. No período analisado, observou-se que 31% das negociações de acordo tiveram início na Superintendência-Geral, o que evidencia o esforço das partes em antecipar uma solução negociada com o órgão antitruste brasileiro.

1.3 Remédios antitruste na prática do Cade

Quanto aos tipos de remédios antitruste aplicados, estruturais ou comportamentais, estes podem se dar de forma isolada ou conjunta, ou seja, podem ser definidos remédios puramente estruturais, puramente comportamentais, ou uma combinação de ambos, estrutural e comportamental.

Dos remédios antitruste aplicados pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, nesses 29 casos, 52% foram puramente comportamentais, 27% foram puramente estruturais e 21% foram estruturais e comportamentais.

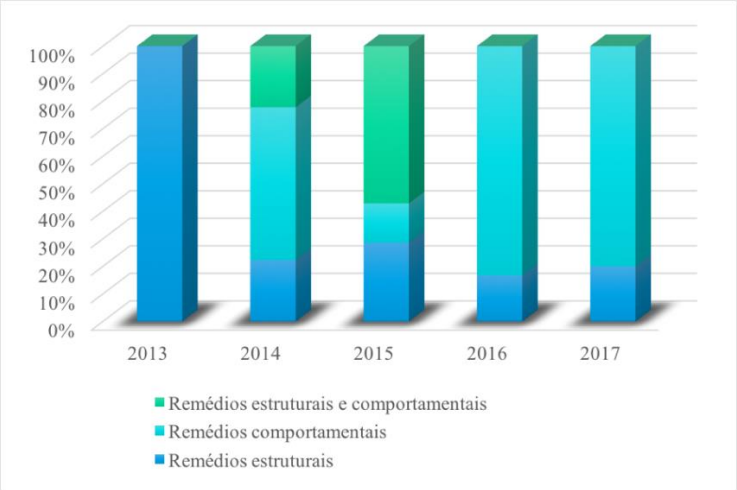
O gráfico a seguir apresenta a evolução dos remédios antitruste na prática do Cade, nos últimos cinco anos, por meio do qual é possível observar a presença elevada de remédios estruturais, isolados ou em conjunto com remédios comportamentais, de 2013 a 2015, e o aumento da utilização de remédios puramente comportamentais, especialmente em 2016 e 2017.

Gráfico 1

Remédios antitruste aplicados pelo Cade, de 2013 a 2017.

[4] Trata-se de previsão do art. 13, X, da Lei 12.529/2011.

[5] Trata-se de previsão do art. 9, V, da Lei 12.529/2011.



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade. Contagem por remédios.

1.3.1 Remédios antitruste em casos de integração vertical e sobreposição horizontal

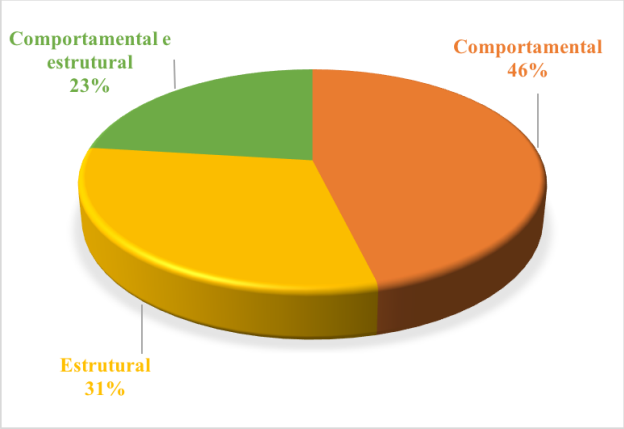
Consoante anteriormente indicado, a literatura antitruste relaciona remédios estruturais a casos de sobreposição horizontal, enquanto os remédios comportamentais estão mais associados a casos de integração vertical[6].

A partir da pesquisa realizada, constatou-se que a realidade brasileira está em linha com essa literatura, no que se refere aos casos de integração vertical, dado que foram utilizados apenas remédios comportamentais pelo Cade, de janeiro/2013 a dezembro/2017.

Dos remédios antitruste aplicados pelo Cade em casos de sobreposição horizontal, 31% foram puramente estruturais, 46% foram puramente comportamentais, e 23% foram estrutural e comportamental, conforme disposto no gráfico abaixo.

Gráfico 2

Remédios antitruste aplicados pelo Cade em casos de sobreposição horizontal, de 2013 a 2017.



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade. Contagem por remédios.

A partir do Gráfico 3, observa-se a prevalência de remédios puramente comportamentais em casos de sobreposição horizontal no Brasil, em sentido contrário ao apontado pela literatura antitruste.

1.4 Remédios estruturais na prática do Cade

[6] CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração**: uma análise da prática do Cade. IX Prêmio SEAE, 2014.

Quanto aos remédios estruturais, contatou-se a prevalência de três tipos principais: (i) venda de pacote de ativos (55%); (ii) venda ou licenciamento de propriedade intelectual (28%); (iii) venda de uma unidade de negócio (17%).

De acordo com a ICN[7], a *venda de um pacote de ativos* ou de uma parte de uma unidade de negócio das partes constitui "um pacote de ativos aceitável, caso tais ativos sejam suficientes para que o comprador possa competir de maneira efetiva no mercado relevante"[8-9].

A *venda ou licenciamento de propriedade intelectual*[10], por sua vez, ocorre quando uma propriedade intelectual constitui um ativo crítico ou uma barreira que impede a concorrência, as partes compromissárias devem fornecer os "direitos relevantes e necessários a esse ativo, por meio de sua venda ou de seu licenciamento"[11-12].

Ainda segundo a ICN[13], a *venda de uma unidade de negócio* trata-se da venda de uma unidade de negócio existente e autônoma de uma das partes, operante no mercado relevante. Destaca que

> Uma unidade de negócio existente geralmente possui todos os ativos tangíveis e intangíveis (como propriedade intelectual), pessoal, lista de clientes, fornecedores, sistemas de informação, e infraestrutura de gerenciamento necessários para produção e distribuição eficientes dos produtos relevantes. [14]

1.5 Medidas de preservação e separação do negócio desinvestido na prática do Cade

Por sua vez, quanto às medidas de preservação e separação do negócio desinvestido (ou seja, medidas acessórias aos remédios estruturais), contatou-se a aplicação de cinco tipos principais: (i) preservação de viabilidade, de comercialização e de competitividade do negócio desinvestido (31%); (ii) cláusula de não aliciamento ou não solicitação (22%); (iii) proibição de acesso a informações concorrencialmente sensíveis (*ring fencing*) (17%); (iv) diligência legal (17%); (v) e obrigações de isolamento (13%).

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *preservação de viabilidade, de comercialização e de competitividade do negócio desinvestido* busca preservar a viabilidade econômica e comercial e a competitividade do negócio desinvestido, de acordo com as boas práticas do mercado,

---

[7] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Merger Remedies Guide**. ICN Merger Working Group, 2016, p.12. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>.

[8] No AC Ball/Rexam (Ato de Concentração n˚ 08700.006567/2015-07), por exemplo, determinou-se o desinvestimento de unidades fabris, contratos vigentes relacionados a estas unidades, bem como a celebração de contratos de fornecimento com terceiro adquirente.

[9] O Cade[9] aponta que a venda de parte de unidades de negócios já existentes deve ocorrer de forma secundária, ou seja, apenas se a venda de unidades de negócios já operacionais individualizadas não for possível. Nesse caso, parte de unidades de negócios existentes "seriam segregados para compor uma entidade empresarial viável e ativa após a venda". Em: CADE. **Guia de Remédios Antitruste**. Versão Preliminar. Brasília, 2018, p. 19.

[10] Consoante indicado pelo Cade, a venda de ativos específicos ou a concessão de licença de forma exclusiva, irrevogável e ilimitada devem ocorrer apenas em casos excepcionais, desde que suficiente para transferir a posição de mercado de forma permanente ao adquirente.[10] Em: CADE, 2018, p. 23.

[11] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2016, p. 13.

[12] No caso Reckitt/Hypermarcas (Ato de Concentração n˚ 08700.003462/2016-79), as partes compromissárias comprometeram-se a alienar a marca "K-Y", juntamente com todos os direitos de propriedade intelectual a ela relacionados, suficientes e necessários para resolver as preocupações levantadas pelo Cade.

[13] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2016, p. 10.

[14] No AC Dow/DuPont (Ato de Concentração n˚ 08700.005937/2016-61), por exemplo, as partes compromissárias comprometeram-se a desinvestir o Negócio Global de Copolímeros de Ácido de Dow, incluindo todos os ativos tangíveis e intangíveis necessários para garantir a viabilidade e a competitividade do negócio, inclusive direitos de propriedade intelectual e quadro de funcionários, todos os contratos relacionados, arrendamentos, compromissos e pedidos de clientes do negócio desinvestido, entre outros.

de forma a minimizar o risco de perda de seu potencial competitivo. Tem-se como exemplo a realização de um contrato de fornecimento de insumo essencial para a manutenção do negócio a ser desinvestido.[15]

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *cláusula de não aliciamento ou não solicitação* trata-se de proibição das partes compromissárias aliciarem, solicitarem ou criarem incentivos para a migração de pessoal-chave transferido com o negócio desinvestido. Quando o pessoal-chave é essencial à competitividade do negócio a ser desinvestido, dada a suas habilidades, *expertise*, reputação ou relações com clientes, deve-se garantir a sua transferência, caso contrário, parte do negócio fica comprometida[16-17].

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *proibição de acesso a informações concorrencialmente sensíveis (Ring fencing)*, consoante apontado por Patrícia Cabral[18], é definida pela Comissão Europeia como sendo uma medida que busca

> evitar a troca de informações entre o negócio desinvestido e o vendedor. Tais medidas envolvem especialmente sistema de informação da empresa e restrições a determinados funcionários em relação à troca de informação comercial sensível.[19]

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *diligência legal* estabelece o fornecimento pelas partes compromissárias de informações comerciais suficientes sobre o negócio desinvestido e seus funcionários aos potenciais compradores.[20]

A medida de preservação e separação do negócio desinvestido *obrigações de isolamento* (*hold separate provisions*), nos termos do disposto pelo DOJ[21], mantém os ativos desinvestidos separados, distintos e próprios para a venda. Seu objetivo é garantir a independência e a viabilidade do negócio desinvestido, preservando a concorrência no mercado até a finalização do processo de desinvestimento.[22]

1.6 Remédios comportamentais na prática do Cade

Os remédios comportamentais aplicados pelo Cade a atos de concentração, a partir da pesquisa realizada, foram classificados pela autora da seguinte maneira: (i) manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade) (20%); (ii) comunicação e transparência (19%); (iii) proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso (15%); (iv) vedação de troca de informações e manutenção de independência (15%); (v) tratamento não discriminatório (12%); (vi) *compliance* (5%); (vii) outros tipos de remédios comportamentais (14%).

O remédio comportamental *manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade)* refere-se à oferta de uma empresa, em termos quantitativos ou qualitativos, de forma a mantê-la ou alterá-la. Estão incluídas categorias como obrigações de produtividade e qualidade, metas de

---

[15] Casos: Ball/Rexam (Ato de Concentração n˚ 08700.006567/2015-07) Dow/DuPont (Ato de concentração nº 08700.005937/2016-61), Reckitt/Hypermarcas (Ato de concentração nº 08700.003462/2016-79), Dabi Atlante/Gnatus (Ato de concentração nº 08700.001437/2015-70).

[16] CADE, 2018, p. 25.

[17] Casos: Ball/Rexam (Ato de Concentração n˚ 08700.006567/2015-07), Dow/DuPont (Ato de concentração nº 08700.005937/2016-61), Continental/Veyance (Ato de concentração nº 08700.004185/2014-50), GSK/Novartis (Ato de concentração nº 08700.008607/2014-66).

[18] CABRAL, 2014.

[19] Casos: Dow/DuPont (Ato de Concentração n˚ 08700.005937/2016-61), Ball/Rexam (Ato de concentração nº 08700.006567/2015-07), GSK/Novartis (Ato de concentração nº 08700.008607/2014-66) e Minerva/BRF (Ato de concentração nº 08700.000658/2014-40).

[20] Casos: Continental/Veyance (Ato de Concentração n˚ 08700.004185/2014-50), Dow/DuPont (Ato de concentração nº 08700.005937/2016-61), Reckitt/Hypermarcas (Ato de concentração nº 08700.003462/2016-79), Dabi Atlante/Gnatus (Ato de concentração nº 08700.001437/2015-70).

[21] ESTADOS UNIDOS. **Department of Justice policy guide to merger remedies**. 2011, pp. 25-27. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>

[22] Casos: GSK/Novartis (Ato de Concentração n˚ 08700.008607/2014-66), Dow/DuPont (Ato de concentração nº 08700.005937/2016-61), Continental/Veyance (Ato de concentração nº 08700.004185/2014-50).

investimentos[23], produção, capacidade e/ou eficiências e limitações de expansão de oferta/capacidade e de aquisição de players ou de novas unidades de produção.[24]

Já o remédio comportamental *comunicação e transparência* abrange medidas que determinam a disponibilização de informações à autoridade antitruste que, em regra, não seriam disponibilizadas[25], além de uma maior comunicação das empresas com seus clientes, por exemplo.[26] Entre as dificuldades para a implementação e o monitoramento, a ICN[27] destacou a dificuldade de delineamento do remédio e de seu *enforcement*.

O remédio comportamental *proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso* abrange medidas que facilitam a entrada de novos concorrentes e garantem seu acesso a insumos e a infraestrutura importantes para a sua atuação no mercado. Estão também agrupadas nessa categoria medidas que proíbem ou revogam acordos de exclusividade quando considerados prejudiciais à concorrência. Seu intuito é garantir condições favoráveis à entrada e à expansão de concorrentes. [28]

Ademais, nessa categoria foram incluídas medidas de acesso a direitos de propriedade intelectual. De acordo com o DOJ[29], o licenciamento de tecnologia, de patentes, de *know-how*, de marcas ou outros direitos de propriedade intelectual podem mitigar as preocupações concorrenciais decorrentes de uma concentração, a partir da realocação de insumo essencial aos concorrentes.

No entanto, a ICN[30] aponta que o licenciamento

> pode ser problemático, uma vez que envolve incertezas, estabelece um relacionamento entre o licenciante e o licenciado, cujo comportamento concorrencial pode ser influenciado, podendo resultar em disputas entre ambos.

---

[23] De acordo com o Guia de Remédios Antitruste preliminar do Cade, obrigações de fazer investimentos "visam mitigar o risco de redução de capacidade após a fusão. No entanto, esse tipo de remédio, ao impor um aumento de capacidade, pode representar um desincentivo a fusões eficientes, pois remédios que extrapolam o objetivo de combater problemas concorrenciais identificados se apoderam, muitas vezes, de parte das eficiências geradas numa fusão". Quanto às obrigações de não fazer investimentos, estas "podem reduzir o risco de comportamento predatório da firma fusionada. No entanto, podem limitar o desenvolvimento da firma, além da possibilidade de redução da oferta". Em: CADE, 2018, pp. 18-19.

[24] No AC Itaú Unibanco/Citibank (Ato de concentração nº 08700.001642/2017-05), por meio do ACC celebrado com as partes, buscou-se aprimorar a qualidade no atendimento dos clientes e reduzir reclamações, a partir do estabelecimento de metas e formas de implementação das medidas estabelecidas, como a redução da representatividade de reclamações junto ao BACEN. Ademais, restringiu-se a realização pelas compromissárias de operações de fusão e aquisição, pelo prazo de 30 meses. Outros casos: SBT/Record/RedeTV (Ato de concentração nº 08700.006723/2015-21); Bradesco/Banco do Brasil/Santander/CEF/Itaú Unibanco (Ato de concentração nº 08700.002792/2016-47); Bradesco/HSBC Brasil (Ato de concentração nº 08700.010790/2015-41); caso Bromisa/ICL Brasil (Ato de concentração nº 08700.000344/2014-47).

[25] ESTADOS UNIDOS, op. cit., p. 16, tradução livre.

[26] Em Itaú Unibanco/Citibank (Ato de concentração nº 08700.001642/2017-05), no que se refere ao eixo Comunicação e Transparência entre instituição financeira e consumidores, destaca-se, entre as providências específicas adotadas no ACC, a disponibilização de informações sobre a portabilidade de crédito e de salário e sobre o cadastro positivo, além do acesso comparativo de taxas médias, implantando ações com vistas a dar maior transparência e qualidade na comunicação de seus serviços. Outros casos: Bovespa/Cetip (Ato de concentração nº 08700.004860/2016-11) Bromisa/ICL Brasil (Ato de concentração nº 08700.000344/2014-47); Videolar/Sr. Lirio Parisotto/Innova (Ato de concentração nº 08700.009924/2013-19).

[27] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit.

[28] No AC Bromisa/ICL Brasil (Ato de concentração nº 08700.000344/2014-47), o remédio comportamental aplicado visou assegurar o não fechamento ao acesso do PPA de grau alimentício. As partes comprometeram-se a fornecer o referido PPA para qualquer produtor independente de sais de fosfato, sob condições não discriminatórias. No caso LATAM/Iberia/British Airways (Ato de concentração nº 08700.004211/2016-10), determinou-se a formalização do acordo de *interline* com um potencial entrante. Ourtos casos: Itaú Unibanco/MasterCard (Ato de concentração nº 08700.009363/2015-10); Bradesco/Banco do Brasil/Santander/CEF/Itaú Unibanco (Ato de concentração nº 08700.002792/2016-47).

[29] ESTADOS UNIDOS, op. cit., pp. 15-16.

[30] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 31, tradução livre.

Ressalta-se que este tipo de remédio é comumente utilizado quando o ato de concentração apresenta integração vertical. Isto pois, integrações verticais podem suscitar preocupações concorrenciais quanto à possibilidade de fechamento do mercado à montante ou à jusante[31], resultando na exclusão ou prejuízo de competidores e, consequentemente, na redução da oferta, na degradação de qualidade de produtos e serviços e/ou no aumento de preços.

O remédio comportamental *vedação de troca de informações e manutenção de independência* estipula a vedação de troca de informações confidenciais ou concorrencialmente sensíveis, comumente conhecido como *firewall*, e tem como objetivo, segundo o DOJ[32], "impedir a disseminação de informações entre firmas".

Este tipo de remédio pode ser utilizado, por exemplo, em integrações verticais, ou seja, diante da compra de uma empresa que atua no mercado *downstream* por uma empresa atuante no mercado *upstream*, a autoridade antitruste deve se preocupar com a possível troca de informações entre ambas, capaz de facilitar a prática de condutas anticompetitivas[33]. A ICN[34] aponta que há a necessidade de um monitoramento rigoroso para que, de fato, a previsão seja respeitada, e que sua eficácia é incerta, não sendo aplicada em algumas jurisdições.[35]

Nessa categoria também foram englobadas medidas que determinam a manutenção de independência das empresas, para que não haja ingerências no funcionamento, tampouco obtenção de informações comerciais[36].[37]

O remédio comportamental *tratamento não discriminatório* visa a garantir a "igualdade de acesso, de esforços e de termos"[38] das empresas no mercado. Trata-se, por exemplo, de um incentivo às empresas *upstream* não fornecerem condições favoráveis à empresa adquirida que atua no mercado *downstream*, em detrimento dos demais concorrentes, por meio de termos contratuais menos atrativos ou de recusa de contratar[39]. A ICN[40] ressalta que este tipo de remédio exige "monitoramento extensivo e sua efetividade é incerta", motivo pelo qual não é utilizado por algumas jurisdições.[41]

---

[31] O fechamento do mercado à montante/*upstream* ocorre quando a empresa à jusante detém poder de mercado e incentivos para adquirir insumos apenas da empresa verticalizada, acarretando prejuízos aos demais agentes do mercado à montante; o fechamento do mercado à jusante/*downstream* ocorre quando a empresa à montante possui poder de mercado e possui incentivos para direcionar sua produção para a empresa verticalizada, ou ainda, praticar condutas tendentes ao fechamento de mercado, tal como a discriminação de preços (Voto do ex-Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração nº 08012.005212/2009-01 (Requerentes: Satipel Industrial S.A. e Duratex S.A.).

[32] ESTADOS UNIDOS, op. cit., p. 13, tradução livre.

[33] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 31

[34] Ibid.

[35] No mesmo sentido, o Cade aponta que este tipo de remédio não é adequado, pois não pode ser efetivamente monitorado pela autoridade concorrencial, dadas as dificuldades de controle. Em: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 18.

[36] De acordo com o Guia de Remédios Antitruste preliminar do Cade, determinações de "não compartilhamento de informações dentro das empresas fusionadas não são recomendáveis porque sua implementação só pode ser efetivamente monitorada até determinado limite, (...) pois requer um controle contínuo e uma intervenção excessiva nos processos internos das empresas envolvidas". Em: CADE, 2018, p. 16.

[37] O ato de concentração Bayer/Monsanto (Ato de concentração nº 08700.004957/2013-72) consistiu no licenciamento de uso de tecnologia da Monsanto à Bayer para desenvolvimento, teste, produção e comercialização de sementes de soja e, por meio do ACC celebrado com as partes, limitou o acesso a informações sensíveis da Bayer pela Monsanto para além do necessário à manutenção do empreendimento comum de produção e comercialização de soja. Outros casos: Itaú Unibanco/MasterCard (Ato de concentração nº 08700.009363/2015-10), Saint-Gobain do Brasil/SiCBRAS (Ato de concentração nº 08700.010266/2015-70).

[38] ESTADOS UNIDOS, op. cit., pp. 14-15.

[39] Ibid., pp. 14-15.

[40] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 31

[41] O ato de concentração Bradesco/Banco do Brasil/Santander/CEF/Itaú Unibanco (Ato de concentração nº 08700.002792/2016-47) constituiu um *bureau* de crédito e, em virtude do ACC, as partes obrigaram-se a atuar de

O remédio comportamental *compliance* abarca medidas que buscam implementar ou aprimorar a política corporativa antitruste.[42] Já na categoria *outros tipos de remédios comportamentais* estão incluídos remédios comportamentais diversos, que não se enquadram nas classificações acima expostas.[43]

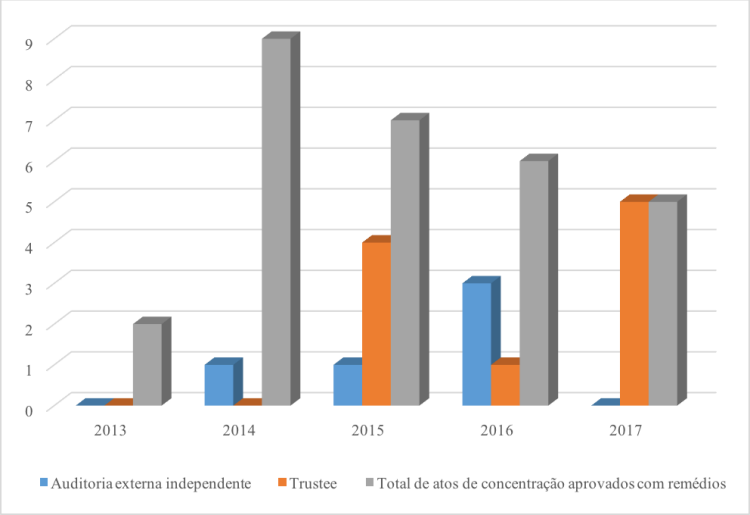
*1.7 Monitoramento de remédios antitruste na prática do Cade (*trustee *e auditoria externa independente)*

Com base nos dados obtidos pela presente pesquisa, verificou-se que dos 29 atos de concentração em que foram aplicados remédios, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, em 9 deles houve a previsão de *trustee*, em ACCs pactuados com as partes compromissárias, que corresponde a quase 31%, enquanto que em 5 deles houve a previsão de auditoria externa independente, o correspondente a 17% do total de ACs[44].

Por meio do gráfico a seguir, analisa-se a evolução da previsão de *trustee* em comparação com a previsão de auditoria externa independente, em termos percentuais, em casos com remédios antitruste, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017.

Gráfico 3

Previsão de trustee e de auditoria externa independente em atos de concentração aprovados com restrições pelo Cade, de 2013 a 2017.



Elaboração própria. Fonte: dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

O gráfico acima permite concluir que o monitoramento de remédios antitruste aplicados pelo Cade, no período analisado, variou quanto ao tipo de previsão mais adotada.

---

forma isonômica e não discriminatória com o *bureau* constituído, bem como com os *bureaux* concorrentes. No caso AT&T/TW (Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14), determinou-se a formalização de acordos de licenciamento, em condições não discriminatórias. Outros casos: Rumo/ALL (Ato de concentração nº 08700.005719/2014-65); SBT/Record/RedeTV (Ato de concentração nº 08700.006723/2015-21).

[42] No caso Itaú Unibanco/Citibank (Ato de concentração nº 08700.001642/2017-05), dado que o Grupo Itaú Unibanco já adotava política corporativa antitruste, o ACC determinou que seus executivos firmassem declaração de ciência e compromisso de observância da referida política, e que seu *e-learning* sobre defesa da concorrência fosse revisado, alinhando-o ao Guia de *Compliance* Antitruste do Cade. Outros casos: Videolar/Sr. Lirio Parisotto/Innova (Ato de concentração nº 08700.009924/2013-19); Bradesco/HSBC Brasil (Ato de Concentração n° 08700.010790/2015-41).

[43] Tem-se, por exemplo, determinações referentes: à atuação de uma *joint venture*, como o seu objeto social, prazo de existência e preço de alienação da produção; à definição de índices de reajuste; aos compromissos de governança corporativa, que buscam conter eventual abuso de poder das partes compromissárias em relação aos clientes e acionistas minoritários; ao incentivo à portabilidade de crédito de clientes a outra instituição; e às medidas que privilegiam a neutralidade tributária, de modo a estabelecer equilíbrio no cenário concorrencial.

[44] Não foram analisados os dados referentes ao monitoramento pelo próprio Cade.

Vale salientar que, no período de 1994 a 2013[45], em pesquisa realizada por Patrícia Cabral[46], constatou-se que a prática do Cade não revelou a utilização de *trustees*. Durante este período, a autarquia utilizou apenas auditoria externa independente, no total de 23% dos casos em que foram aplicados remédios.

Em 2017, todavia, houve a previsão de *trustees* em todos os atos de concentração aprovados com restrições pela autoridade antitruste brasileira. Tal fato demonstra que o órgão, no último ano, preocupou-se em adotar um monitoramento mais abrangente e com determinações de atuação mais específicas.

Nesse sentido, por meio da pesquisa realizada, foi possível observar a previsão de 3 tipos de *trustees* em ACCs: (i) *trustee* de monitoramento; (ii) *trustee* de desinvestimento; e (iii) administrador independente.

O *trustee* de monitoramento é responsável por supervisionar o cumprimento de compromissos assumidos pelas partes em ACC e assegurar a sua efetiva realização[47]. Segundo a ICN[48], cabe ao *trustee* de monitoramento informar, de forma imparcial, à autoridade de defesa da concorrência acerca da implementação e da efetividade do remédio antitruste estabelecido, além de elaborar relatórios para que haja o acompanhamento periódico pela autoridade.

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que a participação de *trustees* de monitoramento cresceu significativamente entre 2015 e 2017, em ACs aprovados com remédios, o que demonstra uma maior preocupação do órgão com o monitoramento dos remédios implementados, bem como um maior alinhamento com as melhores práticas internacionais. Vale ainda registrar que 67% dos casos com previsão de *trustee* de monitoramento foram concentrações internacionais[49].

Em regra, a autoridade de defesa da concorrência estabelece um período para que as partes cumpram o compromisso de desinvestir. Caso não seja possível realizar o desinvestimento no prazo inicialmente estipulado, o *trustee* de desinvestimento será responsável por realizar e supervisionar o desinvestimento, podendo, em alguns casos, opinar de forma imparcial acerca do comprador[50].

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que a previsão de *trustees* de desinvestimento cresceu entre 2015 e 2017, em ACs aprovados com remédios estruturais. Vale ressaltar que os dados obtidos fazem referência apenas à sua previsão em ACCs e não a sua efetiva atuação. Conforme já mencionado, o Cade, em regra, determina que as partes compromissárias realizem o desinvestimento, cabendo ao *trustee* de desinvestimento realizá-lo apenas em caso de descumprimento do prazo incialmente estabelecido.

Quando se estabelece o desinvestimento num ato de concentração, pode-se optar por um administrador independente[51] que administre a negócio a ser desinvestido, de forma a garantir sua independência com relação às partes e sua competitividade no mercado[52].

De acordo com DOJ[53], o administrador independente[54] é responsável pelo dia a dia do negócio a ser desinvestido, assegurando que este continuará operando de forma competitiva, durante o período

---

[45] Casos analisados sob a égide da Lei 8.884/1994.

[46] CABRAL, op. cit.

[47] O Cade aponta que o *trustee* de monitoramento "pode ou não ser uma empresa de auditoria. O relevante é que o *trustee* tenha condições de realizar a avaliação antitruste necessária para fazer o acompanhamento do ACC, não se limitando a aspectos contábeis e financeiros, mas também a questões do mercado afetado". Em: CADE, 2018, p. 47.

[48] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit.

[49] Atos de concentração AT&T/TW (Ato de concentração n° 08700.001390/2017-14), LATAM/Iberia/British Airways (Ato de concentração n° 08700.004211/2016-10), Dow/DuPont (Ato de concentração n° 08700.005937/2016-61), GSK/Novartis e Ball/Rexam (Ato de concentração n° 08700.008607/2014-66) e Continental/Veyance (Ato de concentração n° 08700.004185/2014-50).

[50] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 25

[51] De acordo com a ICN, "the hold separate manager will require the necessary executive powers, competencies and capacity to carry out this function". Em: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 25.

[52] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 25.

de desinvestimento. Entre os 15 atos de concentração nos quais foram determinados remédios estruturais pelo Cade, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017, 2 deles previram um administrador independente no ACC pactuado, ambos em 2015. Não se trata, portanto, de prática comumente utilizada pela autoridade de defesa da concorrência brasileira.

2. O sistema de análise prévia e a evolução na aplicação de remédios antitruste pelo CADE

A partir da pesquisa realizada, foi possível observar algumas mudanças na aplicação de remédios antitruste pelo Cade, tanto em termos de procedimento, quanto em termos de conteúdo, com o amadurecimento institucional da autarquia e a instituição do sistema de análise prévia de estruturas, na nova lei de defesa da concorrência.[55]

Vale mencionar que, com a adoção do sistema de análise prévia, o tempo de análise tornou-se crucial para as partes, que devem agora esperar a decisão do Conselho para efetivarem a operação[56-57]. Tal sistema, portanto, gerou incentivos a uma maior participação das requerentes na fase de instrução e na formulação de soluções acordadas, com o intuito de dar maior celeridade à análise da operação[58], além de permitir a elaboração de remédios antitruste melhores e mais efetivos pelo Cade, uma vez que a operação ainda não foi consumada pelas partes [59].

Nessa perspectiva, observou-se um aumento de soluções negociadas[60] em atos de concentração aprovados com remédios[61]. No período de janeiro/2013 a dezembro/2017, sob a vigência da Lei 12.529/2011, verificou-se a prevalência de restrições impostas por meio de ACC na quase a totalidade dos casos, uma vez que em 97% dos atos de concentração aprovados com restrições foram determinados remédios por meio de acordos. Além disso, nesse mesmo período, observou-se que 32% das

---

[53] ESTADOS UNIDOS, op. cit.

[54] O DOJ utiliza a nomenclatura "*operating trustee*". Em: ESTADOS UNIDOS, op. cit., p.26.

[55] Thaiane de Abreu, ao analisar os remédios antitruste aplicados a atos de concentração pelo Cade de maio/2012 a maio/2017, apontou que, em termos gerais, "observou-se uma diminuição relevante no número de casos total analisados pela autarquia". Além disso, "(...) a maior parte dos casos que possuíam algum tipo de restrição no regime da antiga lei de concorrência, estavam relacionados somente às disposições de cláusula de concorrência, mesmo com o entendimento do Cade já pacificado". Em: DE ABREU, Thaiane Vieira Fernandes. **Análise dos Remédios Antitruste Aplicados pelo Cade a partir da Vigência da Lei 12.529/11**. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 23, n. 2, 2017, pp. 78-79.

[56] De acordo com o ex-conselheiro Fernando Furlan, no sistema de análise prévia "as requerentes passam a ser as grandes interessadas em uma decisão mais célere", fornecendo informações de forma mais completa e rápida, o que permite com que a operação seja consumada mais rapidamente. Em: FURLAN, Fernando de Magalhães**. Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica**. In: GILBERTO, André Marques et al. (organizadores). Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 173.

[57] Thaiane de Abreu aponta que "o SBDC não possuía nenhum prazo formal para a decisão final quanto às concentrações, o que acarretava na diminuição de incentivos das partes em proverem informações rápidas e consistentes". DE ABREU, op. cit., p. 75.

[58] PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentração (ACCs)**: um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011. In: CARVALHO, Vinícius Marques (organizador). A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2015.

[59] CABRAL, Patrícia. **What has been Cade's preference in remedies:** structural, behavioral or a combination of both? In: IBRAC. Merger Control in Brazil: frequently asked questions, 2018, p. 228.

[60] Segundo Caio Neto e Paulo Azevedo "de um lado, há maior interesse das empresas em entrar em um processo de negociação, de modo a participar da solução do caso em esfera administrativa, seja para abreviar o tempo de análise, seja para participar do desenho dos remédios aplicáveis. De outro, há também maior poder de barganha da autoridade na imposição de remédios que lhe pareçam mais apropriados para assegurar as condições de concorrência". Em: PEREIRA NETO; AZEVEDO, op. cit.

[61] A solução negociada ocorre por meio da celebração do Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Trata-se de acordo firmado entre o Cade e as partes, nos termos do artigo 9˚, III, da Lei 12.529/2011.

negociações tiveram início na Superintendência-Geral, o que demonstra o esforço das partes em se antecipar a uma solução negociada com o órgão antitruste brasileiro.

Importa destacar que o aumento do número de soluções negociadas decorre não só dos incentivos gerados a partir da nova lei de defesa da concorrência, como também do amadurecimento institucional da autoridade antitruste brasileira. A adoção de soluções negociadas, consoante já aventado, aumenta o número de possibilidades para a elaboração de um remédio que enderece o problema concorrencial identificado pelo Cade e preserve a concorrência, além de reduzir as prováveis contestações das decisões do órgão no âmbito do Poder Judiciário.

Além do incremento de soluções negociadas por meio de ACCs, observou-se a evolução institucional do Cade a partir de algumas mudanças nos acordos firmados, como, por exemplo, o aumento de: (i) previsões de *trustees* de monitoramento e de desinvestimento; (ii) medidas de preservação e separação do negócio desinvestido; e (iii) previsões de procedimento arbitral como método alternativo à resolução de controvérsias.

Conforme já relatado, ocorreu expressiva majoração na quantidade de *trustees* previstos em ACCs, em detrimento de previsões de auditoria externa independente. Em 2017, todos os atos de concentração aprovados com restrições pela autoridade de defesa da concorrência previram algum tipo de *trustee*, o que demonstra a preocupação do órgão com a adoção de um monitoramento mais abrangente e com determinações de atuação mais específicas.

Nesse sentido, ressalta-se que previsões, tanto de *trustees* de monitoramento[62], quanto de *trustees* de desinvestimento, cresceram significativamente, alcançando a totalidade dos atos de concentração, em 2017 e 2016, respectivamente. Ademais, destaca-se que o Guia de Remédios Antitruste do Cade[63], ainda em versão preliminar, aponta a preferência por *trustee* de monitoramento, diante da impossibilidade de acompanhamento e de supervisão diários dos compromissos estabelecidos pela própria autarquia.

Cumpre mencionar também que, na pesquisa ora realizada, observou-se a previsão de procedimento arbitral como método alternativo à resolução de controvérsias, em ACCs celebrados pelas partes com o Cade, em 5 atos de concentração aprovados com restrições, no período de 2013 a 2017, o que corresponde a 17% do total de casos com remédios.

Nesse contexto, destaca-se que a previsão de procedimento arbitral para a resolução de litígios cresceu consideravelmente em 2017, cuja aplicação ocorreu em 60% dos atos de concentrações aprovados com restrições no referido ano, em conformidade com o que se observa na seara internacional[64]. Cabe aqui o registro de que tal previsão foi aplicada pela primeira vez em 2014, e uma única vez em 2015.

Segundo o Conselheiro Paulo Burnier[65], nos primeiros casos em que houve a previsão de arbitragem (Bromisa/ICL Brasil[66] e Rumo/ALL[67]) pelo Cade, tal mecanismo de resolução de

---

[62] Segundo o Guia de Remédios Antitruste preliminar do Cade, "a adoção de um *monitoring turstee* favorece a identificação tempestiva de eventual descumprimento de obrigações e deveres das Compromissárias e a adoção de medidas cabíveis pela Autoridade, aumentando a probabilidade de efetividade dos remédios". Em: CADE, 2018, p. 17

[63] CADE, 2018, p. 15.

[64] De acordo com a OCDE, "o uso de métodos alternativos de solução de controvérsias, incluindo arbitragem e mediação, para solucionar controvérsias comerciais com componente concorrencial, cresceu de forma exponencial nos últimos anos. Esta interface entre arbitragem e concorrência estimulou intensos debates entre acadêmicos, advogados e economistas, o que permitiu o desenvolvimento de interessante jurisprudência sobre o assunto". Em: OCDE, **Arbitration and Competition**. OECD, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. (Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.)

[65] Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.

[66] CADE. Ato de Concentração n° 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 10/12/2014.

controvérsias "serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste" [68]. Posteriormente, o Cade passou a estabelecer, em ACC firmados com as partes (Bovespa/Cetip[69] e AT&T/TW[70]), ao juízo arbitral "poderes suficientemente amplos (...) com caráter definitivo e irrecorrível", não tendo, necessariamente, como causa de pedir uma disposição prevista no ACC.

Ainda de acordo com o Conselheiro, o Cade

> tem cada vez mais se preocupado em fazer uso da arbitragem de maneira técnica, sem descaracterizar a essência do instituto enquanto mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos cujo regime jurídico encontra-se estabelecido na Lei 9.307/1996[71].

A OCDE[72] aponta que a utilização de cláusulas arbitrais, especialmente em casos de remédios comportamentais, que necessitam de monitoramento contínuo, auxilia a redução dos custos relativos ao seu monitoramento. Conforme a Organização,

> a possibilidade de recorrer à arbitragem oferece a todos os potenciais beneficiários um incentivo para garantir uma implementação precisa dos remédios pelas partes compromissárias. Isso poderia ser mais efetivo que qualquer atividade de monitoramento pela autoridade antitruste[73].

No que se refere aos remédios comportamentais adotados em atos de concentração pelo Cade, no período analisado, destaca-se que os remédios "manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade)" e "vedação de troca de informações e manutenção de independência", apesar de serem amplamente utilizados pela autoridade antitruste brasileira, geram altos custos de monitoramento e elevam o risco de ineficácia do remédio, uma vez que, em geral, determinam que as firmas atuem contrariamente a seus incentivos[74].

Os remédios comportamentais "proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso" e "tratamento não discriminatório", por outro lado, são vistos, nacional e internacionalmente, como alternativas mais adequadas para casos de integração vertical[75].

Outro incentivo gerado pelo sistema de análise prévia refere-se à maior adoção de remédios estruturais, de forma isolada ou concomitantemente aos remédios comportamentais. De acordo com o relatório da OCDE[76], o sistema de análise posterior de atos de concentração adotado pela antiga Lei 8.884/1994, no Brasil, favoreceu a prevalência de remédios comportamentais em detrimento de remédios estruturais.

No período de 1994 a 2013, em pesquisa realizada por Patrícia Cabral[77], constatou-se que em 37% dos casos de sobreposição horizontal[78] foram aplicados remédios estruturais (26% apenas estruturais; e 11% comportamentais e estruturais). No entanto, de 2013 a 2017, observou-se um

---

[67] CADE. Ato de Concentração n° 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL - América Latina Logística S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11/02/2015.

[68] Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.

[69] CADE. Ato de Concentração n° 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. - Mercados Organizados, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 22/03/2017.

[70] CADE. Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 18/10/2017.

[71] Voto-vogal proferido pelo Conselheiro Paulo Burnier no ato de concentração n° 08700.001390/2017-14.

[72] OECD. **Remedies in Cross-Border Merger Cases**. OECD, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf>.

[73] Ibid., p. 11.

[74] CADE, 2018.

[75] CADE, 2018.

[76] OECD/BID. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010.

[77] CABRAL, op. cit., p. 74

[78] Em casos de integração vertical foram utilizados apenas remédios comportamentais, tanto no período de 1994 a 2013, quanto de 2013 a 2017.

crescimento na adoção de remédios estruturais nesses casos, correspondendo a 57% (30% apenas estruturais; e 27% comportamentais e estruturais).

Observa-se, portanto, um aumento do número de remédios estruturais adotados em casos de sobreposição horizontal, tanto de forma individual, quanto acompanhado de remédios comportamentais. No entanto, mesmo após a vigência da Lei 12.529/2011, remédios comportamentais prevalecem na prática da autarquia, visto que foram aplicados em mais de 70% dos casos com remédios, durante o período analisado.

Ademais, é importante destacar que nos últimos anos, mais especificamente de 2016 a março de 2018, conforme apontado por Patrícia Cabral[79], os remédios puramente comportamentais foram mais utilizados que os remédios puramente estruturais ou remédios comportamentais e estruturais em conjunto, mesmo em casos de sobreposição horizontal.

Segundo a autora[80], a adoção de remédios comportamentais não significa que o Cade prefira tais remédios aos estruturais, tampouco que a sua abordagem tenha sido menos rigorosa. Aponta que

> em realidade, desde os anos finas da Lei 8.884/1994, é possível observar que os remédios, em geral, estão mais complexos e rigorosos, e o número de concentrações rejeitadas aumentou, em comparação aos anos iniciais do controle de estruturas no Brasil.

Além disso, o recente Guia de Remédios Antitruste do Cade[81], publicado em maio de 2018, ainda em versão preliminar, demonstra clara preferência por remédios estruturais. Isso pois, de acordo com a autarquia, tal remédio direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta, dado que este reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante, e incorre em menores custos de monitoramento e em menores riscos de distorções do mercado quando da sua aplicação.[82]

Nesse sentido, vale salientar que, em pesquisa realizada por Thaiane de Abreu[83], a autora concluiu que a autoridade antitruste brasileira, a partir da vigência da nova Lei 12.529/2011, passou a aplicar "remédios antitruste com olhos nas melhores práticas de autoridades antitruste como o DOJ e a Comissão Europeia, além de estar atento para as recomendações de organizações internacionais como a ICN e a OCDE".

Por fim, a adoção do sistema de análise prévia permitiu uma maior cooperação internacional, no que se refere, entre outras coisas, à implementação e ao monitoramento de remédios em operações mundiais, posto que a maioria dos países adota esse tipo de sistema.[84]

Conclusão

O presente trabalho buscou analisar a evolução da prática do Cade e os impactos do sistema de análise prévia, adotado pela nova lei, nos remédios antitruste em atos de concentração aprovados com restrições pela autarquia, no período de janeiro/2013 a dezembro/2017. Por meio da pesquisa realizada, foi possível observar mudanças significativas no desenho e no monitoramento de remédios determinados pelo Cade.

---

[79] CABRAL, op. cit., 2018.

[80] Ibid., p. 231.

[81] CADE, 2018, p. 15.

[82] O Guia de Remédios Antitruste preliminar do Cade aponta, também, que apenas na eventualidade do remédio estrutural não ser cabível: (i) por ser insuficiente no endereçamento de problemas concorrenciais de forma efetiva; ou (ii) por não ser efetivo em razão de questões regulatórias ou fáticas, serão aplicados remédios comportamentais, desde que eficazes, para a reversão do prejuízo concorrencial da operação. Em: CADE, 2018, p. 40.

[83] DE ABREU, op. cit., p. 79.

[84] De acordo com o Guia de Remédios Antitruste preliminar do Cade, por vezes, é possível que um mesmo ato de concentração seja objeto de análise simultânea e paralela, no Brasil e no exterior. Nestes casos, a cooperação entre autoridades da concorrência é desejável no desenho, implementação e monitoramento dos remédios. Isto minimiza os riscos de remédios contraditórios ou inconsistentes, preservada a soberania dos países afetados e a independência das autoridades da concorrência envolvidas. Em: CADE, 2018, p. 55.

Em suma, constatou-se que apenas 3% dos atos de concentração foram objeto de remédios antitruste aplicados unilateralmente pelo Cade, ao passo que 97% foram negociados em âmbito de ACCs. Destes ACCs, 31% tiveram o início das negociações já na Superintendência-Geral, o que evidencia o esforço das partes em se antecipar a uma solução negociada com o órgão antitruste brasileiro.

De todos os remédios antitruste aplicados nesses 29 casos, 27% foram estruturais, 52% foram comportamentais, e 21% foram estruturais e comportamentais. Ainda, constatou-se que, em contraponto à literatura antitruste nacional e internacional, no Brasil, os remédios comportamentais estão associados aos casos de sobreposição horizontal, em maior medida que os remédios estruturais. Nos atos de concentração em que houve sobreposição horizontal (26), os remédios antitruste aplicados foram 54% estruturais (31% estruturais "puros" e 23% estruturais "mistos"), ao passo que 69% foram comportamentais (46% comportamentais "puros" e 23% comportamentais "mistos").

No que tange aos casos de integração vertical, a prática da autoridade antitruste brasileira está de acordo com a literatura nacional e internacional antitruste, uma vez que os resultados apontaram a aplicação de remédios puramente comportamentais em 100% dos casos de integração vertical (3).

Entre os remédios aplicados, analisou-se tanto os remédios estruturais quanto os remédios comportamentais, além das medidas de preservação e separação do negócio desinvestido. No que se refere aos remédios estruturais, contatou-se a prevalência de três tipos principais, conforme classificação desta autora: venda pacote de ativos (55%); venda ou licenciamento de propriedade intelectual (28%) e venda de unidade de negócio existente (17%).

Por sua vez, quanto às medidas de preservação e separação do negócio desinvestido, contatou-se a aplicação de cinco tipos principais, conforme classificação desta autora: medidas de preservação de viabilidade, de comercialização e de competitividade do negócio desinvestido (32%); cláusula de não aliciamento ou não solicitação (18%); proibição de acesso a informações concorrencialmente sensíveis (*ring fencing*) (18%); diligência legal (18%); obrigações de isolamento (14%).

Por fim, quanto aos remédios comportamentais, nota-se a existência de sete tipos principais de medidas adotadas, conforme classificação desta autora: manutenção ou alteração da oferta (quantidade e qualidade) (20%); comunicação e transparência (19%); proibição de estratégias exclusionárias e de fechamento de mercado e garantia de acesso (15%); vedação de troca de informações e manutenção de independência (15%); tratamento não discriminatório (12%); *compliance* (5%); outros tipos de remédios comportamentais (14%).

Uma vez aplicados e encaminhados para monitoramento, a pesquisa verifica que o Cade monitora por auditoria externa independente em 17% e por *trustee* em 31% dos casos.

Importa mencionar que o Cade elaborou um Guia de Remédios Antitruste que, até o presente momento, está em versão preliminar, e ficou disponível para contribuições da sociedade até 22 de junho de 2018. O documento reúne as melhores práticas e procedimentos adotados no desenho, na aplicação e no monitoramento de remédios estabelecidos pelo Cade[85].

Ante todo o exposto, constata-se que o sistema de análise prévia e o amadurecimento institucional do órgão contribuíram sobremaneira para as mudanças observadas ao longo dos últimos anos. A prática do Cade demonstra a adoção de remédios mais direcionados aos problemas concorrenciais identificados em cada caso, e um monitoramento mais efetivo e específico.

Finalmente, ressalta-se a importância da coleta de dados pelo Cade dos remédios antitruste aplicados, bem como a análise da efetividade dos remédios estabelecidos, como forma de avaliar as decisões tomadas pelo órgão.

[85] Disponível em: http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-versao-preliminar-de-guia-sobre-remedios-antitruste.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em 10 de março de 2018.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 10 de março de 2018.

CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração**: uma análise da prática do Cade. IX Prêmio SEAE, 2014.

_____. **What has been Cade's preference in remedies:** structural, behavioral or a combination of both? In: IBRAC. Merger Control in Brazil: frequently asked questions, 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração n° 08700.009882/2012-35. Requerentes: Munksjö AB e Ahlstrom Corporation, Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 22/05/2013.

_____. Ato de Concentração n° 08700.006437/2012-13. Requerentes: WP Roaming III S.à.r.l Syniverse Holdings, Inc., Relator Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani, julgado em 22/05/2013.

_____. Ato de Concentração n° 08700.007621/2014-42. Requerentes: Holcim Ltd. e Lafarge S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 10/12/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.009924/2013-19. Requerentes: Videolar S.A., Sr. Lirio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Innova S.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 1°/10/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.000658/2014-40. Requerentes: Minerva S.A. e BRF S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 20/08/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.010688/2013-83. Requerentes: JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e Forte Empreendimentos e Participações Ltda., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 20/08/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.002372/2014-07. Requerentes: Cromossomo Participações II S.A. e Diagnósticos da América S.A., Relator Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani, julgado em 16/07/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.009198/2013-34. Requerentes: Estácio Participações S.A. e TCA Investimento em Participações Ltda., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 14/05/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.005447/2013-12. Requerentes: Anhanguera Educacional Participação S.A. e Kroton Educacional S.A., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 14/05/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.004957/2013-72. Requerentes: Bayer S.A. e Monsanto do Brasil Ltda., Relator Conselheiro Alessandro Serafin Octaviani, julgado em 22/01/2014.

_____. Ato de Concentração n° 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Indústria e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 10/12/2014.

_____. Ato de Concentração n°08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefônica Brasil S.A., Telefónica S.A., GVT Participações S.A. e Vivendi S.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25/03/2015.

_____. Ato de Concentração n° 08700.009731/2014-49. Requerentes: Telefónica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A. e Mediobanca S.p.A., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25/03/2015.

_____. Ato de Concentração n° 08700.008607/2014-66. Requerentes: GlaxoSmithKline PLC. e Novatis AG., Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25/02/2015.

_____. Ato de Concentração n° 08700.006567/2015-07. Requerentes: Ball Corporation e RexamPLC, Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 09/11/2015.

_____. Ato de Concentração n° 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL - América Latina Logística S.A., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11/02/2015.

_____. Ato de Concentração n° 08700.004185/2014-50. Requerentes: Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies Inc., Relatora Conselheira Ana Frazão, julgado em 29/01/2015.

_____. Ato de Concentração n° 08700.001437/2015-70. Requerentes: Dabi Atlante S.A. Indústria Médico Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira julgado em 25/11/2015.

_____. Ato de Concentração n° 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda., Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 08/06/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.010266/2015-70. Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SiCBRAS Carbeto de Silício do Brasil Ltda., Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 13/04/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.009363/2015-10. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 11/05/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.006723/2015-21. Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo, Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda., Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 11/05/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.003462/2016-79. Requerentes: Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e Hypermarcas S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14/09/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 09/11/2016.

_____. Ato de Concentração n° 08700.005937/2016-61. Requerentes: The Dow Chemical Company e E.I. Du Pont de Nemours and Company, Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 17/05/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. - Mercados Organizados, Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 22/03/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.004211/2016-10. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Plc., Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 08/03/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.001642/2017-05. Requerentes: Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 16/08/2017.

_____. Ato de Concentração n° 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc., Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 18/10/2017.

_____. **Guia Análise de Atos de Concentração**. Brasília, 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>.

_____. **Guia de Remédios Antitruste**. Versão Preliminar. Brasília, 2018, p. 11. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/guia-remedios-antitruste-versao-preliminar.pdf>.

DE ABREU, Thaiane Vieira Fernandes. **Análise dos Remédios Antitruste Aplicados pelo Cade a partir da Vigência da Lei 12.529/11**. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 23, n. 2, 2017.

ESTADOS UNIDOS. **Department of Justice policy guide to merger remedies**. 2011. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>.

FURLAN, Fernando de Magalhães**. Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica**. In: GILBERTO, André Marques et al. (organizadores). Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011, pp. 171-173.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Merger Remedies Guide**. ICN Merger Working Group, 2016. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>

OECD. **Remedies in Merger Cases**. OECD, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>.

_____. **Arbitration and Competition**. OECD, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>.

_____. **Remedies in Cross-Border Merger Cases**. OECD, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf>.

OECD/BID. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, e AZEVEDO, Paulo Furquim. **Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentração (ACCs)**: um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011. In: CARVALHO, Vinícius Marques (organizador). A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2015, pp.

6. REMÉDIOS COMPORTAMENTAIS EM FUSÕES VERTICAIS: PROBLEMA OU SOLUÇÃO?

6. BEHAVIORAL REMEDIES IN VERTICAL MERGERS: PROBLEM OR SOLUTION?

Silvia Fagá de Almeida e Anna Olimpia de Moura Leite

Resumo: O objetivo do artigo é discutir, à luz de importantes casos recentes, a aplicação de remédios por parte da autoridade antitruste brasileira em fusões verticais. Tomando por base a evolução do arcabouço teórico e as justificativas para a imposição e para o tipo de remédio nesses casos, o texto se debruça sobre o histórico recente das práticas do Cade, sem deixar de atentar para a formação da *soft law* nacional e internacional. Por fim, dois casos recentes – AT&T/Time Warner e Bayer/Monsanto – são descritos com o intuito de traçar paralelos com a discussão de remédios em casos de integração vertical.

Palavras-chave: fusões, integração vertical, remédios comportamentais, remédios estruturais.

Abstract: The article analyzes the application of remedies by the antitrust authority in vertical integration cases. Based on the evolution of theoretical framework and the justifications for imposition and types of remedies in these cases, the text focuses on the recent history of Cade's practices, while attentive to the formation of national and international soft law. Finally, two recent cases - AT & T / Time Warner and Bayer / Monsanto - are described in order to draw parallels with the discussion of remedies in cases of vertical integration.

Keywords: mergers, vertical, remedies, behaviourals, structurals.

Introdução: o conceito e principais abordagens

A análise de fusões e aquisições verticais tem ganho importância no Brasil e no Mundo. Refletida no recente aumento de casos julgados, sendo um dos expoentes mais importantes a aquisição global da Time Warner pela AT&T, o tema tem ganho destaque também nos debates no âmbito da International Competition Network (ICN) por meio da pesquisa feita às agências e discussões recentes para a criação de diretrizes e padrões de análises (*soft law*) que vem sendo utilizados ao redor do mundo.

As integrações verticais ocorrem entre empresas que atuam em diferentes mercados, mas em níveis complementares da cadeia produtiva de um determinado bem[1]. Por exemplo, uma empresa fornecedora de matéria prima (elo *upstream*) adquire uma empresa demandantes de tal insumo e produtora de um bem final (elo *downstream*).

As operações que demandam análises dessa relação por parte da autoridade antitruste podem conter apenas a relação vertical, como foi o caso da AT&T/Time Warner[2] no Brasil, ou também incluírem a análise de sobreposição horizontal, a exemplo da operação Bayer/Monsanto[3]. Ambos os casos serão apresentados neste artigo em maiores detalhes como referência de análises recentemente feitas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

---

[1] ICN Merger Guidelines Workbook (p.76). Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf> . Último acesso em: 12/07/2018

[2] AC AT&T/Time Warner, nº 08700.001390/2017-14. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Último aceso em: 12/07/2018.

[3] AC Bayer/Monsanto, nº 08700.001097/2017-49. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVZL75c3cw1WpT8oTjt8Mkys2jy9EeDvPBuurj_6bX3A>. Último acesso em: 12/07/2018.

Diferente dos casos de sobreposição horizontal, fusões verticais não implicam na diminuição de um competidor direto. Adicionalmente, integrações verticais estão associadas a ganhos de eficiência derivados de economias de escopo (Scherer e Ross, 1990); da redução de problemas informacionais (Lafontaine e Slade, 2010); redução em custos de transação (Williamson, 2005); e eliminação de dupla margem[4] (Posner, 1978 e Bork, 1978), como lembra Azevedo (2010). Além das possibilidades de sinergias, o possível dano resultante da operação encontra dificuldades em ser efetivamente mensurado por estar baseado em possíveis condutas, como práticas exclusionárias ou aumentos de preço, adotadas pela empresa após a operação. Tais características impõem desafios adicionais à autoridade na adoção de remédios, não só porque uma eventual restrição estrutural pode vir a limitar ou eliminar as eficiências resultantes da operação, mas também porque a própria análise de efeito líquido da operação não é trivial, sendo importante avaliar o dano concorrencial da forma mais precisa possível para um desenho de remédio proporcional.

Assim, para analisar casos de fusões verticais é preciso primeiro entender o olhar da política de defesa da concorrência sobre relações verticais e as possíveis práticas exclusionárias na forma de fechamento de mercado. Fumagali Motta e Calcagno (2018) fazem um balanço da evolução do pensamento acadêmico desde as primeiras aplicações em casos da jurisdição americana até o momento atual. Segundo os autores, em um primeiro momento, os casos de fechamento de mercado eram analisados sob a ótica do conceito de "*essential facility*". Isto é, quando a empresa *upstream* monopolista detivesse acesso a um bem ou infraestrutura ao qual competidores *downstream* tivessem que adquirir para poder operar. No entanto, tal doutrina esbarra em dificuldades de definição do que seria a "*essential facility*", vinculando-as à indústrias com características de monopólios naturais ou à setores regulados.

A escola de Chicago, já nos anos 1970 e 80, critica esta interpretação e busca demonstrar o lado pró-competitivo das integrações verticais. Bork (1978) e Posner (1978) sugerem que um monopolista *upstream*, que detivesse controle de um *player downstream*, poderia fechar o mercado, mas não teria incentivos para tal. Segundo os autores, negociar com empresas rivais *downstream* mais eficientes geraria maiores lucros para o monopolista *upstream*, não havendo incentivo para restringir acesso a um determinado insumo. Ademais, só haveria um lucro de monopólio a ser extraído, sendo a integração vertical um mero rearranjo entre fornecedor e consumidor. Neste sentido, as decisões de integrações verticais seriam, quase que exclusivamente pró-competitivas, dada a geração de eficiências, principalmente em virtude da eliminação de dupla margem. Dessa forma, a escola de Chicago considera, de maneira geral, desnecessária a aplicação de restrições para integrações verticais.

Na esteira das mudanças tecnológicas, alguns autores começaram a refutar parcialmente a lógica de Chicago, avaliando que as eficiências citadas e a ausência de preocupações concorrenciais só seriam geradas em circunstâncias específicas, caracterizadas como exceção e não regra. Fatores tais como comportamento oportunista (Hart e Tirole, 1990), incerteza e aversão ao risco (Hansen e Motta, 2012) e assimetria de poder de barganha estariam presentes na dinâmica de oligopólios, levantando preocupações concorrências. Nesse novo arcabouço teórico, avaliam que as eficiências contempladas pela escola de Chicago podem não ser suficientes para compensar os danos gerados à concorrência (Salop, 2018)[5].

Mais recentemente, uma nova abordagem, apresentada por Salop (2018), aponta que alguns casos de integração vertical, em especial, nos mercados em que economias de escala e efeitos de rede

---

[4] Como explica Azevedo (2010): A presença de dois monopólios consecutivos, ambos fazendo incidir uma margem de monopólio sobre o seu custo, não resultaria em dois lucros de monopólio, mas em um lucro conjunto inferior ao que seria obtido por um único monopolista, no que ficou conhecido na literatura econômica como 'dupla margem'.

[5] SALOP, op. cit. p. 5. Trecho original: "That skepticism rests on three main claims: (1) foreclosure is illusory because vertical mergers simply realign vertical relationships rather than reduce supply; (2) anticompetitive foreclosure generally would not be profitable; and (3) vertical mergers are invariably efficient, particularly because of elimination of double marginalization […] the first two claims never had a strong economic basis and have been steadily and powerfully debunked by economists, while the third can no longer carry the burden to support non-enforcement."

estão presentes, elevam barreiras à entrada e o poder de mercado dos incumbentes, gerando preocupações concorrenciais. Em relação à remédios, o autor pontua que, em especial, os remédios comportamentais podem alterar os incentivos à práticas exclusionárias e atuam como forma de prevenir condutas anticompetitivas.[6]

Como são recentes as novas abordagens sobre os efeitos das fusões verticais, que contestam a interpretação da escola de Chicago, o assunto ainda é pouco abordado nos guias de antitruste. No caso da autoridade antitruste brasileira, o tema não é profundamente abordado a ponto de justificar um guia próprio, mas tampouco é desconsiderado, uma vez que há ponderações a respeito deste tema no Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal do Cade:

> Deve-se considerar o nível de integração da cadeia produtiva uma vez que a necessidade de verticalização por parte das empresas atuantes, entre elos de fornecimento de insumos e outros, pode dificultar a entrada ou a atuação competitiva de um entrante, assim como a rivalidade por parte de agentes que tenham deficiências nessa integração. (CADE, 2016, p.35) [7]

Além disso, a resolução do CADE nº 09, de outubro de 2014[8], define como baixa a participação de mercado menor que 30% em integração vertical seja a montante ou a jusante de qualquer uma das requerentes ou seu grupo econômico. Respeitada essa regra, o ato de concentração é passível de enquadramento sob o procedimento sumário.

Explicitada a evolução da teoria e a apresentação do tema na legislação nacional, o presente artigo objetiva, nas seguintes seções, se aprofundar na análise da aplicação de remédios pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras com base na literatura e na doutrina antitruste.

1. A aplicação de remédios

A discussão acerca da aplicação de remédios especificamente para os casos de integrações verticais é norteada pelos princípios e diretrizes para a efetividade dos remédios em geral no contexto da jurisdição brasileira, elucidados na minuta do novo Guia de Remédios Antitruste do CADE:

> A aplicação dos princípios de **proporcionalidade, tempestividade, factibilidade, e verificabilidade** aumenta a probabilidade de o remédio ser efetivo, ou seja, o remédio passa a ter condições de alcançar o objetivo de resolução do dano concorrencial advindo do AC. (CADE, 2018, p.13)[9] *grifos nossos*.

O princípio da proporcionalidade indica que o remédio deve endereçar as preocupações concorrências, preservando as eficiências resultantes da operação. Nas fusões verticais, desinvestimento de ativos pode comprometer ganhos de eficiência resultante da operação e, assim, afetar a racionalidade econômica da operação. Diferente da maioria dos casos de fusões horizontais, nas fusões verticais, as eficiências quase sempre estão ligadas à complementariedade de estrutura, proporcionando economias de escopo, reduzindo custos de transação entre os elos da cadeia e a dupla margem. Neste sentido, Motta et.al. (2003) mostra que, em casos de integrações verticais, ao incluir um desinvestimento envolvendo uma unidade de negócio em operação, como efeito colateral, tais remédios tendem a dirimir as eficiências resultantes da operação, conforme também ressaltado no *ICN Merger Remedies*

---

[6] SALOP, op. cit. p. 21. Trecho original: a conduct remedy represents an acknowledgement that the merger likely creates incentives to behave in ways that will harm competition. It also represents a belief that the agency has identified and successfully enumerated all the behaviors that might manifest those incentives in the future.

[7] CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016, p. 35. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Último acesso em: 13/07/2018

[8] Resolução nº9, de 01 de outubro de 2014 p.3. Disponível em:< http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-9-01outubro2014-alteracao-res-022012.pdf/view>. Último acesso em: 13/07/2018.

[9] CADE, Guia de Remédios Antitruste – Versão Preliminar, 2018. p.13. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/guia-remedios-antitruste-versao-preliminar.pdf>. Último acesso em: 13/07/2018.

Guide.[10]Além da proporcionalidade, o remédio deve ser tempestivo, ou seja, o cumprimento dele deve ocorrer em um prazo que não gere ônus para as partes ou custos adicionais à autoridade. Outros fatores a se considerar são a factibilidade e verificabilidade das restrições, implicando na capacidade das empresas de cumprirem os requisitos do acordo e na capacidade do órgão antitruste de atestar o resultado sem deixar de lado o princípio da tempestividade. A verificabilidade engloba não apenas a certificação do início do compromisso, mas também a observação contínua, o que faz com que a autoridade, ao menos em teoria, prefira a aplicação de remédios estruturais com reduzido custo de monitoramento. No entanto, como será mostrado, a prática revela que a utilização de medidas comportamentais é mais recorrente, estando acompanhada, rotineiramente, pela figura do *trustee* para monitoramento dos acordos.

Os princípios descritos acima estão em linha com as práticas adotadas pelo CADE e pela doutrina antitruste internacional, e são aplicados na imposição de remédios para preocupações concorrenciais em sobreposições horizontais e integrações verticais. Também estão em linha com o arcabouço teórico, conforme apresentada por Salop (2018). Se a escola de Chicago se baseava na ideia de que um possível fechamento de mercado ou a adoção de outras práticas anticompetitivas não seriam lucrativas a ponto de superar os ganhos de eficiência gerados por operações desta natureza,[11] o novo arcabouço teórico poderá que integrações verticais podem gerar efeitos anticompetitivos apesar das eficiências geradas, tornando necessários remédios para endereçar tais preocupações.

A versão preliminar para consulta pública do Guia de Remédios do CADE[12], além de incluir os princípios enumerados, abarca a discussão atual ao ressaltar que "(a)tos de concentração horizontais ou verticais podem gerar prejuízos à concorrência ao mudarem os incentivos e criarem condições para que as partes diretamente envolvidas possam exercer seu poder de mercado (efeito unilateral)"[13]. Ou seja, ambos tipos de atos de concentração são capazes de ensejar preocupações concorrenciais e devem passar por avaliações pelo órgão, eventualmente, sofrendo intervenção por meio da imposição de remédios antitruste.

Além dos princípios cristalizados no Guia de Remédios, Mattos (2011) e Cabral (2014) consolidam alguns princípios a partir de diretrizes da ICN e de contribuições das principais jurisdições internacionais. Dentre os principais estão: (i) nexo causal entre o dano à concorrência e o ato de concentração; (ii) remédios não devem gerar efeito líquido negativo sobre a economia; (iii) consistência e proporcionalidade do remédio em relação ao dano concorrencial gerado pelo AC; (iv) remédios não podem objetivar regulação ou planejamento setorial; (v) remédios devem ser implementáveis, monitoráveis e ter garantia de cumprimento[14].

Dado alguns dos princípios listados, principalmente os itens iv e v, poderia ser concluído que a utilização de remédios estruturais se torna preferível sob a ótica do regulador em qualquer situação. De fato, o Guia de Remédios do Cade explicita essa preferência tanto para casos horizontais como para verticais:

> Remédios estruturais devem ser considerados prioritariamente, visto que a origem do problema concorrencial reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante, em ACs horizontais e ACs verticais. Remédios estruturais também trazem menor custo de monitoramento

[10] ICN Merger Remedies Guide, 2016. p.9. Trecho original: "In some vertical mergers, structural remedies may result in significant foregone efficiencies". Último acesso em: 13/07/2018.

[11] SALOP op. cit. p.4. Trecho original que enumera a ausência de racionalidade para o fechamento de mercado: "(1) foreclosure is illusory because vertical mergers simply realign vertical relationships rather than reduce supply; (2) anticompetitive foreclosure generally would not be profitable; and (3) vertical mergers are invariably efficient, particularly because of elimination of double marginalization."

[12] O Guia ainda estava em versão preliminar (lançamento para consulta pública) no momento em que o presente artigo foi escrito.

[13] Cade op.cit 2018. p.9

[14] Para lista extensiva de princípios e diretrizes ver Cabral (2014).

> e menor risco de distorções do mercado pelos remédios impostos na operação.[15] (CADE, 2018, p. 15)[16]

A preferência por remédios estruturais revelada pelo Guia não inviabiliza a aplicação de remédios comportamentais. No entanto, o texto faz questão de enumerar condicionantes para que os remédios não preferencias sejam aplicados:

> Na eventualidade de remédios estruturais não serem suficientes para endereçar os problemas concorrenciais de forma efetiva, ou não serem efetivos por questões regulatórias ou fáticas, remédios comportamentais podem ser determinados para mitigar efeitos negativos de um AC sobre a concorrência, desde que sejam eficazes em reverter o prejuízo concorrencial da operação. Remédios comportamentais também podem ser utilizados para complementar e tornar mais efetivos os remédios estruturais. A motivação de proporcionalidade de remédios comportamentais deve ser avaliada pela capacidade de rever os problemas concorrenciais de uma operação de forma conjunta a remédios estruturais ou de forma isolada.(CADE, 2018, p.40)[17]

Por fim, o Guia, já em sua seção sobre remédios comportamentais, chama atenção para o tratamento de casos de integração vertical ressaltando a importância de remédios comportamentais, em linha com o item (iii) que versa sobre a proporcionalidade entre o dano e o remédio:

> [...]boa parte das motivações favoráveis aos remédios comportamentais estão associadas a integrações verticais, visto que remédios comportamentais podem ser mais apropriados para preservar potenciais eficiências de um AC – e.g., redução de custos de transação e internalização de externalidades -, ao mesmo tempo que diminuem os riscos de fechamento de mercado. (CADE, 2018, p.40)[18]

Apesar da pré-disposição pela preferência por remédios estruturais descrita no Guia de Remédios do Cade, na prática do órgão antitruste nacional, o que se observa é a aplicação de remédios comportamentais em maior volume que remédios estruturais, sobretudo quando da análise de fusões verticais. Segundo De Abreu (2017), no período após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011 até o ano de 2017, dos 125 remédios aplicados tanto para fusões horizontais como verticais, apenas 23 foram ditos como estruturais. Os demais 102 foram categorizados como comportamentais.

Em sua pesquisa, a De Abreu (2017) é taxativa ao afirmar que:

> Sob a ótica do problema concorrencial identificado em cada operação, constatou-se que em casos com integração vertical, o Cade aplicou somente remédios comportamentais desde 1995. Apesar de algumas jurisdições aplicarem nestas situações remédios estruturais, a ICN, a OCDE e o DOJ também entendem que problemas como esses necessitam de medidas comportamentais a fim de garantir as eficiências decorrentes pela operação (DE ABREU, 2017, p. 79)[19]

Neste ponto, assim como mencionado anteriormente, tem-se a mesma intepretação apontada por Cabral (2014) no seguinte trecho de sua pesquisa: "Se os remédios estruturais são, em geral, recomendados para casos de fusões horizontais, os remédios comportamentais são tradicionalmente associados a casos de integração vertical" (CABRAL, 2014, p.56). Em sua pesquisa, que relacionou casos entre 1994 e 2013, destaca que "[...] todos os casos que envolviam apenas integração vertical, foram utilizados somente remédios comportamentais" (CABRAL, 2014, p.74).

---

[15] O Guia ainda menciona que: "[...] um remédio estrutural tal como um desinvestimento, provavelmente será mais efetivo, visto que direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta e que incorrerá em menores custos de monitoramento". (CADE, 2018)

[16] Cade op.cit 2018. p.15

[17] Cade op.cit 2018. p.40

[18] Cade op.cit 2018. p.40

[19] DE ABREU, Thaiane Vieira Fernandes. ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS PELO CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/11. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 2017, p. 64.

Na jurisdição nacional, dois casos clássicos exemplificam os remédios listados pelo Guia. Um deles é a formação da BRF (Sadia/Perdigão[20]), "em que se determinou a alienação de um pacote de ativos [..]. Ao mesmo tempo, foram adotadas medidas comportamentais complementares, como a garantia de fornecimento de peru *in natura*, dentro de determinados limites, ao adquirente do negócio, bem como a suspensão de determinadas marcas de maneira a facilitar o processo de criação de uma nova marca ou a fidelização por parte dos consumidores aos produtos de uma marca concorrente que já atua no mercado" (Cabral, 2014, p.73). Outro exemplo é o ato de concentração Fischer/Citrovita[21], no mercado de laranja, em que o CADE impôs que as Partes não expandissem suas próprias áreas cultiváveis de plantio de laranja por cinco anos.

Após o começo da aplicação da Lei 12.529, continuou-se observando o uso de remédios comportamentais nos casos com presença de integração vertical, como são os casos de: Petrotemex/Petrobrás[22], ALL/Rumo[23], Itaú/Mastercard[24], Itaú/XP Investimentos[25], BVMF/CETIP[26] e AT&T/Time Warner[27]. Cabe ressaltar que a solução adotada pela autoridade na aplicação de remédios em casos complexos é a utilização de pacotes de desinvestimentos composto por medidas de caráter estrutural e comportamental. Devido à complexidade e às particularidades de cada caso e de cada mercado envolvido, verifica-se o uso de diferentes técnicas de análise e tipos de restrições, mesmo seguindo as diretrizes e práticas usuais elaboradas nos guias.

Cabral (2014), contudo, reconhece que a literatura se concentra na análise de remédios estruturais. A especificidade de cada caso faz com que se torne difícil a sistematização ou a elaboração exaustiva de listas de remédios comportamentais ou mesmo uma tipologia, restando aos principais organismos do antitruste e à academia a concepção de diretrizes e recomendações genéricas. Cabral

---

[20] AC Sadia/Perdigão, nº 08012.004423/2009-18. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnf7vHg-LR1QJXfFJHQI9-0XJs6lkY_5R147uI4sec_LK >. Último acesso em: 16/07/2018.

[21] AC Fischer/Citrovita, nº 08012.005889/2010-74. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQlt4G-AS_wNrXrwYcUZjkAhoEWRZfJ-0V7l7BraaOGD >. Último acesso em: 16/07/2018.

[22] AC Petrotemex/Petrobrás nº 08700.004163/2017-32. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcUdx9lnsVvb_ZBGYzi6W0nj6oZVSJ0QXPnijfe11Gq7p >. Último acesso em: 13/07/2018.

[23] AC ALL/Rumo, nº 08700.005719/2014-65 Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxp0229X0UYGMDhBvizt3pQfRIpxGQTPa_HjxPUeLAaYi>. Último acesso em: 13/07/2018.

[24] AC Itaú/Mastercard, nº 08700.009363/2015-10.Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVuCyrLE_ibb1jzbJUnVYjm1P8INJ9ClzPRkBz7GU-r4>. Último acesso em: 13/07/2018

[25] AC Itaú/XP Investimentos, nº 08700.004431/2017-16. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR>. Último acesso em: 13/07/2018.

[26] AC BVMF/CETIP, nº 08700.004860/2016-11. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR1m-gZ4udoE9JiIF539Q4DZH4il88XlK8ynD__jWNZZ>. Último acesso em: 13/07/2018.

[27] AC AT&T/Time Warner, nº 08700.001390/2017-14 .Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ.> Último acesso em: 13/07/2018.

ainda chama a atenção para o consenso na literatura da dificuldade de monitoramento dos remédios comportamentais.

O guia da ICN[28], por exemplo, define os remédios comportamentais como aqueles que controlam os efeitos da operação e promovem a rivalidade horizontal por meio de medidas que alteram as relações com os consumidores finais, restringem os efeitos das relações verticais e o comportamento dos compradores. Em alguns casos, os remédios comportamentais também são utilizados em virtude de preocupações relacionados ao poder de compra. No guia da *Competition Commission* do Reino Unido, há recomendações para evitar riscos de monitoramento, distorção e especificação dos remédios acordados ou ainda risco de permitir que outros comportamentos indesejáveis se concretizem em função do remédio aplicado.

O Guia de Remédios do CADE traz alguns exemplos de remédios comportamentais em casos de integrações verticais e demonstra a aceitação destes como alternativa ou complemento aos remédios estruturais. Por exemplo, obrigações de concessão de acesso a insumos considerados fixos (i.e., infraestrutura, seguindo a linha teórica de *essential facility*, ou direitos de propriedade intelectual). Esses remédios têm como objetivo mitigar a elevação de barreiras à entrada e a consequente possibilidade de fechamento de mercado causada por uma integração vertical.

Adicionalmente às possibilidades citadas, a adoção de cláusulas de não-discriminação e não-exclusividade compõem as restrições de caráter comportamental, visando diminuir eventuais assimetrias de informação, garantir acesso à infraestrutura (*essential facility*) ou ainda coibir práticas ou comportamentos abusivos que distorçam as condições de concorrência.

Assim, dada as características das restrições de caráter comportamental e a observação da jurisprudência nacional, fica claro que há um esforço para conciliar a preservação de eficiências resultantes da operação com as preocupações em relação às possíveis condutas da empresa resultante capazes de gerar dano aos consumidores e à concorrência. Dito de outra maneira, em casos de integração vertical, o remédio comportamental, se devidamente desenhado, poderá inibir a elevação de barreiras à entrada, a probabilidade de fechamento de mercado e o aumento de custo dos rivais sem comprometer as eficiências provenientes da operação. Dessa forma, a temporalidade do remédio comportamental é fundamental para que o mercado possa se ajustar, inclusive com o surgimento ou consolidação de *players* rivais.

Explorados os argumentos teóricos e a observação geral quantitativa da prática nacional, a seguinte seção irá abordar em maiores detalhes dois dos mais recentes casos julgados pela autoridade antitruste brasileira, com foco na aplicação de remédios que possuem a finalidade de endereçar preocupações concorrenciais relacionadas à integração vertical.

2. Casos recentes analisados pelo CADE: Bayer-Monsanto e AT&T Time Warner

2.1. Bayer/Monsanto

Em fevereiro de 2017, foi notificada a aquisição global da Companhia Monsanto ("Monsanto") pela empresa Bayer AG ("Bayer") no CADE. Por contar com um número grande de mercados relevantes, alta complexidade e requerentes multinacionais, o caso foi a julgamento quase um ano depois, sendo aprovado mediante Acordo em Controle de Concentrações (ACC), contendo um amplo leque de remédios. Além de integrações verticais, a operação contava com uma série de sobreposições horizontais no conjunto de mercados divididos entre: (i) defensivos agrícolas, (ii) sementes e (iii) P&D e licenciamento de biotecnologia.

As integrações verticais consistiam justamente na relação de cadeia entre esses três mercados. Primeiro, em se tratando de sementes, a cadeia produtiva foi dividida em três etapas integradas verticalmente: (i) desenvolvimento de biotecnologia; (ii) desenvolvimento e reprodução de sementes; e (iii) produção e comercialização das sementes, com empresas atuando individualmente em cada um dos elos ou conjuntamente. Segundo, dentro da própria área de desenvolvimento de biotecnologia,

[28] ICN, 2016. op. Cit. p.8

existiriam subdivisões de elos produtivos no qual uma das requerentes estaria presente no *upstream* e a outra no *downstream*.

A Superintendência-Geral do Cade (SG) identificou os mercados de soja e de algodão como problemáticos do ponto de vista concorrencial, tanto pelas relações horizontais quanto pelas verticais. No que se refere à integração vertical, a preocupação concorrencial surgiu do fato de uma das partes deter poder de mercado no desenvolvimento de eventos transgênicos de soja e de algodão no mundo, enquanto que a outra detinha expertise em melhoramento genético de soja e algodão no Brasil. Levando em conta a presença significativa da Monsanto no elo a montante, a preocupação da autoridade é que a operação gerasse riscos de fechamento de mercado, em especial, devido à dependência dos concorrentes em relação aos *traits* (licenciamento de tecnologia) produzidos por Bayer e Monsanto.

A SG também chamou a atenção para estratégias alternativas ao fechamento de mercado e que também prejudicariam o ambiente competitivo, tais como o retardamento do licenciamento de *traits* para concorrentes *downstream* e o aumento dos *royalties* cobrados.

Na avaliação do CADE, o mercado de desenvolvimento de biotecnologia de soja e de algodão, além de contar com participação elevada das requerentes, também possuiria elevadas barreiras à entrada com investimentos em P&D, necessidade de mão de obra especializada e de cumprimento de requisitos regulatórios, não sendo crível o ingresso de novos *players* tempestivamente. O nível de rivalidade também não foi considerado suficiente pelo órgão antitruste. A redução expressiva de companhias nos últimos anos e o fato de o setor ser fortemente dependente de inovações fazem com que os *players* estabelecidos e os consolidados há mais tempo detenham vantagens competitivas.

Não obstante às sobreposições horizontais e integrações verticais, o caso que unia duas grandes empresas da agricultura e biotecnologia também contava com um fator extra: o efeito conglomerado. Tal efeito ocorre em fusões de empresas que detenham amplo portfólio de produtos da mesma cadeia, com potencial de gerar efeitos em direções opostas: (i) positivos, tais como a geração de eficiências na distribuição, por exemplo e; (ii) negativos, por meio de estratégias de fechamento de mercado e práticas exclusionárias via venda casada, por exemplo. No caso Bayer/Monsanto, além das facilidades na distribuição, também foi identificado o aumento da capacidade de atuar em soluções integradas[29]. Os dois pontos levantados pela autoridade reforçariam os riscos de fechamento de mercado.

Diante desse cenário, o CADE firmou um ACC junto às partes com um conjunto de remédios que pudessem atender, individualmente ou simultaneamente, os problemas derivados das sobreposições horizontais, das integrações verticais e do efeito conglomerado. Dessa forma, a SG sugeriu que, em virtude da amplitude de problemas e das particularidades da indústria, os remédios deveriam abarcar uma solução estrutural que envolvesse também a alienação de capacidade relevante de ativos de P&D, dado que os mercados são intensivos em tecnologia, diretamente ligado à concorrência por inovação, e que eventual aquisição fosse realizada por um único comprador, capaz de exercer rivalidade de forma efetiva.

Assim, o pacote de remédios incluiu o desinvestimento de todas as atividades globais de pesquisa da Bayer relacionadas à soja e ao algodão, incluindo patentes, royalties e atividades comerciais para uma única empresa já estabelecida e com conhecimento suficiente[30]. O acordo foi apresentado já com um comprador pré-estabelecido e vinculado a outros acordos em jurisdições internacionais[31].

Defronte à exigência por remédios estruturais, fica evidente que a centralidade dos problemas concorrências residem nos efeitos derivados da sobreposição horizontal. O remédio estrutural

---

[29] "A capacidade de atuação em solução integradas significa a aptidão de as empresas fusionadas criarem sistemas de produtos projetados para serem executados conjuntamente. Considerando que atualmente no setor agrícola é comum o uso de defensivos agrícolas que apresentam compatibilidade estrita com traits utilizados nas sementes, entende-se ser possível que a Operação aumente os incentivos para que as Requerentes passem cada vez mais a desenvolver eventos transgênicos/germoplasma e produtos de tratamentos de sementes que apresentem uma relação de compatibilidade estrita". CADE AC Bayer/Monsanto, 2017. Voto Conselheiro-Relator Op. cit. par. 392

[30] O acordo também incluiu o desinvestimento do negócio de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio.

[31] A empresa escolhida foi a BASF. CADE AC Bayer/Monsanto, 2017. Voto Conselheiro-Relator Op. cit. par. 452

estabelecido solucionou a principal preocupação oriunda da integração vertical que seria o fechamento de mercado por meio da restrição às biotecnologias. Destacando este ponto, o Conselheiro-Relator Paulo Burnier pontuou que:

> [...] a instrução do AC indicou preocupações concorrenciais com o reforço da integração vertical nos mercados de biotecnologia e sementes, tanto em soja quanto em algodão. Isso porque, como visto, Bayer e Monsanto teriam capacidade para limitar o acesso de concorrentes a biotecnologia, que é um insumo essencial para concorrer nessas culturas. (CADE AC Bayer/Monsanto, 2017. Voto Conselheiro-Relator. § 466) [32]

Diferente da prática do órgão, destacado por De Abreu (2017) e Cabral (2014), no caso em análise, dado que as preocupações verticais estavam diretamente relacionadas com os problemas horizontais, utilizou-se um remédio estrutural com amplo desinvestimento envolvendo unidades de negócio inteiras como forma de dirimir os danos à concorrência e reestabelecer a competição. Na ocasião, a implementação do remédio estrutural resultaria em um *market share* da empresa resultante nos mercados equivalente ao da Monsanto pré-operação, ou seja, a variação de HHI foi nula.

A imposição de remédios estruturais em casos com preocupações relacionadas à integração vertical usualmente não ocorre em virtude da desproporcionalidade, uma vez que é provável o comprometimento das eficiências geradas e até do objetivo final da operação. No caso em tela, no entanto, foi possível a aplicação da restrição estrutural em virtude da presença de sobreposições horizontais e que, como efeito colateral, atingiram também as preocupações de caráter vertical sem ferir a proporcionalidade. Nesse sentido, o relator conclui que:

> Como consequência natural do desfazimento das sobreposições horizontais, não há de se falar em reforço de integrações verticais que seja capaz de dar ensejo a riscos de fechamento de mercado que sejam diretamente resultantes da Operação em análise. (CADE AC Bayer/Monsanto, 2017. Voto Conselheiro-Relator. § 512)[33]

Todavia, ainda compuseram o pacote de remédios, restrições ligadas ao licenciamento amplo e não-discriminatório, à proibição de imposição de exclusividade no canal de venda, à medidas de transparência e à proibição de venda casada e *bundling*. Isto é, mesmo sendo as principais questões relacionadas às integrações verticais abordadas pelo remédio estrutural, os remédios comportamentais incluiriam ainda questões relacionadas ao desempenho da empresa no novo cenário competitivo pós-operação, limitando certas atuações.

2.2. AT&T/Time Warner

A operação[34] trata da aquisição da Time Warner, uma empresa de mídia e entretenimento com atuação mundial, pela AT&T, uma *holding* americana do setor de telecomunicações. A operação foi notifica em março de 2017 e aprovada mediante ACC em outubro do mesmo ano.

No Brasil[35], a operação tinha o potencial de gerar efeitos negativos mediante relação vertical entre as atividades de programação de canais de televisão por assinatura do grupo Time Warner (HBO, Esporte Interativo, entre outros) com os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela SKY, empresa do grupo AT&T.

---

[32] CADE AC Bayer/Monsanto, 2017. op. cit. §.466

[33] CADE AC Bayer/Monsanto, 2017. op. cit. §. 512

[34] CADE, AC AT&T/Time Warner, nº 08700.001390/2017-14.

[35] Apesar da grande repercussão do caso nos Estado Unidos, este artigo foca na relação vertical com efeitos apenas no Brasil. Nos EUA, o caso foi aprovado pelo juiz federal Richard Leon em junho deste ano. O Departamento de Justiça (DoJ) recorreu a decisão judicial. Em uma nota publicada na ocasião da decisão do juiz federal, o DoJ afirmou: "We are disappointed with the Court's decision today. We continue to believe that the pay-TV market will be less competitive and less innovative as a result of the proposed merger between AT&T and Time Warner.". De acordo com o DoJ, não há remédio disponível para resolver os efeitos prejudiciais à concorrência que a integração vertical resultante da operação poderia gerar.

Importante chamar a atenção para a regulamentação da ANATEL, que impede que prestadores de serviços de televisão por assinatura sejam detentores majoritários de provedores de conteúdo[36]. Durante a instrução do caso, os órgãos reguladores, ANCINE e ANATEL, se manifestaram contrários à operação, mas, entendendo a competência do CADE, preferiram aguardar a decisão do órgão antitruste[37].

Tendo em vista a integração vertical, o Conselheiro-relator Gilvandro Vasconcelos destaca a dupla dimensão do caso, ressaltando que, ao menos na esfera antitruste, a integração deve ser analisada com olhar sobre os efeitos negativos e sobre as eficiências repisando que, a integração vertical em si não é um problema concorrencial *per se*.

Para o mercado *upstream* de licenciamento e programação, em que a participação de mercado da Time Warner, empresa com maior número de canais, era elevada na maioria dos segmentos[38], conclui-se que a mesma detinha poder de mercado suficiente para levantar preocupações concorrências relacionadas à integração vertical. De forma semelhante, a AT&T, na figura da SKY, estaria em um mercado caracterizado como um duopólio no Brasil, rivalizando basicamente com a Net/Claro.

Além das elevadas participações em seus respectivos mercados, o Conselheiro-relator ainda chamou a atenção para fatores específicos do mercado que possibilitariam o fechamento de mercado:

> a mitigação do poder de mercado das requerentes em relação ao mercado de licenciamento/programação passa por combater a lógica de efeito portfólio, a força da marca, cláusulas de exclusividade e ausência de contratualização em relação aos operadores de menor porte. (CADE, AC AT&T/Time Warner, nº 08700.001390/2017-14. Voto Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos. § 99)[39]

Dado o cenário descrito, o CADE concluiu que as integrações verticais resultantes da operação poderiam gerar possíveis efeitos negativos por conta da capacidade e dos incentivos que a empresa fusionada teria de discriminar outras programadoras. Assim, se configuraria a possibilidade de fechamento de mercado por meio de possível exclusão de concorrentes ou potencial bloqueio à entrada. Diante da análise, foi elaborado um ACC endereçando todos os problemas concorrenciais apontados.

Diferente do caso Bayer/Monsanto, o caso AT&T/Time Warner não contava com sobreposição horizontal, tendo o remédio que endereçar preocupações unicamente relacionadas à integração vertical. Com a justificativa de proporcionalidade e suficiência, baseada na jurisprudência nacional e internacional, o remédio acordado envolveu medidas exclusivamente de caráter comportamental com o objetivo de manter as condições de concorrência no mercado e a atuação distinta das duas empresas, sem a necessidade de medidas estruturais, por exemplo, pelo desinvestimentos de marcas ou infraestrutura das requerentes[40].

---

[36] art. 5º, da Lei nº12.485/2011.

[37] ANATEL: "Ora, resta evidente que as próprias recorrentes reconhecem a conexão entre as análises concorrencial e regulatória, bem como compreendem e defendem que o resultado do exame do CADE está a influenciar significativamente o objeto de decisão da Agência. Torna-se, assim, prudente que se aguarde o deslinde da questão sob a óptica do CADE para que então a Agência se posicione sobre a conformação regulatória da operação." (Posicionamento da ANATEL, CADE, 2017)

ANCINE: "Quanto aos aspectos concorrenciais, a ANCINE entendeu que a aprovação no Brasil do Ato de Concentração entre a Time Warner e a AT&T e a consequente integração vertical entre dois dos principais grupos econômicos nos elos de programação e de empacotamento tem grande potencial de resultar em efeitos anticompetitivos no segmento de TV por assinatura brasileiro, recomendando a vedação da operação. Entende ser um problema que a AT&T fusionada com a Time Warner venha a deter controle simultâneo na empacotadora Sky e nas programadoras pertencentes originalmente à Time Warner." (CADE, 2017)

[38] Os canais fornecidos pela Time Warner foram divididos em sete categorias: Filmes e series premium; filmes e series básicos; infantis; documentários; esportes básicos; variedades e notícias internacional.

[39] CADE, AC AT&T/Time Warner. op. cit. §.99

[40] O Conselheiro relator lembra, como exemplo, do caso Adeslas/Global Consulting/Lince na Espanha em que "[...]a autoridade de concorrência daquele país entendeu que o desinvestimento – ainda que parcial – dos ativos da Autonet comprometeria os ganhos de eficiência intentados com a operação." (AC AT&T/Time Warner, nº

No pacote de medidas comportamentais do ACC, ficou acordada (i) a separação estrutural da Sky Brasil e das programadoras de canais da Time Warner e (ii) o compromisso de não-discriminação mediante recusa ou preço proibitivo tanto no mercado *upstream* como no mercado *dowstream*. A empresa pós-operação poderá, no entanto, ofertar seus serviços com preços diferenciados com base em critérios objetivos (volume, penetração, empacotamento, prazo). Em suma, além de permanecerem juridicamente separadas, a Sky não poderá se recusar a transmitir conteúdo concorrente e a Time Warner compromete-se a ofertar seu conteúdo a todas as Empacotadoras e Prestadoras de TV por Assinatura.

Com o objetivo de garantir a efetividade do acordo, foi requisitado um consultor independente (*trustee*) para monitoramento como medida auxiliar. O *trustee* fica encarregado pela elaboração de relatórios semestrais acerca das medidas impostas pelo CADE e eventuais medidas de solução de conflitos (câmaras de arbitragem). Sobre este último ponto:

> [...] o ACC também se preocupou com comportamentos oportunistas, ao prever que, em caso de um processo arbitral se fundar em informações enganosas e/ou decorrer de má-fé dos concorrentes, a AT&T se exime dos custos da arbitragem, que deverão ser pagos pelo agente que deu causa ao procedimento.(AC AT&T/Time Warner, nº 08700.001390/2017-14. Voto Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos. § 195)[41]

Com esses remédios, o CADE buscou endereçar as preocupações concorrenciais relacionadas às integrações verticais por meio de medidas comportamentais, preservando não só as condições de concorrência como as eficiências e a motivação da operação. Dessa forma, o caso segue a jurisprudência do órgão reconhecendo o remédio comportamental como adequado a casos de integração vertical. Com vistas a superar a dificuldade de monitoramento de remédios comportamentais, a decisão atrelou o acordo à presença de um *trustee* de monitoramento que pudesse garantir o cumprimento das medidas acordadas.

Conclusão

O artigo buscou analisar a relevância de remédios comportamentais em fusões verticais, tema que tem ganhado relevância para o CADE e outras autoridades ao redor do mundo. Ainda que os guias internacionais e do CADE tenham priorizado o uso de remédios estruturais, destacando os desafios de remédios comportamentais, constata-se que, na prática, este tipo de restrição tem sido o mais aplicado, indicando que, especialmente em casos de integrações verticais, a utilização de remédios comportamentais costuma ser a mais adequada. Conforme discutido, restrições comportamentais tendem a favorecer a proporcionalidade dos remédios e a efetividade das sinergias decorrentes da operação.

As justificativas mencionadas se tornaram evidentes nos recentes casos analisados, envolvendo preocupações a respeito de integração vertical. No caso AT&T/Time Warner, exclusivamente de integração vertical, optou-se por um pacote de remédios exclusivamente comportamental. Na operação Bayer/Monsanto, com sobreposições horizontais e integrações verticais, verificou-se um pacote de remédios de natureza estrutural e comportamental. Nota-se que os remédios comportamentais parecem estar mais próximos de serem soluções a problemas, de acordo com a jurisprudência nacional, estando em consonância com o avanço da literatura.

Apesar da preferência por restrições estruturais, é possível observar uma solidificação das práticas para remédios comportamentais, que pode representar a solução para garantir a proporcionalidade e eficácia das restrições impostas para a aprovação de uma operação, especialmente as que envolvem integrações verticais, preservando as eficiências, e dirimindo os custos de monitoramento com instrumentos como o *trustee*. Avanços teóricos e práticos estão em andamento e evidências empíricas das práticas atuais poderão responder com mais precisão se remédios comportamentais são de fato solução. Por ora, tudo indica que, na maior parte dos casos, estes instrumentos servem mais para solucionar os casos do que o contrário. De todo modo, não há solução

---

08700.001390/2017-14. Voto Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos. § 195). No mesmo voto, o Conselheiro relator lembra dos Atos de Concentração nº 08012.005789/2008-23 e nº 53500.012477/2008.

[41] CADE AC AT&T/Time Warner, op. cit. §195.

geral – a análise específica de cada caso segue sendo fundamental para a escolha do remédio mais adequado.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. 2010.

BORK, R. H. The antitrust paradox. New York: Basic books, 1978.

CABRAL, P S. "Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do CADE.", 2014.

CADE. Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal. 2016.

CADE, Guia de Remédios Antitruste – Versão Preliminar, 2018

CADE, Voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, 2018, AC Bayer/Monsanto, nº 08700.001097/2017-49.

CADE, Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2018, AC AT&T/Time Warner, nº 08700.001390/2017-14.

CALCAGNO, Claudio; FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo. Exclusionary Practices – The Economics of Monopolisation and abuse of Abuse. Cambridge University Press, 2018.

DE ABREU, Thaiane Vieira Fernandes. ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS PELO CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/11. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 2017, p. 64.

HANSEN, Stephen; MOTTA, Massimo. Vertical Exclusion with Endogenous Competition Externalities. 2012.

HART, Oliver et al. Vertical integration and market foreclosure. Brookings papers on economic activity. Microeconomics, v. 1990, p. 205-286, 1990.

ICN Merger Remedies Guide, 2016.

LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret E. Transaction Cost Economics and Vertical Market Restrictions—Evidence. The Antitrust Bulletin, v. 55, n. 3, p. 587-611, 2010.

MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. Remédios Antitruste. São Paulo: Editora Singular, p. 61-99, 2011.

MOTTA, M., POLO, M. e VASCONCELOS, H. Merger Remedies in the European Union: An Overview. In: LÉVÊQUE, F., e SHELANKSI, H. Merger 104 Remedies in American and European Union Competition Law. Edward Elgar Publishing Limited, 2003.

OLIVEIRA, A. et.al. Remédios Antitruste, 2011

POSNER, Richard A. "The Chicago School of Antitrust Analysis," 127 University of Pennsylvania Law Review 925, 1978.

SALOP, S. C. "Invigorating Vertical Merger Enforcement.", 2018.

SCHERER, F. M.; ROSS, David. Economic Performance. Boston: Houghton-Mifflin, 1990.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Statement from Assistant Attorney General Makan Delrahim on Today's District Court Decision in U.S. v. AT&T Inc. 12 de junho de 2018. Disponível em: < https://www.justice.gov/atr/press-statement-2>. Acesso em: 16/09/2018.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance. American Economic Review, v. 95, n. 2, p. 1-18, 2005.

7. SHALL NCAS ALLOW MERGERS THAT CREATE BARGAING POWER? THE CASE OF BROADBAND CHANNELS JOINT VENTURE IN BRAZIL

7. AUTORIDADES ANTITRUSTE DEVEM PERMITIR FUSÕES QUE IMPLIQUEM PODER DE BARGANHA? O CASO DA JV DE CANAIS ABERTOS NO BRASIL

Simone Maciel Cuiabano

Abstract: In 2016, Cade approved the creation of Simba, a joint venture of three TV channels in Brazil with the goal of making a joint negotiation of programing licensing with cable companies. The case brought a lot of debate in which cable providers claimed the operation would harm final consumers by either lowering quality of raising prices. In this paper I discuss the structure of the TV market in Brazil in other to analyze the effects of this operation in a scenario of multi-sided market and bargaining theory. Brazilian TV broadcasting is an important platform for media advertisement due its reach of extent in the country. Preferences over national channels in the cable market are very high and the joint market share of Simba would be 16.92%. Rede Globo, the main TV channel in the country, however, kept 28% of market share. Being the leader, Globo also has vertical integration with both main cable platforms, Net and Sky, having a large influence in the media industry. If competition policy goals are to avoid mergers that could increase market power, it is not clear that this operation would harm consumers as the threat of bundling TV packages price rising does not seem credible. In addition, the NCA decision must have been a way to diminish Globo dominance in the market.

Resumo: Em 2016, o Cade aprovou a criação da Simba, joint-venture entre três canais de TV aberta no Brasil, com objetivo de negociarem conjuntamente os licenciamentos de sua programação com as empresas de TV a cabo. O caso gerou uma série de discussões, entre as quais a de que a operação prejudicaria os consumidores finais, tanto pela queda na qualidade dos produtos a serem oferecidos pelas empresas de TV a cabo, como pelo aumento nos preços. Neste trabalho, apresento a estrutura do mercado de TV no Brasil de modo a analisar os efeitos da operação em um cenário de mercados de múltiplos lados e com a teoria de barganha. A TV aberta e gratuita, no Brasil, é uma importante plataforma de divulgação para a mídia, devido ao fato de estar extensamente distribuída em todo o país. Há uma enorme preferência por esses canais na programação do mercado de TVs a cabo, de forma que a fusão dos três canais criaria um *market share* de 16,92%. Contudo, a Rede Globo, principal canal aberto do país, teria um *market share* de 28% e, sobretudo, manteria sua influência sobre a indústria de propaganda devido à verticalização existente entre ela e as duas principais plataformas de TV a cabo, Net e Sky. Sendo um dos objetivos da política de concorrência evitar fusões que aumentem poder de Mercado, não fica claro se a operação por si só prejudicaria os consumidores, uma vez que a ameaça de *bundling* de negociação de preço dos canais não é crível. Em adicional, a decisão do Cade parece ter ido na direção de minimizar a dominância da Globo sobre o mercado.

Introduction

In 2016, Brazilian National Competition Authority (Cade) approved the creation of Simba, a joint venture (JV) of three TV broadcast companies – SBT, Record and Rede TV – with the goal to make a joint negotiation of programing licensing with cable companies, using its revenue to invest in technological improvement and development of new content.

The case brought a lot of controversy, especially with the claims from pay-tv providers that the operation could raise price and decrease the availability of channels choice for final consumers. By the other hand, merger companies alleged that Globo, the first player in the market, already used its market power to charge licensing from pay-tv platforms. The duopoly scenario in this last market brought more complication in the analysis of the potential effects of the merger. The case was the first claimed by one

Commissioner of the Tribunal, who disagreed with the Superintendence opinion for the merger fast-track approval[1].

SBT, Record and Rede TV act in the broadcasting of sounds and images in open free of charge television. These TV stations offer the public domestically produced content (soap operas, news programs, auditorium programs, etc.) and content acquired from third parties (serials, movies, sporting events, etc.) and their profits come from the revenue generated by the sale of space for advertising over the course of programming. Currently, pay-TV operators have the legal obligation to carry the open TV channels transmitted by *analog* signal[2]. These channels should be distributed to subscribers in all packages offered at no additional cost. This obligation is called a must carry. In turn, broadcasters, concessionaires of the open TV signal, must transfer their *analog* signals free of charge to the operators: this obligation being known as must offer. However, in cases where the broadcaster makes its programming available by means of a *digital* signal, distribution may be costly, according to a negotiation between the broadcaster and the operator, which is called retransmission consent.

In 2016, Brazilian Telecommunications Regulatory Agency (ANATEL) started to switch off the analog sign, concluding in 2018. In the current scenario, where the digital signal of open TV is in the implementation phase, it is foreseen the must carry obligation of the digital signal in cases in which there is no agreement on the negotiation of the license, with free assignment by the Broadcasters. In practice, this transitional scenario is a must-carry / must-offer rule, since broadcasters can negotiate the licensing of their digital signal channels but pay-TV operators may use the free license of analogic or, if the broadcaster chooses to assign its channels to the digital signal, to upload them free of charge. ANATEL has not yet decided on the regulatory model to be adopted after this transition period, but it shall be one out of the following three: (a) must carry / must offer; (b) must carry / retransmission consent; (c) end of must carry obligation. The creation of the joint venture aimed this third scenario where broadcasters and operators are free to negotiate the amount to be paid for the transmission of the open TV channels. The joint venture, as argued by the companies, would allow joint licensing of the three open TV channels to pay-tv operators while an independent company with corporate purpose distinct from the activity of the three channels (the provision of sound and image broadcasting services).

In this paper I present the structure of the TV market in Brazil, from broadcasted channels to the cable industry, in other to analyze the effects of this merger in a scenario of multi-sided market and bargaining theory. If competition policy goals are to avoid mergers that could increase market power, it is not clear that this operation would harm consumers as the threat of bundling TV packages price rising does not seem credible. This paper is divided in six sessions, including this introduction: in the next session I will present some data regarding audience and broadcast availability in Brazil; in the third session I present currently market concentration in the cable industry; in the fourth session I discuss if there is excessive of bargaining and market power resulted from the JV. In the fifth and sixth session I provide an analysis of multiple sided theory applied to both markets, their weights in the bargaining position and the possible change of the must carry/must offer regime. To conclude, I suggest that further research has to include Nash bargaining models considering the maximization of a multiple sided platform.

1. Brazilian market for free of charge channels (broadcasters) and pay-TV

Nearly 98% of Brazilian houses have a TV. Anecdotal evidence says that one can find a TV but not a refrigerator in some homes. This shows the importance of this type of platform to media, attracted by the free of charge channels. Law no 4.117/1962 defined broadcasting as a public service and a “free of charge” service, even included in the Federal Constitution in 1988.

In 2012 approximately 63 million of Brazilian houses (nearly 186 million people, assuming 3 people per home) have TV in their houses, 70% accessing free of charge channels and 30% (20 million

[1] From 2012, Cade is composed of the Department of Economic Studies, the General Superintendence and the Tribunal. Superintendence issues an opinion recommending the approval without restrictions of merger cases and, if there is no claiming by any Commissioner – in case of disagreement with SG analysis – CADE’s final decision shall be for the approval of the merger.

[2] Article 32 § 2 of Law No. 12.485 / 11.

houses) paying for cable TV suppliers. Globo is the main broadcaster in Brazil, with an audience which can reach nearly 91 million people per day – something like the Super Bowl audience in the US[3].

Table 1
Broadcasting in Brazilian Municipalities in 2012

Broadcaster	Municipalities		Homes with TV	
	Number	%	Number (1,000)	%
Globo	5,487	99	55,315	94
SBT	4,910	88	53,880	92
Record	4,339	78	51,305	88
Rede TV	3,159	57	43,672	75
TV Band	3,490	63	49,636	85
CNT	263	5	20,521	35
Gazeta	282	5	12,476	21
MTV	157	3	20,228	35
Total of Municipalities				5,565
Total of Homes with TV (1,000)				58,577

Source: CADE, Note 327/2015/CGAA5/SGA1/SG.

The initial technology for broadcasting was the analog sign, which could be switched to digital later if the consumer bought the simulcast. The difference in technologies gave space to the growth of cable platforms which offered, among other services, public TV with digital sign, starting in 2009. With the switch off of the analog sign, this product differentiation shall disappear.

Table 2

Market share by Broadcaster

	Market Share				
Broadcaster	2010	2011	2012	2013	2014
Globo	45%	45%	44%	41%	38%
SBT	14%	14%	15%	14%	13%
Record	18%	17%	15%	14%	13%
Rede TV	3%	3%	2%	2%	2%
TV Band	6%	5%	6%	6%	5%
Outras*	14%	16%	18%	23%	29%
Total	100%	100%	100%	100%	100%
Simba	35%	34%	32%	30%	28%

Source: CADE, Note 327/2015/CGAA5/SGA1/SG.

In this respect, Globo's leadership in terms of audience among pay-tv subscribers remains to this day, as can be seen from the data contained in table 3. In 2014, TV Globo had a 57.6% of market share (audience share)[4] in the Brazilian pay-tv market, while SBT, Record and Rede TV would have a share of 34.7%.

Table 3

Market participation of open TV by audience in 2014 (cable only)

Open TV channels	Market Share
Globo	57.60%
Record	16.40%
SBT	15.60%
Rede TV	2.80%
TV Band	7.30%
Simba (Record, SBT e Rede TV)	34.70%

[3] The Economist, Globo Domination. June 5th 2014. http://www.economist.com/news/business/21603472-brazils-biggest-media-firm-flourishing-old-fashioned-business-model-globo-domination

[4] Considering only broadcaster channels in cable.

TV Cultura	0.40%

Source: CADE, Note 327/2015/CGAA5/SGA1/SG.

Even with the increasingly distribution of foreigners channels through cable, consumer preferences over national content remain as showed in table 4. The joint market share of Simba, in this scenario, would be 16.92%, a share that would not denote a great possibility of unilateral market power and a post-merger HHI of 168 points and unlikely to have adverse competitive effects. Thus, even if the joint venture formed represented an increase in the bargaining power of the applicants vis-à-vis their competitors in the pay-tv programming market, the combined market share of the three applicants, below 20%, would not pose market risks.

Table 4

Complete ranking of audience in the Pay-Tv market

	Channel	Type	Economic Group	Index	Share
1	Globo	Free of charge		10.5	28.87
2	Record	Free of charge		2.92	8.02
3	SBT	Free of charge		2.73	7.5
4	Band	Free of charge		1.18	3.24
5	Discovery Kids	Cable	Discovery	1.15	3.15
6	Cartoon Network	Cable	Turner	1.03	2.84
7	Sportv	Cable	Globosat	0.62	1.71
8	Disney Channel	Cable	Disney	0.6	1.66
9	Fox	Cable	Fox	0.6	1.65
10	TNT	Cable	Turner	0.55	1.52
11	Megapix	Cable	Globosat	0.51	1.42
12	Rede TV!	Free of charge		0.51	1.4
13	Viva	Cable	Globosat	0.44	1.21
14	Nickelodeon	Cable	Viacom	0.42	1.15
15	Cultura	Free of charge		0.36	1
16	Space	Cable	Turner	0.36	0.99
17	Universal Channel	Cable	Globosat	0.31	0.86
18	Multishow	Cable	Globosat	0.31	0.85
19	FX	Cable	Fox	0.31	0.84
20	Discovery channel	Cable	Discovery	0.29	0.79
21	AXN	Cable	Sony	0.25	0.7
22	Globonews	Cable	Globosat	0.25	0.69
23	Telecine Pipoca	Cable	Globosat	0.24	0.67
24	Discovery H & Health	Cable	Discovery	0.24	0.67
25	Telecine Action	Cable	Globosat	0.23	0.64
26	TV Brasil	Free of charge		0.22	0.6
27	National geographic	Cable	Fox	0.22	0.6
28	Telecine Premium	Cable	Globosat	0.22	0.6
29	Disney XD	Cable	Disney	0.21	0.57
30	Sportv 2	Cable	Globosat	0.19	0.52
31	Warner Channel	Cable	Turner	0.19	0.52
32	The History Channel	Cable	A+E	0.19	0.51
33	ESPN Brasil	Cable	Disney	0.18	0.5
34	Cinemax	Cable	HBO	0.17	0.47
35	Fox sports	Cable	Fox	0.16	0.43
36	Gloob	Cable	Globosat	0.16	0.43
37	Animal Planet	Cable	Discovery	0.15	0.41
38	GNT	Cable	Globosat	0.14	0.38
39	Telecine Fun	Cable	Globosat	0.14	0.38
40	Sony	Cable	Sony	0.13	0.36
41	Telecine Touch	Cable	Globosat	0.11	0.31
42	Rede Vida	Free of charge		0.11	0.31
43	ID	Cable	Discovery	0.11	0.29
44	Gazeta	Cable		0.11	0.29
45	Cancao Nova	Free of charge		0.1	0.27

	Channel	Type	Economic Group	Index	Share
46	TBS	Cable	Turner	0.1	0.26
47	TLC	Cable	Discovery	0.1	0.26

Source: CADE, Note 327/2015/CGAA5/SGA1/SG.

2. Concentration in the Brazilian market of cable and licensing fees

Cable TV in Brazil started in the 90's offering mainly access to sport and international channels. Since 2000 it has increasingly attracting more users with the bundling of internet and telephone services. The Brazilian market of pay-tv operators is concentrated in two companies – Sky and Net –holding nearly 83% of the market (Table 5).

Table 5

Pay-Tv Market Share – 2014

Pay-Tv	Market share
Net/Claro	53%
Sky	30%
Oi/Tim	6%
Telefonica/GVT	5%
Vivo TV	4%
Others	2%
Total	1%

Source: Brazilian Association of Pay-Tv (ABTA), Midia Fatos.

Apart of this duopolistic structure, there are other hundreds small operators in activity in the country, with little market share. Net and Sky undoubtedly have market power to negotiate content with programmers or licensors, considering both their prominent position in the Brazilian pay TV market and the economic power of their economic groups. Even with broadcaster's possibility of charging for their digital signals, this did not create barrier to the entrance of new players – telephone companies have made this move with relative success (Oi/TIM and Vivo)[5].

Smaller carriers, to counterbalance the difficulty of negotiating audiovisual content, are mostly associated with NeoTV, a company created in 1999 that brings together 127 pay-tv operators throughout Brazil and approximately 400,000 subscribers, collectively negotiating content for its members. There are, however, other operators, such as Oi TV, which is not a member of NeoTV and with low participation in the Brazilian pay-tv market. The company provides bundling of internet, telephone and cable and it negotiates directly with the programmers the assignment of its channels – having limited bargaining power.

To increase the complexity of cable services, there are verticalizations between Globo / Sky and Globo / Net. Although both were approved by Anatel, it is sure that there are conflicts of interest among broadcasters and cable provision, with possibility for foreclosure. Globo have 20% of participation in Sky and 4% in Net. Despite efforts of regulators to enforce Globo to sell their participation in order to be a content provider (programmer)[6], the disinvestment process is not yet concluded.

Globo's digital signals are being remunerated by pay-tv operators in Brazil, given the legal possibility provided by Law 12.485 / 11. Sky reported that the remuneration paid for the right to distribute TV Globo channels in digital technology demonstrates its essentiality in Sky's line up. Net also confirmed that it remunerates the digital signals of TV Globo, after negotiations. So it is clear that the two largest operators in the country have decided to remunerate the digital signals of Globo,

[5] Both Sky and Net started their operations in the 90's while the others started their operations in 2005.

[6] A new law for cable license in 2012 prohibited that both programmers and cable own the technological frequency for transmission.

recognizing in it a high added value to its operations. Both companies emphasized that they did not pass these costs on to their subscribers[7].

3. Possibility of exercise of market power and bargaining theory

Cade's previous decisions regarding the market for the licensing of pay-tv channels was used as a proxy to measure market share for the audience and the number of subscribers[8]. In the present case, the proxy used was the audience received in 2014, according to the tables above without any segmentation for preferences.

However, considering only broadcaster transmitted by cable, Simba would have a market share of 34.7% after the operation, which raised concerns. It should be noted that Globo still has a high stake in this scenario, corresponding to 57.6%. Cable companies insisted in this scenario because they claimed that broadcasts should be considered essential facilities in Brazil due to their high audience and tradition. However, as seen in table 4, some international channels already have a higher audience than other national programmers such as Rede TV or Cultura.

Cable providers also claimed that they would not have bargaining power to counteract Simba after the operation, since the substitutability among their channels would have been limited given its totally different characteristics. This limited substitutability would not be sufficient to compensate the anticompetitive effects resulting from the joint licensing of SBT, Record and Rede TV channels. Cable stated that they would have to reduce the number of channels offered, occurring in loss of quality in the service offered or the transfer of new costs to subscribers.

The data provided, however, does not demonstrate that this impact renders pay-tv operations unfeasible. As a highlighted, Globo already receives payment to make its digital signals available to pay-tv operators, which is not the case with JV members or TV Bandeirantes – another major competing broadcaster whose digital signal was negotiated among cables and offered free of cost. As TV Globo has a market share well above the sum of the three applicants and, consequently, it has a greater bargaining power vis-à-vis cable operators compared to the JV itself, cables have not clearly demonstrated that the increases of costs were charged to subscribers or that it would make their operation unfeasible. On the contrary, the two largest pay-tv operators in the country said that charging a premium by TV Globo did not raise the cost for its subscribers because it attracts more clients.

The fees paid to Globo, presumably higher than those negotiated to the three applicants of the JV, did not make pay-tv operations unfeasible; neither had they passed on prices to subscribers. Therefore, it is not possible to infer that the charge of digital signals by the three companies would adversely affect competition in the pay-tv industry in Brazil. Obviously any amount to be paid for something received free of charge will impact costs. What is in stack is in what extent the charging of digital signals from SBT, Record and Rede TV, jointly through Simba, could impact the current levels of competition in the cable market or harm consumers.

It is perceived that a large part of the Brazilian pay-tv market has enough bargaining power to counterbalance any bargaining power acquired by the new company. On the other hand, even the small carriers, many of which offer mostly basic packages, which rely mainly on the signals of open TV networks, have a certain bargaining power due to the mutual dependence between open TVs and pay-tv operators.

The purchase of programming in bundle was another argument against the operation, since the commercialization of the channels of Simba in bundle would leverage its bargaining power making its price higher than if single negotiated. However, bundle licensing of channels is by no means a breakthrough brought by Simba, and is in fact the practice commonly adopted in the pay-tv market, though not only through business associations. In fact, companies dedicated to programming or licensing, as it is in the case of Globosat Comercialização de Conteúdos SA ("G2C"), Fox, Discovery,

[7] Information provided in Process 08700.006734/2015-10.

[8] In other cases, such as the acquisition by HBO of Sony Pictures Entertainment, the relevant market was defined as channels segmented by its programming, such as sports or movie pictures (Merger Process 08012.002417/2010-60).

Viacom, Disney, Turner, etc., make up a group of channels with varied content profiles and different public in order to have better bargaining power with cable operators. The offer by Simba of the channels SBT, Record and Rede TV in a bundle is not, in itself, a practice capable of inducing the collection of abusive prices.

An additional reflect of the influence of the Globo Group is that it still controls the Globosat programmer, which currently distributes 39 channels, being the largest programmer in Latin America. Globosat covers a variety of options that encompass movies, sports, culture, series, journalism, youth entertainment, education, behavior, attractions for the female audience, in its own productions or associations with partners in Brazil and abroad. In 2011, the 100 largest audiences in cable in Brazil were from Globosat channels. In this way, one can perceive the strength of the Globo Group in the Brazilian pay-TV market, the only one that can offer a considerable amount of channels to pay-TV operators in Brazil, a force that is evidently reflected in its bargaining power. It is not difficult to perceive, therefore, the difference between the bargaining power vis-a-vis the pay-TV operators owned by Grupo Globo and Simba.

It is worth to point that, even if hypothetically cable operators could not afford the cost charged by the JV for the channels in question, thus rising subscription cost to consumers, it will be possible for the population to access broadcasters with the same quality by open TV with the replacement of the analogue signal to the digital and with high-definition (HD) transmission. In some cities this is already a reality, as Brazil is currently in a moment of transition between analogue and digital open TV signals. The definitive migration from the analogue to the digital system (analogue signal disconnection) begins in 2016 and goes until the end of 2018. In this period, broadcasters can simultaneously transmit programming in analog and digital technology. In February 2014, there were almost 4 thousand generators and retransmitters in Brazil with digital system implanted, covering about 60% of the population. Currently, all the capitals and other large centers, where the majority of cable subscribers in Brazil are located, already have the broadcaster's digital signals.

4. Two sided market relationship between charge free TV network and pay-TV operators as intermediary

The analysis of the probability of market power exercise also needs to take into account the characterization of this sector as a two-sided market. A market is said to be on two sides when relative prices on one side of the market may affect the quantity demanded on the other side in some way. The open TV market is a classic case of a two-sided market.

On the one hand, there are television viewers who pay nothing to enjoy the services offered by the broadcasters via open TV, which are remunerated almost entirely by advertising during their programming. This is the side of the market, represented by the platform that would link these two sides. In economic terms, viewers "sell" their time (a cost of opportunity) to the open-TV networks which, in turn, negotiate this "time" (in terms of audience, both in quantity and quality / purchasing power) to its potential advertisers, which ultimately aim to reach those viewers. In this case, there is an effective price charge only on one side, that of the advertisers. The role of a TV station in this way would be to generate a network effect (or network externalities), seeking to attract as many viewers as possible, in order to maximize their advertising revenue. As a general rule, the greater the network effect, the greater the possibility of extracting income from advertisers.

Currently, SBT, Record and Rede TV are remunerated only through advertising, with broadcasting (open TV, free) and cable operators having revenue from their subscribers. It cannot be disregarded that the commercialization of advertising space in open TV is influenced by the audience these channels reach with pay-tv. This attractiveness would not only occur in a quantitative way, due to the number of pay-tv subscribers in Brazil, but also by the qualification of this audience, since most of these subscribers are in classes A and B[9].

[9] According to Ibope data, in March / 2013 classes A and B accounted for 58% of subscribers, While class C represented 26%).

In other words, if the programming of the open TV networks is essential for the pay-tv operators in Brazil, these are also essential for their business, that is, it is fundamental for the open TV networks to distribute not only via broadcasting. The remuneration for the charging of the digital signals of the open TV networks by the pay-tv operators would therefore be a new possibility to a new source of revenue for the open-TV networks.

In the cable industry, suppliers sell program channels to cable system operators, who in turn sell basic and pay cable to customers in franchise areas. Operators serve exclusive franchise areas, and suppliers strive to obtain channel space on all franchises, in order to maximize their viewing audience. Suppliers also reach final customers through alternative forms of distribution, such as public broadcasting and subscription master antenna television (SMATV); however, with the increasing importance of cable television in Brazil, it can be seen that it is a prominent market – if a cable operator refuses to carry a program channel, the channel loses its primary distribution source.

Along this lines, a cable operator who controls program distribution to many households (a large buyer) is likely to have more bargaining power with suppliers than a cable operator who controls distribution to only a few households (a small buyer). Chipty and Snyder (1994) show that the outcome of negotiations between buyers and sellers depends critically on buyer size. In their model, each buyer takes as given the fact that the seller will trade with the other buyers and so considers itself the marginal buyer.

In another recent paper, Boik (2016) explores the effects of intermediates on the two sided market strategy for TV stations, finding evidence that retransmission fees are lower in markets where ad revenues per household are high, confirming that since the marginal benefit of an additional subscriber in terms of advertising revenues is higher in markets with higher per-household ad rates, stations should set lower retransmission fees in these markets to increase viewership. The author also found evidence that station mergers could lower retransmission fees probably because, as viewers only observe a single price for a bundle of all local stations, they may seek higher retransmission fees than they would under joint ownership. Station mergers partially resolve this externality because a station recognizes that higher retransmission fees impose a cost on partner stations, and for this reason, retransmission fees should fall under joint ownership of stations.

5. End of must carry/must offer, multiple sided markets and bargaining power

The end of the must carry/must offer regime shall be the best option for the regime choice after the digitalization process. If in the first case cable platforms did not have to worry about the license cost and final eyeballs would choose to watch the three charge free channels through cable due to the switching cost between cable and open TV sign, with the licensing fees cost cable platforms will compete fiercely with the free TV bundling choice. In the past, cable offer a differentiated product – digital free of charge channels – while the non-cable buyers had only the analog choice of these channels. With the digitalization, the benefit of watching the free of charge channel on the cable will have to be greater than the cost of changing to the free platform. In the second scenario, keeping the must carry and the retransmition consent, cables would not have the option of denying broadcasting transmition, but then it would probably require some cost for the regulator to arbitrage a value if agents do not reach agreement.

Considering multisided theory, the charging of licensing will create a multiple sided market: free TV channels may receive revenues from advertisers and from cable; cable will have increasing costs but its revenues depends on the consumers and its preferences regarding the existence or not of the channels they want; free TVs also will consider this cost impact on consumers because its advertisement revenues depends on the amount of “eyeballs” in the cable products (to avoid their deviance to other channels). Which side will be the one to pay more and the side to be subsidized will depend on its elasticities: the less elastic side shall be charged more to compensate the more elastic one.

It is often common in the industrial organization literature to associate market size to consumer preferences, which will be reflected on demand price elasticities. With that respect, it is inevitable the greater influence of Globo in the cable TV operators choice of bundling: its audience index share is

about 29%, followed by Record (8%) and SBT (7.5%). Regarding cable preferences, Sky and Oi have higher market share (83%), thus being more inelastic and probably carrying the higher cost for licensing the channels. However, considering cable revenues also depends on consumer demand, it is not likely that the pass-through will fully fall on consumers, as well it is not expected that the licensing price should be as higher to put cable and TV channels negotiators in a take-it-or-leave situation.

In a context of multihoming, channels might offer licensing prices to the main cable plataforms and engaging in steering, in other to cuts the other channel from the cable package – probably leading to a zero price licensing. Regarding the consumer side, cable knows that the probability of multihoming for one consumer (ex: having two different cable plans) is very low – thus making this side of the market less competitive. In addition, even with the increased market power by the merger, the presence of marquee buyers from the consumer side (class A and B, greater surplus generators) help to keep platforms with more bargaining power, even if public digital TV appears as a free platform (because of the switching cost). Thus, regarding barriers of entry, the industry of cable has lower availability of substitution, despite the existence of small retailers, because of the quality attributed to brands like Sky and Net. And with the development of other platforms, such as Youtube, the threat from new entrants is more likely to happen in the channel side, because of the lowering of cost of production, which also benefits most of strong bundling platforms that comprises internet data services.

What differentiates the behavior of the monopoly supplier from that of an independent supplier is that the former takes into account how the price of one downstream firm's input affects the other downstream firm's input demand. When the supplier has the power to set prices, it is precisely this behavior that makes a monopolized upstream industry more profitable. When prices are determined in bargaining, however, internalizing cross effects also influences the bargaining strength of the supplier. The bargaining theory has the property that a party's bargaining power is strengthened if it can make a credible commitment that increases the cost of concessions. Therefore, when the nature of the downstream interaction is such that a reduced input price for one firm leads, at equilibrium, to a stronger input demand by the other firm, then the bargaining position of a monopoly supplier is weaker than that of an independent one. This "bargaining effect," in turn, affects prices and profits. An upstream monopoly's position is weaker than those of independent suppliers, and hence its profits are lower when the downstream products are complements. These relations are reversed when the downstream products are substitutes. In general, however, these relations are also influenced by whether the products are "strategic substitutes" or "strategic complements" (Horn and Wolinsky, 1988).

Conclusions

Although theoretical literature suggests that a decrease in bargaining power of the manufacturer decreases the distortion due to double marginalization, under certain conditions, the presence of a powerful retailer may be beneficial to all channel members (Iyer & Villas-Boas, 2003). It is clear that Cade's decision was aimed to diminish the power of Globo in the programming market and its influence on the vertical cable business. This first player received a better treatment through the years because of its increasing size combined with a historical lack of regulation.

Broadcasters have incentives to negotiate prices that contemplate both parties, since the practice of higher prices could cause them to lose advertising revenue, emphasizing that, currently, this represents almost 100% of their revenues, which would risk their own current business model. The JV formed, while gaining some bargaining power compared to the status quo, would not have the incentives or the capacity to charge a price that would render its sole source of income unproductive today, thus making market power unlikely.

Despite of that, the question of in what extent this type of joint-ventures – with the objective of facilitating price negotiations in a bargaining scenario – is not clear. Suggestion for further research would require merger simulation models considering that firms are not merging itself (neither channel will disappear after the operation) but are gaining power to negotiate. Further Nash bargaining models considering the maximization of a codependent market structure, such as broadcasters and cable, are also source of further research in other to make comparative statics on how much of the revenue would

have to be shared among the players. Consequences for modeling could include the fact that public free TV is still an option in Brazil, for instance, in 2008, after failing to negotiate its licensing with Sky, MTV Brazil decided to provide it for free through the open TV sign, reaching 18 million of houses – almost 54 million of viewers – that year.

Bibliography

ABTA. **REVISTA MÍDIA FATOS.** São Paulo: Abta, 2012. Anual.

ABTA. **REVISTA MÍDIA FATOS.** São Paulo:: Abta, 2014. Anual.

BOIK, Andre. Intermediaries in Two-Sided Markets: An Empirical Analysis of the US Cable Television Industry. **American Economic Journal**: Microeconomics, [s.l.], v. 8, n. 1, p.256-282, fev. 2016. American Economic Association. http://dx.doi.org/10.1257/mic.20140167.

BRASIL. Lei nº 12.485, 12 de setembro de 2011. Brasília

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer nº 327, 327/2015/cgaa5/sga1/sg. Brasília, 2015

CHIPTY, Tasneem. Horizontal integration for bargaining Power: Evidence from the Cable Television Industry. **Journal Of Economics**, [s.l.], v. 4, n. 2, p.375-397, jun. 1995. Wiley. http://dx.doi.org/10.1111/j.1430-9134.1995.00375.x.

CRAWFORD, Gregory S; YURUKOGLU, Ali. The Welfare Effects of Bundling in Multichannel Television Markets. **American Economic Review**, [s.l.], v. 102, n. 2, p.643-685, abr. 2012. American Economic Association. http://dx.doi.org/10.1257/aer.102.2.643.

DRAGANSKA, Michaela; KLAPPER, Daniel; VILLAS-BOAS, Sofia B.. A Larger Slice or a Larger Pie? An Empirical Investigation of Bargaining Power in the Distribution Channel. **Marketing Science**, [s.l.], v. 29, n. 1, p.57-74, jan. 2010. Institute for Operations Research and the Management Sciences (INFORMS). http://dx.doi.org/10.1287/mksc.1080.0472.

GOWRISANKARAN, Gautam; NEVO, Aviv; TOWN, Robert. Mergers When Prices Are Negotiated: Evidence from the Hospital Industry. **American Economic Review**, [s.l.], v. 105, n. 1, p.172-203, jan. 2015. American Economic Association. http://dx.doi.org/10.1257/aer.20130223.

GÜRKAYNAK, Gönenç et al. Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis. **Journal Of Antitrust Enforcement**, [s.l.], p.1-30, 30 jun. 2016. Oxford University Press (OUP). http://dx.doi.org/10.1093/jaenfo/jnw007.

HORN, Henrick; WOLINSKY, Asher. Bilateral Monopolies and Incentives for Merger. **The Rand Journal Of Economics**, [s.l.], v. 19, n. 3, p.408-420, 1988. Wiley. http://dx.doi.org/10.2307/2555664.

IYER, Ganesh; VILLAS-BOAS, J. Miguel. A Bargaining Theory of Distribution Channels. **Journal Of Marketing Research**, [s.l.], v. 40, n. 1, p.80-100, fev. 2003. American Marketing Association (AMA). http://dx.doi.org/10.1509/jmkr.40.1.80.19134.

ROCHET, Jean-charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. **Journal Of The European Economic Association**, [s.l.], v. 1, n. 4, p.990-1029, 1 jun. 2003. Oxford University Press (OUP). http://dx.doi.org/10.1162/154247603322493212.

ROCHET, Jean-charles; TIROLE, Jean. **Two-sided markets: an overview**. 2004. MIT. Disponível em http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf

SCHIMDT, C.A.J. Voto no processo 08700.006734/2015-10. **Cade**. Brasília, 2016.

SNYDER*, Christopher M.. A dynamic theory of countervailing power. **Rand**, Santa Monica, v. 27, n. 4, p.747-769, nov. 1996.

THE ECONOMIST. 2014. Disponível em: <http://www.economist.com/news/business/21603472-brazils-biggest-media-firm-flourishing-old-fashioned-business-model-globo-domination>. Acesso em: 26 jul. 2018.

PARTE 2 - INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

8. ALGORITMOS, COLUSÃO E "NOVOS AGENTES": OS QUATRO CENÁRIOS DE STUCKE E EZRACHI SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA

8. ALGORITHMS COLLUSION AND "NEW AGENTS": FOUR SCENARIOS OF STUCKE AND EZRACHI BASED ON THE BRAZILIAN ANTITRUST LEGISLATION

Maria Camilla Arnez Ribeiro Coelho

"Humans have colluded on everything from turtles to packaged ice to rare banknotes"[1]

Stucke e Ezrachi

Resumo: O presente artigo tem como objetivo indagar de forma analítica as preocupações relacionadas ao uso dos algoritmos como facilitadores de condutas colusivas e os possíveis desafios trazidos à autoridade antitruste brasileira diante desse avanço tecnológico que vem sendo verificado desde o início do novo milênio. Para tal análise, o marco teórico utilizado é a obra *Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, dos autores Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi, que destaca quatro cenários nos quais a "colusão algorítmica" pode facilitar a colusão. Nesse artigo, analisarei a prática colusiva realizada em cada um dos cenários, bem como o modo com que os algoritmos inseridos dentro dos quatro cenários analisados podem vir, ou não, a serem responsabilizados no Brasil, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com base na Lei nº 12.529/2011. Inicialmente, o presente artigo abordará a importância do *big data* para obtenção dos dados e informações a serem processadas pelos algoritmos para que, com essas informações, os algoritmos possam vir a praticar o conluio. Adiante, faremos a análise de os quatro cenários que podem levar à colusão algorítmica, indicados no livro dos autores Stucke e Ezrachi. Após explicitados os cenários indicados pelos autores, selecionamos três casos investigados pelas autoridades antitruste envolvendo a prática colusiva por meio dos algoritmos e analisamos sob a ótica da Lei nº 12.529/2011. Por fim, o artigo aborda alguns desafios a serem enfrentados pela autoridade antitruste brasileira diante dessa nova realidade.

Palavras-chave: Algoritmos; *Big data*; Colusão; Defesa da concorrência

Abstract: This research paper aims to analytically analyze the concerns related to the use of algorithms as facilitators of collusive behavior and the challenges brought to the Brazilian antitrust authority in the face of this technological advance that has been verified since the beginning of the new millennium. For this analysis, the theoretical framework used is Maurice E. Stucke and Ariel Ezrachi's book named *Virtual Competition - The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, which highlights four scenarios in which "algorithmic collusion" can facilitate collusion. In this paper, we will analyze the collusive practice performed in each of the scenarios, as well as the way in which the algorithms inserted within the four scenarios analyzed may or may not be deemed responsible in Brazil before the Administrative Council of Economic Defense, based on the Law No. 12,529/2011. Initially, the present article will address the importance of big data to obtain data and information to be processed by the algorithms so that, with this information, the algorithms can practice the collusion, as well as the impact of the algorithms on the probability of collusion. Next, we will analyze the four scenarios that can lead to algorithmic collusion, indicated in the authors' book Stucke and Ezrachi. After explaining the scenarios indicated by the authors, we selected three concrete cases investigated by the antitrust authorities involving the collusive practice through algorithms and analyzed from the perspective of

[1]"Os humanos conspiraram em tudo, desde tartarugas até gelo empacotado e notas raras".

Law No. 12.529/2011. Finally, the paper addresses some challenges to be faced by the Brazilian antitrust authority in view of this new reality.

Keywords: Algorithms; Big data; Collusion; Competition policy

Introdução

Pretende-se, neste trabalho, analisar em que medida o uso dos algoritmos por empresas de um determinado mercado relevante pode vir a facilitar a colusão via cartel[2], diante dos quatro cenários indicados por Stucke e Ezrachi[3] em sua obra.

Os novos desafios aplicam-se à análise das formas de colusão por meio do uso de algoritmos e os desafios imputados à autoridade antitruste brasileira. Assim, o presente artigo busca discutir a utilização dos algoritmos para a prática colusiva, as possíveis formas de responsabilização da conduta anticoncorrencial pela autoridade antitruste brasileira e alguns desafios a serem enfrentados pela autoridade antitruste brasileira diante desse avanço tecnológico.

Para tanto, durante a introdução e o primeiro capítulo, o artigo discorre sobre essa nova realidade econômica, trazendo breves anotações sobre dados, *big data*, algoritmos e colusão, a fim de mostrar não só os benefícios gerados por esse avanço tecnológico, mas também alguns aspectos que podem ser prejudiciais à concorrência. Assim, são definidos os conceitos de *big data* e colusão, ressaltando a importância do *big data* e sua utilização e processamento pelos algoritmos para a prática colusiva anticoncorrencial. Com essa abordagem, o artigo segue para os impactos dos algoritmos na probabilidade de colusão, distinguindo a colusão expressa da colusão tácita e suas implicações à concorrência. No segundo capítulo, o artigo abordará os possíveis cenários propensos à colusão, utilizando como marco teórico os conceitos utilizados pelos doutrinadores e professores Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi em sua obra, *Virtual Competition - The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Por fim, no terceiro capítulo, após explicitados os possíveis cenários, o artigo focará na análise dos casos envolvendo suposta colusão por meio dos algoritmos nos quatro cenários estudados, sob a ótica da legislação antitruste brasileira, trazendo as possíveis formas de se analisar e, eventualmente, punir a colusão via algoritmos, utilizando-se da Lei nº 12.529/2011.

Assim, foi necessário brevemente observar, por meio de doutrina, a utilização do *big data* e o seu processamento por meio dos algoritmos. Em especial, o artigo foca em analisar, primeiramente, os quatro cenários delimitados pelos autores Stucke e Ezrachi para demonstrar as formas de colusão via algoritmos. Em seguida, o artigo foca em analisar três casos investigados por autoridades antitrustes sob a ótica da Lei nº 12.529/2011, a fim de melhor demonstrar as formas nas quais os algoritmos podem facilitar a colusão e de qual método a autoridade antitruste brasileira poderia utilizar-se para analisar determinada conduta, i.e., pela regra *per se* ou pela regra da razão. Por fim, o artigo elenca alguns desafios que a autoridade antitruste brasileira terá para compatibilizar a legislação diante desses "novos agentes" e novas formas de infração.

1. Breves anotações sobre dados, big data, algorítimos e colusão

Os seres humanos têm sido, durante muitos anos, a força motriz por trás das atividades de fixação de preços. As autoridades antitruste estiveram sempre acostumadas com os executivos e funcionários das empresas fixando os preços, alocando mercados e licitações, ou eliminando outros parâmetros da concorrência.

A crescente obtenção e acesso ao *big data* e o seu uso por meio dos algoritmos geraram intensas discussões em diversos mercados nos últimos anos. Quando da criação da nova Lei de Defesa da Concorrência no Brasil, a Lei nº 12.529/2011, não se imaginava o poder e o potencial que tais

[2] Cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível.

[3] Maurice Stucke é professor de Direito na Universidade do Tennessee e co-fundador do The Konkurrenz Group. Ariel Ezrachi é advogado do escritório Slaughter and May e professor de Direito da Concorrência na Universidade de Oxford.

tecnologias, como os algoritmos, o *big data*, as máquinas de autoaprendizagem[4] e a inteligência artificial[5] teriam no direito da concorrência, bem como o seu papel relevante no comportamento competitivo das empresas.

Ocorre que esse avanço tecnológico, além de trazer diversos benefícios, trouxe também grandes preocupações às autoridades antitrustes. Quanto aos benefícios trazidos, entende-se que o uso dos algoritmos faz com que as empresas se tornem mais eficientes, uma vez terem maior facilidade e acesso às informações relacionadas a necessidade do consumidor, fazendo com que os seus produtos e serviços sejam cada vez mais personalizados de acordo com as preferências de seus consumidores.[6]

Entretanto, esse desenvolvimento tecnológico também suscita algumas preocupações e desafios. É preciso entender os potenciais efeitos que *o big data*, a inteligência artificial, as máquinas de autoaprendizagem e os algoritmos podem gerar na concorrência, para que os órgãos fiscalizadores consigam acompanhar essas rápidas mudanças e, na medida do possível, se adaptar às novas formas de detectar práticas anticompetitivas provenientes do uso da tecnologia.

Assim, verifica-se que, desde o início do novo milênio, com a investigação de casos por autoridades antitruste ao redor do mundo envolvendo grandes empresas de tecnologia, como, por exemplo, a Microsoft[7], o *big data* e os algoritmos estão mudando o cenário competitivo e trazendo grandes desafios aos órgãos fiscalizadores. Os últimos anos testemunharam uma dependência cada vez maior do *big data* e do seu processamento pelos algoritmos, que estão cada vez mais presentes no nosso cotidiano.[8]

Dessa forma, devido aos constantes avanços tecnológicos, mais investigações envolvendo o uso de algoritmos e máquinas de autoaprendizagem possivelmente serão iniciadas. As questões levantadas nesses casos são centrais para o atual pensamento sobre a aplicação da lei antitruste e os desenvolvimentos tecnológicos. Tais questões dizem respeito, por exemplo, ao que pode ser considerado paralelismo consciente[9] e o que é, de fato, um conluio[10], dado que com o uso de algoritmos, entende-se cada vez mais difícil de se fazer tal distinção, ou a responsabilidade a ser imputada pela prática anticompetitiva por meio do uso de um algoritmo.

Diante desse cenário, os desafios parecem estar voltados às autoridades antitruste, de modo que estas terão de analisar o melhor momento para intervir e em qual extensão, quando estiverem diante de um caso concreto envolvendo o conluio por meio dos algoritmos. A busca pelo equilíbrio entre o possível prejuízo anticompetitivo contra os ganhos de bem-estar advindos das vantagens tecnológicas pode ser bastante desafiadora às autoridades.[11]

---

[4]São definidas como um subcampo da inteligência artificial, que desenvolve máquinas que são capazes de aprender ao utilizar e aplicar os algoritmos a informações e experiências. OECD, *algorithms*, p. 7

[5] A definição de inteligência artificial está relacionada à capacidade das máquinas de pensarem como seres humanos - de terem o poder de aprender, raciocinar, perceber, deliberar e decidir de forma racional e inteligente.

[6]STUCKE, Maurice. EZRACHI, Ariel. **Artificial Intelligence & Collusion**: When Computers Inhibit Competition. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2591874. Acesso em: 19/02/2018.

[7]A Comissão Europeia investigou a *Microsoft*, pela venda casada do *software Media Player* com o sistema *Windows*, que no início do atual século, possuía participação de mercado de 90%. Comissão Europeia. Processo T- 201/04. Microsoft Corp. e outros x European Committee for Interoperable Systems (ECIS) e outros. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62940&page22Index=0&doclag=PT&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=549759. Acesso em: 3/5/2018.

[8]Idem.

[9] Paralelismo consciente são reações idênticas de agentes econômicos concorrentes quando deparados com um mesmo conjunto de fatos econômicos.

[10]"Conluio", "colusão" e "prática colusiva" são considerados como sinônimos no presente artigo.

[11]LIMA, João Mateus Thomé de Souza. **Inteligência artificial na competição**: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. Disponível em: http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/viewFile/360/177. Acesso em: 25/03/2018.

1.1. A economia conduzida por dados e a utilização do big data *para o seu processamento por algoritmos*

De uns anos para cá, estamos experimentando o começo de uma nova realidade econômica com o surgimento do *big data*, *big analytics*[12] e inteligência artificial, bem como com o surgimento de negócios baseados em algoritmos, que usam inteligência artificial e máquinas de autoaprendizagem para tomar decisões, enviar comandos e prever mudanças de mercado.

Com o surgimento e o uso cada vez maior de negócios baseados em sua própria base de dados, as empresas vêm recorrendo cada vez mais aos algoritmos para o seu processamento, além de estarem também utilizando cada vez mais os algoritmos mais complexos, chamados de algoritmos de autoaprendizagem, que podem "aprender" com os dados que eles mesmos processam. A velocidade com que os dados são gerados, acessados, processados e analisados, faz com que esse processamento do *big data* por meio dos algoritmos tenha um efeito imediato nas tomadas de decisões de um indivíduo e no mercado, podendo vir a apresentar não só benefícios, mas também ser um risco à concorrência.

Nas palavras da autora e advogada Ana Frazão:

> A matéria-prima utilizada pelos algoritmos para tais decisões é o *big data*, ou seja, a enorme quantidade de dados disponíveis no mundo virtual que, com o devido processamento, pode ser transformada em informações economicamente úteis, que servirão como diretrizes e critérios para o processo decisório algorítmico.[13]

Verifica-se, portanto, que o *big data* e os algoritmos são altamente dependentes e interligados, visto que devido aos algoritmos, é possível extrair e processar as informações coletadas e que tornaram o *big data* tão valioso para as empresas. Além disso, o valor do *big data* aumenta na medida em que os dados podem ser convertidos em informações úteis, o que mostra a interdependência entre os dados e o seu processamento por meio dos algoritmos[14].

Assim, podemos considerar que o desenvolvimento do *big data* está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento e aprimoramento dos algoritmos, uma vez que quanto mais dados considerados úteis estão disponíveis, mais aprimorados e propensos à possibilidade de eventuais práticas anticompetitivas os algoritmos se tornarão

1.2. O impacto dos algoritmos sobre a probabilidade de colusão

Tradicionalmente, a natureza da conduta de cartel se dava sempre por meio dos seres humanos. Ocorre que, quando o componente humano se torna limitado ou, em alguns casos, até ausente, os algoritmos e as máquinas de autoaprendizagem[15] assumem o papel de agentes de mercado e mostram que o espectro de possíveis ilícitos antitruste podem ir além da colusão[16] expressa tradicional.

---

[12] Big analytics é a habilidade de desenvolver algoritmos que podem acessar e analisar grandes quantidades de dados e informações.

[13]FRAZÃO, Ana. **Algoritmos e inteligência artificial**. Repercussões da sua utilização sobre a responsabilidade civil e punitiva das empresas. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/algoritmos-e-inteligencia-artificial-16052018. Acesso em: 06/04/2018.

[14]FRAZÃO, Ana. ***Big data* e concorrência**. Principais impactos sobre a análise concorrencial. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-29112017. Acesso em: 26/04/2018.

[15] Máquinas de autoaprendizagem são uma vertente específica da inteligência artificial, que treina máquinas para aprender com dados.

[16]De acordo com a OCDE, o termo "colusão" é geralmente definido como qualquer forma de acordo ou coordenação entre concorrentes visando aumentar a lucratividade para um nível supra-competitivo, o que prejudica o equilíbrio de mercado. É uma estratégia realizada por empresas concorrentes para maximizar os lucros em conjunto. Para facilitar a colusão, deve haver uma estrutura que permita aos competidores concordar, monitorar e fazer cumprir a política comum.

A colusão pode ser explícita ou tácita. A primeira refere-se a acordos explícitos entre concorrentes para fixar preços ou níveis de produção. Já a colusão tácita, é uma coordenação entre concorrentes que acontece sem qualquer acordo explícito. Nesse caso, o resultado anticompetitivo resulta de todos os *players* envolvidos atuarem

A comissária europeia para a Concorrência, Margrethe Vestager, se manifestou sobre o potencial uso dos algoritmos para sustentar o comportamento de cartel e a capacidade de os algoritmos facilitarem a colusão via cartel. Segundo a comissária:

> Todo cartel enfrenta o risco de seus membros começarem a enganar uns aos outros, assim como ao público. Se o preço de todo mundo é alto, você pode ganhar muitos clientes diminuindo-os discretamente. Então, se os cartéis sobrevivem, depende da rapidez com que os outros identificam os preços mais baixos e cortam seus próprios em retaliação. Ao fazer isso rapidamente, os cartelistas podem ter certeza de que outros estarão menos propensos a tentar cortar os preços no futuro. E o problema é que sistema automatizados ajudam a fazer exatamente isso[17]. (tradução livre)

Entende-se, portanto, que os órgãos antitruste devem reconhecer que os algoritmos podem vir a facilitar a formação e manutenção do cartel, especialmente por meio de práticas colusivas, que é o cerne do presente artigo. Assim, um dos maiores desafios das autoridades antitruste relacionados a esse avanço tecnológico, torna-se a análise e detecção de tais acordos colusivos por meio de algoritmos, o que pode exigir novas abordagens investigativas e recursos adicionais para, quando detectados, possuírem mecanismos para punir o acordo colusivo.

2. Os quatro cenários teóricos de Stucke e Ezrachi de algorítimos propensos à colusão

Nota-se que um dos principais riscos da utilização dos algoritmos como facilitadores da colusão é que eles podem aumentar a área cinzenta entre a colusão expressa ilegal e a colusão tácita legal, permitindo que as empresas mantenham os lucros acima do nível competitivo mais facilmente, sem necessariamente terem de entrar em um acordo.

Em situações em que a colusão só poderia ser implementada usando a comunicação expressa entre os concorrentes, os algoritmos criaram novos mecanismos que facilitam a implementação de uma política comum e o monitoramento do comportamento dos demais concorrentes, até mesmo sem a necessidade de qualquer interação humana. Ou seja, os algoritmos podem permitir que as empresas substituam a colusão expressa pela colusão tácita, e em algumas situações, caso a colusão seja alcançada pelo uso dos algoritmos sem um acordo expresso ou uma comunicação direta entre concorrentes, há chances de que fique de fora do escopo e da fiscalização pelos órgãos antitruste.[18]

Diante disso, os autores e professores Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi, em sua obra *Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, analisaram os vários níveis de desenvolvimento tecnológico e o uso dos algoritmos e verificaram os diferentes desafios a serem enfrentados pelos órgãos antitruste e as possíveis formas de colusão em razão do uso dos algoritmos. Assim, o presente artigo analisará agora as quatro formas de atuação identificadas pelos autores, que podem resultar em colusãovia cartel algoritmos. São elas: (a) Mensageiro ("*Messenger*"); (b) *Hub-and-Spoke*; (c) Agente Previsível ("*Predictable Agent*"); e (d) Máquina Autônoma ("*Autonomous Machine*").

*2.1. Mensageiro ("*Messenger*")*

A primeira categoria, denominada de mensageiro, diz respeito ao fato de os humanos concordarem em conspirar e usar computadores para executar a sua vontade. Esta é uma extensão

---

tendo em mente sua própria estratégia de maximização de lucro. Embora ambos os tipos de colusão tenham efeitos danosos à concorrência e, portanto, aos consumidores, normalmente as leis de defesa da concorrência não consideram a colusão tácita uma infração à ordem econômica. Nesse sentido, a maioria das leis de defesa da concorrência apenas punem o acordo entre concorrentes, a colusão explícita.

[17]EUROPEAN COMMISSION. Algorithms and Competition. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en. Acesso em: 14/04/2018.

[18]OCDE. **Algorithms and Collusion**. Competition policy in the digital age. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-colllusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf. Acesso em: 06/03/2018.

simples da vontade humana para os algoritmos. Os integrantes da conduta utilizam a tecnologia para melhorar a colusão existente. Sob este cenário, os humanos firmam acordos anticompetitivos e apenas usam os computadores e algoritmos para auxiliar na implementação, monitoramento e policiamento do cartel, ou para facilitar a troca e sinalização de informações.

A título de exemplificação, o Departamento de Justiça Americano ("DOJ") investigou em 2015 o primeiro exemplo real da existência de colusão por meio de algoritmos no caso *United States vs. Topkins*. David Topkins, um executivo do comércio eletrônico, foi acusado de manipular os preços de cartazes vendidos no mercado *on-line* do *Amazon*, um site para vendedores terceirizados, ao coordenar com outros vendedores de cartazes acordos para manipular os preços dos produtos no *Amazon*.[19]

O caso acima mencionado corrobora, portanto, a conclusão acerca da possibilidade de os algoritmos manterem a estabilidade de certos conluios de fixação de preços previamente estabelecidos entre humanos, ao mesmo tempo que permite que as empresas detectem mais rapidamente uma eventual mudança de preço e respondam a tentativas de desvio no acordo colusivo.

2.2. Hub-and-Spoke

O segundo cenário, *hub-and-spoke*, refere-se ao uso de um único algoritmo para determinar o preço de mercado cobrado por vários usuários. O cartel *hub-and-spoke* pode ser definido, segundo Vereecken[20], como "[...] troca de informações sensíveis entre competidores por meio de uma terceira parte, que facilita o comportamento cartelista dos concorrentes envolvidos" (tradução livre).

O cenário *hub-and-spoke* pode levar a uma colusão horizontal ao utilizar um único algoritmo, que será utilizado por vários *players* [21]de um mercado, para determinar o preço a ser praticado. Portanto, analisando a utilização dos algoritmos no cenário *hub-and-spoke*, esse algoritmo comum (*hub*) leva ao acordo horizontal, caracterizando, então, o cartel. Caso contrário, seriam apenas vários acordos verticais com identidade de uma das partes.[22]

Por sua vez, ao decidirem utilizar esse algoritmo, os concorrentes não necessariamente acordaram na fixação do preço a ser praticado. É o uso paralelo desse algoritmo pelos concorrentes que pode gerar preocupações quanto a uma eventual responsabilização. Assim, a comprovação da existência do acordo horizontal é a parte intrigante e desafiadora da caracterização do cartel *hub-and-spoke*.

*2.3. Agente Previsível ("*Predictable Agent")

O terceiro cenário, do agente previsível, analisa o fato de que os humanos desenvolvem unilateralmente os seus algoritmos para fornecer resultados previsíveis e reagir de uma determinada maneira às mudanças nas condições de mercado. Neste cenário, não há acordos colusivos entre os humanos. Cada empresa adota unilateralmente seu próprio algoritmo de preço, o que pode levar à evidências insuficientes de qualquer tipo de acordo. Sem um acordo em si, pode-se considerar uma condição de mercado de colusão tácita, de mero paralelismo de preços, dificultando uma eventual caracterização de ilícito.

O algoritmo que atua como "agente previsível" é utilizado por cada empresa, unilateralmente, sendo favorecida pela transparência do mercado, que ajuda os algoritmos a preverem o comportamento do mercado e, com isso, praticarem condutas paralelas, mesmo que sem a interferência humana para

---

[19]UNITED STATES. Department of Justice. Case No. CR 15-00201 WHO. **Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution**. Disponível em: http://www.justice.gov/opa/pr/former-ecommerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace. Acesso em: 09/04/2018.

[20]VEREECKEN, Bram. **Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law**. LLM Paper. Faculty of Law, Universiteit Gent, 2014. p. 4.

[21] *Players* de mercado são empresas que possuem um significativo capital que tem a capacidade de modificar a perspectiva na região que optam por atuar.

[22]Ibidem.

tanto. Este cenário, portanto, gera vários desafios na detecção e punição de eventual prática anticompetitiva.

*2.4. Máquina Autônoma ("*Autonomous Machine*")*

O último e mais desafiador cenário é o da máquina autônoma, em que os concorrentes desenvolvem e utilizam suas máquinas e algoritmos, unilateralmente, para atingirem uma meta comum, a maximização do lucro. Essas máquinas, através de autoaprendizagem e testes, determinam os meios de maximização de lucro sozinhas, sem qualquer interferência de humanos. O próprio algoritmo é que executa a estratégia que lhe parece melhor, de acordo com o auto aprendizado e o *feedback* do mercado.

Neste cenário, o algoritmo é criado com o intuito de maximização de lucro e não com o intuito de prática anticompetitiva, como acordos e fixação de preços. O algoritmo de autoaprendizagem analisa continuamente os dados de mercado e busca por meio da autoaprendizagem e experimentação, a maximização de lucro. O que distingue este cenário dos anteriores, é que a colusão (tácita ou expressa) é improvável desde o início. Os algoritmos não foram programados para a colusão.

Com isso, a questão se torna mais complexa quando se trata da forma de atuação dos algoritmos de autoaprendizagem, onde o componente humano é reduzido, não existindo uma determinação humana apriorística de conduta (meio), mas sim uma atuação autônoma, a partir de inteligência artificial, para alcançar um determinado fim. Ou seja, sabe-se o fim almejado, mas não os meios que serão eleitos pela inteligência artificial utilizada por meio dos algoritmos.[23]

Todas essas questões são preocupantes ao mostrarem uma certa ausência de regulação jurídica adequada para esses "novos agentes", especialmente para este cenário.

No próximo capítulo, o presente artigo se dedicará a trazer três casos concretos envolvendo a prática colusiva por meio de algoritmos, sendo cada caso referente a um dos cenários 2.1, 2.2 e 2.3 acima indicados, para sua análise sob a ótica da Lei nº 12.539/2011. Ressalta-se, desde já, que durante a pesquisa realizada, não foi possível obter informações de algum caso concreto que fosse aplicável ao cenário 2.4, da máquina autônoma. Diante disso, somente foram analisados sob a ótica da Lei nº 12.259/2011 casos envolvendo os três primeiros cenários.

3. Análise propositiva dos quatro cenários teóricos de Stucke e Ezrachi de algorítimos sob a ótica da Lei nº 12.529/2011

No Brasil, as infrações à ordem econômica estão previstas no artigo 36, da Lei nº 12.529/2011. Por força de sua redação, o artigo 36, *caput*, apresenta um caráter dual para a análise e caracterização das infrações à ordem econômica, que afeta de maneira significativa a análise de condutas anticoncorrenciais.

De um lado, o CADE considera ilícitas algumas condutas quando o seu próprio objeto prejudica a concorrência, sendo desnecessário examinar as estruturas de mercado, o mercado relevante, o poder de mercado do agente, dentre outros. O CADE entende que os cartéis clássicos, também denominado de cartel *hardcore*[24], são ilícitos apenas pelo seu próprio objeto, que podem ser presumidos, não sendo necessário provar os efeitos anticompetitivos decorrentes dele.[25]

De outro lado, o CADE indica condutas que têm presunção de licitude e, diante disso, é necessária a verificação e um regime de análise mais profundo, ficando a autoridade incumbida de

---

[23]MOREIRA, Andrei. ATHIAS, Daniel. **Algoritmos e suas repercussões nas infrações concorrenciais.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/algoritmos-repercussoes-infracoes-concorrenciais. Acesso em: 22/04/2018.

[24]A conduta é considerada ilícita independentemente do contexto em que foi praticada, sendo desnecessária a análise de estrutura de mercado e de poder econômico do agente. O CADE possui o entendimento de que há três estratégias clássicas de cartel *hardcore* (fixação de preço/quantidade, divisão de mercado e colusão em licitações públicas) que seriam sempre analisadas sobre a regra *per se*.

[25]NETO, Caio Mario. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** 1ª ed. Saraiva, 2016. p.98.

analisar o mercado relevante, as estruturas do mercado, o poder econômico do agente, etc., devendo comprovar os efeitos negativos que tornam a conduta uma infração, as quais seriam as *infrações / ilícitos por efeito*.[26]

Uma conduta analisada pelos seus efeitos tem por objetivo examinar se o comportamento supostamente anticompetitivo de uma empresa sendo investigada tem o condão, ainda que potencial, de eliminar ou falsear a concorrência de um determinado mercado relevante. Diante dessa análise, torna-se possível avaliar se os efeitos decorrentes do comportamento são positivos ou negativos, concluindo-se pela legalidade ou ilegalidade da prática.[27]

Nesse sentido, o presente capítulo irá se restringir na forma de análise e caracterização da colusão por meio dos algoritmos, sob a ótica da Lei nº 12.529/2011.

No Brasil, a Lei de Defesa da Concorrência adota que um cartel clássico abrange um acordo entre concorrentes, sob qualquer forma (escrito ou verbal), cujo objeto seja: **(i)** a fixação de preços; **(ii)** a fixação da oferta de bens ou serviços; **(iii)** a divisão de mercado – em termos de clientes, fornecedores, territórios, segmentos ou períodos; e/ou **(iv)** o conluio em licitações.[28]

Para o CADE, a responsabilidade por infrações à ordem econômica realizada por pessoa jurídica é objetiva, sendo considerado irrelevante, para efeitos de caracterização da conduta, se houve culpa ou dolo.[29] Além disso, o CADE adota o entendimento de que cartéis clássicos, também chamados de cartéis *hardcore*, são caracterizados como ilícitos *por objeto*, ou seja, a restrição da concorrência seria o objeto da conduta em si, sendo reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos.

Nesses casos, o CADE procura comprovar a existência do cartel clássico apenas pelo próprio objeto da conduta que, desde a sua concepção, tem como propósito a produção de algum dos efeitos elencados no artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, não considerando essencial a demonstração detalhada dos potenciais efeitos da conduta a fim de caracterizar uma infração à ordem econômica.[30]

Por sua vez, existem os cartéis difusos, que tem o objetivo similar ao do cartel clássico, mas que são de caráter eventual e não institucionalizado. Nesses casos, torna-se necessária uma análise mais pormenorizada dos fatos pela autoridade para sua constatação, uma vez que alguns acordos horizontais têm aparência de conluio, mas, de fato, não são.[31]

Esclarecidos esses pontos, o presente artigo passa para a análise de casos concretos, uns analisados pela autoridade antitruste brasileira e outros por outras autoridades antitruste ao redor do mundo, envolvendo os cenários acima mencionados. Em relação ao cenário da máquina autônoma, o presente artigo não fará a análise de um caso específico, mas somente o resultado da pesquisa acerca deste cenário, tendo em vista que, por meio da pesquisa realizada, não foi encontrado nenhum caso envolvendo tal cenário.

3.1. Mensageiro (“Messenger”)

No cenário denominado mensageiro, cujo uso dos algoritmos é apenas para execução da vontade delitiva do humano / agente econômico, as evidências do conluio para formação de cartel podem ser de fácil constatação por meio de provas, tais como a comunicação via e-mails,

---

[26]AZEVEDO, Paula. **Ilícito por objeto na jurisprudência do CADE**. O Caso das Tabelas de Preços. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf. Acesso em: 16/05/2018.

[27]Idem.

[28]NETO, Caio Mario. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** 1ª ed. Saraiva, 2016. p.110.

[29] RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de Investigação de Cartel**. 1 ed. Singular, 2016. 50.

[30]Idem. p. 111.

[31]COELHO, Dandara. **Uma Batalha Travada em torno das Evidências**: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)suficiência para a Condenação de Cartéis. Revista do CADE, Ed. Maio 2016.

correspondência, mensagens e anotações sobre acordos entre concorrentes para determinarem a utilização de algoritmos para a formação do cartel.

De acordo com o artigo 36, § 3, inciso I, da Lei nº 12.529/2011, a mera verificação de comportamento supostamente anticompetitivo com o intuito de eliminar ou falsear a concorrência já é elemento suficiente para atribuir culpa aos infratores.

Diante do entendimento pacificado do CADE acerca dos cartéis *hardcore*, mesmo um eventual fracasso por parte dos algoritmos quando da implementação do acordado não deixaria de tornar o acordo algo ilícito, uma vez comprovada a existência da conduta cujo *objeto* é a fixação de preços e a consequente restrição da concorrência praticada pelos humanos.

Com base nesse entendimento, o CADE condenou um cartel[32] que teria utilizado um *software*[33] para monitorar e fiscalizar a implantação de um acordo no mercado de autoescolas e despachantes. Em seu Voto, o então Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior declarou que houve a intenção clara de os agentes criarem um algoritmo com a finalidade específica de operacionalizar um acordo prévio anticompetitivo, além da determinação humana clara nos meios a serem utilizados para implementarem a prática anticompetitiva, não havendo problemas na responsabilização da conduta ilícita[34]. Confira-se trecho de seu Voto:

> O caso concreto revelou um arrojado acordo anticompetitivo integrado por pessoas jurídicas e naturais de Santa Bárbara D'Oeste/SP para uniformização de preços de serviços prestados por autoescolas e despachantes. Para tanto, a ADESBO e a Criar **lideraram a conduta com a edição de inúmeras tabelas de preços desses serviços, as quais eram adotadas pelos participantes do cartel, e com a utilização de *software* que uniformizava as práticas comerciais dos usuários**. - sem destaques no original.

Ainda, o Conselheiro Relator indicou que o presente caso deveria ser analisado sob a regra *per se*, como também entendido pelo presente artigo. Confira-se:

> Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente a restrição à livre concorrência. As políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação artificial da oferta, feitas por cartéis, se encaixam nessa descrição, sendo, por essa razão, ilegais *per se*.

A verificação de que os agentes queriam praticar a conduta ilegal, cominada com a comprovada troca de informações para implementação da conduta foram suficientes para condenar as empresas investigadas pelo CADE.

Portanto, o caso concreto trazido acima se coaduna com o cenário mensageiro, uma vez que foi possível obter provas diretas por meio de diversas tabelas de preços, documentos provando a ocorrência de reuniões, o que houve por bem demonstrar a coordenação e organização do cartel, não havendo maiores dificuldades de provar um acordo preexistente, que fora posteriormente executado pelo *software*.

3.2. Hub-and-spoke

Por sua vez, no cenário denominado de *hub-and-spoke*, um mesmo algoritmo provido por um único fornecedor é utilizado por diversos concorrentes, gerando uma concentração horizontal e, consequentemente, podendo vir a prejudicar um determinado mercado relevante.

---

[32]Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56.

[33] *Software* pode ser entendido como uma sequência de instruções escritas a serem interpretadas por um computador com o objetivo de executar tarefas específicas. Por sua vez, um algoritmo pode ser entendido como uma sequência lógica, finita e definida de instruções que devem ser seguidas para resolver um problema ou executar uma tarefa.

[34]MOREIRA, Andrei. ATHIAS, Daniel. **Algoritmos e suas repercussões nas infrações concorrenciais.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/algoritmos-repercussoes-infracoes-concorrenciais. Acesso em: 22/04/2018.

O fato de haver um mesmo fornecedor para vários concorrentes não necessariamente caracteriza uma conduta anticompetitiva. É necessária a verificação de que os concorrentes se utilizam desse algoritmo em comum para formação de uma coordenação horizontal com o fim ilícito, mesmo ainda que um concorrente não troque informações com outros concorrentes.

De acordo com o entendimento majoritário do CADE, caso os requisitos acima resultem em uma fixação de preço/quantidade ou divisão de mercado, a eventual comprovação do uso ou não da informação pelos revendedores que a receberam para a formação de seu preço é dispensável para a comprovação do ilícito. Desse modo, verifica-se que diante das hipóteses acima o cartel *hub-and-spoke* é considerado um ilícito *per se.*

Atualmente, o CADE vem investigando três supostos cartéis *hub-and-spoke*[35], entretanto, não há conhecimento de investigações em trâmite no CADE envolvendo o cartel *hub-and-spoke* por meio do uso de algoritmos.

Diante disso, trataremos da denúncia feita nos Estados Unidos, em janeiro de 2016, por um cliente da Uber contra o CEO da empresa. A denúncia alega que os acordos verticais da Uber com cada motorista dão origem à coordenação horizontal devido ao uso paralelo de um mesmo algoritmo que determina o preço a ser praticado pelos motoristas. Neste caso, a Uber é acusada da prática de cartel *hub-and-spoke*, por meio do qual os concorrentes, nesse caso os motoristas independentes ("*spokes*"), cooperam entre si através de um terceiro, a Uber (*"hub"*) para uma alegada coordenação horizontal de fixação de preços.[36]

Todavia, muitas vezes é de difícil verificação e obtenção de provas diretas de um acordo horizontal com o intuito de fixação de preços e coordenação de mercado. Pensando nisso, a autora e ilustre advogada Ana Frazão fez a seguinte ponderação acerca da análise da alegada conduta anticompetitiva da Uber:

> (...) diante dessa nova realidade, é forçoso reconhecer que, apesar de tais coordenações poderem despertar preocupações anticoncorrenciais, terão que ser analisadas sob perspectiva distinta daquela que é aplicada usualmente aos casos de coordenação. Deverão ser tratadas como infrações por efeitos, mediante a aplicação da regra da razão, a fim de que a autoridade concorrencial apenas possa concluir pela ilicitude da conduta após sopesar cuidadosamente as eficiências e benefícios por ela gerados com eventuais efeitos anticompetitivos.[37]

Segundo Frazão, a regra do ilícito *per se* deve ser revisitada diante dessa nova realidade, o que exige uma nova reflexão sobre a forma de análise das supostas infrações.

Assim, ao se debruçar no caso da Uber nos Estados Unidos, verifica-se que a utilização dos algoritmos para praticar a colusão trouxe impactos importantes para o Direito da Concorrência, exigindo adaptações de suas premissas e metodologias tradicionalmente utilizadas em uma coordenação de preços por meio de uma coordenação horizontal com o intuito da prática de cartel e, portanto, caracterizando uma conduta ilícita.[38]

Pensando no presente caso sob a ótica da legislação antitruste brasileira, considerando que o CADE tradicionalmente realiza a análise de condutas envolvendo acordos horizontais para a fixação de preços e coordenação de mercado sob a regra *per se*, esse novo cenário tecnológico suscita a

---

[35] Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64; Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71; Processo Administrativo nº 08012.006043/2008-37.

Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71: Cartel relacionado ao mercado de equipamentos e material de informática envolvendo, dentre outras, a empresa Positivo Informática S.A.

[36]PASSARO, Nicholas. **How Meyer v. Kalanick Could Determine How Uber and the Sharing Economy Fit into Antitrust Law**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880204. Acesso em: 04/05/2018.

[37]FRAZÃO, Ana. **Dilema antitruste**: o Uber forma um cartel de motoristas? Por definir preço de corrida, aplicativo também influenciaria adoção de conduta uniforme? Disponível em: 12/12/2016https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016. Acesso em: 04/05/2018.

[38]STUCKE, Maurice. EZRACHI, Ariel. **Virtual Competition**: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy. Harvard University Press, 2016. p. 10/20.

possibilidade de uma aplicação, juntamente, da regra da razão, a fim de que a autoridade antitruste possa ser capaz de sopesar, adequadamente, as eficiências e benefícios ou os efeitos anticompetitivos gerados, apresentando justificativas econômicas para legitimar a conduta, para que possa fazer a correta aplicação da lei antitruste.[39]

3.3. Agente Previsível ("Predictable Agent")

Diferentemente dos algoritmos tratados nos cenários do mensageiro e *hub-and-spoke*, os algoritmos parte do cenário agente previsível são considerados algoritmos de alta complexidade, pois são desenvolvidos individualmente por cada empresa, de forma unilateral, com o intuito de preverem o comportamento um dos outros e, com isso, praticarem condutas paralelas, sem a interferência humana para tanto.

O que se tem, portanto, é uma potencialidade lesiva diante da habilidade do algoritmo de prever, unilateralmente, o comportamento um dos outros podendo levar à prática de condutas paralelas e potencialmente lesivas à concorrência. Reconhece-se nesse caso que a ilicitude decorre da potencialidade anticompetitiva dos efeitos da conduta que, *a priori*, é lícita.

A título de exemplo de um caso investigado envolvendo a utilização de algoritmos enquadrados no cenário "agente previsível", analisamos o caso investigado pelo DOJ, no início dos anos 1990, por meio do qual investigou atividades de fixação de tarifas no setor de transporte aéreo, onde os membros do cartel puderam coordenar implicitamente as tarifas usando mecanismos sofisticados de sinalização.

A prática se deu de forma que as empresas aéreas enviavam diariamente informações sobre tarifas para a ATPCO (*Airline Tariff Publishing Company*), uma central que compila todos os dados recebidos e os compartilhava em tempo real com agências de viagem, sistemas de reservas de computadores, consumidores e até mesmo as companhias aéreas.[40]

De acordo com as provas acostadas aos autos, o DOJ constatou a existência de um mecanismo de troca rápida de dados para monitorar as tarifas e reagir rapidamente às mudanças de preços, o que permitia às empresas conspirar sem se comunicar explicitamente. Todavia, o DOJ não foi capaz de obter provas diretas da prática ou sequer indícios que demonstrassem a intenção do conluio ilícito.

Trazendo o presente caso à legislação antitruste brasileira, para que um cartel seja considerado um ilícito *per se*, faz-se necessário provar que se trata de um cartel clássico, nos quais as condutas anticompetitivas sejam realizadas de forma permanente, exigindo para materialidade da conduta um padrão de prova específico.

Contudo, caso não seja verificado que a conduta colusiva se enquadra como sendo um cartel clássico, tal conduta será entendida como sendo um cartel difuso, tendo em vista que, muitas vezes, os acordos horizontais têm aparência de conluio, mas não são. Diante disso, uma análise mais minuciosa dos fatos, inferências lógicas, análises econômicas poderiam ser utilizadas, sendo tais casos investigados, portanto, à luz de critérios de igualdade e proporcionalidade, baseados na regra da razão, a fim de se concluir se houve ou não ofensa à legislação antitruste brasileira.[41]

Portanto, uma alternativa de análise pelo CADE para eventual condenação de prática de cartel no cenário do agente previsível em condutas por meio de algoritmos se daria à luz da regra da razão, e dependeria, então, da demonstração da ocorrência de efeitos anticompetitivos em virtude de **(i)**

---

[39]Idem.

[40] BORENSTEIN, Severin. **Rapid Price Communication and Coordination**: The Airline Tariff Publishing Case (1994). Disponível em: http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf. Acesso em: 08/05/2018.

[41] COELHO, Dandara. **Uma Batalha Travada em torno das Evidências**: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)suficiência para a Condenação de Cartéis. Revista do CADE, Ed. Maio 2016.

existência de poder de mercado; ou **(ii)** demonstração de ineficiência da conduta na concorrência e de não haver benefícios gerados, a fim de se concluir que houve ofensa à lei antitruste.[42]

3.4. Máquina Autônoma ("Autonomous Machine")

A capacidade de *deep learning* do algoritmo pertencente ao cenário da máquina autônoma, além de trazer benefícios tais como a melhor otimização das vendas por um *player*, pode vir a resultar, também, em riscos à concorrência.

Primeiramente, cabe ressaltar que o intuito primordial desses algoritmos é a maximização de lucro para a empresa. No entanto, para se chegar a essa maximização de lucro, não se sabe o que o algoritmo de autoaprendizagem irá fazer ou decidir durante o processo. Assim, há o risco destes algoritmos optarem por exercer alguma conduta que vá de afronta à legislação antitruste brasileira.

Todavia, uma única empresa possuidora de um algoritmo de autoaprendizagem não irá causar danos à concorrência. Ocorre que, deve-se considerar que não é apenas um único *player* o provável detentor desse tipo de algoritmo. Ou seja, se mais empresas possuírem algoritmos semelhantes, pode vir a ocorrer uma coordenação de mercado, mesmo que, a princípio, não fosse este o objetivo, causando, consequentemente, eventuais condutas anticoncorrenciais.[43]

Diante disso, decorre a questão acerca de se o algoritmo estaria praticando condutas anticompetitivas, mesmo que sem o consentimento e sem qualquer comando dos *players*. Até porque, uma vez que os algoritmos não são programados com o intuito de conluio e possuem a capacidade de tomarem as suas próprias decisões, não há como obter qualquer evidência de uma eventual intenção de prática anticompetitiva.

Portanto, o que se concluiu no presente artigo foi pela existência de uma lacuna legislativa e jurisprudencial tanto nos Estados Unidos, como também no cenário de competição internacional, incluindo o Brasil, sobre como deve ser analisado um caso dentro desse cenário. Assim, entende-se que o CADE dependerá de um exercício interpretativo a partir de um caso concreto, o que ainda não ocorreu, mais do que, necessariamente, de uma alteração legislativa; haja vista a insuficiência normativa da Lei nº 12.529/2011 para verificar se houve ou não infração a legislação antitruste.[44]

Conclusão

A partir da investigação conduzida neste artigo, restou constatado que os avanços tecnológicos não geraram apenas benefícios ao mercado e aos consumidores, especialmente quando examinados os cenários envolvendo algoritmos de maior complexidade, verificando-se um desafio cada vez maior por parte do CADE, principalmente diante da necessidade de caracterização de infrações concorrenciais e responsabilização antitruste diante do crescente desenvolvimento, aprimoramento e uso de algoritmos.[45]

Diante da análise dos quatro cenários descritos pelos autores Stucke e Ezrachi, comprovou-se acerca da possibilidade de os algoritmos terem a capacidade de facilitar o conluio para fins anticoncorrenciais sob dois aspectos, **(i)** como facilitadores da conduta anticompetitiva de colusão, previamente acordada por seu desenvolvedor; e **(ii)** como o próprio autor da conduta anticompetitiva.

---

[42] NETO, Caio Mario. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** 1ª ed. Saraiva, 2016. p.152.

[43] LIMA, João Mateus Thomé de Souza. **Inteligência artificial na competição**: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. Disponível em: http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/viewFile/360/177. Acesso em: 08/05/2018.

[44] Idem.

[45]MOREIRA, Andrei. ATHIAS, Daniel. **Algoritmos e suas repercussões nas infrações concorrenciais.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/algoritmos-repercussoes-infracoes-concorrenciais. Acesso em: 22/04/2018.

Ademais, restou verificada a dificuldade de imputabilidade de determinada conduta anticompetitiva quando os algoritmos entram em cena e, mais ainda, quando ausente o componente humano, sendo possível que a tomada de decisões não parta de um ser humano, mas sim de um algoritmo de alta complexidade, tornando, portanto, questionável a aplicação de eventual punição.

Assim, o cenário apresentado como o da máquina autônoma suscitou importantes questões relacionadas às relações entre humanos e máquinas, trazendo questionamentos acerca de quem deve ser responsabilizado pela prática anticompetitiva realizada unicamente por um algoritmo, ou até que ponto o desenvolvedor do algoritmo deverá ser responsabilizado por tais condutas anticompetitivas?

Deve-se, portanto, eventualmente levar em consideração, dentre outras questões, até que ponto os humanos de fato controlam os algoritmos de autoaprendizagem.

Indagou-se, então, sobre como seria a análise de práticas colusivas por meio dos algoritmos sob a ótica da Lei nº 12.529/2011. Para tanto, foram selecionados três casos específicos, cada um retratando um dos três cenários[46] nos quais foi possível verificar a existência de investigações por autoridades antitruste pela prática de conluio por meio dos algoritmos. Uma vez analisado cada caso separadamente, foi possível aferir de que maneira o CADE faria a persecução de tais cartéis, de acordo com o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, e as formas de análise das infrações destes, seja pela regra *per se*, seja pela regra da razão.

Após a análise, entendeu-se que diante das formas de análise do CADE para caracterização da conduta:

(i) Mensageiro: o CADE possui subsídios e fundamentos suficientes para condenar uma prática colusiva enquadrada no cenário mensageiro, uma vez que a comprovação de um acordo prévio entre humanos pode ser obtido por meio de provas diretas, não gerando maiores dificuldades probatórias ao CADE para condenar a empresa infratora pela regra *per se*.

(ii) *Hub-and-Spoke:* Já no cenário *hub-and-spoke*, a eventual constatação da prática colusiva via cartel se torna mais difícil quando realizada por meio dos algoritmos. Assim, muitas vezes a obtenção de provas diretas de um acordo horizontal com o intuito de coordenação de mercado e fixação de preços é difícil, não podendo condenar utilizando-se da regra *per se*, pois não havia como afirmar que o objeto da conduta era a coordenação.

Com isso, para uma eventual condenação pelo CADE, entendeu ser necessário o CADE considerar utilizar-se da regra da razão para, caso restem verificados os efeitos anticompetitivos, condenar a empresa infratora com provas suficientes da intenção de realização de uma conduta anticoncorrencial.

(iii) Agente previsível: Por sua vez, no cenário do agente previsível, muitas vezes não há evidências de que houve a intenção de coordenação ou provas suficientes para imputação de responsabilidade. Diante disso, entendeu-se que, para que haja uma condenação pelo CADE, a análise da conduta poderia vir a ser conduzida pela regra da razão, tornando-se necessária uma análise mais minuciosa dos fatos, inferências lógicas e análises econômicas.

(iv) Máquina autônoma: Por fim, no cenário da máquina autônoma o artigo concluiu não haver evidências suficientes para a caracterização de uma conduta ilícita, uma vez que os algoritmos deste cenário são criados e programados apenas visando a maximização de lucros, possuindo, também, a capacidade de tomarem suas próprias decisões que, eventualmente, podem vir a ser prejudiciais à concorrência.

Diante disso, verificou-se uma existente lacuna doutrinária e jurisprudencial no Brasil quanto à eventual análise e responsabilização de algum caso envolvendo algoritmos de autoaprendizagem.

Conclui-se, portanto, que os algoritmos têm grande capacidade de agir como facilitador da colusão via cartel. Por outro lado, concluiu-se que são necessários ainda mais estudos e aprofundamento sobre as formas de detecção, coibição e punição da colusão por meio dos algoritmos, uma vez que, apesar de ser uma prática mais recente, é capaz de prejudicar enormemente a concorrência.[47] À vista

---

[46]Mensageiro; *Hub-and-spoke*; Agente previsível.

[47]SARTO, Elisa Santos Coelho. **Cartéis Hub-and-Spoke**: coordenação horizontal por meio de restrições verticais. Disponível em:

disso, cumpre atualmente ao CADE, a difícil tarefa de exercer um juízo interpretativo o qual possa definir os limites da atuação dos algoritmos na concorrência e, ao mesmo tempo, não prejudicar a inovação e a livre concorrência do mercado, gerando um efeito inverso ao esperado.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Paula. **Ilícito por objeto na jurisprudência do CADE**. O Caso das Tabelas de Preços. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf.

BORENSTEIN, Severin. ***Rapid Price Communication and Coordination****: The Airline Tariff Publishing Case (1994).* Disponível em: http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf.

COELHO, Dandara. **Uma Batalha Travada em torno das Evidências**: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)suficiência para a Condenação de Cartéis. Revista do CADE, Ed. Maio 2016.

CROFTS, Lewis. ***Vestager sets up expert panel on new competition challenges*****.** Disponível em: http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=920537&siteid=190&rdir=1.

FRAZÃO, Ana. **Algoritmos e inteligência artificial**. Repercussões da sua utilização sobre a responsabilidade civil e punitiva das empresas. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/algoritmos-e-inteligencia-artificial-16052018.

_____. ***Big data*** **e concorrência**. Principais impactos sobre a análise concorrencial. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-29112017.

_____. **Dilema antitruste**: o Uber forma um cartel de motoristas? Por definir preço de corrida, aplicativo também influenciaria adoção de conduta uniforme? Disponível em: 12/12/2016https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016.

LIMA, João Mateus Thomé de Souza. **Inteligência artificial na competição**: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. Disponível em: http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/viewFile/360/177.

MANNE, Geoffrey A. SPERRY, Ben. ***The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework***. CPI Antitrust Chronicle. May 2015. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2617685.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. ***Big data*** **e concorrência**: uma avaliação dos impactos da exploração do *big data* para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20312.

MOREIRA, Andrei. ATHIAS, Daniel. **Algoritmos e suas repercussões nas infrações concorrenciais.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/algoritmos-repercussoes-infracoes-concorrenciais.

NETO, Caio Mario. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial Doutrina, Jurisprudência e Legislação.** 1ª ed. Saraiva, 2016.

O´DEA, Brian. MCSWEENY, Terrell. ***The Implications of Algorithmic Pricing for Coordinated Effects Analysis and Price Discrimination Markets in Antitrust Enforcement.*** Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1286183/mcsweeny_and_odea_-_implications_of_algorithmic_pricing_antitrust_fall_2017_0.pdf.

---

http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/viewFile/360/177. Acesso em: 12/04/2018.

OCDE. ***Big Data****: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background Note by the Secretariat. DAF/COMP(2016)14*. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf.

PANICHI, James. ***Comment: Facebook, Google probe unleashes Australian media's fury over algorithms***. Disponível em: http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=986638&siteid=202&rdir=1.

PASSARO, Nicholas. ***How Meyer v. Kalanick Could Determine How Uber and the Sharing Economy Fit into Antitrust Law.*** Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880204.

SARTO, Elisa Santos Coelho. **Cartéis Hub-and-Spoke**: coordenação horizontal por meio de restrições verticais. Disponível em: http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/viewFile/360/177.

STUCKE, Maurice. EZRACHI, Ariel. ***Virtual Competition****: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy.* Harvard University Press, 2016.

_____. **Artificial Intelligence & Collusion**: When Computers Inhibit Competition. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2591874. Acesso em: 19/02/2018.

UNITED STATES v. Airline Tariff Publishing Co., 1994-2 Trade Cas. (CCH) (D.D.C Aug. 10, 1994).

UNITED STATES. Department of Justice. ***Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution.*** Disponível em: http://www.justice.gov/opa/pr/former-ecommerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace.

VEREECKEN, Bram. **Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law**. LLM Paper. Faculty of Law, Universiteit Gent, 2014.

ZEKARIA, Simon. ***Algorithms, AI could be focus on French antitrust study, top competition official.*** Disponível em: http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=986654&siteid=190&rdir=1.

9. CRIMES DIRETAMENTE RELACIONADOS À PRÁTICA DE CARTEL: UMA ANÁLISE ACERCA DO ENQUADRAMENTO DA CORRUPÇÃO ATIVA NO ROL DE CRIMES DO ARTIGO 87 - LEI 12.529/11[1]

9. CRIMES DIRECTLY RELATED TO CARTEL PRACTICE: AN ANALYSIS OF THE SUITABILITY OF ACTIVE CORRUPTION AS PART OF ARTICLE'S 87 LIST OF CRIMES – LAW 12.529/11

Beatriz de Mattos Queiroz

Resumo: Este artigo se propõe a analisar o alcance interpretativo, no Brasil, da expressão trazida pelo artigo 87 da Lei 12.529/11, qual seja: "crimes diretamente relacionados à prática de cartel". A partir da análise de dispositivos legais, doutrina e do caso que ficou conhecido como *Operação Vampiros*, propomos uma (re)construção de sentido para a referida norma. O delito de corrupção ativa não deve se enquadrar como "diretamente relacionado à prática de cartel" para efeitos dos benefícios adquiridos pela celebração de um Acordo de Leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), salvo se a corrupção ativa foi um meio para o cartel ou vice-versa.

Palavras-chave: Cartel; Corrupção; Crimes; Acordo de Leniência; CADE.

Abstract: This article main objective is to analyze the interpretative scope, in Brazil, of the expression brought by the article 87 of the Law number 12.529/11: "crimes directly related to cartel practice". From the study of legal provisions, doctrine and some cases, a new meaning to that expression is (re)built. It is noted that the crime of active corruption should not be classified as "directly related to cartel practice" for the same effects and benefits given to those who take part into a Leniency Program with the Administrative Council for Economic Defense – known as CADE, for its acronym in Portuguese. The exception would be for the cases in which corruption and cartel relates to each other as means to an end.

Keywords: Cartel; Corruption; Crimes; Leniency Program; CADE.

Introdução

Este artigo se propõe a continuar uma discussão já iniciada em outro trabalho escrito por Amanda Athayde em coautoria com Rodrigo de Grandis acerca das repercussões criminais dos Acordos de Leniência Antitruste celebrados com o CADE, mais especificamente, em relação à abrangência do artigo 87 da Lei 12.529/11[2].

> Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, **e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel**, tais como os tipificados na Lei n° 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.
>
> Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Os autores acima mencionados destacaram três das repercussões criminais dos Acordos de Leniência Antitruste: (i) a abrangência do artigo 87 da Lei 12.529/11; (ii) a conciliação e a coordenação

[1] Este artigo é fruto das aulas e orientações de Amanda Athayde e Fernanda Machado ao longo da 38ª Edição do PinCade – 2018. Erros devem ser atribuídos somente à autora.

[2] ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. In: CARVALHO, Vinicius Marques de, (org.). A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo : Singular, 2015, p.297-304. Disponível em https://drive.google.com/file/d/0BwstGH7xJ4bsTWZ4OFZwYldZS1U/view.

dos Acordos com outros instrumentos de colaboração premiada; e (iii) quais seriam as repercussões criminais dos Termos de Compromisso de Cessação celebrados com o CADE, especialmente quando comparado com as repercussões criminais imediatas do Acordo de Leniência Antitruste[3]. Diante disso, o primeiro item indicado foi o ponto de partida do presente trabalho.

Para Amanda Athayde e Rodrigo de Gradis, "o cerne do debate está na interpretação legal 'crimes diretamente relacionados à prática de cartel', que pode ser interpretada tanto no aspecto processual penal como do Direito Penal"[4]. Sob o aspecto processual penal, os autores sugerem o vínculo da conexão com o cartel como critério de resolução. Já sob o aspecto do Direito Penal, indicam a análise dos elementos típicos[5].

Dessa forma, o Acordo de Leniência Antitruste abrangeria todas as infrações penais que representam um fato prévio, normal ou necessário à formação do cartel, em uma típica relação de consunção ou de absorção. Esse critério, originalmente estabelecido para a resolução do conflito aparente de normas penais, tem o mérito de impedir que o signatário do Acordo de Leniência Antitruste sofra punição por um crime que, em verdade, foi absorvido pelo cartel, considerado delito mais grave, e, ao mesmo tempo, assegurar ao Estado o direito de perseguir penalmente as condutas que não guardam nenhuma correspondência substantiva com a infração contra a ordem econômica[6].

Após a edição da Lei 12.529/11, tais questões têm sido colocadas quanto ao rol *exemplificativo* de crimes ditos *diretamente relacionados à pratica de cartel*, conforme passou a estabelecer o artigo 87 dessa mesma lei. Isso porque, de modo antagônico, a antiga redação dada pelo artigo 35-C da Lei 8.884/1994 (não mais em vigor) trazia um rol *taxativo* daqueles delitos tidos por *diretamente relacionados à prática de cartel*[7]. Assim, tal mudança legislativa fez emergir dúvidas como, por exemplo, a pergunta posta por Athayde e Grandis e que se tornou aqui um ponto de partida: "quais seriam os outros 'crimes diretamente relacionados à prática de cartel' que não estão expressamente nominados"[8]?

Inicialmente, é importante estabelecer algumas considerações sobre os conceitos mais comumente adotados para "acordos de leniência" e "cartéis", noções ligadas às principais funções do CADE. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça que atua, por meio de mecanismos preventivos e repressivos, no combate a cartéis e outras práticas características do abuso de poder econômico. Pela grande dificuldade probatória relacionada à natureza dos ilícitos concorrenciais, um dos principais instrumentos que o CADE dispõe para combater tais condutas é o acordo de leniência[9].

A Lei 12.529 é responsável por regular o funcionamento do CADE, disciplinar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e também dispor sobre a competência daquela autarquia para efetuar os mencionados acordos de leniência[10].

Um cartel consiste em acordo firmado entre concorrentes para estabelecer preços iguais ou semelhantes, fixar cotas de produção, assim como dividir clientes e mercados de atuação, no intuito de

---

[3] Op. Cit. p. 289.

[4] Op. Cit. p. 292.

[5] Ibidem.

[6] Op. Cit. p. 293.

[7]Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

[8]ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. In: CARVALHO, Vinicius Marques de, (org.). A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo : Singular, 2015, p.297-304, p.291.

[9]OLIVEIRA, André Gustavo Veras de. O acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobras. Revista de Defesa da Concorrência, v.3, n.2, p. 5-27, 2015.

[10]Artigos 86 e 87.

maximizar a percepção dos lucros[11]. Assim, os beneficiados pelo acordo de leniência celebrado com o CADE obterão vantagens que irão abrandar, aliviar, mitigar[12] sanções pela prática de cartéis.

Nesse sentido, para que estejam aptas a receber tais vantagens, as pessoas (físicas ou jurídicas) *autoras* de infração à ordem econômica devem preencher alguns requisitos estabelecidos no art. 86 da Lei 12.529/11. No caso de pessoa jurídica, a empresa deve: (i) ser a primeira a qualificar-se com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) cessar completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (iii) confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, não se abstendo de comparecer, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o encerramento do processo. Além disso, no momento de propositura do acordo, a Autoridade Antitruste brasileira não deve dispor de provas suficientes para condenar a pessoa que o solicitou[13].

Acontece que o já mencionado artigo 87 da mesma Lei 12.529/11 estende os benefícios adquiridos pelo leniente aos sujeitos ativos dos crimes contra a ordem econômica[14], bem como dos *demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel*. Com isso, também os autores de tais delitos, ao celebrar uma leniência com o CADE, teriam direito a (i) suspensão do prazo prescricional; (ii) impedimento do oferecimento de denúncia; e, uma vez cumprido o acordo de leniência, (iii) extinção automática da punibilidade.

Mas quais crimes seriam esses ditos diretamente relacionados à prática de cartel?

1. Crimes diretamente relacionados aos cartéis

Não é fácil definir *a priori* um rol de crimes como *diretamente relacionados à pratica de cartel*. Em verdade, essa tarefa talvez seja impossível pela complexidade dos casos de cartel, que não só envolvem fatos com múltiplas incidências jurídicas (ilícitos cíveis, criminais e administrativos), com também exigem uma coleta de provas que podem ser comuns a vários ilícitos. Assim, uma hipótese válida seria a de que todo enquadramento de delitos no rol aberto do artigo 87 da Lei 12.529/11 deveria ser dado, no campo prático, apenas à luz do caso concreto, nas suas especificidades e contradições materiais.

Entretanto, este artigo parte de um esforço no campo teórico e sugere dois parâmetros interpretativos, trazidos do Direito Penal, a serem utilizados no processo hermenêutico de (re)construção de sentido[15] para a expressão *crimes diretamente relacionados à prática de cartel*. Os referidos parâmetros seriam: a observação das Elementares do Tipo Penal e a aplicação do Concurso Formal de Delitos.

Antes de uma análise mais aprofundada sobre cada um deles, para ilustrar a problemática em comento, considera-se necessária a apresentação do caso hipotético levantado por Athayde e Grandis:

Imagine-se, por exemplo, o caso de um grupo de agentes que se reúnem em cartel e, sob esse contexto, praticam crimes de corrupção ativa, prometendo vantagens indevidas a funcionários públicos visando a alguma facilitação na realização de um contrato administrativo. Estaria ou não a corrupção ativa compreendida no Acordo de Leniência?[16]

O cartel, num conceito resumido, é identificado por Ana Paula Martinez como "um acordo entre concorrentes para fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes ou de mercado de

---

[11]OLIVEIRA, André Gustavo Veras de. Op. cit. p. 6.

[12]"Leniência vem do verbo lenir, do latim lenire, e significa abrandar, aliviar, mitigar". PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. Revista de Defesa da Concorrência, v.3, n.2, p.87-113, 2015. p.90. Apud WEISFLOG, Walter. Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. 1. ed. Melhoramentos, São Paulo, 2004.

13MARTINEZ. Op. cit. p. 263.

14Tipificados na Lei n° 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

15ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p.38.

[16] ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. Op.cit. p.291.

atuação"[17]. Assim, a conduta ilícita de cartel não se realiza a partir de um único ato, mas se estrutura a partir de um conjunto de condutas.

Além da tipificação como crime pelo artigo 4° da Lei 8.137/90 – que define crimes contra a Ordem Econômica, Tributária e contra as Relações de Consumo -, o cartel é tido por ilícito administrativo pelo artigo 36 da Lei 12.529/11 – Lei do CADE – e as sanções a ele imputadas são estabelecidas no artigo 37, conforme demonstrado a seguir:

> Lei 8137/90.
>
> Art. 4°: Constitui crime contra a ordem econômica:
>
> I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).
>
> Lei 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;
>
> III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
>
> IV - exercer de forma abusiva posição dominante.
>
> § 1o A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.
>
> § 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.
>
> § 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:
>
> I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
>
> a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
>
> b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
>
> c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

[17] MARTINEZ, Ana Paula. Repressão criminal a cartéis: considerações à luz da análise econômica do direito. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Orgs.). Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira. São Paulo: Migalhas, 2015, p. 195-234.

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

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;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - 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; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

A corrupção, por seu turno, também é tipificada como crime no Código Penal brasileiro, artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa). Porém, como o sujeito ativo do crime de corrupção passiva deve ser sempre o funcionário detentor da função pública (delito especial próprio)[18], o presente trabalho discorrerá apenas sobre a corrupção ativa. Isso porque, esta última poderá, mais facilmente, ser praticada junto com o delito de cartel, em concurso material.

Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40).

[18] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 250 a 359-H. Vol.3. 6ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.441.

> Art. 333: Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)
>
> Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Cabe ainda uma última observação antes de passarmos a analisar os dois parâmetros hermenêuticos aqui sugeridos para a interpretação do artigo 87 da Lei do CADE. Após a leitura dos textos normativos acima colacionados, nota-se que tanto o ilícito de cartel (seja na esfera penal ou administrativa) quanto o crime de corrupção ativa apenas são previstos à título de dolo. Em outras palavras, não há possibilidade dessas condutas serem realizadas na modalidade culposa[19].

1.1. Todo crime diretamente relacionado à prática de cartel *possui o mesmo elemento normativo do tipo*?

Neste tópico, apresentamos o primeiro parâmetro interpretativo aqui sugerido: a observação, no curso da construção (e reconstrução) de sentido para o artigo 87 da Lei 12.529/11, dos elementos objetivos normativos do tipo tanto do cartel quanto do ilícito que supostamente seria a ele *diretamente relacionado*. Um pressuposto do raciocínio desenvolvido no presente trabalho é a adoção do conceito analítico de crime (ou delito), como um fato típico, antijurídico e culpável.

Ao longo dos estudos do delito como uma conduta humana típica, tem-se que o tipo do injusto pode ser decomposto, analiticamente, entre a) tipo de injusto de ação (doloso e culposo); b) tipo de injusto de omissão (doloso e culposo)[20]. Por sua vez, o tipo comissivo doloso desdobra-se, apenas para fins didáticos, em: 1) tipo objetivo; 2) tipo subjetivo. O tipo objetivo é definido por Luiz Regis Prado como o "conjunto dos caracteres objetivos ou materiais do tipo legal de delito"[21]. E tipo subjetivo é tido pelo "conjunto dos caracteres anímicos ou subjetivos"[22] (dolo ou culpa), pelo mesmo autor.

Como já mencionado, os delitos de cartel e de corrupção são ambos comissivos dolosos. Então, o ponto principal agora é analisar de que maneira se estrutura a parte objetiva daqueles tipos penais, a fim de entender se a corrupção ativa é (ou não) *diretamente relacionada à prática de cartel*.

Ainda conforme os ensinamentos de Regis Prado, o tipo objetivo compõe-se de um núcleo (sempre um verbo) e de elementos secundários ou complementares (ex.: sujeitos ativo e passivo; objeto da ação; bem jurídico tutelado; nexo causal; resultado; circunstâncias de tempo, lugar, meio, modo de execução etc)[23]. Assim, a tipicidade objetiva de um ilícito representa a exteriorização da vontade do agente e reflete, portanto, uma realidade externa a este.

Entre os elementos do tipo objetivo, é comum que a doutrina penal faça distinção entre elementos normativos objetivos: a) jurídicos; b) extrajurídicos. Estes últimos podem ser aprofundados em outra oportunidade. Os elementos objetivos propriamente ditos "são aqueles cuja identificação ressai da simples verificação sensorial"[24]. Assim, seriam objetos, seres ou atos que integram uma realidade externa ao indivíduo – sujeito ativo do ilícito – e são perceptíveis pelos sentidos, pela experiência.

Exemplos: *coisa móvel* (art. 157, CP – roubo), *alguém* (art. 213, CP – estupro), *membro* (art. 129, § 1°, III, CP – lesão corporal de natureza grave), *explosivo* (art. 121, §2°, III, CP – homicídio qualificado), *animal vivo* (art. 32, §1°, Lei 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais), *mercadoria* (art.

---

[19]PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 250 a 359-H. Vol.3. 6ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.528; e

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 6ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.51.

[20]PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1° a 120. Vol.1. 9ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.328.

[21]Ibidem.

[22]Ibidem.

[23]Idem, p. 329.

[24]Idem, p. 329.

4°, VI, Lei 8.137/1990 – Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo); *cadáver* (art. 19, Lei 9.434/1997 – Lei dos Transplantes de Órgãos).[25]

De tais lições, o mais importante para esta pesquisa é compreender as noções gerais do que são as "elementares do tipo" ou os "elementos normativos objetivos do injusto típico" para, então, comparados os tipos de cartel e corrupção, verificar se estes possuem elementos normativos objetivos em comum. Aparentemente não.

Desse modo, ao adotarmos apenas a leitura dos elementos normativos do tipo como parâmetro hermenêutico para a compreensão de quais seriam os *crimes diretamente relacionados aos cartéis*, a resposta seria que não: a corrupção ativa não é, em abstrato, crime *diretamente relacionado* ao cartel, uma vez que possui elementares do tipo diferentes dos elementos normativos do delito de cartel.

Nesse sentido é possível indagar, se, numa análise apriorística (isto é, desvinculada do caso concreto), todos os crimes *diretamente relacionados à prática de cartel* deveriam ter as mesmas elementares do tipo ou elementares muito próximas.

Por exemplo, num caso hipotético de um cartel cuja atividade envolvesse a manipulação do mercado de capitais, se fosse celebrado um Acordo de Leniência com o CADE, os benefícios desse acordo abarcariam também o crime tipificado no artigo 27-C da Lei 6.385/76[26]? Nessa hipótese, entende-se que a manipulação do mercado, de modo diverso da corrupção, seria um crime *diretamente relacionado à prática de cartel*, por ter alguns elementos normativos do injusto típico em comum, capaz de configurar, junto ao cartel, um concurso formal de crimes.

1.2. Todo crime em concurso formal é diretamente relacionado à prática de cartel?

O segundo parâmetro hermenêutico sugerido é a observação se o cartel e os supostos crimes a ele *diretamente relacionados* perfazem um concurso formal ou material de crimes. A ideia central aqui estabelecida é a de que, nos casos em que houver um concurso material de delitos, os crimes nesta modalidade de concurso nem sempre seriam *diretamente relacionados à pratica de cartel.* Porém, numa hipótese de concurso formal entre crimes, todas as condutas típicas em concurso formal seriam enquadradas como *diretamente relacionadas à prática de cartel*.

Haveria concurso material (ou real) entre crimes quando "o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não"[27]. Dessa maneira, o concurso material implica uma pluralidade de delitos imputáveis ao agente.

Além disso, Regis Prado identifica alguns requisitos que devem estar presentes para que se perfaça o concurso material:

a) que um sujeito execute ou participe na execução de dois ou mais crimes, idênticos ou não – assim, haverá concurso real quando o mesmo indivíduo atuar em um determinado fato punível e em outro como coautor ou partícipe; b) independência fática e jurídica entre os fatos puníveis – a primeira consiste na exteriorização dos fatos puníveis por meio de movimentos físicos independentes, ao passo que a segunda diz respeito a distintas valorações jurídicas, pois se os fatos estiverem vinculados à causa de seu fracionamento, estes deverão ser valorados unitariamente e estar-se-ia diante de um delito continuado; c) que o agente não tenha sido condenado anteriormente por uma das infrações, pois, nesse caso, não haveria concurso material, mas a aplicação de reincidência como circunstância agravante[28].

---

[25]Idem, p. 329.

[26] Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

[27] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1° a 120. Vol.1. 9ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.474.

[28] Ibidem.

Nesse ponto das suas reflexões, o referido autor indica uma hipótese particular de concurso material entre crimes, a qual denomina *conexão delitiva consequencial.* Nos casos assim conexos, um delito é praticado para "conseguir, facilitar ou assegurar para si ou para o outro o proveito, produto ou preço, a impunidade de outro delito e sua ocultação"[29]. Por exemplo, o homicídio de uma testemunha ocular de um delito e, para a nossa questão mais próxima, o cartel como crime-meio para a realização de outros crimes-fim.

Para esta última hipótese, celebrado um Acordo de Leniência com o CADE, os benefícios concedidos ao sujeito ativo do cartel devem ser estendidos aos agentes do crime final? Entende-se que sim.

Nota-se que a legislação penal brasileira menciona a conexão de delitos, nos artigos 108 e 117, §1° do Código Penal (com a natureza jurídica de agravante – art. 61, II, b; ou como qualificadora – art. 121, §2°, V).

Nos casos em que há concurso formal de crimes, observamos a prática de dois ou mais crimes, idênticos ou não, que partem de uma única conduta do agente. O exemplo mais comum dado pela doutrina é o caso em que um sujeito, mediante um único disparo de arma de fogo, mata duas pessoas.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese anteriormente levantada de um cartel cuja atividade seja manipular o mercado de capitais. Cada um dos sujeitos ativos responderia pelo ilícito de cartel e pela manipulação, em concurso formal. Nesse caso, tem-se um crime *diretamente relacionado à prática do cartel.*

O mesmo não ocorre com a corrupção ativa e o cartel, pela impossibilidade lógica da corrupção constituir um concurso formal junto ao cartel, já que tais crimes possuem elementos normativos diferentes entre si.

A única possibilidade que consigo imaginar, nesse exercício abstrato, para que a corrupção ativa fosse considerada como delito *diretamente relacionado à prática de cartel* é se ela (corrupção ativa) constituir um crime-fim para o qual o cartel é crime-meio, configurando então a mencionada *conexão delitiva consequencial.*

Reconhece-se que a questão posta neste trabalho não é de simples resposta. Seria (ou não) a corrupção ativa um *crime diretamente relacionado* ao cartel? Ela se complica ainda mais se for acrescentada na roda de discussão o conceito de crime continuado, ao qual se adequam os cartéis. Ainda segundo os ensinamentos de Luiz Regis Prado:

Tem-se o crime continuado – ou continuidade delitiva – quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, em razão de determinadas circunstâncias (condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças) devam os delitos seguintes ser havidos como continuação do primeiro.[30]

É o caso, por exemplo, que ficou conhecido como Cartel do Sal[31], com o tempo de duração de quase 30 anos. Ele representa uma conduta delitiva que se propaga no tempo e não diversos cartéis para cada vez que as empresas se reunissem para dividir mercado ou fixar preços.

Longe de apresentar muitas respostas prontas, o presente artigo se propõe muito mais a chamar a atenção dos leitores e das leitoras para o necessário diálogo sobre a questão de quais seriam os crimes *diretamente relacionados à prática de cartel.* Essa discussão poderá repercutir em outros pontos práticos, como, por exemplo, o escopo da competência investigativa do CADE para os delitos considerados como *diretamente relacionados à prática de cartel.*

Por hora, pelas lentes dos parâmetros apresentados, a corrupção ativa não estaria, em abstrato, no rol de tais delitos – se é que é possível definir uma lista *a priori. Todavia,* à luz do caso concreto, poderia ser configurada como *crime diretamente relacionado à prática de* cartel se considerada crime-fim para o qual o cartel seria crime-meio ou vice-versa.

---

[29] Idem, p.475.

[30]Idem, p.477.

[31] Processo Administrativo do CADE nº 08012.005882/2008-38.

2. Para ilustrar: operação vampiros

Uma das principais questões práticas relacionadas à definição teórica dos crimes *diretamente relacionados* aos cartéis é a fixação dos limites investigativos da autoridade antitruste brasileira em alguns casos complexos. Isso porque, muitas vezes as condutas ilícitas (cartel e corrupção, por exemplo) são tão interdependentes que é difícil delimitar com precisão até onde as investigações do CADE podem ir, isto é, até onde reside a sua competência investigativa.

O estudo, mesmo que ainda não muito aprofundado, da Operação que ficou conhecida como *Vampiros* demonstra a necessária parceria entre CADE e outras autoridades (como o Ministério Público Federal e a Polícia Federal) para que as investigações sejam as mais eficientes, dentro do possível. Além disso, a corrupção aparece como ilícito criminal, cuja competência investigativa não está nas mãos do CADE, mas este, por vezes, no bojo de uma investigação da atividade cartelizada, acaba acessando informações importantes para a persecução também da corrupção.

O referido caso conhecido como *Operação Vampiros* é o Processo Administrativo n° 08012.003321/2004-71, que envolveu um cartel no mercado de hemoderivados, cuja principal matéria prima é o plasma sanguíneo. Tal caso, "além de ter sido constituído como um cartel em licitações, teve grande repercussão devido ao suposto envolvimento de políticos e membros do funcionalismo público"[32].

Ao término do processo, em abril de 2016, o Tribunal do CADE condenou as pessoas jurídicas citadas e seus representantes por fraude ao caráter competitivo de licitações públicas, formação de cartel, fixação de preços concorrentes e divisão de mercado, enquadrando-se assim no artigo n° 20, inciso I e artigo 21, incisos I, III e VIII da Lei n° 8.884/94, vigente à época da conduta.

O caso, objeto de investigação no CADE e na antiga SDE, foi paralelamente fruto de um Inquérito Policial na Polícia Federal. No mês de abril de 2008, a Folha de São Paulo noticiou que o Ministério Público Federal no Distrito Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra sete pessoas físicas e três empresas, apontando violação do sigilo das propostas e combinação prévia de preços. Estariam envolvidos no esquema servidores do Ministério da Saúde, lobistas e representantes de empresas.

Em recente dissertação de mestrado, Lucas D'Angelo Colacino demonstra de que modo a estrutura do mercado em questão é naturalmente catalizadora de cartéis e também como o leilão acabou contribuindo para as práticas ilícitas[33]. Além disso, o referido autor supõe que o próprio organizador dos pregões poderia atentar para a conspiração, o que não foi feito.

Para Colacino, a *Operação Vampiros* é emblemática e mostra indícios de participação do comprador, seja diretamente por parte do pregoeiro ou das autoridades superiores. O mencionado pesquisador demonstra ainda, num voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, a presença de "indícios de que um representante de uma das empresas condenadas mantinha contato com um interlocutor provavelmente do governo, indicando o acerto entre privados e públicos"[34].

Para a obtenção dos resultados almejados, o curso das condutas delitivas envolveu estratégias de fixação de preços, rodízio de propostas, exclusão de concorrentes externos ao cartel e a prévia determinação dos vencedores de cada pregão. Desse modo, a corrupção se perfaz em conjunto com o cartel em licitação pública:

Na averiguação de provas, a conversa telefônica entre o empresário da Octapharma brasil e o suposto lobista foi relacionada como evidência para a execução do cartel, principalmente no que toca a fixação de preços e a determinação dos vencedores, bem como a apuração do caso por parte da

[32] COLACINO, Lucas D'Angelo. Cartel em concorrências públicas e corrupção : uma abordagem econômica. Rio de Janeiro, 2016, 92 p. Dissertação de Mestrado – Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, p.68.

[33] Ibidem.

[34] Idem, p. 71.

autoridade da concorrência só foi possível graças ao compartilhamento de informações cedidas pelas autoridades encarregadas de apurar casos de corrupção[35].

Assim, o caso em estudo demonstra uma complementaridade e uma interdependência na persecução e na repressão dos crimes de cartel e corrupção. Colacino concluiu que "os indícios de corrupção fizeram parte dos elementos que levaram o CADE a condenar os envolvidos e, portanto, pode ser considerado um insumo chave para a apuração de cartéis em concorrências públicas"[36].

Numa análise superficial, não fica claro se a corrupção era um meio para o cartel ou vice-versa. Em ambas a hipóteses, ou seja, sendo a corrupção um crime-meio ou o cartel um crime-meio, a relação entre as condutas ilícitas esteve de tal maneira simbiótica que não vejo outra solução que não o enquadramento da corrupção ativa como *diretamente relacionada à prática de cartel* para fins de aplicação do artigo 87 da Lei 12.529/11.

Conclusão

Após esse breve exercício da busca pela identificação *apriorística*, isto é, que parte de pressupostos meramente teóricos, da corrupção como integrante do rol de *crimes diretamente relacionados à prática de cartel* – expressão trazida pelo artigo 87 da Lei 12.529/11-, constatamos que esta não é uma tarefa nada fácil.

Mas, uma vez aceito tal desafio, foram levantados dois institutos do Direito Penal que podem vir a figurar como parâmetros hermenêuticos no curso de interpretação do supracitado dispositivo legal: a observação das Elementares do Tipo Penal e a possibilidade de aplicação do Concurso Formal de Delitos. Após a leitura dos tipos legais que instauram os ilícitos (tanto criminal quanto administrativo) de cartel e de corrupção, compreende-se que ambos só podem existir nas modalidades comissivas e dolosas.

Observamos também que o tipo penal que institui a corrupção ativa possui elementos normativos objetivos diferentes das elementares típicas do cartel, o que leva à conclusão de que a corrupção ativa não poderia compor um concurso formal de delitos junto ao cartel. Assim, se o único parâmetro analisado for a observação das elementares do tipo penal, conclui-se pela impossibilidade da consideração da corrupção ativa como crime *diretamente relacionado à pratica de cartel*, uma vez que tais ilícitos possuem elementos do injusto típico diversos entre si.

Todavia, a corrupção ativa, quando em concurso material com o cartel, só poderia ser considerada como crime *diretamente relacionado à prática* deste quando for um crime-meio e o cartel crime-fim ou vice-versa.

Ou seja, em abstrato, todo concurso formal de crimes em que um deles seja o cartel, teria um ilícito diretamente relacionado à prática deste. E tal concurso formal não poderia ser integrado por cartel e corrupção ativa porque tais crimes possuem elementos normativos do tipo penal diferentes entre si. Já na hipótese de um concurso material de crimes, este pode ser composto por corrupção e cartel, mas nem sempre a corrupção ativa, em concurso material como o cartel, poderá ser considerada como crime diretamente relacionado à pratica deste.

Isso porque, a corrupção ativa, em concurso material com o cartel, seria considerada como crime *diretamente relacionado à prática* deste apenas se houver uma *conexão delitiva consequencial* entre os dois ilícitos, o que depende de uma análise concreta

Por outro lado, se cartel e corrupção ativa forem ambos encontrados como delitos-meio utilizados para a persecução de outros delitos-fim ou ainda, se os dois delitos forem tidos cada um como "um fim em si mesmo", então não poderiam se enquadrar no rol de crimes *diretamente relacionados à prática de cartel.* Nessas hipóteses, estariam compondo o concurso material de delitos, na sua forma tradicional, ou seja, apenas o concurso material sem se falar de uma *conexão delitiva consequencial*.

Ainda que de modo superficial, o presente artigo tentou demonstrar que uma das importâncias práticas dessa discussão reside na delimitação do campo investigativo do CADE e demais autoridades,

[35] Ibidem.

[36] Idem, p.72.

uma vez que o CADE poderia investigar os cartéis e demais ilícitos a ele *diretamente relacionados*, mas não outros fora deste rol. Outro aspecto relevante da discussão trazida é a extensão dos benefícios do Acordo de Leniência a outros crimes, numa tentativa de padronização dos efeitos das Leniências, mesmo que a competência investigativa exorbite a competência do CADE.

Longe de apresentar muitas respostas prontas, a proposta foi muito mais chamar a atenção para a necessária construção de um diálogo acadêmico e jurisprudencial sobre a questão de quais seriam os crimes *diretamente relacionados à prática de cartel.* Especificamente, pelas lentes dos parâmetros apresentados, entende-se que a corrupção ativa não estaria no rol de tais delitos, salvo quando a análise de um caso específico demonstrar a corrupção como crime-meio ou crime-fim para a prática de cartel.

Referências Bibliográficas

ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. In: CARVALHO, Vinicius Marques de, (Org.). **A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo : Singular, 2015, p.297-304.

COLACINO, Lucas D'Angelo. **Cartel em concorrências públicas e corrupção: uma abordagem econômica**. Rio de Janeiro, 2016, 92 p. Dissertação de Mestrado – Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro.

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

_____. Repressão criminal a cartéis: considerações à luz da análise econômica do direito. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Orgs.). **Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira**. São Paulo: Migalhas, 2015, p. 195-234.

OLIVEIRA, André Gustavo Veras de. O acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobras. **Revista de Defesa da Concorrência**, v.3, n.2, p. 5-27, 2015.

PEREIRA FILHO, Venicio Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **Revista de Defesa da Concorrência**, v.3, n.2, p.87-113, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1° a 120**. Vol.1. 9ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 250 a 359-H**. Vol.3. 6ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito Penal Econômico**. 6ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

10. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE EM CASOS DE TABELAS DE PREÇOS: UM ESTUDO SOBRE AS CATEGORIAS DE ILÍCITO E METODOLOGIAS DE ANÁLISE UTILIZADAS

10. CADE'S CASE LAW ON PRICE FIXING TABLES: A STUDY OF THE CATEGORIES AND THE ANALYTICAL METHODS USED TO DETERMINE RESTRICTIONS TO COMPETITION

Paula Farani de Azevedo Silveira e Paula Baqueiro

Resumo: A construção jurisprudencial do CADE das categorias de ilícito adotadas em casos de tabelamento de preços ainda não conseguiu alcançar um nível razoável de uniformidade quanto à sua aplicação e consequências jurídicas. O presente artigo buscou, por meio de uma pesquisa empírica, averiguar o cenário de incerteza quanto ao julgamento da prática e conclui pela necessidade de uniformização da categoria do ilícito pelo objeto, esclarecendo aos administrados o regime de análise e o nível de rigorosidade do padrão analítico-probatório para configuração da ilicitude nesses casos.

Palavras-chave: Ilícito por objeto. Regra Per se. Jurisprudência. CADE. Tabela de preços.

Abstract: CADE's interpretation of the type of restrictions to competition adopted in price fixing table cases has not yet reached a reasonable level of uniformity with respect to the legal standard or its consequences. This article seeks to verify, via empirical research, the decisions made by CADE in price fixing table (non-cartel) cases since the enactment of Law 12.529/2011. The research has confirmed the need for standardization of the concept of restriction by object and the legal standard for determining whether the practice is anticompetitive.

Keywords: Restrictions by object. Per se Rule. Jurisprudence. CADE. Price Fixing tables.

Introdução

Os conceitos de regra da razão, regra *per se*, ilícito por objeto e ilícito por efeitos, ainda que não sejam expressamente previstos na legislação brasileira, são termos que integram a prática jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE desde sua constituição. Entretanto, embora consolidada, a incorporação jurisprudencial dos termos não resultou em uma construção sólida e uniforme dos conceitos, de modo que a discussão e a reflexão sobre seus usos, significados e consequências, mesmo após anos de experiência judicante do CADE, ainda se fazem presentes.

Ainda que se possa verificar o consenso geral de que a regra da razão e a regra *per se* são métodos de análise distintos e contrapostos, bem como o de que o ilícito por objeto e o ilícito por efeitos são categorias distintas e contrapostas de tipos de infrações à ordem econômica, a utilização dos termos – tanto por parte da jurisprudência, quanto por parte da doutrina – nem sempre permite traçar uma construção estanque dos conceitos, sendo possível identificar, muitas vezes, a criação de novas categorias e regimes de análise, intermediários daqueles, ainda que sob a mesma nomenclatura.

Isso quer dizer, portanto, que a jurisprudência do Conselho é desuniforme não apenas quanto à definição de quais condutas podem ser tidas como ilícitas por objeto ou por efeitos, – ou quando a análise da ilicitude deve ser feita por meio da regra da razão ou da regra *per se* –, mas é desuniforme também quanto aos sentidos e consequências jurídicas que cada categoria impõe.

Ou seja, a tipificação de uma determinada conduta como ilícita por objeto não assegura, em outra ocasião, a mesma tipificação ou sequer as mesmas consequências jurídicas a essa conduta, ainda que ela novamente venha a ser tida como ilícita por objeto, porque inexiste um consenso das implicações que a categoria de ilícito por objeto gera para fins de análise antitruste e processual. O nível de incerteza, desse modo, torna-se elevado e causa insegurança jurídica.

Com essas preocupações em vista, o presente estudo presta-se a verificar a aplicação dos referidos conceitos, em especial do conceito de ilícito por objeto, na jurisprudência do CADE em casos

de tabelamento de preços desde a vigência da Lei 12.529/2011. O intuito principal da pesquisa é averiguar os usos e significados conferidos ao termo "ilícito por objeto" ao longo do período analisado da jurisprudência, a fim de, possivelmente, traçar os contornos gerais do que o Conselho quer dizer quando categoriza determinada infração como ilícita pelo objeto e quais são as consequências jurídicas dessa categorização, incluindo o método analítico empregado.

Para tanto, o artigo contará com três seções principais. A primeira seção buscará, de maneira breve e sucinta, apresentar as origens dos conceitos que hoje permeiam a prática e a teoria do direito antitruste brasileiro, com foco especial no ilícito por objeto e na regra *per se*. A segunda seção tratará da definição de ilícito por objeto no direito antitruste brasileiro, buscando traçar seus contornos com base na legislação e na doutrina. Por fim, a terceira seção abordará especificamente a pesquisa empírica realizada, apresentando os resultados obtidos e algumas conclusões sobre a utilização do conceito de ilícito por objeto na jurisprudência do CADE quanto às tabelas de preços.

1. As origens dos conceitos: direito norte-americano e direito europeu

É sabido que o direito antitruste foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir de conceitos jurídicos e econômicos adaptados do direito norte-americano e do direito europeu, nos quais o Direito Antitruste existe há mais tempo.

Os pares "regra da razão/regra *per se"* e "ilícito por efeitos/ilícito por objeto" descendem, respectivamente, do direito norte-americano e do direito europeu, tendo sido incorporados no direito brasileiro por meio da doutrina, da jurisprudência e, no caso do segundo par, também pelo legislador pátrio. O fato de que tais conceitos são construções advindas de tradições jurídicas distintas implica, por vezes, um certo esforço de acomodação e conciliação entre a interpretação dada aos conceitos em seus ordenamentos jurídicos de origem e a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência pátrias, para que coexistam na tradição jurídica brasileira.

De início, cumpre pontuar uma importante distinção quanto aos referidos "pares conceituais". De um lado, regra da razão e regra *per se* funcionam como regimes de análise. Designam padrões analíticos utilizados para julgar potenciais infrações à ordem econômica. Uma regra diferencia-se da outra pelo nível de rigorosidade probatória exigido para configuração do ilícito concorrencial, da presunção de licitude da conduta e sobre quem recai o ônus probatório. Cabe às autoridades optarem por uma análise mais ou menos aprofundada sobre as particularidades do caso concreto a depender da conduta em julgamento. Não configuram, portanto, modalidades distintas de infração, mas tipos distintos de análise.

De outro lado, ilícito por objeto e ilícito por efeitos constituem categorias de ilícito. A diferenciação entre as categorias resulta na utilização de regimes distintos de análise. Pode-se dizer, brevemente, que a configuração da ilicitude em infrações tidas como ilícitas por objeto independem da análise de efeitos, porque basta a realização da conduta para que ela seja tida por ilícita. Em contraposição, a ilicitude de condutas tidas como ilícitas por efeitos depende da comprovação de que a referida conduta tenha o efetivo potencial de produzir ou realmente tenha produzido efeitos líquidos negativos ao ambiente concorrencial.

Tais noções serão melhor desenvolvidas nas seções seguintes, cabendo, no momento, apenas pontuar que, ao nosso ver, a acomodação e conciliação dos "pares conceituais" no direito brasileiro são factíveis e ocorrem por meio da seguinte correlação: a regra da razão é o regime analítico utilizado para configuração da ilicitude de condutas categorizadas como ilícitas por efeitos, e a regra *per se* é o regime analítico utilizado para configuração da ilicitude de condutas categorizadas como ilícitas pelo objeto.

Para entender essa correlação, é importante conhecer o contexto de surgimento e aplicação dos conceitos em suas origens, a fim de compreender como esses conceitos foram incorporados no direito antitruste brasileiro e em que medida seus usos se diferenciaram e adquiriram feições próprias.

As próximas duas seções abordarão, em específico, os conceitos e origens da regra *per se* e do ilícito por objeto, visto que muitas vezes são tidos como termos análogos no direito antitruste brasileiro. O objetivo, com essa abordagem, não é exaurir a análise sobre a origem, usos e aplicações dos termos, mas tão somente auxiliar a localizar os conceitos no direito brasileiro.

1.1. Direito norte-americano: regra per se

A regra *per se* e a regra da razão não derivam de disposição legislativa, mas, sim, de elaboração jurisprudencial. A primeira referência à regra da razão em um julgado da Suprema Corte Norte-Americana ocorreu em 1911, no julgamento do caso *Standard Oil*[1]. Na ocasião, a utilização da regra da razão buscou restringir a incidência do *Sherman Act*, compreendendo que nem toda restrição ao comércio configurava um ilícito concorrencial, como a literalidade do texto parecia indicar[2].

Assim, por meio da regra da razão, a Suprema Corte Norte-Americana determinava a necessidade de uma análise detalhada quanto às particularidades concretas do caso, tais como a estrutura do mercado em questão, os efeitos potenciais e concretos da restrição sobre o mercado, os propósitos que justificaram sua adoção, as eficiências produzidas, dentre outros elementos[3]. A regra da razão, portanto, designa um regime de análise que impõe à autoridade antitruste o ônus de analisar as condições de mercado e os efeitos da conduta, a fim de determinar a sua ilicitude.

Entretanto, tal regime de análise acabou se mostrando oneroso e contraproducente em determinados casos, uma vez que demandava o exame profundo dos elementos indicados acima, razão pela qual houve a necessidade de se estabelecer um regime analítico mais simples e breve[4]. Em vista dessa necessidade, a Suprema Corte Norte-Americana cunhou a regra *per se* em 1940, no caso *Socony-Vacuum Oil*[5], ao decidir pela aplicação da regra *per se* em acordos para fixação de preços no comércio interestadual, determinando que na investigação desse tipo de prática seria incabível a oposição de defesas relativas a eventuais benefícios decorrentes do acordo.

No mesmo sentido, no caso *Northern Pacific*[6], em 1958, a Suprema Corte reafirmou o termo, pontuando que certas condutas impactam tão gravemente a concorrência, que dispensam a necessidade de uma análise detida quanto aos danos causados ou às justificativas da prática para serem ser tidas como concorrencialmente ilícitas.

A regra *per se*, desse modo, surge como uma alternativa de análise menos onerosa. Assim, a regra *per se* se difere da regra da razão por dispensar a comprovação plena de todos os elementos que configuram o ilícito, visto que adota uma presunção dos efeitos líquidos negativos de determinada conduta. Cabe à autoridade, desse modo, apenas comprovar a materialidade e autoria da conduta. Por consequência, a única defesa aceita nesse método analítico é a comprovação de não ocorrência da conduta (materialidade) ou negativa de autoria.

Vale observar que a aplicação da regra *per se* para determinado tipo de conduta demanda um elevado nível de convicção teórica dos efeitos danosos decorrentes da conduta[7]. Associado a isso, é necessário também que haja considerável experiência judicante que confira alto grau de conhecimento dos efeitos negativos da conduta[8].

1.2. Direito europeu: ilícito por objeto

No direito comunitário europeu, as categorias de ilícito por objeto e de ilícito por efeitos existem por decorrência de lei, ainda que a condensação dos conceitos permaneça como tarefa jurisprudencial.

---

[1] Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

[2] SCHERTEL MENDES, Francisco. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro*: características e especificidades. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 60-61.

[3] FRAZÃO, Op. cit., p. 290.

[4] CHRISTIANSEN, Arndt; KERBER, Wolfgang. "Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of 'Per se Rules vs. Rule of Reason'". *Marburg Papers on Economics*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2005.

[5] United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940).

[6] Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958).

[7] HEYER, Ken. "A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust". Antitrust Law Journal, v. 7, n. 2, pp. 375–422, 2005, p., 19.

[8] HOVENKAMP, Hebert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p.117.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE prevê, em seu artigo 101(1)[9], que certos ajustes serão proibidos quando puderem afetar o comércio e quando tiverem por objeto ou por efeito obstruir, restringir ou distorcer a competição no mercado interno. A redação do referido artigo assim enuncia:

> O seguinte será proibido como incompatível com o mercado interno: todos os ajustes entre empresas, decisões por associações de empresas e práticas concertadas que possam afetar o comércio entre Estados-membros e que tenham como seu *objeto ou efeito* a obstrução, a restrição ou a distorção da competição no mercado interno. (Grifou-se).

Assim, para configurar determinado ajuste como ilícito, é preciso, primeiramente, verificar se tal ajuste infringe o artigo 101(1), ou seja, se o ajuste consideravelmente restringe a concorrência – seja por seu objeto ou por seu efeito[10]. Se essa primeira condição for atendida, é necessário determinar, na sequência, se o ajuste preenche os critérios dispostos no artigo 101(3) [11] para ser considerado lícito.

O artigo 101(3) estabelece as condições que afastam a ilicitude das condutas descritas pelo artigo 101(1). O artigo dispõe sobre quatro condições cumulativas, quais sejam: a) benefícios pró-competitivos; b) benefícios aos consumidores; c) indispensabilidade do ajuste para atingir os referidos benefícios; e d) impossibilidade de eliminação de parte substancial da concorrência.

Portanto, se determinado ajuste restringe a concorrência, seja por seu objeto ou efeito, tal ajuste terá infringido o artigo 101(1) e será ilícito a menos que consiga preencher as condições cumulativas do artigo 101(3). Assim, no direito europeu, a caracterização de determinado ajuste como sendo ilícito por seu objeto ou efeito implica em alteração do ônus probatório.

Se uma infração tem como *objeto* a restrição da concorrência, isto é, se é um ilícito pelo objeto, cabe à parte acusada do ilícito comprovar o cumprimento das condições do artigo 101(3), já que o objeto presume a inexistência de ao menos uma das quatro condições. De outro lado, se um ajuste *não* tem como objeto a restrição da concorrência, isto é, se é um ilícito pelo efeito, cabe à autoridade demonstrar que os *efeitos* daquele ajuste não preenchem as condições do artigo 101(3)[12].

Todavia, não há definição legislativa de quais ajustes serão ilícitos por objeto ou efeito, cabendo à jurisprudência essa definição. Por alguns julgados da Corte de Justiça, é possível depreender que um ajuste será tido como ilícito pelo seu objeto quando a análise do propósito do ajuste, considerando seus termos e o contexto econômico, releva um impacto substancialmente deletério sobre

---

[9] Article 101(1). "The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts".

[10] SUFRIN, Alison; JONES, Brenda. EU Competition Law: Text, Cases and Materials. Oxford University Press, 2016, p. 182-183

[11] Article 101(3). "The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: - any agreement or category of agreements between undertakings; - any decision or category of decisions by associations of undertakings; - any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question".

[12] "The presumption that an agreement does so, by finding an object restriction of competition, leads to a shift of the burden of proof to the undertakings being party to the agreement. They then have to demonstrate pro-competitive efficiencies, that is, they have to prove that the procompetitive effects of the agreement outweigh the anticompetitive ones within the scope of Article 101(3) TFEU". Em: ZELGER, Bernadette. "By object" restrictions pursuant to Article 101(1) TFEU: a clear matter or a mess, and a critical analysis of the court's judgement in Expedia?. *European Competition Journal*, vol. 13, n. 2-3, pp. 356-389, 2017, p. 361.

a concorrência[13]. Segundo a Corte, a distinção entre ilícitos por objeto ou efeito "deriva do fato de que certas formas de colusão entre agentes podem ser consideradas, por sua própria natureza, como sendo danosas ao devido funcionamento da concorrência normal"[14].

Nesse sentido, existe uma presunção de que ilícitos por objeto geram efeitos perniciosos sobre a concorrência e de que é muito improvável que produzam eficiências, de modo que não seria necessário incorrer nos custos de demonstrar seus efeitos anticompetitivos. A *presunção*, portanto, é de *ilicitude* para esse tipo de ajuste[15].

Essa presunção, por sua vez, é geralmente obtida por meio da experiência jurisprudencial da autoridade, que, após análises reiteradas, forma sua convicção quanto à improbabilidade de que a conduta gere benefícios e tenha qualquer outro objetivo que não o de restringir a concorrência.

Importante pontuar, de outro lado, que a categorização de certo ajuste como ilícito pelo objeto não se limita ao conhecimento adquirido pela experiência jurisprudencial, mas também pode ocorrer quando a natureza anticompetitiva do ajuste é aparente devido ao seu propósito subjacente e ao contexto no qual opera[16].

Assim, por fim, pode-se dizer que, no direito comunitário europeu, as consequências jurídicas da categorização de um ajuste como ilícito pelo seu objeto são: (a) a presunção de ilicitude, em vista dos prováveis efeitos anticompetitivos da conduta e da improbabilidade de produção de eficiências; e (b) a inversão do ônus probatório, ficando a parte representada incumbida de demonstrar que as condições do artigo 101(3) foram preenchidas para afastar a ilicitude da conduta.

2. A ilicitude por objeto no direito brasileiro

No direito brasileiro, a ilicitude por objeto decorre da lei. A redação do artigo 36 da Lei 12.529/2011, que define os elementos da infração à ordem econômica, é diretamente influenciada pela redação do dispositivo europeu, de modo que também faz uma distinção entre as infrações que se configuram por seu objeto ou por seu efeito. O artigo 36 assim dispõe:

> 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. (Grifou-se).

A distinção "por objeto" e "possam produzir efeitos" não é novidade da Lei 12.529/2011, tendo sido prevista no ordenamento brasileiro desde a Lei 8.158/1991 e, depois, reproduzida na Lei 8.884/1994. Da leitura do referido dispositivo, compreende-se que as infrações podem se configurar por meio de duas condições distintas:

1) Os atos que *tenham por objeto*: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante;
2) Os atos que *possam produzir os efeitos de*: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante.

As duas configurações da infração econômica são alternativas e não cumulativas entre si por força do "ou" contido no artigo 36. Assim, ainda que um ato não tenha como objeto restringir a

---

[13] Caso 56/65, STM [1966] ECR 235,249.

[14] Caso C-209/07, BIDS [2008] ECR 1-8637, §17.

[15] SUFRIN, Alison; JONES, Brenda. Op. cit., p. 193.

[16] "Therefore, the notion of object restrictions is not only limited to restraints where experience has already proved their likeliness of an anticompetitive effect, but is also capable of catching agreements whose anticompetitive nature is apparent from the underlying purpose of the agreement and/or the context in which it operates". Em: ZELGER, Op. cit., p. 367.

concorrência, se tal ato tiver a potencialidade lesiva – requisito para constituir a infração – de produzir os efeitos acima elencados, ele será tido como ilícito pelos seus efeitos, mesmo que não concretizados.

A noção do ilícito por objeto baseia-se, portanto, segundo a doutrina, no entendimento de que existem "condutas cujo próprio objeto coloca em risco o ambiente concorrencial, por não ser possível vislumbrar, pelo menos em princípio, nenhum outro objetivo relacionado à prática que não a restrição à livre concorrência. A principal consequência dessa constatação é a aplicação de uma presunção relativa de potencialidade lesiva"[17].

É possível, em vista disso, traçar um paralelo entre as noções brasileira e europeia do ilícito por objeto, bem como entre o regime de análise das condutas avaliadas sob a regra *per se* no ordenamento norte-americano e o regime de análise dos ilícitos por objeto na jurisprudência brasileira. Nos três ordenamentos, a categorização de determinado ato como ilícito pelo objeto ou como sujeito à regra *per se* acarreta uma presunção de efeitos lesivos à concorrência, o que, por sua vez, nos ordenamentos brasileiro e europeu, gera uma inversão do ônus probatório.

A diferença entre os regimes parece residir *no grau* da presunção. No direito norte-americano, as condutas analisadas sob a regra *per se* permitem apenas defesas quanto à materialidade e autoria da conduta. Já no direito europeu, as condições do artigo 101(3) permitem também defesas relacionadas à potencialidade lesiva da conduta.

No direito antitruste brasileiro, parte da doutrina entende que, quando certa conduta for tida como ilícita pelo seu objeto, "será desnecessária a comprovação [pela autoridade] da potencialidade lesiva da conduta, ficando a cargo do acusado afastar a presunção"[18]. Assim, a presunção de ilicitude que recai sobre os ilícitos por objeto é relativa, de modo que é cabível aos representados apresentar matérias de defesa que afastem a potencialidade lesiva da conduta.

Em oposição, nos ilícitos que possam produzir efeitos, em que a consequência anticompetitiva não decorre do próprio objeto, a presunção é de licitude, ficando a autoridade antitruste incumbida de comprovar a potencialidade lesiva da conduta a partir dos seus efeitos – concretos ou potenciais. Esses ilícitos, portanto, precisariam de um regime de análise mais aprofundado quanto às estruturas do mercado, aos efeitos líquidos da conduta, às possíveis eficiências e ganhos de bem-estar ao consumidor. Em resumo, tais ilícitos precisariam de uma análise à luz da regra da razão.

A classificação de determinado ato como ilícito por objeto no direito brasileiro, assim como nos demais regimes, depende de um elevado grau de segurança, adquirido por meio de experiência jurisprudencial, econômica e doutrinária, quanto à potencialidade lesiva do ato. É por consequência disso que, ao julgar condutas tidas como ilícitos por objeto, a autoridade antitruste fica dispensada de analisar certos elementos – tais como poder de mercado, barreiras à entrada, eficiências, entre outros – já que a experiência logrou verificar que é altamente improvável que exista qualquer efeito líquido positivo resultante da conduta sob exame.

Entretanto, como anunciado no início deste artigo, a incorporação dos "pares conceituais" e seus diferentes graus de presunção de ilicitude, ainda que possam ser acomodados e conciliados, acabam por gerar uma série de imprecisões conceituais e de aplicações confusas e controversas na jurisprudência do CADE. Isso fica claro com a criação jurisprudencial de uma terceira categoria de infração, o "ilícito *per se*":

> "No exame da jurisprudência do Conselho, cabe ainda destacar o voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA nº08012.006923/2002-18 (...) [O]Conselheiro fez questão de ressaltar que, **mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma *infração per se***. Logo, **a presunção de ilicitude poderá ser afastada** caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável, como a compensação de eventual poder de oligopsônio"[19]. (Grifou-se).

[17] FRAZÃO, Op. cit., p. 292.

[18] FRAZÃO, Op. cit., p. 292.

[19] CADE, Plenário, PA 08012.001591/2004-47, Cons. Rel. Ana Frazão, julg.

> "Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente a restrição à livre concorrência. As políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação artificial da oferta, feitas por cartéis, se encaixam nessa descrição, sendo, por essa razão, ilegais *per se*"[20].

Da leitura de tais enunciados, depreende-se que o ilícito *per se* figuraria como uma terceira categoria de ilícito, sobre a qual recairia uma presunção absoluta de ilicitude ao se aproximar da noção rigorosa norte-americana de regra *per se* – diferentemente do que ocorre com os ilícitos por objeto no direito europeu. Uma interpretação do voto acima levaria à conclusão de que, nos "ilícitos *per se*", caberiam alegações de defesa apenas quanto à autoria e à materialidade da conduta.

De fato, ao analisar a jurisprudência do CADE, é possível perceber que casos de cartel *hardcore*[21] não são propriamente tratados pelo Conselho como ilícitos por objeto, uma vez que sobre eles recai um regime rigoroso de presunção *absoluta* de ilicitude. Nesse sentido, a construção jurisprudencial de uma terceira categoria de infração, não prevista em lei, serve para distanciar os regimes de presunção de ilicitude e as consequências jurídicas que as categorias trazem. É claro que essa construção, para os casos de cartel *hardcore*, é consequência do elevado nível de certeza, tanto teórica quanto prática, de que cartéis são inexoravelmente danosos à concorrência.

Assim, é possível dizer que existem, na prática atual do CADE, três categorias de infração à ordem econômica, que se regem por regimes de análise e de presunção próprios, com consequências jurídicas distintas. O ilícito por efeitos demanda uma análise mais aprofundada sobre o mercado e os efeitos e justificativas da conduta, tendo presunção de licitude, de modo que cabe à autoridade antitruste comprovar a potencialidade lesiva da conduta; o ilícito por objeto requer análise menos rigorosa, uma vez que existe uma presunção da sua potencialidade lesiva, da qual resulta presunção relativa de ilicitude e inversão do ônus probatório, cabendo aos representados apresentarem argumentos que afastem a ilicitude; por fim, o "ilícito *per se*" demanda apenas uma análise quanto à autoria e à materialidade da conduta, por ter sobre si uma presunção absoluta de ilicitude.

A pesquisa a ser apresentada na sequência, em vista de todo esse cenário, buscou analisar os julgamentos de casos de tabelas de preços no CADE desde a vigência da Lei 12.529/2011, a fim de verificar o tratamento conferido à prática e identificar a aplicação do conceito de ilícito por objeto, para investigar os usos, significados e consequências atribuídos ao termo.

3. Pesquisa empírica: casos de tabelas de preços no CADE desde a Lei 12.529/2011

3.1. A metodologia e o recorte

A pesquisa empírica buscou analisar os casos de tabela de preços julgados pelo CADE a partir da vigência da Lei 12.529/2011[22]. A localização dos casos deu-se, num primeiro momento, por meio da pesquisa direta nas atas de sessões de julgamento do CADE[23].

Depois de coletadas todas as atas de sessões de julgamento realizadas desde 30 de maio de 2012 (quando a Lei 12.529/2011 entrou em vigor) até 04 de julho de 2018 (momento em que se encerrou a pesquisa), buscaram-se os seguintes termos de pesquisa nos documentos: "tabela";

---

[20] CADE. Plenário. PA **08012.012032/2007-13, Cons. Rel. Márcio Oliveira Junior, julg. 16 set. 2015.**

[21] Como conceituado pela OCDE: "The Recommendation defines a hardcore cartel as "an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce". DAF/COMP/WP3 (2018)3. OECD. *Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels* [C(98)35/FINAL]

Report by the Secretariat.

[22] Foram avaliados todos os processos administrativos julgados após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011 e não apenas aqueles julgados sob a égide da Lei.

[23] As atas das sessões de julgamento do CADE encontram-se disponíveis em: http://www.cade.gov.br/assuntos/sessoes/pautas-das-sessoes-ordinarias-1. Acesso em 20 jul. 2018.

"tabelamento". Quando localizados tais termos, analisava-se o processo para certificar-se de que, de fato, se tratava da prática de tabelas de preço.

Em um segundo momento, foi necessário retomar a busca por termos nos documentos coletados, pois verificou-se que uma soma de casos envolvendo associações e entidades médicas nem sempre dispunha do termo "tabela" ou "tabelamento" nos resumos dos julgamentos – ainda que disso se tratasse –, mas, sim, do termo "honorário". Com esse segundo rastreamento, mais casos foram encontrados.

Ainda, para complementar a identificação dos casos, recorreu-se também ao Caderno do CADE sobre o *Mercado de Saúde Suplementar: condutas*[24], no qual também constavam casos de tabelamento de preços ou honorários. Além disso, os precedentes citados como referências nos casos que já haviam sido coletados também serviram para complementar a identificação dos casos.

Depois de identificados os casos, passou-se a reunir as certidões de julgamento e os votos (relatores, vistas e vogais) prolatados e constantes do sistema de pesquisa processual do CADE[25]. Nesse momento, houve o primeiro recorte da pesquisa: os casos de tabelas de preços de revenda foram excluídos do escopo da pesquisa. Na sequência, o segundo recorte: casos em que tabelas de preços foram utilizadas apenas para instrumentalizar cartéis, sem configurar uma conduta independente, foram excluídos do escopo da pesquisa.

Assim, restaram para análise apenas casos de tabela de preços em que a prática foi condenada como influência à adoção de conduta comercial uniforme, nos termos do artigo 36, §3º, II da Lei 12.529/2011 (ou dos arts. 20, I c/c 21, II, da Lei 8.884/1994).

Todo o material de análise (relatórios, votos e certidões) foi compilado, analisado, organizado e decomposto em uma planilha com os seguintes critérios: 1) número do processo; 2) ano de julgamento; 3) data de julgamento; 4) conselheiro/a-relator/a; 5) setor/mercado relevante; 6) representante/s e representado/s; 7) envolve sindicato/associação?; 8) natureza da tabela (obrigatória ou sugestiva); 8) argumentos centrais do voto relator/condutor; 9) análise do voto relator/condutor foi por regra da razão, como ilícito por objeto ou como "ilícito *per se*"?; 10) argumentos centrais dos votos divergentes quanto ao fundamento da condenação; 11) resultado do julgamento na certidão de julgamento; 12) se condenação, houve maioria absoluta para condenar como ilícito por efeito?; 13) houve condenação como ilícito por objeto?; 14) a condenação foi como ilícito por objeto, "ilícito *per se*" ou ilícito por efeito?.

Os processos localizados e utilizados na pesquisa encontram-se sumarizados na seguinte relação:

Tabela 1

Processos localizados e utilizados

	Processo Administrativo	Data de Julgamento	Relatoria
1	08012.007011/2006-97	19/04/2017	Alexandre Cordeiro Macedo
2	08012.009566/2010-50	05/04/2017	Alexandre Cordeiro Macedo
3	08012.002874/2004-14	01/02/2017	Alexandre Cordeiro Macedo
4	08012.000504/200515	18/01/2017	Cristiane Alkmin
5	08012.003422/2004-41	09/11/2016	Márcio Oliveira Junior
6	08012.013467/2007-77	16/03/2016	Márcio Oliveira Junior
7	08012.009381/2006-69	09/12/2015	João Paulo Resende
8	08700.001830/2014-82	25/11/2015	Márcio Oliveira Junior
9	08012.002540/200271	22/09/2015	Márcio Oliveira Junior
10	08012.012032/2007-13	10/09/2015	Márcio Oliveira Junior
11	08012.001591/2004-47	29/07/2015	Ana Frazão

[24] CADE. Mercado de Saúde Suplementar: condutas. Cadernos do CADE. 2015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/copy_of_cadernos-do-cade-2013-mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf. Acesso em 20 jul. 2018.

[25] Sistema de pesquisa processual do CADE: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

	Processo Administrativo	Data de Julgamento	Relatoria
12	08012.004276/2004-71	29/07/2015	Ana Frazão
13	08012.010187/2004-64	29/07/2015	Márcio Oliveira Junior
14	08012.000377/2004-73	16/06/2015	Márcio Oliveira Junior
15	08012.000643/2010-14	10/06/2015	Gilvandro Araújo
16	08012.005101/2004-81	20/05/2015	Ana Frazão
17	08012.006312/2004-31	16/05/2015	Márcio Oliveira Junior
18	08700.006965/2013-53	22/04/2015	Márcio Oliveira Junior
19	08012.006647/2004-50	11/03/2015	Gilvandro Araújo
20	08012.000432/2005-14	11/03/2015	Gilvandro Araújo
21	08700.006292/2012-51	25/02/2015	Gilvandro Araújo
22	08012.010470/2005-77	16/02/2015	Márcio Oliveira Junior
23	08012.003048/2003-01	29/01/2015	Eduardo Pontual Ribeiro
24	08012.005004/2004-99	10/12/2014	Ana Frazão
25	08012.002381/2004-76	29/10/2014	Ana Frazão
26	08012.003568/2005-78	29/10/2014	Ana Frazão
27	08012.002985/2004-12	29/10/2014	Ana Frazão
28	08012.001790/2004-55	29/10/2014	Ana Frazão
29	08012.001020/2003-21	29/10/2014	Márcio Oliveira Junior
30	08012.005135/2005-57	22/10/2014	Eduardo Pontual Ribeiro
31	08012.002866/2011-99	15/10/2014	Ana Frazão
32	08012.005374/2002-64	15/10/2014	Eduardo Pontual Ribeiro
33	08012.006552/2005-17	15/10/2014	Eduardo Pontual Ribeiro
34	08012.007833/2006-78	15/10/2014	Eduardo Pontual Ribeiro
35	08012.008477/2004-48	15/10/2014	Eduardo Pontual Ribeiro
36	08012.000261/2011-63	01/10/2014	Ana Frazão
37	08700.000719/2008-21	06/08/2014	Alessandro Octaviani
38	08012.011381/2008-91	06/08/2014	Eduardo Pontual Ribeiro
39	08012.009670/2010-44	10/06/2014	Alessandro Octaviani
40	08012.003873/2009-93	04/06/2014	Eduardo Pontual Ribeiro
41	08012.007002/2009-49	07/02/2014	Ricardo Machado Ruiz
42	08012.000415/2003-15	19/02/2014	Ricardo Machado Ruiz
43	08012.003874/2009-38	20/11/2013	Ricardo Machado Ruiz
44	08012.008224/1998-38	28/08/2013	Ana Frazão
45	08000.009391/1997-17	03/04/2013	Ana Frazão
46	08012.0069231/2002-18	20/02/2013	Ricardo Machado Ruiz
47	08012.009834/2006-57	20/01/2013	Ricardo Machado Ruiz

Feitas essas considerações sobre a metodologia e o recorte da pesquisa, passa-se, então, aos resultados obtidos e às conclusões.

2.2. Resultados e conclusões

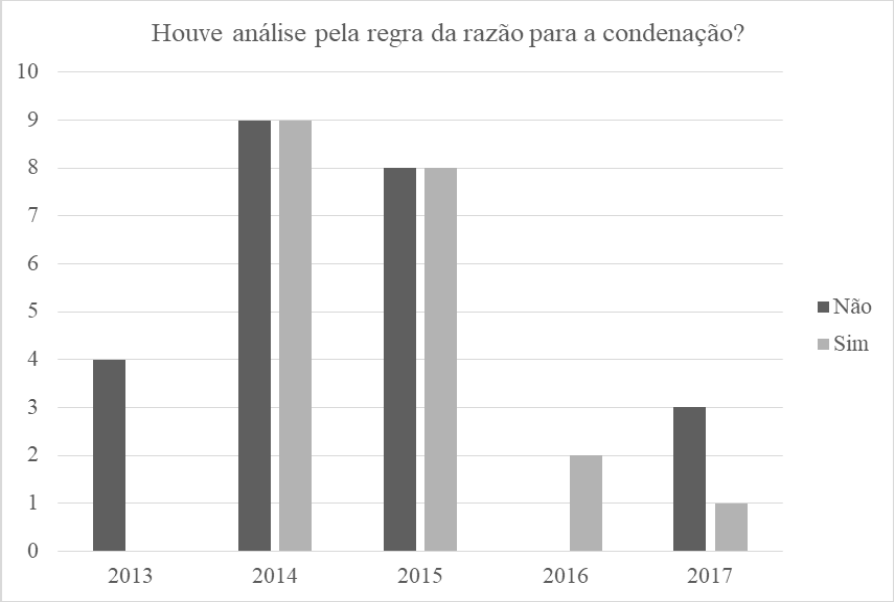
Desde a vigência da Lei 12.529/2011, foram identificados 47 (quarenta e sete) processos administrativos em que o CADE julgou a prática de tabelamento de preços, caracterizando-a como influência à adoção de conduta comercial uniforme, nos termos do art. 36, §3º, II da Lei 12.529/2011 (arts. 20, I c/c 21, II, da Lei 8.884/1994). Desses processos, apenas 3 (três) foram integralmente arquivados – dois deles por ausência de provas e um por afastamento da ilicitude –, de modo que a prática foi condenada (ainda que arquivada com relação a alguns representados) em 44 (quarenta e quatro) processos administrativos.

Desses 44 (quarenta e quatro) processos, é possível dizer que em 20 (vinte) houve condenação da prática como um ilícito por efeito, ou seja, a prática foi analisada por uma perspectiva da regra da razão. Esse número representa 45% do total das condenações, o que revela um cenário de considerável incerteza quanto à análise da conduta e à alocação dos ônus probatório e argumentativo.

O seguinte gráfico (Gráfico 1) ilustra essa realidade:

Gráfico 1

Análise pela regra da razão para condenação por ano



Entretanto, para além da insegurança jurídica quanto à natureza jurídica da conduta – se é do tipo "por objeto" ou "por efeito" –, a pesquisa verificou que, mesmo dentre as condutas tidas como "por objeto" o regime de análise varia a depender do julgador, inexistindo uniformidade no tratamento, o que gerou consequências díspares para condutas de uma mesma natureza jurídica. A análise dos casos permitiu verificar que, em alguns casos, o tabelamento de preços foi tratado como um "ilícito *per se*", que, como argumentado anteriormente, é a categoria que a jurisprudência do CADE tem reservado, de modo geral, aos casos de cartel *hardcore*, em aproximação ao modelo de análise norte-americano da regra *per se*.

No período analisado, foi possível identificar o posicionamento dos seguintes Conselheiros: Alessandro Octaviani, Alexandre Cordeiro Macedo, Ana Frazão, Cristiane Alkmin, Eduardo Pontual Ribeiro, Gilvandro Araújo, João Paulo Resende, Márcio Oliveira Junior e Ricardo Machado Ruiz[26].

Traçando as posições expostas por esses Conselheiros, verificou-se a ocorrência das três linhas principais de análise para a conduta, já identificadas na seção anterior:

1) "ilícito *per se*", com inversão do ônus probatório e presunção absoluta de ilicitude, admitindo-se apenas defesas quanto à materialidade e autoria da conduta;
2) ilícito por objeto, com inversão do ônus probatório e presunção relativa de ilicitude, admitindo-se a possibilidade de defesa substantiva quanto aos efeitos líquidos positivos da conduta;
3) ilícito por efeito, com presunção de licitude, demandando uma análise por meio da regra da razão.

Como expoente da primeira vertente, que finda por conferir um regime de presunção absoluta de ilicitude, indicam-se os Conselheiros João Paulo Resende e Gilvandro Araújo. Para exemplificar e descrever tal posicionamento, seguem alguns trechos dos votos:

> Assentou-se que a influência à adoção de conduta uniforme inscrita na elaboração de uma tabela de preços é um ilícito pelo próprio objeto. Isso torna, então, dispensável por parte da autoridade antitruste uma análise contida sobre os efeitos advindos da referida prática. Cabe a ela apenas comprovar a materialidade da conduta, qual seja, a existência da tabela de preço[27]. (Grifou-se).

[26] Cumpre pontuar que os posicionamentos foram extraídos por meio dos votos proferidos, não tendo sido computados os votos em que o Conselheiro ou a Conselheira apenas "acompanhou" o voto condutor.

[27] CADE. Plenário. PA 08700.006292/2012-51, Cons. Rel. Gilvandro Araújo, julg. 25 fev. 2015. Voto-relator.

> A questão relevante no presente caso, portanto, passa a ser decidir se tal conduta constitui uma infração por objeto, ou seja, aquela em que não caberiam ponderações quanto a uma potencial justificativa que abone seu caráter ilegítimo, ou se, ao contrário, é o caso de se presumir a sua ilegalidade mas analisar se a conduta, em primeiro lugar, tinha efetivamente o potencial para produzir efeitos negativos no mercado e, em assim sendo, se não haveria justificativas econômicas que suplantassem tais efeitos". (...) "Reinvoco o argumento traçado acima quanto à proibição, pela legislação da concorrência, de condutas entre agentes concorrentes, para formar convicção no sentido de que essa conduta deve sim ser considerada ilícita por objeto. Ainda que com baixo poder de mercado, como bem demonstrou a Superintendência-Geral, tais condutas são nocivas[28].

Como expoentes da segunda vertente, indicam-se os Conselheiros Alexandre Cordeiro Machado, Alessandro Octaviani, Ana Frazão e Ricardo Machado Ruiz. Essa vertente, aderida pelo maior número de Conselheiros, é intermediária das outras duas e aplica um regime tido como próprio, pela doutrina nacional, para os ilícitos por objeto, sendo também similar ao regime europeu para os ilícitos por objeto. Isto é, nessa vertente, a categoria de ilícito por objeto implica presunção de potencialidade lesiva e, por decorrência, presunção *relativa* de ilicitude, que pode ser afastada.

> No caso de infrações por objeto, entendo que **a presunção de ilicitude não seja absoluta**. Destaco que mesmo o Conselheiro Marcos Veríssimo colocou em dois trechos de seu voto-vista que, **nos casos de infração pelo objeto, há uma presunção de ilegalidade, mas que pode ser afastada caso a caso quando comprovado que a conduta não apresentava, na sua natureza ou na sua essência, a produção dos efeitos deletérios à concorrência**. Note-se que a presunção nas infrações pelo objeto decorre do fato de que, a princípio, já sabemos de antemão que os efeitos são lesivos à sociedade, tendo em vista as restrições à concorrência e suas consequências negativas, desprovidas de eficiências compensatórias[29]. (Grifou-se).
>
> A conduta ora em análise consubstancia-se na elaboração e distribuição da seguinte tabela, com preços a serem praticados pelas autoescolas (...) A jurisprudência do CADE, assim, é farta ao condenar o uso de tabelas de preços ou de descontos, principalmente aquelas elaboradas por sindicatos ou associações de empresas, **visto que não possuem outro objeto senão a intenção de padronizar preços e práticas comerciais entre concorrentes**, ferindo a regra da livre concorrência, em incidência dos artigos 20, inciso 1 e 21, inciso II da Lei 8.884/94. 34. Dessa forma**, considerando a presunção relativa de ilicitude da tabela de preço e que o representado não se desincumbiu de seu ônus probatório para elidir essa presunção**, entendo que a elaboração e a divulgação da tabela em apreço configura infração à ordem econômica, nos termos do artigo 20, inciso 1, c/c art. 21, inciso II, da Lei n° 8.884/94 (art. 36, 19 §3°, II da Lei 12.529/2011)[30]. (Grifou-se).
>
> Sugestões de preços e de práticas uniformes, por sindicatos ou associações comerciais, capazes, direta ou indiretamente, de afetar a livre determinação de preços, têm recebido, por parte do Conselho, um tratamento mais rígido. Do julgamento do PA no 08012.006923/2002-18, verificou-se que **tais condutas sujeitam-se a uma presunção de ilegalidade em razão da rara e, às vezes, ausente, racionalidade pró-competitiva.** (...) [A] elaboração de tabelas ou qualquer conduta por parte de associações de classes que tenha por intuito controlar a formação do preço, considerado uma das variáveis concorrenciais mais sensíveis, **são condutas que têm por objeto produzir efeito anticoncorrencial, um caso claro de perigo concreto, em que a potencialidade danosa decorre necessariamente da própria conduta**[31]. (Grifou-se).
>
> Conforme posição já discutida neste Tribunal, a sugestão de preços e práticas uniformes capazes, direta ou indiretamente, de afetar a livre determinação de preços, por parte de associações comerciais, sujeita-se, no Brasil, **a um regime razoavelmente rígido de presunção de ilegalidade.** Tal regime decorre, ex vi legis, da redação expressa do inciso II do artigo 21 da Lei n. 8.884/94 (atual inciso II do § 3o do art. 36 da Lei n. 12.529), que disciplina especificamente

[28] CADE. Plenário. PA 08012.009381/2006-69, Cons. Rel. João Paulo Resende, julg. 09 dez. 2015. Voto-relator.

[29] CADE. Plenário. PA 08012.009566/2010-50. Cons. Rel. Alexandre Cordeiro Macedo, julg. 05 abr. 2017. Voto-relator.

[30] CADE. Plenário. PA 08012.009670/2010-44. Cons. Rel. Alessandro Octaviani, julg. 10 jun. 2014. Voto-relator.

[31] CADE. Plenário. PA 08012.008224/1998-38. Cons. Rel. Ana Frazão, julg. 28 ago. 2013. Voto-relator.

> essa conduta, combinada com a redação do caput do art. 20 da mesma lei (atual caput do art. 36 da Lei n. 12.529/2011), que presume a ilegalidade de atos que limitem a concorrência por seu próprio objeto. Nesta linha de raciocínio, conforme já explorei em casos semelhantes, entendo que **não há porque avaliar se o Sindicato tinha ou não poder de mercado para influenciar a adoção da tabela**[32]. (Grifou-se).

Ainda, é possível dizer que essa vertente se aproxima da análise do tipo "quick *look*" desenvolvida na jurisprudência norte-americana. Essa percepção, inclusive, foi mencionada pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo e pela Conselheira Ana Frazão:

> A negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências, e entendo que isso deve ser considerado pela autoridade antitruste, utilizando-se, pois, de uma métrica mais flexível dentro de uma escala de presunção de ilegalidade. Entendo que a persecução administrativa não deve considerar tais casos como ilícito por objeto nem tampouco regra da razão pura, mas sim algo intermediário em uma escala de presunção, aproximando do que os americanos chamam de "quick look"[33].

> De fato, em regra a edição de tabelas de preços constitui infração antitruste por objeto. Todavia, mesmo as infrações por objeto precisam ser analisadas diante das circunstâncias do caso concreto de modo a averiguar se "a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços", tal como expresso no voto do Conselheiro Marcos Paulo no PA nº 08012.006923/2002-18[34].

Por fim, como expoentes da terceira vertente, indicam-se os Conselheiros Cristiane Alkmin, Eduardo Pontual e Márcio Oliveira Junior. Nessa vertente, a prática de tabelamento de preços é tida como ilícita por efeito, de modo que é necessário analisá-la por meio da regra da razão, considerando que da prática pode decorrer efeitos líquidos positivos, o que lhe confere uma presunção de licitude.

> A utilização das tabelas gera uniformização de preços e previne a concorrência, motivo pelo qual, apesar de ser uma conduta unilateral, em muitos casos pode assemelhar-se ao dano causado por um cartel hardcore. É o caso do presente PA. Entendo que este caso não deve ser tipificado como um cartel hardcore (...). **Neste caso, a regra da razão deve ser usada, isto é, uma análise custo x benefício das práticas perpetradas no caso específico**. No entanto, no presente caso, a possibilidade de geração de eficiências, que seria a de que a tabela de preços cumpre a função de "poder compensatório" dentro desta cadeia de prestação de serviços, inexiste. (...) **Dessa forma, conquanto o inciso II (influência a adoção de tabelas de preço) deva ser analisado pela regra da razão, como não existem eficiências decorrentes dessa prática, ao contrário do que alegam as Requerentes, este é um caso de resultado líquido negativo**[35]. (Grifou-se).

> Feitas essas considerações, se a conduta ora em análise apresenta tanto eficiências quanto riscos concorrenciais, **é necessário analisar o efeito líquido, baseado na regra da razão, para se concluir sobre a ocorrência ou não de infração**[36]. (Grifou-se).

Abaixo, o gráfico (Gráfico 2) sumariza os posicionamentos dos Conselheiros-Relatores nos processos analisados:

Gráfico 2

Posicionamento dos Conselheiros em votos-relatores

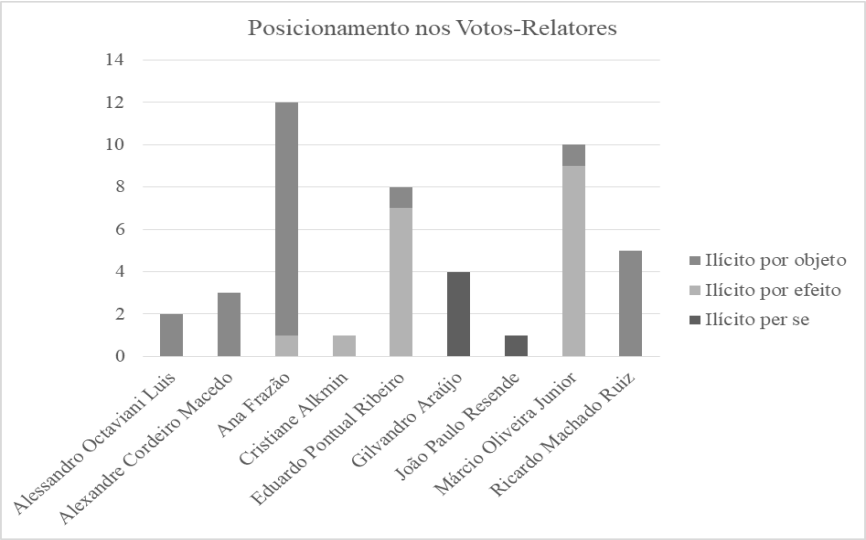
[32] CADE. Plenário. PA 08012.003874/2009-38. Cons. Rel. Ricardo Machado Ruiz, julg. 20 nov. 2013. Voto-relator.

[33] CADE. Plenário. PA 08012.007011/2006-97, Cons. Rel. Alexandre Cordeiro, julg.

[34] CADE. Plenário. PA 08012.001591/2004-47, Cons. Rel. Ana Frazão, julg.

[35] CADE. Plenário. PA 08012.000504/2005-15, Cons. Rel. Cristiane Alkmin, julg. 18 jan. 2017. Voto-relator.

[36] CADE. Plenário. PA 08012.005374/2002-64, Cons. Rel. Eduardo Pontual Ribeiro, julg. 15 out. 2014. Voto-relator.



Assim, com base nas três vertentes identificadas, o cenário de condenações por ano fica ilustrado da seguinte maneira, no gráfico (Gráfico 3), e quantificado na tabela (Tabela 3):

Gráfico 3
Condenação como ilícito por efeito, ilícito por objeto ou "ilícito *per se*" por ano

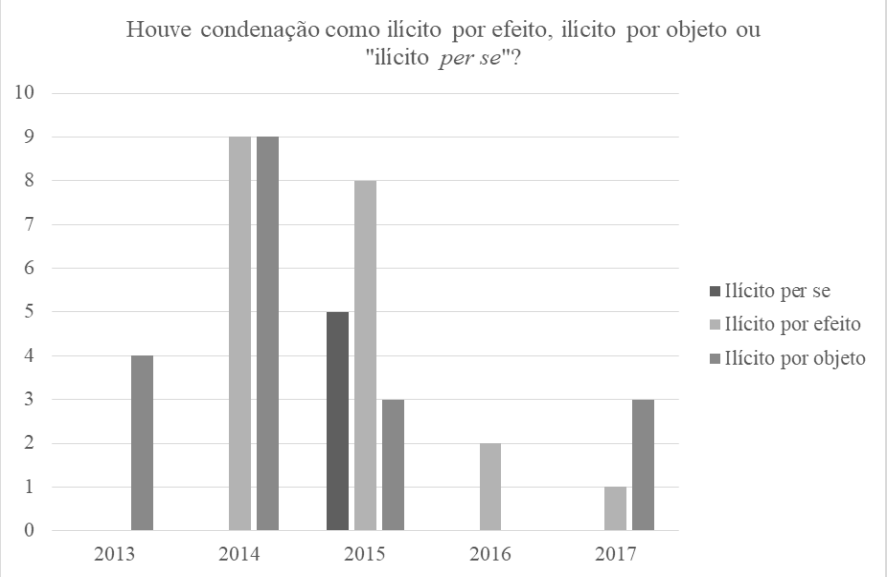


Tabela 2
Condenação como ilícito por efeito, ilícito por objeto ou "ilícito per se"

Ano	Ilícito per se	Ilícito por efeito	Ilícito por objeto	Total Geral
2013			4	4
2014		9	9	18
2015	5	8	3	16
2016		2		2
2017		1	3	4
Total Geral	5	20	19	44

Ainda, a análise dos votos permitiu verificar também que quando a tabela não possui outro objeto que não a intenção de padronizar preços e práticas comerciais entre concorrentes, ela deve ser

considerada ilícita por objeto. Ou seja, não havendo qualquer outra justificativa ou propósito legítimo para implementação das tabelas, é bastante improvável que a presunção relativa de ilicitude consiga ser afastada. Isso demonstra, portanto, que a ilicitude por objeto da tabela decorre da sua intenção de padronizar preços de concorrentes, retirando um elemento central à concorrência.

A pesquisa permitiu, portanto, verificar que o CADE vem tratando a prática de tabelamento de preços como ilícito por objeto. Ainda que sugestiva, o CADE entende, de modo geral, que a tabela de preços tem o poder de direcionar e induzir a coordenação do mercado e, por isso, goza de, no mínimo, uma presunção de ilicitude. De outro lado, pode-se dizer que tal ilicitude é afastada e a conduta é analisada pela regra da razão quase que exclusivamente em casos envolvendo associações médicas e médicos frente aos hospitais e planos de saúde, situação na qual a jurisprudência afirma que as tabelas podem funcionar como um elemento importante para contrabalancear o poder de monopsônio/oligopsônio[37].

Por fim, um outro ponto interessante revelado pela pesquisa, ainda que não relacionado diretamente ao tema central do artigo, foi o seguinte: todos os casos de tabelamento de preços no período analisado envolveram a participação de sindicato ou associação. É certo que isso pode decorrer do corte efetuado em que tabelamentos de preços que meramente operacionalizam cartéis não foram considerados. De todo modo, desperta a atenção e a preocupação para promover efetivamente a advocacia da concorrência para alertar tais entidades dos ilícitos concorrenciais em que elas podem incorrer ao extrapolarem o direito associativo.

Conclusão

A pesquisa permitiu identificar que a jurisprudência do CADE, no período investigado, ao analisar os casos de tabelas de preços, tem três linhas de categorização e análise da conduta: o "ilícito *per se*"; o ilícito por objeto; e o ilícito por efeito. Apenas o ilícito por efeito é analisado por meio da regra da razão e tem presunção de licitude. A pesquisa demonstrou que os demais ilícitos estão sujeitos a uma presunção de ilicitude e a uma defesa limitada.

Foi possível identificar que as tabelas de preço que tinham como objetivo apenas harmonizar as condutas comerciais e preços dos concorrentes, sem qualquer outra justificativa para sua existência, ficam sujeitas ao regime mais severo de análise, pela regra *per se*, e são considerados "ilícitos *per se*", de modo que as únicas defesas possíveis são referentes à materialidade e autoria da conduta.

A incerteza que ainda se verifica é que não há critérios claros que identifiquem quais condutas serão analisadas pela regra da razão, i.e., quais claramente têm uma presunção de licitude, e quais condutas estão sujeitas a uma presunção relativa de ilicitude e inversão do ônus da prova.

Ademais, em se tratando de uma presunção relativa de ilicitude, também não está claro quais são os critérios que devem ser atingidos para afastar a presunção de ilicitude. Ou seja, quais são os critérios análogos ao artigo 101(3) do TFEU para o ordenamento jurídico brasileiro?

Essa incerteza jurídica é ampliada ao se considerar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a defesa é apresentada na Superintendência-Geral, e não perante o Tribunal. Portanto, a depender do Conselheiro-Relator sorteado, é possível que o caso tenha um regime de análise em um extremo (infração *per se* com presunção de ilicitude absoluta) ou em outro (análise pela regra da razão com presunção de licitude). Assim, alguns outros questionamentos surgem: qual defesa apresentar e como fazer uma produção de provas eficiente e suficiente sem ter o conhecimento do regime de análise da conduta? Como é possível argumentar que a aplicação da regra *per se* serve para obedecer ao princípio

[37] Nesse sentido: "Embora não houvesse qualquer discussão de assimetria que pudesse justificar eventual análise de poder compensatório, o Conselheiro fez questão de ressaltar que, mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma infração *per se*. Logo, a presunção de ilicitude poderá ser afastada caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável, como a compensação de eventual poder de oligopsônio. (...)Todavia, para verificar a possibilidade de aplicar a teoria do poder compensatório ao caso ora analisado, é importante analisar, com cuidado, o mercado de saúde suplementar brasileiro, procurando avaliar se, de fato, existem assimetrias de poder que justifiquem a aplicação da referida tese". Voto-relator. CADE. Plenário. PA 08012.001591/2004-47, Cons. Rel. Ana Frazão, julg. 29 jul. 2015.

da economia processual se o administrado não tem a certeza jurídica do regime de análise e, por tanto, terá de apresentar uma defesa completa?

Em vista disso, a presente pesquisa revela a gravidade do cenário de incerteza quanto ao julgamento das práticas de tabelamento de preços e contribui para refletir sobre os conceitos e métodos que ainda precisam ser desenvolvidos, ou mesmo criados – como, por exemplo, o rol de argumentos possíveis para afastar a presunção relativa de ilicitude – a fim de que a tutela da ordem concorrencial seja consolidada com uniformidade e segurança jurídica.

Referências bibliográficas

AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*. Vol. 5, n. 2, novembro/2017, pp. 75-102.

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

CHRISTIANSEN, Arndt; KERBER, Wolfgang. "Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of 'Per se Rules vs. Rule of Reason'". *Marburg Papers on Economics*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=872694. Acesso em 19 jul. 2018.

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

Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. http://awa2016.concurrences.com/IMG/pdf/de_minimis_notice_annex_en.pdf

HEYER, Ken. A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust. *Antitrust Law Journal*, v. 7, n. 2, 2005, pp. 375–422.

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

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

SCHERTEL MENDES, Francisco. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro*: características e especificidades. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

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

SUFRIN, Alison; JONES, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

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

11. LA PERSECUCIÓN DE CARTELES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

11. THE CARTEL PROSECUTION IN THE ARGENTINE REPUBLIC

Ariel García e Antonella Boidi

Resumo: Frente à sanção de uma nova lei da defesa da concorrência, este artigo tem por objeto discutir a perseguição dos cartéis na República Argentina a partir desse ponto de vista. Dentre as mais importantes modificações que a nova Lei N° 27.442 traz é a separação entre cartéis per se e outras condutas colusivas anticompetitivas. Nossa análise diz que cartéis per se já foram investigados e sancionados, muito antes, na Argentina. O futuro da jurisprudência da autoridade de concorrência vai servir para descobrir se esta categorização em cartéis per se foi eficiente para sancionar cartéis.

Palavras-chave: cartéis, jurisprudência argentina

Summary: Due to the enactment of a new law of defense of competition, the goal of this article is to analyze the pursuit of cartels in Argentina, from that point of view. Among the most important changes that the new Law No. 27,442 brings we find the division between hard core cartels and other collusive conducts. Following our analysis, such hard core cartels have been investigated and sanctioned in Argentina, a long time before the enactment of the new law. The future case law of the Antitrust Authorities will help to find out if the new category of hard core cartels is efficient to punish cartels.

Keywords: cartels, Argentinian jurisprudence

Introducción

Este artículo tiene por objeto analizar la persecución de los carteles en Argentina desde la perspectiva de la defensa de la competencia, considerando lo realizado durante la vigencia de las normativas anteriores y los cambios que trae la nueva Ley N° 27.442, vigente desde el 24 de mayo de 2018.

Es por ello, que analizaremos en el presente artículo la persecución de los carteles en seis capítulos, a saber: (I) breve comparación sobre la persecución de carteles en la legislación del Mercosur; (II) la persecución de los carteles en la legislación argentina a lo largo del tiempo; (III) la persecución de los carteles en la nueva Ley N° 27.442; (IV) la persecución de los carteles en la jurisprudencia de la Comisión; (V) el intercambio de información como prueba del cartel; (VI) las sanciones en la nueva Ley.

1. Breve comparación sobre la persecución de carteles en la legislación del mercosur

La persecución de carteles interesa a la mayoría de los países del Cono Sur. En particular, los cinco países del Mercosur[1] han desarrollado legislaciones para combatir la colusión. En orden cronológico, se encuentran Argentina (1923 la primera norma y la nueva Ley N° 27.442), Venezuela (1992), Brasil (1994), Uruguay (2007) y Paraguay (2013).

En relación a las conductas sancionadas, todo el Mercosur penaliza los carteles y el abuso de posición dominante.

En cuanto al procedimiento, es bastante similar, en todas las jurisdicciones del Mercosur, las investigaciones se inician de oficio o por denuncia.

[1] Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Hemos incluido a Venezuela por cuanto si bien está suspendida, sigue formando parte del Mercosur.

Respecto a las facultades del órgano de investigación, tanto Argentina como Brasil permiten los allanamientos y/o secuestros de documentación (con orden judicial). En cambio las autoridades de Paraguay, Uruguay y Venezuela carecen de tales facultades.

En relación a las sanciones, todas las jurisdicciones del Mercosur permiten imponer multas y ordenar el cese de la conducta anticompetitiva. Argentina y Brasil a su vez permiten la inhabilitación de los sancionados para ejercer el comercio y la publicación de la sanción en la prensa. Uruguay también ordena la publicación como sanción.

El sistema de clemencia solo se encuentra regulado en Argentina y Brasil. En cambio, Venezuela y Paraguay no lo permiten. En el caso de Uruguay, la legislación admite la auto-denuncia como un atenuante a la hora de imponer sanciones.

A su vez todos los países del Mercosur permiten la apelación de las sanciones, con la salvedad de que en Venezuela, la apelación no suspende el pago de la multa.

Finalmente, respecto de los reclamos indemnizatorios de terceros damnificados, todos los países del Mercosur los tienen regulados expresamente en sus legislaciones de defensa de la competencia excepto Uruguay.

Para mayor claridad, incluiremos en el siguiente cuadro, las diferencias principales que hemos mencionado entre los países del Mercosur:

Paises	Argentina	Brasil	Uruguay	Paraguay	Venezuela
Castiga carteles	SI	SI	SI	SI	SI
Forma de inicio	De oficio y por denuncia	De oficio y por denuncia	De oficio y por denuncia	De oficio y por denuncia	De oficio y por denuncia
Sanción	SI	SI	SI	SI	SI
Clemencia	SI	SI	Auto-denuncia	NO	NO
Apelación	Si, suspende el pago de la multa	Si. Puede sus- pender el pago de la multa	Si, suspende el pago de la multa	Si, suspende el pago de la multa	Sí, pero no suspende el pago de la multa
Indemnización a terceros	SI	SI	NO	SI	SI

2. La persecusión de los carteles en la legislación argentina a lo largo del tiempo

La persecución de carteles ha sido una preocupación de larga data en la legislación argentina. Ya en el año 1921, al promulgarse el Código Penal, el artículo 300 estableció que "*Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años: El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por* ***reunión o coalición entre los principales tenedores*** *de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado".* La redacción resaltada corresponde justamente a un cartel entre competidores, de acuerdo al lenguaje de la época.

No pasó mucho tiempo para que se dictara, en Argentina, la primera legislación de defensa de la competencia. Así en el año 1923 se aprobó la Ley N° 11.210, también llamada de "Represión de Monopolios". Se trata de la primera legislación sobre defensa de la competencia dictada en toda América Latina, ya que la segunda legislación (en México) se aprobó recién en el año 1934.

Si bien el propósito inicial de la Ley N° 11.210 fue el de combatir los monopolios y crear un instrumento de defensa del consumidor que impidiera la especulación con su incidencia en el alza o baja de los precios, tal intención fue superada por el afán de promulgar un verdadero estatuto para la industria nacional, basado en la necesidad de preservar el principio de la libertad de mercado. El diputado Juan B. Justo, cuya labor en la discusión parlamentaria del proyecto de ley tuvo especial

resonancia, precisó su finalidad al afirmar en el debate que "*se trataba de ir contra la tentativa de destruir la competencia*"[2].

En tal sentido, el artículo 2 de la Ley N° 11.210 estableció que "son punibles por la ley los actos que dificulten **la libre concurrencia** en la producción y en el comercio interno y en el comercio exterior".

Sin embargo, en un trabajo sobre recopilación de fallos dictados durante la vigencia de la Ley N° 11.210, se reveló que desde su sanción y hasta su derogación por la Ley N° 12.906 dictada en el año 1946, los tribunales competentes habían considerado únicamente once casos de violación de la ley, de los cuales se pronunció condena sólo en dos de ellos, mientras que en los restantes casos se dio término al litigio por sobreseimiento, lo que muestra que los problemas prácticos existentes para poder probar los elementos que integraban la figura penal definida por la ley, convirtieron el delito de monopolio en una figura muy difícil de demostrar.[3]

En el año 1946, se derogó la Ley N° 11.210 y se sancionó en sustitución la Ley N° 12.906, más severa que la anterior. Esta Ley N° 12.906 también tenía por objetivo principal combatir el monopolio, estableciendo en su artículo 1 que: *"El que participare por sí o por interpósita persona en consorcio, coalición, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con el…."*. Y, en su artículo 2 especificaba en 13 incisos los distintos actos de monopolio o tendientes a él, comprendiendo entre ellos a quienes dificulten la libre competencia, los convenios para la repartición de territorios como mercados exclusivos o, limiten la producción de bienes o servicios, entre otros.

La Ley N° 12.906 tampoco tuvo mucha aplicación, puesto que entre 1946 y1970 la justicia sólo intervino en una docena de casos, sobreseyendo en la mayoría de ellos.

Luego de varios intentos fallidos de reforma, en el año 1980 se dictó la Ley N° 22.262 la cual abandonó la persecución del monopolio para concentrarse con mayor ahínco en los carteles y el abuso de posición dominante. Así, el artículo 41 de la Ley N° 22.262 estableció que serían reprimidos –entre otros- ciertos actos o conductas realizados mediante "acciones concertadas" tales como:

a) Fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, los precios en un mercado.

b) Limitar o controlar, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos.

c) Establecer, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización.

d) Distribuir o aceptar, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento.

e) Comunicar a empresas competidoras, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

Resultaba fundamental para la sanción de la mayoría de las conductas, que se tratase de acciones concertadas, entendidas estas como colusión.

En el año 1999 se derogó la Ley N° 22.262 y se aprobó una nueva normativa, la Ley N° 25.156 que produjo un quiebre en la interpretación de la naturaleza jurídica de la legislación de defensa de la competencia en Argentina, al despenalizar la materia. Si bien mantuvo la mayoría de las conductas anticompetitivas de la Ley N° 22.262, las consideró prácticas restrictivas de la competencia, sin diferenciar entre conductas unilaterales o colusivas.

Así, en su artículo 2, la Ley N° 25.156 incluyó entre las conductas anticompetitivas las siguientes conductas colusivas:

Inc. a) **concertar el precio de venta**, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

---

[2] Diario de Sesiones, año 1909, t. 1, pág. 60.

[3] PASSAGNO, HERNÁN ABEL, "Experiencias de la ley 11.210 sobre represión de la especulación y el monopolio", Ed. Ideas, 1944, Buenos Aires.

Inc. c) **repartir en forma horizontal zonas, mercados**, clientes y fuentes de aprovisionamiento.

Inc. d) concertar o coordinar posturas en licitaciones o concursos.

Inc. g) fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en **acuerdo con competidores** (…) de cualquier forma precios y condiciones de compra o venta de bienes, de prestación de servicios o de producción.

La Ley N° 25.156 recibió muchas críticas durante su vigencia, en parte porque nunca se constituyó el Tribunal de Defensa de la Competencia, que debía actuar como autoridad autárquica.

Sin embargo, durante su vigencia entre 1999 y 2018, se sancionaron más de 10 casos de cartel (de un total de 20 desde 1980), lo que superó ampliamente el número de casos de las legislaciones anteriores.

Luego de varios años y proyectos de reforma que fueron perdieron estado parlamentario, se aprobó en abril de 2018, una nueva norma: la Ley N° 27.442 que en materia de carteles, mantiene la despenalización de los mismos y aporta algunas novedades importantes que analizaremos en el próximo capítulo.

3. La persecución de los carteles en la nueva leu nº 27.442

La Ley N° 27.442 (la "LDC") introduce innovaciones importantes en materia de lucha contra las conductas colusorias ya que las considera una de las más nocivas para la libre competencia.

En primer lugar, el artículo 1 establece que, entre otras conductas, "*Están prohibidos los acuerdos entre competidores… de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".* Se trata de la primera vez que la normativa señala a los acuerdos colusivos como una conducta anticompetitiva diferenciada de los demás actos o conductas anticompetitivos.

Si bien el interés económico general sigue siendo el umbral para cualquier conducta anticompetitiva, el artículo 2 identifica cuatro tipos de acuerdos colusivos en los cuales el perjuicio al interés económico general se presume:

Inc. a) concertar el precio de venta o compra de bienes o servicios

Inc. b) fijar cuotas de producción o comercialización de bienes; y/o restringir los servicios

Inc. c) repartir o asignar –en forma horizontal- mercados, clientes o fuentes de suministro

Inc. d) coordinar posturas o su abstención en licitaciones, concursos o subastas

En estos acuerdos entre dos o más competidores, la presunción es *iuris tantum* (es decir que admite prueba en contrario), serán nulos de pleno derecho y no producirán efecto jurídico alguno.

Si bien esta clasificación de acuerdos colusivos *per se*, son una novedad para nuestra legislación proveniente de los Estados Unidos (*hard core cartels)*, las conductas que se definen ahora como *per se* no son novedosas.

En efecto, las cuatro conductas colusivas mencionadas *ut supra* como *per se* ya existían en la normativa anterior y fueron sancionadas en varios de los casos más resonantes resueltos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la "Comisión") a lo largo de los años. Ello será desarrollado en detalle en el Capítulo IV más adelante.

El artículo 3 siguiente, que describe otras prácticas restrictivas de la competencia, también incluye acuerdos entre competidores, pero con el umbral de que deben causar perjuicio al interés económico general para ser sancionables. Mientras que la enumeración del artículo 2 es taxativa, la del artículo 3 es meramente ejemplificativa.

La otra novedad en relación a estos carteles *per se*, es el "Permiso" que establece el artículo 29 de la LDC. Se trata de una facultad que la ley otorga al Tribunal de Defensa de la Competencia (aún no conformado) para que conceda permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que incluyan conductas de las contempladas en el artículo 2 antes mencionado, es decir conductas colusivas *per se*. Dichos permisos deberán ser concedidos mediante una resolución fundada y siempre que –a la sana discreción del Tribunal- no causen perjuicio al interés económico general.

De acuerdo con la reglamentación de la LDC, para poder emitir dicho "Permiso", el Tribunal deberá verificar –respecto de los contratos o acuerdos- el cumplimiento de los requisitos que se detallan en los incisos a) a e) del artículo 29 del Decreto 480/2018 (el "Reglamento"), a saber:

(i) que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes y/o servicios

(ii) que fomenten el progreso técnico o económico

(iii) que generen beneficios concretos para los consumidores

(iv) que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos mencionados en los puntos anteriores

(v) que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en cuestión.

Desde nuestra óptica, la introducción del permiso del artículo 29, genera dudas y confusión. En primer lugar, por cuanto la redacción del artículo 29 parece contradecir la del artículo 2. En efecto si, según el artículo 2, las conductas colusivas *per se* son prácticas restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, por lo que se las sanciona con la nulidad de pleno derecho; resulta contradictorio que en la reglamentación del artículo 29, se establezca como requisito para su aprobación "que generen beneficios concretos para los consumidores".

Entendemos que el artículo 29 tendría mayor sentido si se lo aplicase a la revisión de contratos que contengan conductas de las identificadas en el artículo 3 de la LDC. Es decir, casos de conductas anticompetitivas que pueden generar perjuicio al interés económico general, pero que no se presumen dañinas. En el caso del artículo 3, si resultarían aplicables los requisitos que se detallan en los incisos a) a e) del artículo 29 del Reglamento, y que describimos precedentemente.

Encontramos otra contradicción: mientras que el artículo 2 al establecer la presunción *iuris tantum,* invierte la carga de la prueba hacia los acusados, el artículo 29 del reglamento de la Ley 27.442 traslada la carga de la prueba a la Autoridad de Competencia al establecer que deberá verificar el cumplimiento de sus incisos a) a e).

Otra posible aplicación del artículo 29, a nuestro entender, sería para analizar los acuerdos que una Cámara o Asociación pretenda firmar con sus asociados que contengan cláusulas anticompetitivas (por ejemplo de concertación de precios entre sus asociados). La obtención del Permiso podría evitar sanciones como las impuestas en algunos casos de carteles recientes[4].

Como ya señalamos precedentemente, el modelo del permiso proviene de la legislación de la Unión Europea (la "UE"), en particular de la Regulación N° 17 del año 1962, que otorgó a la Comisión de la UE la facultad de otorgar permisos particulares a ciertos contratos que resultaban contrarios al artículo 101 (1). Este modelo le permitió a la Comisión Europea desarrollar una política relativa a cierto tipo de contratos en el tiempo.

No obstante, este modelo poseía varias desventajas: la Comisión nunca tuvo personal suficiente para lidiar con la enorme cantidad de contratos que le fueron notificados para su aprobación lo que generó enormes retrasos en su análisis; se demoraba mucho tiempo en reunir la información requerida; el trámite era costoso por la cantidad de horas profesionales que insumía; y las partes sufrían por largos períodos de falta de certeza en cuanto a la legalidad de los contratos. Además, la Comisión se encontraba superada por la cantidad de permisos innecesarios que se solicitaban lo que le impedía concentrarse en otros temas tales como las investigaciones sobre cartel y abuso de posición dominante, de mayor envergadura para el interés público.

Finalmente, la propia UE abandonó este sistema de permisos particulares mediante la Resolución N° 1/2003 y adoptó un nuevo sistema de "auto evaluación" a través del cual las partes y sus abogados deben evaluar si el contrato o convenio satisface los criterios establecidos en el artículo 101(3)

[4] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta N° 1440, Expte. N° S01: 0211182/2012, "ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS Y SANATORIOS PRIVADOS DE SALTA, CÍRCULO MÉDICO DE SALTA Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 25.156", 31 de julio de 2017 y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta N° 1462, Expte. N° S01:0203191/2017, "COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN S/INFRACCIÓN LEY 25.156", 23 de enero de 2018.

(ex artículo 81 (3)) del TFEU. Esta "auto evaluación" es idéntica a los requisitos que establecen los incisos a) a e) del artículo 29 del Reglamento.

Esta notable similitud actúa como otro argumento a favor de la postura de que el artículo 29 de la Ley N° 27.442 debería aplicarse a los casos de colusión que prevé el artículo 3 de la misma ley y no a los casos de colusión *per se*.

El Permiso del artículo 29 de la LDC podría aplicarse con más facilidad a contratos en relaciones verticales, por ejemplo, contratos de distribución exclusiva, que a contratos entre competidores en el mismo eslabón de la cadena de producción.

Así lo entendió también la UE al establecer en las Guías sobre restricciones verticales SEC (2010) Punto 4, parágrafos 60-64, y 2.10 parágrafos 223-229, que ciertos casos individuales de fijación de precios de reventa (RPM) pueden satisfacer los criterios establecidos en el artículo 101(3) del TFEU y ser admisibles si se demuestran eficiencias suficientes.

Si bien tenemos dudas acerca de la incorporación del permiso en nuestro ordenamiento y de su ámbito de aplicación, deberemos esperar a ver los resultados prácticos en la jurisprudencia de la Autoridad de Competencia y de los tribunales de alzada para poder confirmar si nuestras reticencias resultaron fundadas.

4. Jurisprudencia en materia de carteles

Es interesante advertir que 54 de un total de 56 casos analizados por la Comisión desde 1980 a la fecha[5] encuadraron en alguna de las conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC. Es decir, si bien la incorporación de dichas prácticas como *per se* es reciente, las mismas fueron estudiadas por la Comisión con anterioridad, e incluso identificadas en sus dictámenes como conductas anticompetitivas "per se"[6].

A continuación listamos todos los casos de carteles efectivamente sancionados cuyas conductas encuadran en las listadas por el actual artículo 2 de la LDC.

CARTELES SANCIONADOS	Inc. a)	Inc. b)	Inc. c)	Inc. d)
SANATORIOS BARILOCHE[7]				

[5] Los casos analizados datan desde el 1 de enero de 1980 hasta el 1 de julio de 2018. Se trata de un total de 56 casos de carteles. Si bien pueden haber habido casos de carteles con anterioridad a dicha fecha la selección responde a que solo esos casos se encuentran disponibles en la página web de la Comisión: Comisión.produccion.gob.ar.

[6] "(…) el reparto concertado de mercados o de clientela y/o la fijación concertada de precios entre competidores, así como también la colusión entre oferentes en licitaciones, conforman un subconjunto de conductas restrictivas de la competencia que tienen como único efecto posible la distorsión de la asignación eficiente de los recursos y el perjuicio del bienestar general, al traducirse en mayores precios y/o restricciones de los volúmenes disponibles de los bienes o servicios en cuestión. A título ejemplificativo puede mencionarse que en algunas legislaciones esas conductas se encuentran prohibidas "per se" y constituyen delito, siendo por tanto de naturaleza criminal, como es el caso de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica. Similarmente, la Ley 22.262 de Defensa de la Competencia vigente hasta la sanción de la Ley 25.156, si bien no prohibía "per se" los carteles, sí los calificaba como delitos. (…) Asimismo, corresponde informar que, recientemente en el marco de discusiones especializadas en la materia, se ha acuñado la expresión "carteles intrínsecamente nocivos" como traducción al español de la tipificación de "hardcore cartels", para enfatizar el daño provocado por los tres tipos de acuerdos entre competidores referidos y distinguirlos de otros tipos de acuerdos por los cuales las empresas instrumentan formas de cooperación que potencialmente pueden mejorar el bienestar social (…)". (El subrayado nos pertenece). Párrafos 183, 184, 185 en la investigación de cartel entre SHELL GAS S.A. y TOTALGAZ ARGENTINA S.A en la Provincia de Misiones, Argentina en "Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Producción, Conducta 665, Expediente N° 064-004881/2001, "REF. ELEVA DENUNCIA", 23 de octubre de 2006".

[7] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta N° 1463, Expte. N° S01:0063196/2013, "SANATORIO SAN CARLOS, HOSPITAL PRIVADO REGIONAL DEL SUR, SANATORIO DEL SOL Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 25.156", 13 de marzo de 2018.

FARMACIAS TUCUMAN[8]				
CLINICAS DE SALTA[9]				
GELATINAS MEDICINALES[10]				
TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS				
AUTOMOTORES TIERRA DEL FUEGO				
CÁMARA ARGENTINA DE INDUSTRIAS ÓPTICAS				
SHELL GAS S.A., TOTALGAZ ARGENTINA S.A. [11]				
CEMENTO PORTLAND[12]				
OXÍGENO LÍQUIDO MEDICINAL[13]				
VECINOS DE LA CIUDAD DE SAN CARLOS DE BARILOCHE				
LACRI SOCIEDAD RESPONSABILIDAD LIMITADA				
VASPÍA S.A.I.C., FORARGEN S.A.				
CÍRCULO MÉDICO DE TANDIL				
A GAS S.A., LARA GAS S.A.				
ASOCIACIÓN SODERA PROVINCIAL DE AVELLANEDA				
ARENERAS BUENOS AIRES[14]				
SILOS ARENEROS[15]				
CENTRO DE INDUSTRIALES PANADEROS				
COLEGIO DE GRADUADOS EN CIENCIAS ECONOMICAS				

4.1. Conducta del inc. a): Concertación del precio de venta

Se destaca que el 83.92% del total de los casos de carteles bajo análisis y 19 de los 20 efectivamente sancionados, corresponde a la conducta prevista en el inc. a) del artículo 2 de la LDC: "*Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado*".

Entre las conductas colusorias, la fijación de precios es reconocida por la jurisprudencia y doctrina internacional[16] como la más nociva y la más típica[17] en materia de carteles. De acuerdo con las

[8] Op.cit.

[9] Op.cit.

[10] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Conducta 1142, Expediente N° S01: 0320435/2006, "OFICINA ANTICORRUPCIÓN S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN COMISIÓN", 4 de diciembre de 2015.

[11] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Producción, Conducta 665, Expediente N° 064-004881/2001, "REF. ELEVA DENUNCIA", 23 de octubre de 2006.

[12] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Coordinación Técnica, Ministerio de Economía y Producción, Conducta N° 513, Expte. N° 064-012896/1999, "LOMA NEGRA CIA S.A., CEMENTO SAN MARTIN SA., JUAN MINETTI S.A, CORCEMAR S.A, CEMENTOS AVELLANEDA S A., CEMENTOS EL GIGANTE S.A y PETROQUIMICA COMODORO RIVADAVIA S.A.", 25 de julio de 2005.

[13] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Coordinación Técnica, Ministerio de Economía y Producción, Conducta N° 697, Expte. N° 064-011323/2001, "OXÍGENO LÍQUIDO", 15 de julio de 2005.

[14] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía, Conducta 95, Expediente N° 36905, "JESUS VERDUN SUC J.J.D. VERDUN ZALAZAS; ARENERAS DE LA CRUZ Y ROZAS S.A.; ARENERA DEL LITORAL S.R.L; FLUVIARENA S.A., ARENERA PUERTO VILELLA", 26 de agosto de 1988.

[15] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía, Conducta 87, Expediente N° 70332/84, "SILOS ARENEROS BUENOS AIRES S.A.C. / CASTELLANI Y NOCELI S.R.L. Y OTROS", 27 de octubre de 1986

[16] USMAN, ADAMU KYUKA, "The most common cartel that harms competition is the price fixing cartel" Theory and Practice of International Economic Law, Malthouse Press, May 19, 2017, página 322.

"Directrices para el cálculo de las multas" de la UE si un cartel supone la fijación de precios, la multa se situará generalmente en el más alto nivel de la escala.[18] La fijación horizontal de precios produce un incremento de entre el 15% y el 25% en el importe básico de la multa con fines disuasorios.[19] Esto es porque la fijación de precios, junto con acuerdos de repartición de mercado y la limitación de producción, "*se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia*".[20]

La propia Comisión tiene dicho que "los acuerdos de precios son considerados en la legislación nacional e internacional como infracciones graves a la LDC y por ello constituyen una de las prácticas más severamente sancionadas en los países que cuentan con legislación antitrust[21]".

Así, el caso del Oxígeno Líquido Medicinal[22], uno de los más relevantes en la jurisprudencia de la Comisión, se trataba de una manipulación de los procesos licitatorios del Oxígeno Líquido Medicinal y de los pedidos de cotización formulados por los establecimientos públicos de la salud, a fin de materializar el reparto de clientes para abastecerlos de manera exclusiva y la fijación de precios. En base a la información recabada y la documentación secuestrada, la Comisión consideró que AGA S.A., PRAXAIR ARGENTINA S.A., INDURA ARGENTINA S.A. y AIR LIQUIDE ARGENTINA S.A. celebraron acuerdos de fijación de precios, estableciendo precios mínimos a cobrar por el oxígeno y subas o mantenimientos concertados de precios, "*liberándose de esta forma de la competencia del resto de los miembros del acuerdo*".

Incluso, los últimos tres casos de carteles sancionados por la Comisión, en su conformación actual, entre el 2017 y el 2018 (caso de las Clínicas en Salta[23], Colegio de Farmacéuticos de Tucumán[24] y Sanatorios en San Carlos de Bariloche[25]) se trataron de acuerdos colusorios de fijación de precios.

4.2. Conducta del inc. c): Reparto de mercado

En cantidad de casos analizados, a la concertación para fijación de precios, le sigue la práctica prescripta en el inc. c) del artículo 2 de la LDC: "*repartir, dividir, distribuir, asignar o imponer en forma horizontal zonas, porciones o segmentos de mercados, clientes o fuentes de aprovisionamiento*". El 14,28% (se trata de 8 casos) de los casos analizados por la Comisión fueron sancionados por reparto de mercado, en forma conjunta con otras prácticas colusorias.

En el caso del Cemento Portland[26], en el cual las cinco cementeras más importantes del país fueron sancionadas por haber participado en una concertación de cuotas y participaciones de mercado a nivel nacional, fijación de condiciones de venta uniformes y acuerdos para ofertar precios exagerados en licitaciones de obras públicas e intercambio de información sensible, las imputadas esgrimieron como defensa que la Comisión no habría demostrado en "*ningún momento la afectación del interés económico general que se derivaría de las conductas imputadas*"[27]. Sin embargo, la Comisión concluyó que no era necesario demostrar el perjuicio al interés económico general, que bastaba con <u>*acreditar las conductas*</u>

---

[17] ROBERT H. LANDE, "The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules," 2000 Wis. L. Rev. 941.

[18] COMISIÓN EUROPEA, "Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003" Diario Oficial de la Unión Europea, (2006/C 210/02), párrafo 23.

[19] Id. párrafo 25.

[20] Id. párrafo 23.

[21] Párrafo 958 en "Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Comercio, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Conducta 1234, Expte. N° S01: 0000803/2008, "HUGO ALTILIO RIELLO GASPERINI Y JOSÉ LUIS CATALÁN MAGNI S/ SOLICITUD DE INTERVENTCIÓN LEY 25.156 – COMISIÓN", 4 de diciembre de 2014".

[22] Op. cit.

[23] Op. cit.

[24] Op. cit.

[25] Op.cit.

[26] op. cit.

[27] Ídem, párrafo 431.

imputadas y evaluar que las conductas imputadas no se encuentran justificadas por razones de eficiencia.[28]

Tal como dijimos precedentemente, es precisamente la presunción de nulidad de este tipo de conductas, que establece la LDC, la que evitaría estas argumentaciones simplificando el análisis y la carga probatoria por parte de la Comisión.

El caso del Oxígeno Líquido Medicinal también se trató de un reparto de clientes combinado con fijación de precios materializados a través de la manipulación de los procesos licitatorios de los pedidos de cotización formulados por establecimientos de la salud[29].

El único caso que fue sancionado en forma exclusiva por reparto de mercado fue el caso de "SHELL GAS S.A., TOTALGAZ ARGENTINA S.A."[30]. Las empresas investigadas, SHELL GAS S.A. y TOTALGAZ ARGENTINA S.A., eran dos de las más importantes empresas fraccionadoras distribuidoras de GLP en la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones, una ciudad que no se encuentra alcanzada por la extensión de la red de gas natural, por lo que el GLP en garrafas es el insumo energético más relevante. Según se constató de las declaraciones testimoniales e información documental tales como facturas y remitos, dichas empresas fueron sancionadas por un reparto de mercado manifestado a través de la negativa acordada entre ellas para no suministrar al denunciante las cargas de GLP que este solicitara.

4.3. Conducta del inc. d): Concertación de posturas en licitaciones

Entre las prácticas colusorias más frecuentes sigue la prevista en el inciso d) del artículo 2 de la LDC: *"establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subastas"*.

El 12,5% (se trata de 7 casos) del total de casos analizados se trató de concertación de posturas en licitaciones. No se registran casos de carteles sancionados exclusivamente por esta práctica sino en concurrencia con otras tales como fijación de precios. Se destacan dos casos de concertación en licitaciones públicas, el caso de las Gelatinas Medicinales[31] y el caso del Oxígeno Líquido Medicinal.

En el primero fueron sancionados cuatro laboratorios y tres personas físicas, responsables de tres de los laboratorios[32], por haber realizado prácticas concertadas en las licitaciones convocadas por hospitales públicos en el mercado de gelatinas desde el año 2005 hasta el año 2007 inclusive, para repartirse clientes y fijar precios con el objeto de restringir la competencia.

En el caso del Oxígeno Líquido Medicinal, en el cual se sancionó a las empresas imputadas por concertar posturas en licitaciones públicas y privadas a través de mecanismos de supresión de la oferta o la presentación de ofertas complementarias, la Comisión aprovechó la oportunidad para aclarar que *"aunque la legislación argentina no tipifica prácticas anticompetitivas per se, la jurisprudencia que se ha ido desarrollando en una serie de casos concretos (tanto por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como de los tribunales superiores) muestra una tendencia bastante clara a*

[28] Ídem, párrafo 436, el subrayado nos pertenece.

[29] Párrafo 370 en op. cit.

[30] op. cit. Sin embargo, cabe aclarar que dicha sanción fue revocada totalmente por la Cámara Federal de Posadas entendiendo el material probatorio no habría acreditado la conducta de reparto de mercado. Ver Cámara Federal de Posadas, "Shell Gas S.A., TOTAL GAZ ARGENTINA S.A.S/RECURSO DE APELACIÓN". 30 de mayo de 2008. Incluso algunos autores señalan que la conducta descripta en dicho caso correspondería a una práctica vertical de exclusividad más que una conducta colusiva de reparto de mercado. Ver, Germán Coloma "Comentarios sobre los argumentos económicos analizados en cinco casos de apelación de la ley argentina de defensa de la competencia". En EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H) Y GUILLERMINA TAJAN, Derecho de la competencia y su control judicial, 1° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

[31] op. cit.

[32] El responsable del cuarto laboratorio no fue sancionado personalmente por haber fallecido durante la investigación.

sancionar todas aquellas prácticas horizontales concertadas que han sido suficientemente probadas y representan casos de colusión abierta"[33].

4.4. Conducta del inc. b): Fijación de cuotas de producción

Se trata de la conducta menos frecuente, solo 3 casos de los analizados por la Comisión fueron multados por fijación de cuotas de producción.

El caso más relevante es el del Cemento Portland en el cual, como dijimos anteriormente, las conductas sancionadas fueron asignación de cuotas y participaciones en el mercado de cemento portland a nivel nacional e intercambio de información sensible a través de la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland. Uno de los aspectos considerados por la Comisión fue la alta capacidad ociosa en la industria durante el período analizado, alcanzando la misma un promedio anual entre los años 1981 y 1999 del 53% de la capacidad instalada[34].

Los otros dos casos datan de 1986[35] y 1988[36] y se refieren a carteles en el mercado de la arena en Gran Buenos Aires y alrededores y en la Provincia de Corrientes, respectivamente.

En el caso de los "Silos Areneros", el primero de los mencionados, la Comisión dijo que "el sistema de cupos de producción implementado por las presuntas responsables constituye una acción concertada para limitar o controlar deliberadamente la oferta de arena, acción que se tradujo en un considerable aumento en los precios del producto".

5. Intercambio de información sensible

En palabras de la Comisión, el intercambio de información sensible "es central para el sostenimiento de las conductas colusivas, y (…) la misma ha jugado un papel decisivo en prácticamente todos los casos de colusión"[37]. En ese mismo precedente, la Comisión precisó que la información confidencial puede funcionar tanto como soporte de un acuerdo explícito sobre alguna variable en particular (precios, cantidades, cuotas) y también como mecanismo para hacer posible una coordinación de naturaleza tácita entre las empresas.

Sin embargo, la LDC no la considera una conducta prohibida *per se*, sino que la menciona en el artículo 3 como una práctica restrictiva de la competencia cuando tiene por objeto o efecto fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado.

En este punto, la legislación argentina se acerca a la legislación norteamericana, -alejándose de la legislación europea-, en donde el intercambio de información sensible es generalmente analizado bajo la regla de la razón, salvo algunas excepciones.

Por lo que no rige la presunción *iuris tantum*, sino que la Comisión deberá probar que el intercambio de información sensible haya efectivamente perjudicado el interés económico general.

6. Las sanciones en la nueva ley

Todas las leyes anteriores fijaron las multas en sumas de dinero. Así, la Ley N° 25.156 estableció la multa máxima en Pesos Argentinos $ 150.000.000 que equivalía en la época de la sanción de la ley (año 1999) a Dólares Estadounidenses 150.000.000. Con las devaluaciones que sufrió el Peso frente al Dólar durante estos últimos 18 años, esa multa máxima había pasado a representar apenas Dólares Estadunidenses 7.500.000.

[33] Párrafo 394, en op. cit.

[34] Párrafo 77, en op.cit.

[35] op. cit.

[36] op. cit.

[37] Párrafo 351 en op.cit.

Por esa razón, la nueva LDC estableció que las multas se calcularán en unidades móviles (UM) que serán actualizadas una vez al año.

La LDC incrementa de manera significativa los montos de las multas por comisión de conductas anticompetitivas tanto unilaterales como colusivas. A tales fines el artículo 55 determina el siguiente procedimiento para su cálculo: "…*(i) hasta el treinta por ciento (30%) del volumen de negocios asociado a los productos o servicios involucrados en el acto ilícito cometido, durante el último ejercicio económico, multiplicado por el número de años de duración de dicho acto, monto que no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del volumen de negocios consolidado a nivel nacional registrado por el grupo económico al que pertenezcan los infractores, durante el último ejercicio económico o (ii) hasta el doble del beneficio económico reportado por el acto ilícito cometido. En caso de poder calcularse la multa según los dos criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), se aplicará la multa de mayor valor. En caso de no poder determinarse la multa según los criterios establecidos en los puntos (i) y (ii), la multa podrá ser de hasta una suma equivalente a doscientos millones (200.000.000) de unidades móviles. A los fines del punto (i) la fracción mayor a seis (6) meses de duración de la conducta se considerará como un (1) año completo a los efectos del multiplicador de la multa."*

Es decir, que la Comisión podrá optar por establecer la multa: (a) según los criterios establecidos en los puntos (i) y (ii); o (b), en hasta la suma equivalente a 200.000.000 de UM, lo que hasta el 31 de diciembre de 2018 equivale Pesos Argentinos $4.000.000.000 (por cuanto la UM se fijó en Pesos Argentinos $ 20). En caso de reincidencia en los últimos 10 años los montos de las multas se duplicarán.

Es cuestionable la discrecionalidad con la que cuenta la Autoridad en la elección del procedimiento a) o b) para fijar la multa. Y la reglamentación tampoco aporta luz en este sentido.

En cuanto a la graduación de la multa, la ley lista ciertos factores a considerar, varios de los cuales ya eran aplicados en la jurisprudencia de la Comisión, tales como: la gravedad de la infracción, el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida, el efecto disuasivo, la duración de la práctica y los antecedentes del responsable como su capacidad económica, entre otros.

Una innovación de la LDC es la sanción adicional de suspensión en el Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta 5 años, para los responsables de la conducta colusoria. Y, en los casos de concertación de posturas en licitaciones, concursos o subastas (art. 2 inc. d), la exclusión podrá llegar hasta 8 años.

La LDC incorpora la figura del daño punitivo. Se trata de una acción autónoma, aunque también podría ser acumulable con otros daños resarcibles, con la que cuenta el damnificado para solicitar al juez competente una multa civil a su favor contra el autor de una conducta anticompetitiva. Advertimos que la LDC no fija un tope a la multa civil. Si bien se graduará en función de la gravedad del hecho, su indeterminación se fundamenta en el efecto disuasorio que persigue al desconocer el infractor anticompetitivo su monto exacto por anticipado y elevando, por ende, hasta la incertidumbre los riesgos de cometer una conducta anticompetitiva[38].

Es importante destacar que la LDC contempla la responsabilidad solidaria de las personas controlantes de la infractora que hubiesen permitido la infracción, estén radicadas en el país o en el extranjero.

La LDC mantiene las sanciones que fijaba la ley anterior tales como: la solidaridad de la multa entre la persona jurídica y los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Colegio de Vigilancia, mandatarios o representantes legales que hubiesen contribuido a la comisión de la infracción; inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años tanto a la persona jurídica como física; la publicación de la sanción y multas por obstrucción a la investigación.

Hay muy pocos antecedentes de sanciones impuestas a personas físicas. Entre los antecedentes se puede mencionar el caso de las Gelatinas Medicinales[39] y el de las Cámaras Ópticas, que fueron

[38] MOLINA SANDOVAL, Carlos Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia. Revista de responsabilidad civil y seguros, Año XX, Número 7, Thomson Reuters, La Ley, Julio 2018.

[39] En el párrafo 329, la Comisión extendió la responsabilidad a los directores debido a que "dado sus cargos relevantes ocupados durante la comisión del ilícito, no pueden alegar a su favor que no se estaba pensando ni obrando con conocimiento de que sus actos y su repercusión eran perjudiciales para la libre competencia (…)".

comentados anteriormente, en los cuales se sancionó a directores que permitieron las conductas colusorias respectivas.

Conclusión

Si bien la diferenciación entre carteles *per se* y otros acuerdos colusorios es una novedad de la LDC, las conductas colusorias ahora diferenciadas en el artículo 2, ya eran investigadas y sancionadas desde mucho antes por la Comisión, e incluso caracterizadas en algunos dictámenes como conductas prohibidas *per se*.

La nueva categorización pretende simplificar la persecución de estos carteles, considerados los más perjudiciales para el interés económico general, trasladando la carga de la prueba a las imputadas.

La jurisprudencia futura de la Comisión y, en especial su confirmación por los tribunales de alzada, servirán para saber si esta categorización ha sido eficiente para combatir y sancionar carteles.

Referencias bibliograficas

CÁMARA FEDERAL DE POSADAS, "Shell Gas S.A., TOTAL GAZ ARGENTINA S.A.S/RECURSO DE APELACIÓN". 30 de mayo de 2008.

COLOMA, Germán "Comentarios sobre los argumentos económicos analizados en cinco casos de apelación de la ley argentina de defensa de la competencia". En FAVIER DUBOIS (H), E.M; TAJAN, G. **Derecho de la competencia y su control judicial**, 1° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

COMISIÓN EUROPEA, "Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003" Diario Oficial de la Unión Europea, (2006/C 210/02), párrafo 23.

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Secretaría de Comercio, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Conducta 1234, Expte. N° S01: 0000803/2008, "HUGO ALTILIO RIELLO GASPERINI Y JOSÉ LUIS CATALÁN MAGNI S/ SOLICITUD DE INTERVENTCIÓN LEY 25.156 – COMISIÓN", 4 de diciembre de 2014

_____, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía, Conducta 95, Expediente N° 36905, "JESUS VERDUN SUC J.J.D. VERDUN ZALAZAS; ARENERAS DE LA CRUZ Y ROZAS S.A.; ARENERA DEL LITORAL S.R.L; FLUVIARENA S.A., ARENERA PUERTO VILELLA", 26 de agosto de 1988.

_____, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía, Conducta 87, Expediente N° 70332/84, "SILOS ARENEROS BUENOS AIRES S.A.C. / CASTELLANI Y NOCELI S.R.L. Y OTROS", 27 de octubre de 1986

_____, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta N° 1463, Expte. N° S01:0063196/2013, "SANATORIO SAN CARLOS, HOSPITAL PRIVADO REGIONAL DEL SUR, SANATORIO DEL SOL Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 25.156", 13 de marzo de 2018.

_____, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta N° 1440, Expte. N° S01: 0211182/2012, "ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS Y SANATORIOS PRIVADOS DE SALTA, CÍRCULO MÉDICO DE SALTA Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 25.156", 31 de julio de 2017.

_____, Secretaría de Comercio, Ministerio de Producción, Conducta N° 1462, Expte. N° S01:0203191/2017, "COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE TUCUMÁN S/INFRACCIÓN LEY 25.156", 23 de enero de 2018.

_____, Secretaría de Comercio, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, Conducta 1142, Expediente N° S01: 0320435/2006, "OFICINA ANTICORRUPCIÓN S/ SOLICITUD DE INTERVENCIÓN COMISIÓN", 4 de diciembre de 2015.

_____, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Economía y Producción, Conducta 665, Expediente N° 064-004881/2001, "REF. ELEVA DENUNCIA", 23 de octubre de 2006.

_____, Secretaría de Coordinación Técnica, Ministerio de Economía y Producción, Conducta N° 513, Expte. N° 064-012896/1999, "LOMA NEGRA CIA S.A., CEMENTO SAN MARTIN SA., JUAN MINETTI S.A, CORCEMAR S.A, CEMENTOS AVELLANEDA S A., CEMENTOS EL GIGANTE S.A y PETROQUIMICA COMODORO RIVADAVIA S.A." 25 de julio de 2005.

_____, Secretaría de Coordinación Técnica, Ministerio de Economía y Producción, Conducta N° 697, Expte. N° 064-011323/2001, "OXÍGENO LÍQUIDO", 15 de julio de 2005.

LANDE, ROBERT H. "The Three Types of Collusion: Fixing Prices, Rivals, and Rules," 2000 Wis. L. Rev. 941.

MOLINA SANDOVAL, Carlos. **Daños punitivos en el régimen de defensa de la competencia**. Revista de responsabilidad civil y seguros, Año XX, Número 7, Thomson Reuters, La Ley, Julio 2018.

USMAN, ADAMU KYUKA, "*The most common cartel that harms competition is the price fixing cartel*" **Theory and Practice of International Economic Law**, Malthouse Press, May 19, 2017, página 322.

12. O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE COMO PARADIGMA PARA O CABETE À CORRUPÇÃO: AS EXPERIÊNCIAS DOS ESTADOS UNIDOS E DO BRASIL

12. THE ANTITRUST LENIENCY AGREEMENT AS A PARADIGM FOR THE FIGHT AGAINST CORRUPTION: EXPERIENCES FROM THE UNITED STATES AND BRAZIL

Luíza Rocha Jacobsen

Resumo: Este artigo estuda a evolução do acordo de leniência antitruste nos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos e do Brasil, destacando suas semelhanças e diferenças, bem como indicando pontos a serem melhorados. Após, são analisados instrumentos similares no ordenamento jurídico brasileiro e como o acordo de leniência antitruste pode servir de base para a politica de combate à corrupção, destacando, ainda, quais os desafios que devem ser encarados em cada uma dessas searas do Direito.

Palavras-chave: acordo de leniência; cartel; corrupção; Cade; DOJ.

Abstract: This article studies the evolution of the antitrust leniency agreement in the legal framework of the United States and Brazil, highlighting its similarities and differences, as well as indicating the points to be improved. After that, similar tools in the Brazilian legal framework are analyzed, just as how the antitrust leniency agreement may be used as a basis for the policy of fight against corruption, emphasizing what challenges should be faced in each one of these areas of Law.

Keywords: leniency agreement; cartel; corruption; Cade; DOJ.

Introdução

Considerando-se a importância que a política antitruste assumiu nas últimas décadas na economia global, mais precisamente no papel de controle e restabelecimento das forças do mercado, interessa-nos analisar o surgimento e a solidificação do seu instrumento mais relevante[1] e que serve de modelo para outras searas investigativas do Direito: o acordo de leniência antitruste.

De acordo com a OCDE, cartéis *hard core* são a forma mais notória de violação do Direito Antitruste. Isso porque eles prejudicam consumidores em diversos países, aumentando os preços e restringindo a oferta, além de tornarem bens e serviços completamente indisponíveis para algumas compras e desnecessariamente caros para outras[2].

Como se percebe, práticas ilícitas e anticompetitivas como cartéis impactam não apenas a economia local, mas podem atingir economias em diferentes países e causar danos a um número incontável de pessoas que compõem os seus destinatários finais, ou seja, os consumidores, bem como até mesmo outras empresas que se encontram na cadeia de produção de bens e oferecimento de serviços.

As dificuldades na detecção e posterior comprovação das condutas ligadas a cartéis geram grandes problemas às autoridades antitruste e investigativas, em todo o mundo. Eis que o acordo de leniência antitruste se mostrou uma ferramenta muito capaz de detectar tais atividades ilícitas, bem como desmantelá-las e restabelecer a ordem no mercado.

Este artigo partirá de uma abordagem com base na intrínseca influência que atos de corrupção possuem, quando existentes, de alterar maleficamente o mercado, prejudicando, como já destacado, os consumidores, representados pela sociedade em geral, visto que os danos causados não podem ser integralmente mensurados.

---

[1] HAMMOND, Scott D. "*Cracking Cartels With Leniency Programs*". Discurso apresentado no OECD Competition Committee, 2005.

[2] OECD. "Recommendation of the OECD Council concerning effective action against hard core cartels", 1998.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a evolução do uso do acordo de leniência antitruste pelas autoridades dos Estados Unidos e do Brasil, bem como identificar como esse instrumento é capaz de influenciar no combate à corrupção, e como pode ser também melhorada sua aplicação.

Para tanto, serão examinados os contextos históricos estadunidense e brasileiro, além das especificidades do acordo de leniência em suas respectivas legislações. Também será analisada a efetividade do instrumento e como a atuação das autoridades antitruste deve estar pautada por uma cooperação constante com autoridades investigativas criminais. Ao final, serão feitas sugestões de como o acordo de leniência pode ser melhorado, com base no Direito Antitruste Comparado entre os Estados Unidos e o Brasil.

1. O contexto histórico estadunidense e o consequente desenvolvimento da política de leniência antitruste

Primeiramente, cabe destacar que a política de celebração de acordos de leniência na seara concorrencial iniciou-se através da experiência norte-americana que, em 1978, foi a primeira jurisdição a possuir um programa de leniência antitruste[3]. Àquela época, o chamado Programa de Anistia (*Amnesty Program*) se caracterizava por ser um programa de baixo alcance, pois a anistia poderia ser concedida apenas caso a empresa leniente fosse a primeira do cartel a delatá-lo, além de ser necessário que as autoridades competentes não tivessem ainda iniciado uma investigação ou que sequer existisse a possibilidade de se iniciar uma investigação acerca dos fatos relatados.

Além disso, outro grande problema encontrado no programa original americano era a faculdade discricionária que possuía a autoridade antitruste – ou mais precisamente o *Department of Justice*[4] (DOJ) - para decidir acerca da concessão da anistia. Dessa forma, quando uma empresa se candidatava ao programa de anistia, não lhe era factível prever quais vantagens poderiam ser auferidas, ou pior, não lhe era possível conceber se receberia benefício algum ao final[5], o que claramente acabou se tornando um obstáculo para que as empresas considerassem esse instrumento negocial.

Em decorrência disso, o programa foi completamente revisado pelo DOJ, sendo lançada, em 1993, a Política de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Policy*)[6], seguida, em 1994, pela Política de Leniência para Indivíduos (*Leniency Policy for Individuals*)[7].

A partir de então, o programa de anistia norte-americano passou a prever proteção tanto às empresas quanto às pessoas físicas interessadas em colaborar na desestruturação de cartéis e na identificação dos sistemas de monopólio e corrupção por trás dos agentes econômicos. De acordo com Lynch[8], passaram a existir dois modelos de acordo de leniência antitruste que podem ser celebrados pelo DOJ.

O requisito determinante para a diferenciação entre o acordo de leniência tipo A e o acordo de leniência tipo B é a existência ou não de uma investigação em curso na autoridade antitruste. A partir

---

[3] SOUZA, Marcelo de Lima, "Leniency Programs: An International Comparison". European Master in Law and Economics. Tese de Mestrado, agosto de 2007.

[4] O Departamento de Justiça americano (DOJ) é o Departamento Federal do governo estadunidense responsável pela execução da lei e pela administração da justiça nos Estados Unidos. Ele representa o governo em questões legais, podendo atuar tanto em matéria criminal, como civil, além de possuir uma Divisão específica para a temática antitruste.

[5] MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. "Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste". Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004.

[6] USDOJ. "Corporate Leniency Program", 2003.

[7] USDOJ. "Leniency Program for Individual", 2004.

[8] LYNCH, Niall E. "Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective". LATHAM & WATKINS LLP, 2011:

"(1) Type A Leniency where the illegal conduct is self-reported before a government investigation has begun; and (2) Type B Leniency where the illegal conduct is self-reported after an investigation has been initiated. The requirements for qualification under Type A or Type B are similar, with a few important distinctions".

desse requisito, existe uma série de outras condições que deverão ser cumpridas pelas empresas e/ou pessoas físicas interessadas em celebrar um acordo de leniência. Para o acordo de leniência tipo A, existem outras 6 seis) obrigações[9] que deverão ser satisfeitas pelo leniente, enquanto o acordo de leniência tipo B prevê mais 7 (sete) obrigações[10] para que se obtenha a imunidade[11].

As principais alterações que podem ser destacadas com as inovações trazidas em 1993 e 1994 são: (*i*) caso uma empresa delate um cartel antes do início de qualquer investigação pelas autoridades competentes e cumpra os 6 requisitos do acordo tipo A, ela receberá automaticamente a anistia; (*ii*) quando já houver uma investigação em curso, a empresa poderá também receber a anistia, todavia, ficando submetida à discricionariedade do DOJ, desde que seja a primeira a delatar e cumpra os 7 requisitos do acordo tipo B; e (*iii*) caso uma empresa se qualifique automaticamente para a anistia do caso (i), os seus diretores e empregados que desejarem cooperar conjuntamente também poderão receber anistia[12].

Analisando tais modificações, é possível concluir que o DOJ procurou afastar a total discricionariedade antes existente, garantindo, de antemão, uma proteção total e certa àqueles que optem por negociar um acordo de leniência antitruste e sejam os primeiros a delatar o cartel, antes do início de qualquer investigação – além de cumprir os outros requisitos.

Isso porque a efetividade dos acordos de leniência depende diretamente da segurança e da previsibilidade que podem ser garantidas aos pretensos lenientes, os quais estão em posição de fornecer informações fundamentais e determinantes para os resultados das investigações, e assim auxiliar na prevenção e no combate de crimes econômicos, bem como possíveis casos de corrupção.

---

[9] Leniency will be granted to a corporation reporting illegal antitrust activity before an investigation has begun if the following six conditions are met:

1) At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source;

2) The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity;

3) The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation;

4) The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials;

5) Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and

6) The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.

[10] A company will be granted leniency even after the Division has received information—such as from an anonymous complainant, a private civil action, or a press report—about the illegal antitrust activity, whether this is before or after an investigation has begun, if the following conditions are met:

1) The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported;

2) The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction;

3) The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity;

4) The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation;

5) The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials;

6) Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 7) The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward.

[11] O DOJ mantém, em sua página oficial na internet, um arquivo de perguntas frequentes que são constantemente atualizadas e que servem de referência ao Programa de Leniência.

[12] OECD. "Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency programmes", 2002.

É, portanto, essencial que o acordo de leniência seja visto pelas partes não apenas como um simples contrato, mas como um acordo de 'mão dupla', no qual os lenientes fornecerão informações que para as autoridades investigatórias seria impossível obter sem esse auxílio, enquanto essas garantirão aos lenientes a sua segurança e uma concreta perspectiva de vantagens – as quais, nos Estados Unidos, podem variar desde imunidade total na seara criminal como até mesmo a completa isenção no pagamento de multas na seara civil.

Inclusive, destaca-se a possibilidade de concessão de 'prêmios' em valores para os chamados *whistleblowers*[13]. Tais prêmios são ainda pouco aplicados, não sendo, até o momento, utilizados, nem nos Estados Unidos nem no Brasil, dado que sua real eficácia não foi ainda completamente determinada[14]. Os prêmios possuem a função de aumentar os incentivos para que possíveis lenientes, que poderão ser pessoas físicas ou representantes empresariais, venham à frente delatar cartéis, além de poder reduzir os prejuízos financeiros da empresa delatora.

Essa forma de benefício, se considerada concretamente, traria novidades ao programa atualmente utilizado nos Estados Unidos e no Brasil, pois representaria não apenas a já existente tolerância passiva da Administração Pública para que o leniente não realize o pagamento de multas (nos Estados Unidos) ou tenha seu valor reduzido (no Brasil), como passaria a representar uma obrigação ativa do Estado, que seria responsável por gerar uma vantagem financeira real ao leniente.

Ainda, cabe aqui destacar que, em 2004, a legislação estadunidense passou por novas alterações, com vistas a incentivar ainda mais o aumento no número de propostas de acordo de leniência antitruste para o desmembramento de cartéis, através do *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA).

Antes do ACPERA, aos lenientes era garantida apenas a imunidade no procedimento criminal, ou seja, na esfera cível o leniente antitruste tinha o mesmo tratamento dado aos delatados, o que claramente configurava uma desvantagem, desde o início, para que fosse realizado o acordo de leniência[15].

Já sob o guarda-chuva do ACPERA, os lenientes antitruste que foram anistiados do processamento criminal pelo DOJ passaram - na ação civil relacionada ao seu acordo de leniência - a poder limitar a sua responsabilidade a danos determinados[16], não mais fazendo parte da responsabilidade solidária existente entre os delatados, a qual evidentemente se configura em uma responsabilidade mais severa.

Todavia, essa possibilidade apenas será concedida aos lenientes caso se verifique que esses, além de terem cooperado com o governo americano - DOJ, tenham também proporcionado 'cooperação satisfatória' aos reclamantes, no âmbito da ação civil, conforme requisitos determinados em emenda ao ACPERA[17].

---

[13] De acordo com a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), *whistleblower* é o termo utilizado na comunidade jurídica internacional para se referir "a toda pessoa que espontaneamente leva ao conhecimento de uma autoridade informações relevantes sobre um ilícito civil ou criminal". As irregularidades relatadas podem ser desde atos de corrupção, fraudes públicas, até mesmo grosseiro desperdício de recursos público ou atos que coloquem em risco a saúde pública, os direitos dos consumidores etc. Disponível em <http://enccla.camara.leg.br/noticias/o-que-e-o-whistleblower> Acesso em 20 de julho de 2018.

[14] A autoridade antitruste do Reino Unido (*Competition and Markets Authority*) se destaca nessa corrida, oferendo prêmios de até £100,000 (cem mil *pounds*) para aquele que vir à frente e denunciar atividades de cartel, tais como fixação de preços ou alocamento de mercado. Disponível em < https://www.competitionpolicyinternational.com/uk-up-to-100000-cash-rewards-for-cartel-whistleblowers/> Acesso em 20 de julho de 2018.

[15] MARTILLA, Kristen G. "*ACPERA- Emerging Guidance and New Questions*". Lockridge Grindal Nauen PLLP, 2015.

[16] LYNCH, op. cit.

[17] P.L. 108-237 § 213(b); 15 USC § 1 note:

(b) Requirements.--Subject to subsection (c), an antitrust leniency applicant or cooperating individual satisfies the requirements of this subsection with respect to a civil action described in subsection (a) if the court in which the civil action is brought determines, after considering any appropriate pleadings from the claimant, that the

Resumidamente, tais premissas instituídas na lei americana preveem que a 'cooperação satisfatória' ocorrerá quando: houver o fornecimento de relatos relevantes à ação civil, bem como documentos que possam ser úteis ao seu bom andamento; além de, no caso de pessoa física, tornarem-se disponíveis para tomada de depoimentos, respondendo sempre com base na verdade e na boa-fé, e, no caso de empresas, assegurarem e facilitarem a cooperação de seus funcionários que tenham aderido ao acordo de leniência antitruste.

Por fim, salienta-se que o ACPERA foi inicialmente previsto para vigorar durante 5 (cinco) anos, tendo sido renovado em 2010, dessa vez com previsão para durar até 2020, demonstrando a percepção pelas autoridades estadunidenses acerca da existência de benefícios reais dos acordos de leniência antitruste nos procedimentos cíveis. Este problema é ainda enfrentado pelos pretensos lenientes no Brasil, conforme será abordado mais à frente.

1.1 A efetividade dos acordos de leniência antitruste nos Estados Unidos

Considerando-se as robustas alterações ocorridas na legislação antitruste americana ao longo dos anos, é possível demonstrar, através dos resultados concretos obtidos nos acordos que foram celebrados pela autoridade antitruste estadunidense, a clara e considerável evolução de seu sucesso através deste instituto de detecção de cartéis. O programa de leniência adotado pelo DOJ é considerado a melhor ferramenta investigativa no combate a cartéis[18] e na recuperação de valores para reparar os danos causados ao mercado financeiro e de consumo, através da aplicação de multas bilionárias pela autoridade antitruste.

Tais alterações ocorreram, justamente, para aumentar a abrangência desse instrumento, bem como estabilizar os anseios dos proponentes de acordos de leniência, visto que esses não possuíam qualquer garantia para engajarem no acordo originariamente formulado, dificultando que a autoridade antitruste fosse então procurada. A conclusão lógica, mesmo antes de se analisar os dados oficiais, é a de que houve um aumento drástico na celebração de acordos de leniência antitruste devido às reformulações e melhorias que foram feitas no programa.

Entre 1978 e 1993, na era do programa de leniência original, a média de propostas de celebração de acordo de leniência pelo DOJ foi de aproximadamente 01 (um) acordo por ano; já em 1993, com as novas políticas, o número de acordos celebrados subiu para quase 01 (um) acordo por mês, ou seja, quase 12 (doze) por ano; entre outubro de 2002 e março de 2003 o número saltou para 03 (três) acordos por mês, ou seja, 36 (trinta e seis) por ano[19].

---

applicant or cooperating individual, as the case may be, has provided satisfactory cooperation to the claimant with respect to the civil action, which cooperation shall include--

(1) providing a full account to the claimant of all facts known to the applicant or cooperating individual, as the case may be, that are potentially relevant to the civil action;

(2) furnishing all documents or other items potentially relevant to the civil action that are in the possession, custody, or control of the applicant or cooperating individual, as the case may be, wherever they are located; and

(3)(A) in the case of a cooperating individual--

(i) making himself or herself available for such interviews, depositions, or testimony in connection with the civil action as the claimant may reasonably require; and

(ii) responding completely and truthfully, without making any attempt either falsely to protect or falsely to implicate any person or entity, and without intentionally withholding any potentially relevant information, to all questions asked by the claimant in interviews, depositions, trials, or any other court proceedings in connection with the civil action; or

(B) in the case of an antitrust leniency applicant, using its best efforts to secure and facilitate from cooperating individuals covered by the agreement the cooperation described in clauses (i) and (ii) and subparagraph (A).

[18] HAMMOND, op. cit.

[19] GRIFFIN, James M. "*A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program*". Discurso apresentado no Encontro Anual do American Bar Association, 2003.

Com relação às multas aplicadas em razão da celebração de acordos de leniência e a concessão do benefício da anistia, foi constatado que, entre os anos de 1997 e 2002, foram recolhidos aos cofres americanos USD 1,5 bilhões de dólares pela autoridade antitruste[20].

Destaca-se que foram relevantes para a obtenção desse vultoso valor as investigações de cartéis realizadas em âmbito internacional. Isto, pois, no regime antigo do programa de anistia (antes de 1993), não foi celebrado sequer 01 (um) acordo de leniência internacional pelo Departamento de Justiça americano, ou seja, não havia conseguido aquela autoridade levar aos tribunais dos Estados Unidos um único caso de cartel internacional[21].

De acordo com o próprio DOJ, o aumento no número de candidaturas ao programa de leniência e o seu sucesso generalizado entre os lenientes foi resultado de três principais alterações ocorridas em 1993: (*i*) o fato de a anistia ter virado automática em caso de não haver investigação preexistente; (*ii*) o fato de a anistia ainda ser possível mesmo se a cooperação começar depois do início de uma investigação, a depender de certos requisitos; e (*iii*) o fato de todos os funcionários, diretores e empregados que decidirem cooperar conjuntamente com a empresa poderem ser imunizados no processamento criminal[22].

1.2 O acordo de leniência antitruste e o combate à corrupção nos Estados Unidos

Conforme já mencionado em nota de rodapé, a autoridade antitruste americana atua através da Divisão Antitruste do DOJ, à qual compete celebrar o acordo de leniência antitruste nos Estados Unidos da América. Da mesma forma, possui também o DOJ competência para, através de outras Divisões, realizar a persecução penal, bem como o processamento civil no ordenamento jurídico estadunidense. O fato de tais Divisões estarem sob o guarda-chuva de uma mesma instituição facilita a comunicação entre as diferentes áreas do Direito, bem como que se siga uma política melhor orientada, com resultados mais harmônicos.

Entretanto, apesar da natural comunicabilidade que se presume na atuação das Divisões do DOJ, não possui os Estados Unidos um Programa de Leniência específico para atos de corrupção, como há no Brasil. Nesse sentido, cumpre salientar que o Programa de Leniência antitruste americano poderá abarcar outros delitos cometidos em conexão com o ilícito antitruste, tais como a corrupção. Todavia, essa garantia vincula apenas a Divisão Antitruste, de forma que os acordos de leniência antitruste não poderão impedir outros órgãos persecutórios de processarem os lenientes antitruste[23], o que acaba por tornar essa garantia inócua no momento da decisão sobre a celebração do acordo de leniência com a Divisão Antitruste.

No caso da negociação de imunidade criminal, esta compete à Divisão Criminal do DOJ, a qual poderá celebrar com as empresas os chamados acordos de *Non-* e *Deferred Prosecution Agreements* (N/DPA). Tais compromissos consistem em acordos contratuais celebrados entre o governo americano, representado pelo DOJ, e as entidades empresariais, permitindo que o DOJ imponha sanções à respectiva entidade, bem como estabeleça mudanças institucionais a serem realizadas, em troca da concordância do governo em abrir mão de investigações e indiciamento criminal das empresas[24].

Os acordos N/DPAs são importantes na medida em que permitem que as empresas resolvam sua situação em procedimentos criminais, bem como fortaleçam seus mecanismos de *compliance*, de forma a prevenir outros atos ilícitos que poderiam vir a ser cometidos no futuro. Além disso, resolvendo suas questões criminais, as empresas atenuam possíveis consequências colaterais advindas de uma

[20] GRIFFIN, op cit.

[21] LYNCH, op. cit.

[22] HAMMOND, op. cit.

[23] SPAGNOLO, Giancarlo. "*Expanding leniency to fight collusion and corruption*". Stockholm School of Economics, 2016

[24] RHEE, June. "*The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance*". Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 2014.

condenação criminal, a qual afetaria economicamente a empresa e, naturalmente, todos seus funcionários[25].

Como se percebe, da mesma forma que ocorre no Brasil, conforme será trabalhado adiante, a celebração de acordos de cooperação com as autoridades americanas é feita por diferentes órgãos do DOJ, cada um na sua respectiva área de competência. Entendemos essa divisão de competência em diferentes órgãos como um desenvolvimento natural dos diversos ramos do Direito, que possuem autonomia e especificidades próprias. Todavia, é deveras importante que as diferentes autoridades, no caso especifico, antitruste e criminal, mantenham diálogo constante acerca da evolução de suas investigações, bem como da celebração de acordos contendo fatos que notoriamente permeiem a seara de competência de outra Divisão.

Conforme orienta Spagnolo[26], uma importante prioridade para as autoridades investigativas seria, a partir da criação de políticas de combate à corrupção, coordená-las com as políticas de leniência antitruste, inclusive com autoridades estrangeiras homólogas. Isto, pois, a inexistência de um Programa de Leniência para a corrupção nos Estados Unidos dificulta a aplicação da legislação anticorrupção, bem como reduz os incentivos para que possíveis indivíduos e empresas colaborem em casos de cartéis corruptos, dado o risco de que haja o processamento criminal pelo crime de corrupção.

Não menos importante, elucida-se aqui, mais uma vez, a relevância de que sejam observadas as orientações providas pelo DOJ através do seu documento oficial de perguntas frequentes, constante da sua página na internet. Tal documento se constitui em uma forma de Guia acerca do Programa de Leniência antitruste americano, contendo orientações que deverão ser observadas pelas empresas e pelos indivíduos, constituindo-se também uma ferramenta de grande valor para os aplicadores do direito antitruste.

Nesse sentido, o documento foi atualizado pela última vez em janeiro de 2017, trazendo algumas questões acerca da tônica com que o DOJ está tratando a celebração dos acordos de leniência antitruste. Isso, pois, já na introdução, a expressão "obter leniência" foi revisada para "receber leniência", demonstrando a maior seriedade com que a autoridade antitruste pretende conduzir o tema, bem como deixando claro que a decisão final acerca da utilização do instituto cabe a ela. Ainda, as atualizações trazidas - maior rigorosidade em fornecer *markers*, maior rigidez na colaboração regulamentada pelo ACPERA, ênfase no fato de que outras Divisões não estão vinculadas ao acordo de leniência antitruste, entre outras - reforçam a necessidade de que a cooperação com o DOJ seja feita o mais cedo possível[27].

2. O contexto do acordo de leniência antitruste no Brasil e a sua ascensão como principal instrumento de combate a cartéis

Dentro do contexto concorrencial no Brasil, o Programa de Leniência brasileiro, cuja competência para celebração é da autoridade antitruste - o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) - foi introduzido na legislação pátria apenas no ano 2000, de forma que o primeiro acordo de leniência celebrado pelas autoridades antitruste brasileiras veio a ocorrer apenas em 2003. Desde então, já foram realizados mais de 80 (oitenta) acordos de leniência pelo Cade[28].

De acordo com o Guia elaborado pela própria autoridade antitruste acerca do Programa de Leniência Antitruste no Cade[29], o objetivo do Programa é o de justamente permitir que tanto empresas quanto indivíduos que participam ou que participaram de condutas anticoncorrenciais celebrem acordo de leniência com essa autoridade. Para tanto, os candidatos à leniência devem se comprometer à

---

[25] RHEE, op. cit.

[26] SPAGNOLO, op. cit.

[27] FELDMAN, Warren; MEISTER, David; e SUNSHINE, Steve C. "*DOJ Updates Leniency Program FAQs*". Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, 2017.

[28] Informações disponíveis em <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em 22 de junho de 2018.

[29] Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Maio de 2016.

cessação da conduta em questão, denunciar, bem como confessar a participação na prática da infração à ordem econômica.

A prática de cartel no sistema jurídico brasileiro é considerada tanto um ilícito administrativo, quanto um ilícito criminal, conforme previsto respectivamente na Lei nº 12.529/2011 (conhecida como a Lei do Cade) e na Lei nº 8.137/1990 (conhecida como a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária).

Já o devido processamento de cartéis no Brasil pode ocorrer em três frentes diferentes: administrativa, criminal e civil. A seara administrativa é de responsabilidade do próprio Cade, enquanto a seara criminal é de competência dos diversos representantes dos Ministérios Públicos federais e estaduais existentes na jurisdição brasileira. A seara civil se caracteriza pela possibilidade de ajuizamento de ações privadas por consumidores que tenham sido prejudicados pelas condutas anticoncorrenciais praticadas e queiram ter seus danos devidamente reparados[30].

Dada a inerente relação entre o ilícito administrativo e o ilícito criminal de cartelização, consoante determinado pela legislação brasileira, torna-se imperiosa a interlocução entre as autoridades responsáveis pelo processamento administrativo (Cade) e pelo processamento criminal (Ministério Público) do ilícito, de forma que a celebração de acordo de leniência garanta ao pretenso leniente a imunidade administrativa e criminal. Isso, claro, ocorrerá apenas se respeitadas as condições previstas nas respectivas leis que regem o acordo de leniência, conforme melhor detalhado a seguir.

O acordo de leniência antitruste encontra guarida na mencionada Lei nº 12.529/2011, sendo sua celebração regrada pelos art. 86 e 87. Segundo o §1º do art. 86, são necessários 4 (quatro) requisitos cumulativos para que o acordo de leniência antitruste seja formalizado, quais sejam: (*i*) a empresa deverá ser a primeira a denunciar o cartel; (*ii*) a empresa deverá cessar completamente seu envolvimento no ilícito; (*iii*) o Cade não poderá dispor de provas suficientes para condenar a empresa delatora ou o individuo denunciante; e (*iv*) a empresa deverá confessar sua participação na infração e se comprometer a cooperar permanentemente com o processo administrativo.

Conforme apontado no §2º do art. 86, as pessoas físicas poderão também celebrar acordo de leniência com o Cade, desde que cumpram os três primeiros requisitos acima elencados. Já no caso de empresas que tiverem interesse em cooperar com as investigações, porém não chegaram na primeira posição para o acordo de leniência, o Cade poderá celebrar com as mesmas Termo de Compromisso de Cessação - TCC, previsto no art. 85 Lei nº 12.529/2011, o qual poderá gerar descontos nas multas que podem vir a ser aplicadas em caso de condenação pelo Tribunal do Cade.

Diferentemente dos Estados Unidos, os lenientes antitruste que são imunizados nos procedimentos administrativo e criminal no Brasil, não possuem nenhuma forma de benefício na seara civil[31]. Tais lenientes poderão ser considerados solidariamente responsáveis pelos danos causados pelo cartel, sendo processados conjuntamente com os delatados, pois, diante da falta de regra específica, segue-se a regra geral prevista no art. 927 do Código Civil.

Segundo Frazão[32], é um passo à evolução do Programa de Leniência pensar que a responsabilidade civil possa fazer parte do acordo, bem como de outros instrumentos similares em outras searas, com a finalidade de se evitar distorções existentes de que o leniente acaba por se tornar o maior prejudicado após a celebração do acordo de leniência, visto a possibilidade de ser demandado em juízo em ações supervenientes de indenização.

Ainda, a legislação antitruste brasileira apresenta ainda outra forma de cooperação às empresas que não lograram obter a imunidade do acordo de leniência principal: a chamada leniência *plus*. Prevista no art. 86, §7º, da Lei nº 12.529/2011, a leniência *plus* significa a oportunidade de se obter imunidade total perante o Cade, caso seja delatada outra infração à ordem econômica, ainda desconhecida pela autoridade antitruste, seguindo os mesmo requisitos de um acordo de leniência regular.

---

[30] ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, A. L. "Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and challenges in cartel prosecution". Antitrust Chronicle , v. 3, p. 39-45, 2016.

[31] ATHAYDE, op. cit.

[32] FRAZÃO, Ana. "Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo". In: FRAZÃO, Ana (Org.). Constituição, Empresa e Mercado. Brasília: FD/UnB, 2017.

É possível dizer que existem sim muitas semelhanças entre o Programa de Leniência americano e o brasileiro, residindo as principais diferenças nos seus sistemas legais de *common* e *civil law*, respectivamente. No Brasil, existe uma série de leis e decretos que regulam os procedimentos para o acordo de leniência. Já nos Estados Unidos, são utilizados muito mais princípios e guias publicados pelo governo. Porém, em ambos os países, independente da estruturação, o fator determinante será a forma como o governo e os tribunais irão seguir tais previsões[33].

2.1 A interface existente entre o acordo de leniência antitruste e instrumentos similares no ordenamento jurídico brasileiro

Como visto, o acordo de leniência antitruste compete ao Cade e possui seu âmbito de aplicação limitado à seara administrativa. Todavia, certo é que o ilícito administrativo tutelado pelo Cade poderá ter efeitos em outras searas jurisdicionais, especialmente dada a faceta criminal que também é atribuída à prática de cartel pela legislação penal, além da sua natural vinculação com outros crimes, tais como delitos outros contra a ordem tributária e econômica, fraude à licitação, corrupção ativa, crime de organização criminosa e, até mesmo, lavagem de dinheiro. Nesse sentido, faz-se muitas vezes necessário que o Cade atue conjuntamente com o Ministério Público nas investigações, dado o fato de estarem sendo apurados os mesmos acontecimentos, apesar de serem os órgãos completamente independentes e autônomos para operarem em suas respectivas esferas de competência.

Dessa necessidade de cooperação, surgiu o Memorando de Entendimentos entre Cade e Ministério Público, o qual visa à promoção e ao fortalecimento da relação entre os mencionados órgãos, para que sejam implementados acordos harmônicos nos procedimentos administrativos e penais[34].

Dada a anterioridade da legislação antitruste, é presumível que institutos similares nascidos após a sua criação tomem por base suas previsões, fazendo-se os devidos ajustes. Assim, realizaremos breve comparação da leniência antitruste com os institutos dos acordos previstos nas Leis nº 12.846/2013 e nº 12.850/2013, respectivamente conhecidas como Lei Anticorrupção e Lei das Organizações Criminosas.

A Lei Anticorrupção cuida da responsabilização objetiva, nos âmbitos administrativo e civil, de pessoas jurídicas que venham a praticar atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Registra-se que tal legislação surgiu da necessidade de cumprimento, pelo Brasil, de diversos compromissos internacionais assumidos[35], preenchendo-se finalmente algumas lacunas do ordenamento jurídico.

O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) se destaca como o órgão atuante na celebração do acordo de leniência previsto por essa lei, seja no âmbito do Poder Executivo Federal, seja em relação a atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira. Ressalta-se que tal acordo é também regido pelo Decreto nº 8.420/2015, o qual regulamenta a Lei nº 12.846/2013 e norteia a celebração dos acordos.

A Lei Anticorrupção estipula, em seu art. 16, §1º, 3 (três) requisitos que deverão ser observados cumulativamente pelas pessoas jurídicas que desejam negociar o acordo com a Administração Pública: (*i*) a empresa deverá ser a primeira a manifestar interesse em cooperar com a investigação do ilícito; (*ii*) a empresa deverá cessar completamente seu envolvimento na infração; (*iii*) a empresa deverá confessar sua participação na infração e se comprometer a cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

---

[33] PEREZ, Adria. "Parallel Lives: How Brazil and the United States Consider Leniency Agreements and Compliance Programs". NYSBA, Vol. 33, No. 2, 2015.

[34] Memorando de Entendimento nº 1/2016. Memorando de Entendimentos relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica entre o Cade e o Ministério Público, 2016.

[35] Quais sejam: Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, Paris, 1997 e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 2000; Convenção Interamericana contra a Corrupção, 1996, incorporada pelo Decreto nº 4.410, de 2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Assembleia-Geral das Nações Unidas, 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006.

Observa-se que, da mesma forma que os requisitos para o acordo de leniência antitruste, no acordo previsto na Lei Anticorrupção, a empresa deverá ser a primeira a demostrar interesse em cooperar com as investigações da prática ilícita, bem como comprovar os fatos relatados. Ainda, é possível perceber que a legislação anticorrupção se utiliza quase que integralmente das previsões contidas na Lei nº 12.529/2011, fazendo apenas os ajustes necessários.

Já a Lei das Organizações Criminosas trouxe, finalmente, ao ordenamento jurídico brasileiro a tipificação penal de organização criminosa, a despeito de toda a controvérsia existente acerca do seu conceito. Além disso, em seu art. 4º, a Lei passou a regular o conhecido instituto jurídico da colaboração premiada. Segundo esse artigo, aquele que colaborar efetivamente com a investigação e o processo criminal, poderá receber perdão judicial ou redução de até 2/3 de sua pena, desde que, pelo menos 1 (um) entre 5 (cinco) resultados seja encontrado a partir do processo de colaboração.

Tais possíveis resultados abarcam: (*i*) a identificação dos demais envolvidos na organização criminosa e os crimes por eles praticados; (*ii*) a revelação da estrutura da organização e sua divisão de tarefas; (*iii*) a prevenção de outras infrações penais decorrentes do funcionamento da organização; (*iv*) a recuperação de produtos ou proventos, mesmo que parcialmente, em proveito da organização; e (*v*) a localização de eventual vítima com a integridade física resguardada.

Conforme é possível perceber, a Lei Anticorrupção se ocupa de regular o acordo de leniência para pessoas jurídicas, a ser celebrado pela CGU, enquanto a Lei de Organizações Criminosas cuida do acordo de colaboração para pessoas físicas, a ser celebrado pelo Ministério Público competente, estando cada acordo restrito ao seu respectivo âmbito de aplicação, conforme enunciado nas próprias Leis.

Assim, apesar dos institutos do acordo de leniência, tanto na defesa da concorrência quanto na legislação anticorrupção e o acordo de colaboração da legislação sobre organizações criminosas possuírem diversas características em comum, esses não se comunicam da forma mais proveitosa, pois, segundo Aras, "tal dissociação entre leniência (administrativa) e colaboração premiada (processual penal) pode dificultar ou inviabilizar estratégias de persecução criminal e de punição administrativa a infrações categorizadas como atos de corrupção"[36].

Esse mesmo problema foi trazido quando da análise acerca da relação existente entre o acordo de leniência antitruste americano e o combate à corrupção nos Estados Unidos. Tanto lá quanto aqui, observa-se uma multiplicidade de agentes públicos dotados de competência para celebrar diferentes acordos de cooperação, acerca dos mesmos fatos, com empresas e indivíduos que procuram as autoridades com a finalidade de obter benefícios. Essa variedade enseja uma maior disponibilidade das autoridades em se comunicarem, com vistas a dar um melhor aproveitamento às investigações e às informações obtidas, e, naturalmente, respeitar as garantias e direitos daqueles que venham a se tornar lenientes ou colaboradores.

3. A leniência antitruste como paradigma para o combate à corrupção

Consideramos clara a relação indissociável existente entre a prática de atos de corrupção e as distorções causadas no âmbito da concorrência. Isso porque, uma empresa que possua posição dominante no mercado e venha a praticar atos de corrupção ocasionará desdobramentos também na seara concorrencial, pois a corrupção desnatura os princípios mais básicos da concorrência, acabando com o mérito de outras empresas competidoras[37].

Da mesma forma, reconhece Carvalho[38] que as legislações antitruste e anticorrupção se relacionam na medida em que buscam ambas garantir a isonomia. Porém, se diferenciam no enfoque

---

[36] ARAS, Vladimir. "Acordos de colaboração premiada e acordos de leniência". 2015. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/acordos-de-colaboracao-premiada-e-acordos-de-leniencia/> Acesso em 20 de julho de 2018.

[37] FRAZÃO, op. cit.

[38] CARVALHO, Vinicius Marques de. "Defesa da Concorrência e Combate à Corrupção". In: COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. Direito Econômico Atual. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 141-158.

especifico que possuem as legislações: a seara antitruste se preocupa ultimamente em evitar o abuso de poder econômico, enquanto a seara anticorrupção possui suas politicas voltadas principalmente à proteção da própria Administração Pública e do seu patrimônio.

Para combater as práticas danosas, tanto no Direito Antitruste quanto no Direito Anticorrupção, é natural que acabe por se tornar necessária a celebração de acordos de leniência e de colaboração pelas autoridades competentes, auxiliando assim as investigações desses ilícitos tão intrinsicamente relacionados, dada sua natureza de difícil acesso e comprovação pelas autoridades investigativas.

Dessa forma, ressalta-se que chegar a um consenso acerca dos benefícios que serão dados aos lenientes e aos colaboradores se torna tarefa mais complexa do que parecia inicialmente, levando à uma necessidade de constante aprimoramento das negociações pelas autoridades competentes, bem como das previsões legais em sede de cooperação, tornando mais claras e atraentes as garantias aos pretensos lenientes.

Cabe aqui ressaltar que estar numa posição de "delator" pode ser muito arriscado, tanto para as empresas lenientes quanto para os indivíduos colaboradores, afinal, ao delatar as condições do mercado, a empresa deixa de participar em atos ilícitos e deixará também de auferir relevantes quantias, de forma que a cooperação com as autoridades não poderá colocar em risco a sua sobrevivência econômica. Já em relação às pessoas físicas, os riscos da colaboração são ainda mais extremos, pois poderá colocar em risco a própria segurança pessoal dos indivíduos e de seus familiares, os quais podem facilmente ser vítimas de retaliações, caso as autoridades não estejam aptas a ajudá-los e protegê-los.

Destaca-se que, na seara antitruste, a cooperação das empresas e indivíduos com a autoridade antitruste não é restrita ao acordo de leniência, pois, como visto, poderão ser celebrados TCCs e ainda leniência *plus* com o Cade, quando não for possível celebrar o acordo de leniência, com vistas de se obter também benefícios. Isso faz com que a leniência não seja a única opção e forma de se chegar ao consenso[39], diferentemente do que ocorre na seara da Lei Anticorrupção e da Lei de Organizações Criminosas.

Entende-se aqui nesse artigo que a existência de mecanismos diferenciados para se cooperar com as autoridades investigatórias representa uma evolução no tratamento do instituto da leniência antitruste, de forma que tal experiência devesse ser espelhada na cooperação anticorrupção, a qual possui aplicação mais restrita.

A existência de um maior número de lenientes ou colaboradores não representa um escapamento às punições, mas sim uma maior amplitude das investigações, as quais obtêm informações que não conseguiriam sem a cooperação. Tal alegação pode ainda ser refutada pelo fato de que a decisão final acerca da utilidade da leniência ou colaboração fornecidas fica à critério da própria autoridade encarregada de realizar as investigações, que poderá recusá-las caso as considere insuficientes.

De acordo com Martinez e Araújo[40], a leniência da Lei Anticorrupção deverá enfrentar três importantes desafios, com base na experiência que o Cade possui na leniência antitruste, para se firmar como um instituto consistente: (*i*) a necessidade de que se crie um ambiente sólido de repressão à corrupção, criando assim as autoridades incentivos suficientes para que ocorra a chamada delação; (*ii*) a resistência cultural do povo brasileiro à própria delação em si; e (*iii*) a necessidade de que se criem procedimentos claros e confiáveis de negociação com as autoridades brasileiras.

As autoras indicam o exemplo da autoridade antitruste brasileira que, seguindo as boas práticas internacionais, possui procedimento detalhado, em seu Regimento Interno, para a apresentação de proposta de acordo de leniência, a qual é negociada com equipe especializada, que não se relaciona com a condução das investigações no Cade. Assim, caso não se chegue a um acordo, todas as informações serão descartadas, sem que se contamine eventual futura investigação acerca dos mesmos fatos. Claro

[39] FRAZÃO, op. cit.

[40] MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, M. T. "Antitruste pode servir de modelo para anticorrupção?", 2015. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-levy-salomao/coluna-do-levy-salomao-antitruste-pode-servir-de-modelo-para-anticorrupcao-24092015> Acesso em 20 de julho de 2018.

que, em havendo uma investigação em andamento, faz-se necessário que os próprios investigadores participem das negociações, pois apenas eles saberão valorar a colaboração proposta.

Por fim, destaca-se a contribuição significativa de Spagnolo[41], que sugere que as investigações não devem depender da comunicação e da colaboração entre as autoridades, mas que sejam estabelecidas claras previsões legais que permitam àqueles que pretendem colaborar comunicar todos os atos ilícitos (seja administrativo, seja criminal), de forma simultânea, possuindo, para tanto, a confiança de que poderão colaborar com as autoridades, sem serem posteriormente investigados, pelos mesmos fatos, por outras autoridades em diferentes searas do Direito. A essa estrutura ele dá o nome de "*one-stop point*".

O *one-stop point* seria um local disponível em todas as autoridades competentes para aplicar a legislação, ou seja, no Brasil, Cade, Ministérios Públicos, CGU etc., o que impediria outras autoridades de processarem a pessoa jurídica ou física que aplica à leniência. Isso porque, no melhor interesse das próprias investigações, seria interessante que, ao reportar um ilícito em que se está envolvido, seja permitido ao indivíduo ou à empresa reportar todos os crimes ou atos ilícitos de que tenha conhecimento, em troca do acordo de leniência.

Apesar das dificuldades de concretização dessa medida, não apenas em relação à sua estruturação, mas também se considerarmos as possíveis disputas por competência entre as autoridades, entende-se que tal sugestão visa a superar, justamente, a existência de muitas autoridades competentes para processamento dos mesmos fatos, ainda que em níveis diferentes, e a falta de comunicabilidade que pode existir em tais situações. A confusão entre as autoridades pode levar à incerteza do proponente de leniência quanto às suas garantias e proteção, minando o oferecimento de acordo, e, consequentemente, impossibilitando ou dificultando a condução de diversas investigações.

Conclusão

O acordo de leniência antitruste tem se mostrado um instrumento muito eficaz para a detecção e punição de atos ilícitos, principalmente cartéis, nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Não à toa, o acordo de leniência previsto na legislação anticorrupção espelhou-se no acordo antitruste, devendo ainda as autoridades responsáveis pelo instrumento anticorrupção basearem-se na experiência que vem sendo obtida pelo Cade.

Os maiores desafios encontrados para a eficácia do acordo de leniência são tornar o Programa de Leniência atrativo para que os indivíduos e as empresas passem a buscar as autoridades investigativas com maior frequência e confiança, bem como um aumento na transparência e na previsibilidade das garantias oferecidas pelo Programa, dado se basear a proposta de acordo de leniência no fornecimento de informações autoincriminatórias.

No caso da lei anticorrupção, o desafio se torna ainda mais relevante, considerando-se que diversas autoridades possuem capacidade para firmar o acordo, bem como existe apenas uma opção para se chegar ao consenso, qual seja, o próprio acordo em si para aquela empresa que se habilitar primeiramente, diferente do que ocorre na legislação antitruste, que possui ainda outras opções para aqueles que não conseguiram chegar em primeiro lugar.

Referências Bibliográficas

ARAS, Vladimir. "Acordos de colaboração premiada e acordos de leniência". 2015. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/acordos-de-colaboracao-premiada-e-acordos-de-leniencia/> Acesso em 20 de julho de 2018.

ATHAYDE, Amanda. ; FIDELIS, A. L. "Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and challenges in cartel prosecution". Antitrust Chronicle, v. 3, p. 39-45, 2016.

[41] SPAGNOLO, op. cit.

_____. LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L8137.htm>

_____. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>

_____. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>

_____. LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>

CARVALHO, Vinicius Marques de. "Defesa da Concorrência e Combate à Corrupção". In: COUTINHO, Diogo R.; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul; SCHAPIRO, Mario G. Direito Econômico Atual. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 141-158.

FELDMAN, Warren; MEISTER, David; e SUNSHINE, Steve C. "DOJ Updates Leniency Program FAQs". Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, 2017. Disponível em <https://www.skadden.com/insights/publications/2017/01/doj-updates-leniency-program-faqs> Acesso em 20 de julho de 2018.

FRAZÃO, Ana. "Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo". In: FRAZÃO, Ana (Org.). Constituição, Empresa e Mercado. Brasília: FD/UnB, 2017.

GRIFFIN, James M. "A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program". 2003. Disponível em

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm> Acesso em 15 de junho de 2018.

Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Maio de 2016.

HAMMOND, Scott D. "Cracking Cartels With Leniency Programs". Speech at the OECD Competition Committee, 2005. Disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/212269.htm> Acesso em 15 de junho de 2018.

LYNCH, Niall E. "Immunity in Criminal Cartel Investigations: A US Perspective". LATHAM & WATKINS LLP, 2011. Disponível em <https://www.lw.com/presentations/immunity-in-criminal-cartel-investigations-us-perspective> Acesso em 15 de junho de 2018.

MARTILLA, Kristen G. "ACPERA- Emerging Guidance and New Questions". Lockridge Grindal Nauen PLLP, 2015. Disponível em <http://www.fedbar.org/Sections/Antitrust-Trade-Regulation-Section/The-Antitrust-Lawyer/Spring-2015/ACPERA-Emerging-Guidance-and-New-Questions.aspx> Acesso em 22 de junho de 2018.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAÚJO, M. T. "Antitruste pode servir de modelo para anticorrupção?", 2015. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-levy-salomao/coluna-do-levy-salomao-antitruste-pode-servir-de-modelo-para-anticorrupcao-24092015> Acesso em 20 de julho de 2018.

Memorando de Entendimento nº 1/2016. Memorando de Entendimentos relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica entre o Cade e o Ministério Público. Disponível em <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/memorando-de-entendimentos-sg-e-mpfsp_tcc-e-acordos-de-colaboracao_15-03-2016.pdf>

MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. "Programas de leniência, corrupção e o papel da Corregedoria da autoridade antitruste". Brasília: Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia, Universidade de Brasília, 2004.

OECD. "Recommendation of the OECD Council concerning effective action against hard core cartels", 1998. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf> Acesso em 15 de junho de 2018.

_____. "Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency programmes", 2002. Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/2474442.pdf> Acesso em 15 de junho de 2018.

PEREZ, Adria. "Parallel Lives: How Brazil and the United States Consider Leniency Agreements and Compliance Programs". NYSBA, Vol. 33, No. 2, 2015.

RHEE, June. "The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance". HLS Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 2014. Disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/09/23/the-effect-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-on-corporate-governance/#more-66062> Acesso em 20 de julho de 2018

SOUZA, Marcelo de Lima, "Leniency Programs: An International Comparison". European Master in Law and Economics. Tese de Mestrado, agosto de 2007. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/eppgg/producaoacademica/dissertacao_marcelo_l_souza.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2018.

SPAGNOLO, Giancarlo. "Expanding leniency to fight collusion and corruption". Stockholm School of Economics, 2016. Disponível em <https://www.hhs.se/en/about-us/news/site-publications/2016/expanding-leniency-to-fight-collusion-and-corruption>

USDOJ. Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's leniency Program and Model Leniency Letters, 2008. Revisado em 2017. Disponível em <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>

_____. Corporate Leniency Program. 2003. Disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

_____. Leniency Program for Individual. 2004. Disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>

13. O PAPEL DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO DIREITO CONCORRENCIAL E SUA IMPORTÂNCIA NO COMBATE AOS CARTÉIS TRANSNACIONAIS

13. INTERNACIONAL LEGAL COOPERATION IN THE ANTITRUST LAW AND ITS IMPORTANCE IN THE FIGHT AGAINST TRANSNATIONAL CARTELS

Natália Peppi Calvacanti

Resumo: O Direito Internacional da Concorrência sofre consequências com a intensificação da globalização econômica em um cenário no qual a convergência da aplicação das legislações de diversos países é possibilitada pela Cooperação Jurídica Internacional entre as autoridades concorrenciais. Os cartéis passam a ter dimensão global. Os danos ao mercado, antes limitados a determinado território, passam a atingir diversas jurisdições. O Brasil adequa-se à Cooperação Jurídica Internacional para a defesa da concorrência através dos acordos bilaterais, da participação nos foros regional e internacional e das normas do ordenamento jurídico interno, cabendo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a competência para realizar os procedimentos cooperativos. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar a institucionalização da Cooperação Jurídica Internacional pelas autoridades concorrenciais como mecanismo disponível à defesa da concorrência, especialmente no que tange aos instrumentos de direitos internacional e interno disponíveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), bem como examinar o papel do CADE para, assim, responder como a Cooperação Jurídica Internacional pode ser o maior aliado na persecução de cartéis transnacionais.

Palavras-Chave: Direito Internacional da Concorrência. Cooperação Jurídica Internacional. Direito Antitruste. Comércio Internacional. Cartéis Internacionais.

Abstract: International competition law is deeply influenced by economic globalization in a scenario where the convergence of application of laws from different countries is made possible by international cooperation between competition authorities. As a side effect of the globalization, and the world expansion of the economy, it came along the internationalization of agreements among competitors to restrain competition. Prior to that, the cartels had a national dimension, but along with the globalization, they now operate at a worldwide scale in this new dynamic of the world economy. The damages to the market, which was before limited to a single territory, now reach dozens of jurisdictions. Brazil adapts to international cooperation through celebration of bilateral agreements, participation in regional and international forums and also through rules of domestic law. The Brazilian Council of Competition Defense (CADE) is responsible for the cooperative procedures in competition matters. In this context, the aim of this study is to analyze the institutionalization of international cooperation as conducted by competition authorities as a mechanism to ensure the defense of competition, especially in the case of instruments of domestic and international law available in the Brazilian Competition Policy System (SBDC) and the role of CADE. In this context, the aim of this study is to analyze the institutionalization of international cooperation as conducted by competition authorities as a mechanism to ensure the defense of competition, especially in the case of instruments of domestic and international law available in the Brazilian Competition Policy System (SBDC) and the role of CADE and answer how the international legal cooperation can be biggest ally in pursuing international cartels.

Keywords: International Competition Law. International Legal Cooperation. Antitrust Law. International Cartels.

Introdução

O presente artigo pretende investigar e analisar a institucionalização da Cooperação Jurídica Internacional pelas autoridades concorrenciais como mecanismo disponível à promoção e à defesa da concorrência, especialmente tratando-se de um mecanismo de combate aos cartéis internacionais.

Conforme a previsão de Mashal McLuhan, o mundo como aldeia global1 tem cada dia mais interações instantâneas e internacionais. As relações jurídicas ultrapassam as fronteiras geográficas dos países, de modo que é imperativo cooperar e pedir a cooperação para que seja possibilitada a materialização da justiça nas relações internacionais, mediante uma reestruturação da relação entre os Estados soberanos.

A internacionalização das relações privadas, como fato social, apresenta consequências jurídicas positivas e negativas, que flutuam entre o aumento de transações internacionais, sejam elas ligadas a pessoas humanas ou ao comércio internacional, do lado positivo, e o crescimento da litigiosidade internacional, do lado negativo[2].

É nesse cenário que a comunidade global enfrenta um aumento vertiginoso nas práticas restritivas ao comércio internacional contraposto à ausência de um quadro normativo capaz de afastar os efeitos destes atos aos mercados. A interação entre comércio internacional e concorrência representa, de um lado, as práticas anticoncorrenciais que possuem significativos efeitos no funcionamento competitivo dos mercados internacionais e, de outro, as barreiras ao comércio internacional podem ocasionar violações das estruturas de mercados e à concorrência[3].

Como efeito da globalização econômica emerge a necessidade de buscar o melhor desenho cooperacional entre os Estados no combate às condutas anticompetitivas internacionais, sobretudo, aos cartéis. No entanto, independente do modelo escolhido pelos Estados, a intensificação da cooperação na luta contra os cartéis internacionais não pode afastar as garantias individuais dos investigados.

Nesse cenário, a cooperação jurídica internacional é um relevante instrumento a serviço da justiça em nível internacional. A cooperação entre as autoridades de concorrência é um mecanismo de grande importância na convergência da aplicação das legislações nacionais e na aproximação dos diversos sistemas de defesa da concorrência. Se considerado o mundo globalizado, nenhum caso nacional que possua implicação internacional pode ser conduzido isoladamente por uma autoridade concorrencial em determinada jurisdição, pois necessita da colaboração das demais na condução das suas atividades, como produção de provas, exibição de documentos e até mesmo de coordenação de decisões para que tenham aplicabilidade[4].

David Sokol afirma que o Direito Antitruste experimenta hoje uma verdadeira era dourada na qual a cooperação internacional entre os de defesa da concorrência e a aplicação de suas leis alcançam níveis jamais vistos[5]. Com base nesse cenário, as autoridades de concorrência assumem um papel de protagonismo, pois são instituições administrativas essenciais para a cooperação internacional e devem lidar com situações complexas e internacionalizadas.

Segundo Eleanor M. Fox, as agências concorrenciais ao redor do mundo, admiravelmente, corresponderam aos desafios da globalização[6]. A manifestação mais usual da cooperação entre as autoridades de concorrência ocorre por meio dos acordos bilaterais, mas pode existir através das redes internacionais de cooperação formadas por autoridades concorrenciais, dos acordos preferenciais de

---

[1] O conceito de aldeia global foi desenvolvido por Marshall McLuhan na década de 60, como forma de explicar os efeitos da comunicação de massa sobre a sociedade contemporânea. De acordo com sua teoria a abolição das distâncias e do tempo, bem como a velocidade cada vez maior que ocorreria no processo de comunicação em escala global, nos levaria a um processo de retribalização, onde barreiras culturais, étnicas, geográficas, entre outras, seriam relativizadas, nos levando a uma homogeneização sócio-cultural. Neste caso, imaginava ele, ações sociais e políticas, por exemplo, poderiam ter inicio simultaneamente e em escala global e as pessoas seriam guiadas por ideais comuns de uma "sociedade mundial".

[2] ARAUJO, Nádia de. Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 1.

[3] MARQUES, Frederico do Valle. Direito Internacional da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 331.

[4] PARISI, John J. *Cooperation Among Competition Authorities in Merger Regulation*. Cornell International Law Journal, v. 43, n. 2. Nova York: Cornell International Law Journal, 2010, p. 56.

[5] SOKOL, David. *Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded* Age. Berkeley Business Law Journal, v. 4. Berkeley: Berkeley Business Law Journal, p. 37-122.

[6] FOX, Eleanor. *Antitrust without borders: from roots to codes to networks*. In: GUZMAN, Andrew (Ed). Cooperation, Comity, and Competition Policy. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 266.

comércio, dos blocos regionais, ou, ainda, mediante o contato direto entre as partes, com base na reciprocidade. Também as organizações internacionais que abordam o tema da defesa da concorrência apresentam grandes contribuições à cooperação entre as autoridades concorrenciais, por estabelecerem linhas diretivas e recomendações a guiar a sua atuação[7].

As iniciativas de combate aos cartéis internacionais por parte das políticas públicas de defesa da concorrência dos países têm sido suficientes para reprimir a atuação? Tal indagação possui pertinência, pois, muitas vezes, após o cartel ser desmobilizado pelas autoridades competentes, a cartelização se perpetua nos países com autoridades de defesa da concorrência mais frágeis. Assim, não é exagero afirmar que a falta de fiscalização e de perseguição eficaz dos cartéis internacionais por parte das agências de defesa da concorrência pode comprometer os benefícios advindos da abertura dos mercados[8].

Nesse contexto, a Cooperação Jurídica Internacional entre as autoridades de defesa da concorrência surge como instrumento de fundamental importância e relevância na persecução e combate aos cartéis internacionais, considerando-os a mais danosa infração à ordem econômica.

1. A aplicação transacional do direito concorrencial

A aplicação transnacional do direito concorrencial pode ser explicada pela adoção no Brasil e diversos países do mundo da chamada "Teoria dos Efeitos", o que permite a reivindicação e exercício de competência jurisdicional, simultaneamente, por parte de diversas autoridades de concorrência[9].

1.1. A Teoria dos Efeitos no Direito Brasileiro

A aplicação transnacional do direito concorrencial pode ser fundamentada na Teoria dos Efeitos, que possibilita a aplicação extraterritorial e, consequentemente, a reivindicação de competência de mais de uma jurisdição sobre uma mesma prática anticoncorrencial ou ato de concentração. Uma vez que o direito da concorrência é uma aplicação unilateral da lei de um Estado, a discussão não passa através do clássico método bilateral de "conflito de leis" ou "conflito de jurisdição" [10].

O conceito de extraterritorialidade da lei abrange vários aspectos. Embora o conceito de extraterritorialidade permaneça muito vago, distinguíveis em dois aspectos importantes. A primeira diz respeito às circunstâncias sob o qual um Estado estrangeiro aplica uma lei estrangeira em seu território – um contrato internacional com uma cláusula de lei aplicável constitui um exemplo clássico desta aplicação. Tratando-se da lei da concorrência, essas situações não se envolvem, uma vez que a natureza unilateral deste ramo do direito é aplicada no conflito de leis. Portanto, resta outro aspecto da extraterritorialidade do direito, incluindo a aplicação de uma lei nacional por um órgão jurisdicional do mesmo Estado a uma mesma situação externa que poderia, além disso, ser perfeitamente permitida no Estado estrangeiro[11].

O direito da concorrência está tradicionalmente destinado a ser aplicado aos fatos ocorridos num determinado território nacional. No entanto, no atual mundo globalizado, as atividades das empresas não são mais limitadas ao território de um único Estado.

As políticas de comércio, muitas vezes, são globalizadas. Assim, uma prática realizada em um país pode provocar efeitos significativos na economia de outro país. Vários Estados, portanto, estão

---

[7] FOX, Eleanor. *Op Cit*. p. 268.

[8] Arruda, Vivian Anne Fraga do Nascimento. A florescência da cooperação jurídica internacional no combate aos cartéis transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento. Dissertação de Mestrado. USP. São Paulo. 2013, p. 16.

[9] Nesse sentido, ressaltando a necessidade de cooperar dos Estados, confira-se a Resolução da Assembleia Geral da ONU, nº 2526, 1970, disponível em www.un.org. Acesso em 20.7.2018.

[10] JAEGER JÚNIOR, Augusto. Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33-36.

[11] CARVALHO, Vinicius Marques; e SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação internacional na defesa da concorrência*. *In* Revista de Direito Internacional. v. 10, n. 1, 2013, p. 97

envolvidos por esses efeitos e estão propensos a controlá-los para a proteção de seus mercados e de sua política econômica[12].

O campo das concentrações econômicas é um bom exemplo, pois uma concentração realizada em outro Estado pode causar mudanças significativas no competitivo mercado de outro, como a possibilidade de uma mudança de controle de uma empresa estrangeira com sede no Brasil, como resultado de uma fusão com um concorrente estrangeiro – que também poderia ter uma empresa do ramo no Brasil. Neste contexto, os países se acham confrontados com a tentação de controlar uma prática de origem estrangeira de curso, mas que gera efeitos econômicos e sociais importantes no território nacional[13].

Para tentar resolver esse conflito, surgiu a doutrina dos efeitos (ou *"effect doctrine"*) que serviu de base para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência e surgiu, em 1945, nos Estados Unidos da América (EUA). De acordo com essa teoria, as regras de concorrência nacionais são aplicáveis a qualquer empresa, independentemente da sua localização geográfica, quando seu comportamento ou suas operações produzem um efeito interno no território desse país[14].

No caso *Estados Unidos vs. Alcoa*, a empresa americana Alcoa, que detinha o monopólio do mercado de alumínio, celebrou - através da subsidiária canadense - um acordo com exportadores globais de alumínio para impedir a exportação deste produto para o mercado americano. O acordo foi, portanto, planejado para reforçar o monopólio da Alcoa nos EUA. Para solucionar o caso, a Suprema Corte Americana utilizou a teoria dos efeitos para aplicar a legislação americana a um acordo realizado fora do território americano, nos seguintes termos: *"(...) any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends"* [15].

Também a decisão proferida pelo Tribunal de Apelação no caso Nippon Paper[16] é considerada um marco na persecução de cartéis internacionais, pois estabelece que empresas e indivíduos podem ser responsabilizados nos EUA civil e criminalmente por condutas anticoncorrenciais praticadas totalmente no exterior, caso tenham sido praticadas com o objetivo de afetar o mercado norte-americano e tenham, de fato, produzido efeito substancial naquele país.

No direito da concorrência brasileiro há dispositivos que incorporam a teoria dos efeitos. O direito da concorrência brasileiro a torna especificamente aplicável a qualquer ato suscetível de causar efeitos na concorrência no território brasileiro, nos termos do artigo 2º da Lei nº 12.529, de 2011:

> Art. 2º 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.

No entanto, tal dispositivo não detalha quais os critérios serão utilizados para definir se determinado ato produziu ou deveria/poderia produzir efeitos no território nacional, ficando ao encargo do intérprete da lei defini-los. No Brasil, o CADE já teve a oportunidade, em mais de uma vez, de comentar a aplicação da teoria dos efeitos na legislação brasileira. Como exemplo, é possível citar os casos *Kolynos, Cervejaria Miller, Gerdau-Pains, Nalco-Exxon, Aticus-Texas, Henkel-Loctite e MCI-Worldcom Inc./Sprint Corporation*.

Outro exemplo que merece destaque foi proferido no caso *Robert Bosh GmbH-Siemens AG*. No caso, a Bosch adquiriu uma participação de 50% da Siemens, em uma joint venture entre elas, para se tornar a única acionista. O mercado envolvido abrangia a fabricação e comercialização de

---

[12] CARVALHO, Vinicius Marques; e SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Op Cit.* p. 99

[13] CARVALHO, Vinicius Marques; e SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Op Cit.* p. 99

[14] MIKA Hayashi. *Objective territorial principle or effects doctrine?* Jurisdiction and cyberspace: law. n. 6. Pérouse: Université de Pérouse, 2006. p. 284-302.

[15] Tradução livre: "Qualquer Estado pode impor restrições, mesmo em pessoas que estão não estão sujeitas à sua jurisdição, por conduta que tenham moradia fora do estado em questão, na medida em que este teria um impacto dentro do mesmo Estado, e que está proibido". Disponível em https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/ Acesso em 20.7.2018.

[16] United States v. Nippon Paper Co., 109 F.3d 1 (1st Circuit Court of Appeals, 1997)

eletrodomésticos que não eram comercializados no Brasil. Nesse caso, a Superintendência-Geral não conheceu a operação, alegando que ela não levaria a efeitos reais ou potenciais no Brasil, considerando que a JV não tinha qualquer atividade no país.

Na ocasião, o CADE emitiu uma decisão na qual, mais uma vez, examinou se operações realizadas em outras jurisdições são ou não passíveis de notificação obrigatória, nos caso em que sejam atingidos os critérios objetivos de faturamento, mas a operação não tenha efeitos no Brasil. Na decisão, a Superintendência-Geral do CADE declarou que a questão da teoria dos efeitos é, sem dúvidas, um assunto controverso na jurisprudência do CADE. Ainda que os casos anteriores sobre a temática não tenham requerido uma análise suficientemente profunda e detalhada da questão, até o momento, há decisões em ambos os sentidos.

A evolução da jurisprudência, porém, está ocorrendo e já é possível observar parâmetros mais claros para a avaliação dos riscos que seriam assumidos pelas empresas nas decisões envolvendo essa questão. À título de curiosidade, parece ser possível afirmar, por exemplo, que uma operação não deverá ser notificada ao CADE quando as seguintes premissas forem observadas: (i) os critérios objetivos de faturamento sejam atingidos; (ii) a empresa envolvida não tenha faturamento no Brasil (nem receitas de nenhuma natureza no(s) mercado(s) relevante(s) afetado(s) pela operação); e (iii) o mercado relevante envolvido já tenha sido definido pelo CADE como nacional.

Assim, o CADE, com base na teoria dos efeitos, determina a aplicabilidade da Lei nº 12.529/12, em razão dos parâmetros de territorialidade especificados no citado artigo 2º. Portanto, verificar as condições indicadas parece ser fundamental em uma avaliação concorrencial preliminar para se verificar se se seria aconselhável notificar a operação ou não.

1.2. O exercício da competência por diversas autoridades da concorrência

A abordagem unilateral do direito da concorrência gera desvantagens significativas. Entre elas, destacam-se o aumento de diversos custos de transação e o risco de decisões divergentes ou inconsistentes, em particular no controle dos atos de concentração[17].

Além do aumento significativo dos custos de transação, há ainda que se considerar que sempre que há uma pluralidade de análises realizadas sobre uma determinada operação de concentração, há também o risco de decisões conflitantes. Portanto, há um problema jurídico de âmbito internacional, quando são tomadas decisões diferentes sobre uma operação de concentração. Ainda, na medida em que a maioria das decisões é condicional, ou seja, as operações são aprovadas mediante determinados compromissos, variáveis de acordo com o órgão de controle e o mercado envolvido, percebe-se facilmente que o problema de várias decisões é complexo.

Destaca-se, ainda, a limitação territorial relacionada ao poder de aplicabilidade das decisões (*enforcement*). Isso porque, como sabido, o poder de um Estado se encontra limitado ao seu território nacional. Assim, há uma limitação territorial no exercício da jurisdição extraterritorial a lei de concorrência, pois as autoridades de controle somente podem exercer as respectivas competências no território nacional. Esta limitação aplica-se tanto para a fase de análise quanto para a fase de execução das decisões judiciais.

Neste contexto, as autoridades de concorrência devem pensar em soluções criativas para controlar as práticas anticoncorrenciais localizadas no estrangeiro, de modo a evitar as infrações concorrenciais praticadas ao redor do mundo.

Diante disso, a Cooperação Jurídica Internacional surge como resposta como o mecanismo jurídico capaz de eficazmente conciliar, a nível mundial, os diferentes interesses transnacionais.

2. Definição de Cooperação Jurídica Internacional

Nadia de Araújo[18] define a cooperação jurídica internacional[19], em sentido *lato* como "o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder

[17] CARVALHO, Vinicius Marques; e SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Op Cit.* p. 100.

Judiciário de outro Estado. Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer uma limitação territorial de sua jurisdição – atributo por excelência da soberania do Estado-, e precisar pedir ao Poder Judiciário de outro Estado que o auxilie nos casos em que suas necessidades transbordam de suas fronteiras para as daquele. Hoje, a cooperação internacional evoluiu e abarca, ainda, a atuação administrativa do Estado, em modalidades de contato direto com os demais entes estatais".

Para Eneida Orbage de Britto Taquary, a cooperação vem do "latim *cooperare* e, como o próprio nome diz, significa laborar em conjunto, colaborar". Para ela, a cooperação jurídica internacional significa "a colaboração entre países para mitigar o poder de um Estado dentro de seu território, visando à realização de ações que somente poderiam ser praticadas sob sua jurisdição e de interesse de outros Estados. A cooperação tem uma conotação de assistência mútua entre Estados, no desenvolvimento de uma atividade processual ou administrativa, cível ou penal, cujo procedimento, total ou parcial, deva se desenvolver em jurisdição estrangeira[20]".

Também o conceito trazido por Fábio Bechara para o qual "a cooperação jurídica internacional pode ser definida como o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania[21]." Para o Autor, cooperação não se restringe à esfera judicial, podendo abranger também o intercâmbio entre órgãos administrativos, ou mesmo a cooperação entre órgãos administrativos e judiciais pertencentes a países distintos[22].

Dos conceitos acima, é possível concluir que não existe uma definição única para a cooperação jurídica internacional, mas uma característica permeia as diferentes doutrinas: a concessão de assistência entre Estados soberanos à luz da extraterritorialidade, a flexibilizar o conceito clássico de soberania e aproximar as diferentes nações para solucionar os problemas.

Há autores, ainda, que seguindo uma tendência de humanização do Direito Internacional, vão além, para considerar a cooperação jurídica internacional como uma realidade que ultrapassa a esfera dos Estados, porquanto afeta também a "pessoa cujos direitos e garantias possam ser afetados pela diligência solicitada" [23].

A Cooperação Jurídica Internacional frequentemente foi objeto de negociações visando o estabelecimento de regras uniformes para a matéria. Essas regras, de origem internacional, são convenientes porque garantem maior rapidez e eficácia ao cumprimento das medidas provenientes de outro país ou endereçadas ao estrangeiro. Destaca-se o trabalho realizado desde o início do século XX pela Conferência da Haia da Direito Internacional Privado, cujos instrumentos mais conhecidos são na área processual e no direito de família e infância. As iniciativas da Conferencia da Haia conferiram o devido peso à cooperação internacional e as convenções ratificadas em seu âmbito impulsionaram a matéria e têm contribuído de forma crescente para a uniformização de procedimentos judiciários e administrativos e para a constante troca de informações entre os estados-membros[24].

---

[18] ARAUJO, Nadia. *A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional.* In: Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. (Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 31.

[19] PERLINGEIRO, Ricardo. *"Cooperação Jurídica Internacional" in O Direito Internacional Contemporâneo*, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.797/810. Sobre a definição: *"A preferência pela expressão "cooperação jurídica internacional" decorre da id eia de que a efetividade da jurisdição, nacional ou estrange ira, pode depender do intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos administrativos, ou, ainda, entre órgãos judiciais e administrativos, de Estados distintos."*

[20] TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/2004.* Curitiba: Juruá, 2008, p. 31.

[21] BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal – Eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

[22] BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op Cit*. p. 43.

[23] CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. Princípios da Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul. São Paulo: RT, 2000, p.81-82.

[24] ARAUJO, Nadia. *Op Cit.* p. 33.

No entanto, os entraves burocráticos normalmente associados ao instituto da rogatória (escopo limitado, absoluta discricionariedade do país estrangeiro, longo trâmite diplomático, dentre outros) resultaram na criação de outro instituto hábil a dar respostas céleres e adequadas de que a comunidade internacional necessitava: os Tratados de Mútua Assistência ou *Mutual Legal Assistance Treaties* (MLATs). Dotados de maior vinculatividade, os MLATs eliminaram grande parte da burocracia ínsita às cartas rogatórias, com a figura da autoridade central, que passou a ser o ponto de contato direto entre as nações estrangeiras, imprimindo maior celeridade e eficácia aos pedidos de mútua assistência.

É importante pontuar, neste aspecto, o papel assumido pelo Brasil. Nos últimos anos, o Brasil tem retomado sua posição de destaque e contribuído positivamente nas negociações das convenções e na difusão das atividades da organização25.

Nesse sentido, cumpre salientar que no preâmbulo da Constituição da República de 1988, o Brasil reafirmou a sua forma de Estado, reconhecendo a autonomia e a soberania e ressaltou a busca de soluções pacíficas das controvérsias, e a plena realização dos direitos sociais e individuais. Além disso, no artigo 3º, da CF, constam os objetivos da República que expressamente assegura ser a cooperação entre os povos imprescindível ao progresso da humanidade, além de nortear as relações internacionais do Brasil.

O respeito à obrigação de promover a cooperação jurídica internacional é imposto pela própria comunidade internacional[26]. Qualquer resistência ou desconfiança com relação ao cumprimento de atos provenientes do estrangeiro deve ceder lugar ao princípio da boa-fé que rege as relações internacionais de países soberanos, tanto nos casos cíveis quanto penais. Afinal, o mundo está cada dia menor e mais próximo.

3. O Papel da Cooperação Jurídica Internacional na Defesa da Concorrência Brasileira

O CADE tem feito incessante uso dos mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional. O controle de condutas engloba as práticas anticonceptivas, como cartéis, bem como as situações de abuso de posição dominante. Em razão do caráter mais lesivo, em geral, dos cartéis, o presente artigo concentra a análise nessa matéria.

A Cooperação dessas investigações ocorre, normalmente, de forma informal por meio de e-mails e telefonemas, nos quais há troca de experiências e pontos de vista com relação a casos específicos e também sobre a forma de tentar resolver problemas práticos no curso das investigações.

Um dos casos que merece destaque é o dos compressores, no qual ocorreu uma busca e apreensão simultânea em vários países devido a troca de informações entre DG Comp, CADE e *Department of Justice* (DoJ). A maior parte da Cooperação nessa área envolve o DoJ e DG Comp.

Do ponto de vista dos instrumentos de Cooperação Jurídica Internacional, conforme o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), são 14 os países, ou suas respectivas autoridades de defesa da concorrência, com os quais Brasil ou o SBDC apresentam relações bilaterais para a cooperação internacional concorrencial, bem como duas organizações internacionais. Além destas iniciativas, há a participação do Brasil no MERCOSUL, e nos foros multilaterais da ICN, da UNCTAD e da OCDE, o que tem relevância na modulação da aplicação das regras nacionais e internacionais de concorrência[27].

Principalmente no âmbito da política econômica, é cada vez mais comum no Direito Internacional a ocorrência do *soft law*[28]. Ou seja, a utilização de diversos instrumentos que geram

---

[25] Para maiores informações a respeito: ARAUJO, Nadia de, *"A Conferencia da Haia de direito internacional privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais"*, in Revista de Arbitragem em Mediação RArb, Ano 9, n. 35, Out-Dez 2012, Revista dos Tribunais, p. 189-212.

[26] Nesse sentido, ressaltando a necessidade de cooperar dos Estados, confira-se a Resolução da Assembleia Geral da ONU, nº 2526, 1970, disponível em www.un.org. Acesso em 20.7.2018.

[27] SANTOS, Maria Cecília de Andrade. A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio. Revista de Direito Comercial e Internacional, a. 9, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 80.

[28] Pode-se conceituar *soft law*, no âmbito do direito internacional, como espécie de norma, entre as muitas exaradas pelas entidades internacionais, quer na esfera das organizações internacionais, como a Organização das

deveres nas relações mútuas entre sujeitos de Direito Internacional, mas sobre as quais é acordado que são desprovidos de caráter jurídico e não possuem caráter vinculativo.

Esse fenômeno tem como causa a conjuntura econômica internacional extremamente flutuante atualmente e a intensificação das relações internacionais contemporâneas de que resultam situações difíceis de submeter ao Direito.

Os argumentos da doutrina para explicar os principais fatores que levam a utilização da *soft law*, em detrimento das convenções do Direito Internacional (*hard law*): a flexibilidade e a celeridade, possíveis na medida em que são dispensados os trâmites constitucionais de adoção do instrumento de Direito Internacional no ordenamento doméstico.

O Brasil tem intensificado sua participação nos mais importantes fóruns internacionais de discussão de políticas de defesa da concorrência, como a OCDE, a ICN e UNCTAD. Nesse sentido, o Brasil tem seguido as recomendações da OCDE e da ICN no tocante à cooperação jurídica internacional entre os países-membros no combate às práticas anticompetitivas que restrinjam o comércio internacional.

Os fóruns mundiais proporcionam um importante intercâmbio de experiências nacionais, com a identificação das melhores práticas na condução de investigações de condutas anticompetitivas e na análise de concentrações econômicas que possam ser incorporadas à realidade nacional29. Além disso, promovem o diálogo entre as autoridades das diversas jurisdições, a fim de proporcionar melhores formas de Cooperação para lidar com problemas comuns de ordem prática.

A OCDE, a UNCTAD e a ICN são exemplos de *soft law*. Ou seja, são mecanismos multilaterais que não possuem caráter vinculativo, mas que se baseiam na premissa de que a persuasão decorrente dos trabalhos das instituições e a pressão de seus membros no desenvolvimento e adoção de melhores práticas antitruste.

Os instrumentos de soft law dependem da voluntariedade das partes para aplicação. Os instrumentos multilaterais, por sua vez, por não serem obrigatórios, dependem da adoção de normas nacionais, de modo que somente são adotados no ordenamento jurídico pátrio quando incorporados por legislações ou práticas de direito interno, pois não se sujeitam às formas clássicas de internalização.

Os temas regulados pelos acordos bilaterais no Brasil são a cooperação para aplicação de legislações, através das notificações, consultas, coordenação de atividades, compartilhamento de informações e cortesias positiva e negativa, bem como a cooperação técnica.

Ademais, eles resguardam a discricionariedade das autoridades concorrenciais em respeito de legislações nacionais e de importantes interesses, bem como foram firmados em número muito pequeno no Brasil. Mesmo assim, constam como importantes instrumentos na evolução da Cooperação Jurídica Internacional.

Dos instrumentos regionais, é possível verificar que pretendem o estabelecimento da liberdade de concorrência no processo de integração, sendo que a sua aplicabilidade é garantida pela internalização no SBDC através de portaria. Com os instrumentos multilaterais, a participação nos foros que os originaram aproxima a legislação nacional aos padrões estabelecidos mundialmente pela OCDE, pela UNCTAD e pela ICN, sendo que a sua influência no ordenamento pátrio ocorre através da adoção de recomendações por meio de instrumentos de direito domésticos.

Com base nos instrumentos de direito interno, ao CADE é atribuído o papel de protagonista, tendo em vista que possui a função de autoridade central para o processamento de pedidos e para a assinatura de acordos internacionais.

Portanto, a Cooperação Jurídica Internacional é um instrumento disponível ao ordenamento jurídico brasileiro para promover atos necessários à defesa da concorrência fora do território nacional e para executar medidas estrangeiras domesticamente. A cooperação jurídica internacional através da atuação do CADE emerge como instrumento disponível no sistema brasileiro para a prática de atos em

---

Nações Unidas (ONU) e suas Agências, quer na de organizações regulatórias, tal qual a Câmara Internacional do Comércio (CIC). Diferencia-se a *soft law* de outras normas pelo seu caráter de flexibilidade e dependência de governança.

[29] Arruda, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *Op. Cit.* p. 138.

território estrangeiro respeitando-se o direito internacional, sem impor as determinações às empresas situadas em outras jurisdições.

Do ponto de vista institucional, o CADE é a instituição adequada para o endereçamento das questões relacionadas à defesa da concorrência, pois apresenta as características desejáveis para a promoção da cooperação jurídica internacional, contando com as características de autonomia institucional, possibilidade de responsabilização e revisão de decisões pelo judiciário, destacamento de pessoal para atuação na autoridade e orçamento próprio.

Além disso, o SBDC é formado por mais de uma agência em relação horizontal, a saber, o CADE e a SEAE, sendo que o CADE participa das formas de cooperação em rede, pela ICN e OCDE, regionais, pelo MERCOSUL, e bilaterais, pelos acordos entre autoridades e pelo contato direto e informal.

A partir da aplicação prática, é possível observar uma considerável evolução da jurisprudência do CADE conforme o aprimoramento da Cooperação Jurídica Internacional e a adoção de normas de direito interno mais próximas àquelas existentes em países com maior desenvolvimento. De início, o órgão meramente internalizava as decisões dos órgãos internacionais. Hoje é considerado agente essencial da Cooperação. Diante disso, a Cooperação jurídica internacional é uma medida importante em um panorama de globalização econômica, que reclama um direito internacional da concorrência.

A legislação interna, por sua vez, aproxima a utilização dos mecanismos de cooperação internacional à medida que estabelece expressamente a adoção de recomendações da ICN e da OCDE, prevendo o CADE como ator de protagonismo na função de autoridade central. A Cooperação Jurídica Internacional para a concorrência, portanto, encontra-se institucionalizada no Brasil por meio dos instrumentos de direito interno e de direito internacional.

O CADE surge, assim, como autoridade adequada para o endereçamento das questões relativas à defesa da concorrência tendo em vista a autonomia que lhe é característica, o respeito institucional que lhe é conferido e, ainda o corpo de servidores especializados de que dispõe para o processamento de questões concorrenciais. A facilitação da cooperação através desse órgão permite uma grande proximidade deste com as autoridades concorrenciais de outras jurisdições, que é um comportamento desejável para a convergência.

A integração cada vez mais profunda da comunidade internacional em matéria concorrencial representa uma medida indispensável para o bom funcionamento do sistema internacional, da qual a cooperação representa um poderoso instrumento[30].

4. A Cooperação Internacional no combate aos cartéis Transnacionais

Há diversos tipos de cartéis descritos pela literatura antitruste. Nesse artigo, analisa-se a ação concertada entre agentes com atuação em mais de um país, que se vale de comportamentos semelhantes ao que se espera de Estados soberanos para atingir seus propósitos exclusivos, comprometedores do equilíbrio sistêmico das boas práticas de concorrência internacional[31].

A possibilidade de atuação além dos limites físicos de um território e a dificuldade dos países em reprimir condutas anticompetitivas levadas a efeito fora de suas fronteiras incrementam as relações comerciais. No entanto, sob diversos argumentos de eficiência econômica, tais como acessar matérias-primas de melhor qualidade, valer-se de mão de obra mais barata, aumentar a demanda dos produtos ou serviços que ofertam, ou limitar a atuação e o acesso a esses insumos por parte de empresas dispostas a ingressar em novos segmentos da atividade econômica, a concertação entre empresas concorrentes ocorre em uma dimensão mundial, configurando os cartéis internacionais[32].

---

[30] BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. *Cooperação Jurídica Internacional entre autoridades de defesa da concorrência*. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2016, p. 191.

[31] SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial Revista de Direito Internacional. Brasília, v.9, n. 4, 2012, p.68

[32] SANTOS, Karla Margarida Martins. *Op. Cit*. p.69

Os cartéis internacionais são, portanto, acordos ou ajustes entre empresas com atuação simultânea em mais de um país para alterar, restringir ou eliminar a oferta de bens e serviços. Os cartéis expressam-se, tal como o Estado, por meio de arranjos sofisticados e sistêmicos, que desafiam a capacidade de repreensão dos Estados e suscitam o desenvolvimento de mecanismos de persecução e recomposição de danos, pois a lógica de autuação desses agentes, muitas vezes, é formada independentemente do arcabouço jurídico dos Estados, desafiando as normas tradicionais.

No final da última década, a defesa da concorrência presenciou desenvolvimentos gigantescos em todo o mundo, marcando-se como período em que o combate aos cartéis internacionais se tornou prioridade[33]. O aumento do número de países que passou a criminalizar as condutas de cartel transformou para sempre o cenário mundial do direito concorrencial.

Os debates em torno da repressão a cartéis transnacionais indicam que, para que a ação dos Estados seja compatível com a dinamicidade econômica e com agentes nele instalados, deve existir Cooperação entre nações. Para tanto, os discursos e ações tendentes à autuação cooperativa entre os Estados buscam conter as questões humanitárias, sob o argumento de que violações ou impactos econômicos da globalização tornam os direitos humanos mais vulneráveis.

Como prática que possibilita a atuação concertada dos agentes em mais de um território, provocando danos de forma simultânea ou sucessiva em mais de uma jurisdição, os cartéis internacionais devem ser combatidos mediante atuação conjunta ou concertada entre os países, o que certamente resultará, para que as autoridades envolvidas na persecução, em uma atuação mais eficiente e menos custosa[34].

A tendência global para a criminalização do cartel é acompanhada pelo crescimento do número de programas de leniência, que resultam em pagamentos milionários de multas pelas empresas multinacionais condenadas pela conduta. Os programas da maioria dos países são semelhantes e possuem o obtivo de dissuasão e detecção de cartéis, incentivando a delação e Cooperação para a identificação dos demais participantes com a promessa de obtenção da isenção de multas.

Essa crescente alteração no combate aos cartéis ao redor do mundo demonstra o interesse na identificação e condenação dessa conduta. Esta maior atenção aos cartéis provocou em países que antes não possuíam legislação de defesa da concorrência a pretensão de se tornarem mais ativos e coordenarem com outros países seus esforços no combate dessas condutas.

Nesse âmbito dos cartéis, a assinatura de acordos depende da colaboração da parte nas investigações. O novo modelo de negociação, inspirado no modelo americano e no modelo europeu, faz parte de um incremento da política de combate a cartéis e tem o objetivo de incentivar a assinatura de acordos visando um aumento na condenação de cartéis no país. Tais acordos são essenciais para a constituição de um material probatório mais firme[35].

Nesse sentido, interessante pontuar que mais da metade dos acordos de leniência assinados no Brasil foram firmados com partes envolvidas em cartéis internacionais, em situações nas quais também foram assinados acordos em outras jurisdições. Há uma nítida percepção de que tal fato é decorrente da Cooperação Jurídica formal, ou informal, das autoridades brasileiras e internacionais.

É, assim, possível observar um aumento do *networking* entre as autoridades antitruste. A Cooperação permitiu a inserção de um poderoso instrumento na legislação brasileira de combate aos cartéis, fortalecendo sobremaneira a aplicação da legislação antitruste nacional e, na sequência, a cooperação promoveu a utilização prática.

A Cooperação pode se dar em três níveis, ou como prefere a doutrina, ser classificada em três sistemas: (i) sistema de cooperação bilateral; (ii) sistema de cooperação regional; (iii) sistema de cooperação internacional.

Não é possível identificar qual o sistema mais adequado, mas o fomento de instrumentos de cooperação bilateral e regional demonstra as boas perspectivas para o desenvolvimento de acordos

---

[33] ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *Op. Cit.* p. 112.

[34] MARTINEZ, Ana Paula. *Defesa da Concorrência: o combate aos cartéis internacionais*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 10, n. 1, 2003. p. 182

[35] CARVALHO, Vinicius Marques; e SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Op Cit.* p. 101.

multilaterais sobre o assunto, podendo considerar a Cooperação Jurídica Internacional o principal mecanismo de combate aos cartéis transnacionais.

4.1 Principais dificuldades à cooperação internacional no âmbito da defesa da concorrência

Como adiantado, os cartéis internacionais causam efeitos em mais de uma jurisdição, o que, consequentemente implica na legitimidade de mais de uma Estado para a investigação e condenação da conduta. Diante disso, surgem importantes questões como a aplicação extraterritorial das leis concorrenciais de cada Estado e a solução de conflitos de competência na aplicação das decisões. A título de exemplo que a cooperação entre autoridades antitruste pode expor, é possível citar a exposição de uma empresa aos *treble demages* (risco de indenização em triplo) próprios da persecução civil aos cartéis nos Estados Unidos.

Esse talvez seja o principal obstáculo no combate aos cartéis internacionais no contexto da cooperação entre as agências antitruste. Dos Estados com forte tradição antitruste àqueles com pouca ou nenhuma tradição, há leis de defesa da concorrência que possuem viés protecionista atrelada a análise de fusões e aquisições, sendo certo que muitos deles também se utilizam de mecanismos jurídicos que permitem condutas anticompetitivas contrárias aos consumidores estrangeiros.

Como exemplo, o fato de um país adotar práticas de isenções antitruste não significa que tal isenção seja válida ou aceita em outras jurisdições. Pelo contrário, é reconhecido que outros países possuem jurisdição ampla para perseguir tais associações sem que isso signifique o descumprimento do principio internacional de não interferência. No entanto, há poucos países que, na prática, possuem habilidade para efetivamente punir tais condutas em razão da dificuldade imposta pela aplicação extraterritorial das leis antitruste[36].

Conclusão

A tendência de maior internacionalização do direito da concorrência parece inevitável. Nas duas últimas décadas, o número de fusões internacionais aumentou substancialmente. As companhias passaram a prestar serviços e vender produtos fora das fronteiras dos países em que se localizam as suas sedes, usualmente atuando como uma única empresa, com um controle centralizado, apesar de uma estratégia de negócio globalizada. Na mesma linha, um fenômeno parecido de internacionalização de práticas econômicas se verifica quando analisado sob a ótima de controle de condutas – cartéis e condutas unilaterais. Apesar da globalização das questões econômicas, instrumentos legais para controlar fusões e práticas anticompetitivas ainda tem abrangência restrita às esferas nacionais ou regionais[37].

O Direito Internacional da Concorrência sofre destacada influência da globalização econômica, em um panorama caracterizado pelo aumento vertiginoso das práticas restritivas ao comércio internacional e que violam os patamares mínimos concorrenciais. É nesse cenário que os Estados passam a adotar mecanismos que intencionam a regulação da atuação das empresas com atividades em mais de uma jurisdição, a partir da Cooperação Jurídica Internacional.

O presente artigo analisou, ainda que brevemente, a anatomia jurídica da Cooperação Jurídica Internacional entre as autoridades de defesa da concorrência, especialmente no tocante à sua aplicação e efetividade no ordenamento jurídico brasileiro, na sua adoção pelo CADE e sua importância no combate aos cartéis internacionais, entendidos como distorções do comportamento esperado de empresas transfronteiriças.

Se por um lado é inquestionável a competência dos Estados em reprimir práticas restritivas da concorrência em seu território, a controvérsia reside na extensão extraterritorial do direito da concorrência aos acordos celebrados no estrangeiro que produzem efeito em outro Estado, também conhecida como teoria dos efeitos.

---

[36] ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. *Op. Cit.* p. 143.

[37] CARVALHO, Vinicius Marques; e SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Op Cit.* p. 103.

Especificamente no Brasil, a Lei Antitruste Brasileira prevê no artigo 2º, *caput*, expressamente sua aplicação extraterritorial ao indicar *"às práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos".*

O CADE, por sua vez, possui papel importante na evolução da cooperação internacional com as agências antitruste estrangeiras. Assim, a Cooperação Jurídica Internacional surge como mecanismo fundamental para o imperativo combate aos cartéis transnacionais.

Referências Bibliográficas

ARANOVICH, Tatiana de Campos. Inovações na cooperação jurídica internacional para o Cade. Revista de Defesa da Concorrência, n. 1, maio 2013, pp. 124-148

ARAUJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. In: Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. (Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014

_____, "A Conferencia da Haia de direito internacional privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais", in Revista de Arbitragem em Mediação RArb, Ano 9, n. 35, Out-Dez 2012, Revista dos Tribunais

_____, Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9/2005, Rio de Janeiro, Renovar, 2010

_____, Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira, 5ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011

ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento. A florescência da cooperação jurídica internacional no combate aos cartéis transfronteiriços: a experiência brasileira e reflexões para seu aperfeiçoamento. Dissertação de Mestrado. USP. São Paulo. 2013

BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Cooperação Jurídica Internacional entre autoridades *de defesa da concorrência.* Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2016

BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal – Eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011

CARVALHO, Vinicius Marques; e SILVEIRA, Paulo Burnier da. A Cooperação internacional na *defesa da concorrência*. *In* Revista de Direito Internacional. v. 10, nº 1, 2013

CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. Princípios da Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul. São Paulo: RT, 2000

FERNANDES, Marcela Campos Gomes. 2017. *Política de defesa da concorrência e combate a cartéis internacionais no Brasil*. 318f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017

FOX, Eleanor. *Antitrust without borders: from roots to codes to networks.* In: GUZMAN, Andrew (Ed). Cooperation, Comity, and Competition Policy. Oxford: Oxford University Press, 2011

JAEGER JÚNIOR, Augusto. Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008

KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática*, Brasília, Instituto Rio Branco, 2004

LOULA, Maria Rosa, Auxílio Direto - Novo Instrumento Brasileiro de Cooperação Jurídica Internacional, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. Cartilha Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2014

MARTINEZ, Ana Paula. *Defesa da Concorrência: o combate aos cartéis internacionais*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 10, n. 1, 2003

MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e a aplicação do princípio da cortesia positiva. Revista do IBRAC, v. 11. São Paulo: RT, 2004

MARQUES, Frederico do Valle. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

MIKA, Hayashi. *Objective territorial principle or effects doctrine?* Jurisdiction and cyberspace: law. n. 6. Pérouse: Université de Pérouse, 2006

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

PARISI, John J. *Cooperation Among Competition Authorities in Merger Regulation*. Cornell International Law Journal, v. 43, n. 2. Nova York: Cornell International Law Journal, 2010

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *"Cooperação Jurídica Internacional" in O Direito Internacional Contemporâneo*, org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro, Renovar, 2006

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste:* aspectos internacionais. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial Revista de Direito Internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 4, 2012

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio. Revista de Direito Comercial e Internacional, a. 9, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princenton: Princeton University Press, 2004

SOKOL, David. *International Antitrust Institutions*. In: GUZMAN, Andrew (Org.). *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/2004. Curitiba: Juruá, 2008

14. TRANSPLANTE LEGAL DE INSTITUTOS NORTE-AMERICANOS DE ANTITRUSTE E DE COMBATE À CORRUPÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

14. LEGAL TRANSPLANT OF US ANTITRUST AND ANTI-CORRUPTION INSTITUTES INTO BRAZILIAN LAW

Ana Flávia Azevedo Pereira

Resumo: O artigo discute o transplante legal de institutos norte-americanos de antitruste e anticorrupção para o direito brasileiro no contexto atual de globalização e de Operação Lava Jato. Serão apresentados alguns exemplos de institutos de antitruste transplantados do direito norte-americano para a Lei de Defesa da Concorrência. Também serão apresentados os institutos anticorrupção norte-americanos que as Dez Medidas Contra a Corrupção querem ver incorporados ao direito brasileiro e as críticas mais contundentes à importação desses dispositivos ao sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Transplante Legal. Direito Norte-americano. Antitruste. Anticorrupção.

Abstract: The article discusses the legal transplant of US antitrust and anti-corruption institutes into Brazilian law in the current context of globalization and Lava Jato Operation. The article will present some examples of US antitrust institutes transplanted to the Brazilian Competition Law. The article will also present the US anti-corruption institutes that the Ten Measures Against Corruption wish to become law, as well as the more forceful critics of the import of these legal mechanisms into the Brazilian legal system.

Keywords: Legal Transplant. North-american Law. Antitrust. Anticorruption.

Introdução

Transplante legal é o conceito de Direito Comparado utilizado para descrever o movimento de importação de institutos e normas de um país para outro. Tal importação é comumente utilizada por Estados dominantes que desejam reconstruir Estados menores à sua imagem e semelhança e por Estados em fase de transição que buscam inspiração em modelos normativos de prestígio[1].

Segundo Maximo Langer, desde o fim da Segunda Guerra Mundial e, especialmente, após o fim da Guerra Fria, o modelo jurídico norte-americano se tornou o mais influente do mundo. Os Estados Unidos passaram a influenciar não só a produção normativa, mas também jurisprudencial e algumas áreas específicas do Direito foram mais afetadas. É o caso do Direito Constitucional, Tributário, Empresarial, Arbitral e de Patentes[2]. Não foi diferente com o Direito Antitruste e de Combate à Corrupção.

Contribui para esse processo o fenômeno da globalização, que introduz novos espaços de produção normativa internacional; transporta decisões políticas, econômicas e sociais para o cenário supranacional e pressiona pela uniformização dos instrumentos jurídicos[3].

O acelerado movimento de aproximação dos sistemas jurídicos dos Estados nesses dois tópicos se dá não apenas a partir de transplantes legais, mas também através de convenções internacionais e pactos bi ou multilaterais, para garantir eficácia no combate à corrupção e na defesa ao direito de concorrência em nível internacional.

---

[1] Miller, Jonathan M. A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. The American Journal of Comparative Law, vol. 51, no. 4, 2003, p. 839.

[2] LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal, vol. 45, no. 1, 2004, p. 1.

[3] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138.

O Direito Antitruste e Anticorrupção são duas áreas que demandam atuação integrada e cooperativa entre países, pois as empresas assumem, muitas vezes, proporção maior que o próprio Estado, atuando a nível global. Somado a isso, a corrupção praticada por empresas transnacionais em diversos casos envolve o pagamento de propina para agentes públicos de outros países, como forma de conseguir e manter negócios nesses países.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é apresentar alguns institutos norte-americanos de antitruste e combate à corrupção que inspiraram dispositivos legais da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) e das Dez Medidas contra a Corrupção propostas pelo Ministério Público Federal.

O artigo se debruçará mais dedicadamente sobre a influência do direito norte-americano nos institutos de combate à corrupção, tendo em vista que as Dez Medidas Contra a Corrupção ainda estão em discussão no Congresso Nacional e vêm gerando bastante polêmica no cenário jurídico brasileiro.

Para esse fim, no próximo capítulo serão apresentados alguns exemplos de institutos de antitruste transplantados da legislação, doutrina e jurisprudência norte-americana para a Lei nº 12.529/2011, sem pretensão de exaurí-los.

Em seguida serão apresentados os institutos anticorrupção norte-americanos que as Dez Medidas Contra a Corrupção querem ver incorporados ao direito brasileiro e as críticas mais contundentes à importação desses dispositivos ao sistema jurídico brasileiro.

1. Transplante Legal de Institutos Norte-americanos de Antitruste

A regulação do comportamento dos agentes econômicos remonta ao *Act of Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraints of Trade* do Canadá (1889) e o *Sherman Act* dos Estados Unidos (1890).

Tradicionalmente, atribui-se a aprovação dessas leis à necessidade do Estado de intervir na economia para impedir o monopólio e cartelização dos mercados, que estava conferindo a certas empresas o poder de ditar o preço dos produtos em prejuízo aos consumidores e à liberdade de mercado.

No Brasil, a legislação sobre o tema remete à década de 1930, caracterizada pela forte presença do Estado na economia pós-crise de 1929. Nesse sentido, a Constituição de 1937 previu, no artigo 141, as práticas consideradas crimes contra a economia popular.

A semente do processo de implantação de uma legislação antitruste brasileira está no Decreto-lei nº 7.666/45, aprovado por Getúlio Vargas com bastante resistência. O Decreto, inspirado no Sheman Act, tinha caráter administrativo e não criminal e instituiu a Comissão Administrativo de Defesa Econômica com poderes para autorizar ou impedir fusões, agrupamentos ou transformações de empresas[4].

Apesar de ter vigorado por apenas alguns meses, o Decreto iniciou no país uma longa discussão sobre o tema, que culminou com a aprovação da Lei n º 4.137/62 quatorze anos depois, com o objetivo de coibir condutas anticoncorrenciais. Os discursos políticos da época sobre o PL 122/48 revelam a inspiração da proposta na legislação antitruste norte-americana que visava a combater a concentração econômica e a restrição da livre concorrência[5].

A Lei nº 4.137/62 instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica com prerrogativas, garantias e incompatibilidades semelhantes às dos membros do Poder Judiciário inspirado no modelo norte-americano, segundo o qual cabe ao Poder Judiciário aplicar a lei[6].

Em 1994, após o lançamento do Plano Real, foi promulgada a Lei nº 8.884, que transformou o Conselho em autarquia, com independência orçamentária e financeira; autonomia técnica para decidir sem interferência do Poder Executivo e autonomia postulatória frente ao Judiciário[7].

---

[4] BRASIL. CADE. Defesa da concorrência no Brasil 50 anos. p. 38. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

[5] BRASIL. CADE. op. cit., p. 40.

[6] BRASIL. CADE. op. cit., p. 41.

Vale ressaltar que a transformação do CADE em autarquia se insere no contexto do movimento brasileiro de tecnicização da regulação econômica, que se inspirou no modelo norte-americano de agências reguladoras[8].

Importante notar ainda que, em 2000, com o incremento dos artigos 35-B e 35-C na Lei nº 8.884/94, instituiu-se no CADE a prática de firmar acordos de leniência no âmbito das investigações de cartéis[9]. Os Estados Unidos foram os precursores da celebração de acordos de leniência em casos de crimes de cartéis. O Departamento de Justiça norte-americano instituiu em 1978 o Programa de Leniência Corporativo, aprimorado com a edição da Política de Leniência Corporativa em 1993[10].

Os acordos de leniência firmados pelo CADE para desbaratar cartéis pavimentou o caminho para a adoção do instituto no combate à corrupção e para a sua inclusão nas Dez Medidas de Combate à Corrupção. A parceria entre CADE, Ministério Público e Polícia Federal na investigação de crimes de cartel dotou os órgãos de conhecimento prático sobre o tema, que culminou com a apresentação da proposta legislativa.

Além disso, é frequente que os acordos de leniência sobre a prática de cartéis exponham crimes de corrupção. Há diversos termos de compromisso e acordos de leniência firmados no CADE relatando que funcionários públicos incentivaram a prática de cartel em licitações públicas e exigiam das licitantes vencedoras uma porcentagem do valor dos contratos.

Assim se deu em pelo menos quatro acordos de leniência firmados com o CADE no âmbito da Operação Lava Jato: com a empresa Andrade Gutierrez na licitação para concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte; com a empresa Setal/SOG em licitações para obras de montagem industrial *onshore* da Petrobras; com a empresa Camargo Corrêa em licitação para obras de montagem eletronuclear na usina Angra 3 da Eletronuclear e em licitações da Valec para implantação da Ferrovia Norte-Sul e da Ferrovia Integração Oeste-Leste[11].

A Lei nº 12.529/11 regulamentou com mais precisão o instituto do acordo de leniência, tornando-o mais eficiente. A lei estendeu a imunidade conferida pelo acordo a todos os crimes relacionados com cartéis, como os crimes de fraude à licitação, previstos na Lei nº 8.666/93. A Lei nº 8.884/94 restringia a imunidade aos crimes previstos na Lei nº 8.137/90. Além disso, previu que em caso de descumprimento do acordo, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo por três anos (art. 86 §12º).

Além do acordo de leniência, a Lei nº 12.529/11 trouxe da legislação norte-americana a possibilidade de aplicação da legislação antitruste nacional a condutas praticadas fora do território brasileiro, desde que afetem o comércio interno ou externo do país (art. 2º). 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[12].

---

[7] BRASIL. Projeto de Lei nº 3.712/1993. Dispõe sobre a repressão ao abuso do poder economico e a defesa da concorrencia, autorizando a transformação do conselho administrativo de defesa economica - cade em autarquia. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7>. Acesso em 30 de abril de 2018.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2012, 3a Ed., p. 110.

[9] BRASIL. CADE. op. cit., p. 99.

[10] MUSSI, Douglas Miranda. Leniência como Ferramenta de Combate a Cartéis Análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 10. 2017.

[11] CADE. Cade celebra acordo de leniência em investigação de cartel na licitação da usina de Belo Monte. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-da-usina-de-belo-monte>. Acesso em 30 de julho de 2018.

[12] NEMER, F.; DUARTE, L.; VILLELA, M.; OUTROS. Cartéis internacionais e seus efeitos no brasil: análise das decisões recentes do CADE. In: ANDERS, E.; RIBAS, G.; VILLELA, M.; CRISTOFARO, P.; OURTOS (Org.). 5 anos lei de defesa da concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 272.

Nas Diretrizes de Antitruste para Cooperação e Cumprimento Internacional, publicada pelo Departamento de Justiça norte-americano e pela Federal Trade Comission em janeiro de 2017, os dois órgãos reiteram que a lei antitruste norte-americana se aplica a condutas estrangeiras que tenham efeitos intencionais e substanciais nos Estados Unidos.

A lei que respalda esse posicionamento é a Sessão 1 e 2 do Sherman Act que declara ilegal todo contrato, acordo ou conspiração, para restringir o comércio entre diversos Estados ou nações estrangeiras e condena a prisão todo aquele que estabeleça ou tente estabelecer monopólio, ou acorde ou conspire para estabelecer monopólio entre Estados ou com nações estrangeiras[13].

Quanto aos critérios utilizados para determinar qual ato de concentração será submetido à apreciação do CADE, a Lei de Defesa da Concorrência de 2011 foi igualmente influenciada pelas normas norte-americanas.

Nos Estados Unidos os critérios são dois: o tamanho da transação a ser concretizada e o tamanho das partes envolvidas. Em 2018 foi anunciado pelo FTC o limite de pelo menos USD 168.8mi em valor total de ativos ou de vendas anuais para uma das partes e de pelo menos USD 16.9mi para a outra parte[14].

A Lei de Defesa da Concorrência de 2011 deixou de utilizar o conceito de "mercado relevante" para fins de determinar qual ato de concentração será submetido à apreciação do CADE. Por ser um conceito jurídico indeterminado, causava insegurança jurídica quanto a qual operação deveria ser reportada ao órgão, tendo em vista que a regulação se dava *a posteriori* e o Plenário do CADE, se concluísse pela sua não aprovação, poderia determinar a desconstituição, total ou parcial, do ato-(art. 54 da Lei nº 8.884/94).

A lei brasileira passou, então, a adotar critérios baseados no faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país para determinar a submissão dos atos de concentração à apreciação do CADE, mantendo o uso do conceito "mercado relevante" para fins de avaliação dos efeitos do ato e, consequentemente, sua aprovação ou não (art. 88 da Lei nº 12.529/11).

São critérios objetivos, facilmente verificáveis e de baixo custo, baseados no modelo norte-americano[15], com uma diferença: no Brasil o montante limite foi fixado por lei, enquanto nos Estados Unidos cabe ao Federal Trade Commission (FTC) atualizar automática e anualmente o montante limite para que um ato de concentração seja submetido a análise. Por fim, vale mencionar a construção jurisprudencial norte-americana que vem sendo vastamente aplicada pela Superintendência Geral do CADE no julgamento de processos administrativos em casos de *sham litigation.*

Sham litigation é um termo construído pela doutrina norte-americana para designar litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, nas hipóteses em que o Poder Judiciário ou o processo administrativo governamental são instrumentalizados para causar danos aos concorrentes[16].

Dado que o conceito é muito abrangente, a jurisprudência dos Estados Unidos vem construindo parâmetros para analisar condutas que se enquadrem em *sham litigation* e os conselheiros do CADE

---

[13] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 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 30 de julho de 2018. p. 16.

[14] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FEDERAL TRADE COMISSION. Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation. Disponível em <https://www.cadwalader.com/resources/clients-friends-memos/ftc-announces-2018-thresholds-for-merger-control-filings-under-hsr-act-and-interlocking-directorates-under-the-clayton-act>. Acesso em 30 de julho de 2018.

[15] BACCHI, Fabiana Mesquita. A análise dos atos de concentração sob a ótica da lei nº12.529/12: A trajetória da análise de estrutura e a aproximação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência aos principais sistemas de estrutura. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas São Paulo, p. 47. 2012.

[16] AUGUSTIN, B.; TURRA, L.; STURION, L.. Sham litigation por meio do abuso de direitos de propriedade intelectual: a jurisprudência do CADE. In: ANDERS, E.; RIBAS, G.; VILLELA, M.; CRISTOFARO, P.; OURTOS (Org.). 5 anos lei de defesa da concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 215.

vêm valendo-se deles em seus julgamentos, inclusive utilizando testes desenvolvidos pelas cortes desse país[17].

Foi o que aconteceu no julgamento do caso Ediouro, Processo Administrativo nº 08012.005335/2002-67[18]. A Editora Nova Atenas representou a Ediouro Publicações ao CADE sob alegação de acordos judiciais de não-concorrência; fraude em notificações extrajudiciais e atestação falsa de patente e tentativa de dificultar o acesso de concorrentes aos meios de distribuição sob a alegação pela Ediouro de suposta violação a direitos de propriedade intelectual.

Além de condenar a Ediouro pelas condutas, na decisão publicada o CADE listou um rol não taxativo de testes desenvolvidos pela jurisprudência norte-americana para auxiliar na configuração de *sham litigation*: Teste PRE; Teste POSCO; litígios fraudulentos e acordos judiciais e outras ações.

O teste PRE, nome em referência à parte do processo Professional Real Estate Investors, Inc., refere-se à hipótese em que "a parte ajuíza expedientes objetivamente sem fundamento, com intuito e resultado potencialmente anticompetitivo (mas que não pressupõe a utilização de fatos enganosos)"[19].

O teste POSCO, nome em referência à parte do processo USS-POSCO Industries, diz respeito à conduta de "ajuizar 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"[20].

No teste de litígios fraudulentos, "a parte tem expectativa de causar um dano direto, via provimento estatal que lhe seja favorável, mas por uma via de falsidade na (...) argumentação apresentada ao Poder Judiciário ou a agente administrativo"[21].

Finalmente, o teste de acordos judiciais pode ser exemplificado como "um acordo judicial capaz de chancelar 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"[22].

Após breve retrospectiva do Direito Antitruste no Brasil, é notória a importância da doutrina, jurisprudência e legislação norte-americana para a construção da matriz brasileira de defesa da concorrência.

Os exemplos internacionais, norte-americano em especial, contribuem para elaboração de um modelo jurídico brasileiro mais objetivo, eficiente, transparente e dotado de segurança jurídica, alinhado às melhores práticas estrangeiras e mais recomendadas pelos órgãos internacionais.

2. Transplante Legal de Institutos Norte-americanos de Combate à Corrupção

Após apresentação de alguns importantes institutos de Direito Concorrencial norte-americanos introduzidos ao sistema jurídico brasileiro, passa-se à discussão do transplante legal de institutos de combate à corrupção.

Importa ressaltar que diferentemente do Direito Concorrencial, que surgiu como tal ao redor do mundo há pouco mais de um século, o Direito Penal, os delitos e as penas, possui raízes mais remotas e profundas, atreladas a questões históricas, morais e jusfilosóficas típicas de cada país.

Além disso, o Direito Concorrencial regula o comércio, a economia, uma área que segue naturalmente uma tendência forte de unificação entre Estados, constatada nos pactos de livre comércio do Mercosul e do Transpacífico, na união econômica e política de alguns países europeus.

---

[17] AUGUSTIN, B.; TURRA, L.; STURION, L. op. cit., p. 215.

[18] CADE. Superintendência-Geral. Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67. Data do Julgamento 17.08.2016. Data da Publicação 23.09.2015.

[19] AUGUSTIN, B.; TURRA, L.; STURION, L. op. cit., p. 217.

[20] AUGUSTIN, B.; TURRA, L.; STURION, L. op. cit., p. 217.

[21] AUGUSTIN, B.; TURRA, L.; STURION, L. op. cit., p. 218.

[22] AUGUSTIN, B.; TURRA, L.; STURION, L. op. cit., p. 218.

No Direito Penal e Processual, embora haja esforços para colaboração internacional em investigações, citações e cumprimento de sentenças, o poder sancionador do Estado sobre seus administrados ainda é um ponto central da soberania de um país e aflige o âmago dos direitos individuais a serem tutelados pelo próprio Estado: a liberdade e em alguns países até a vida.

Esses aspectos tornam mais suave e menos questionável o transplante legal de institutos norte-americanos à legislação antitruste brasileira enquanto, por outro lado, tornam mais sensível e delicada a importação para a legislação anticorrupção.

Em função disso, a seguir serão introduzidos os institutos norte-americanos de combate à corrupção identificados nas Dez Medidas Contra a Corrupção para, em seguida, expor as críticas ao transplante legal.

3.1 Contextualização

O Ministério Público Federal lançou em março de 2015 a campanha nacional "Dez Medidas contra a corrupção", elaborada por membros do Ministério Público Federal integrantes da Força-tarefa da Lava Jato em Curitiba (PR). A proposta legislativa foi apresentada com o intuito de tornar mais efetivo o combate à corrupção, ao enriquecimento ilícito de agentes público e à impunidade e baseou-se na experiência oriunda da investigação desta e de outras grandes operações criminais[23].

A partir do lançamento da campanha iniciou-se a coleta de assinaturas para que o projeto fosse levado ao Congresso Nacional como projeto de lei de iniciativa popular. Além do apoio popular, a medida recebeu suporte da ONG Transparência Internacional e outras organizações da sociedade civil.

Em março de 2016, parlamentares da Frente Mista de Combate à Corrupção apresentaram, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 4850/2016, contemplando integralmente as propostas da Campanha 10 Medidas contra a Corrupção[24]. Computaram-se válidos os registros de 1.741.721 (um milhão, setecentos e quarenta e um mil, setecentos e vinte e um) assinaturas.

Em novembro de 2016 o relator da Comissão Especial do Projeto, o deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS), apresentou relatório pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa. No mérito o deputado rogou pela aprovação de substitutivo que incluiu, dentre outras, a décima primeira medida, apresentada pela Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos (ENCCLA), que ficou conhecida como "reportante do bem", em referência ao *whistleblower*.

Após aprovação do relatório pela Comissão Especial em 24.11.2016, foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados o pedido de tramitação em regime de urgência e após aprovação da redação final do projeto de lei em 30.11.2016, o projeto foi encaminhado ao Senado Federal[25]. No Senado, o projeto de lei foi apresentado em 04.04.2017 sob o número PLC nº 27/2017 e aguarda designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania[26].

O lançamento pelo Ministério Público Federal e a aprovação pela Câmara dos Deputados das Dez Medidas Contra a Corrupção tiveram grande repercussão no país, mobilizando críticas em diversos sentidos, mas especialmente com relação ao que foi chamado de transplante legal de institutos e categorias de outros sistemas jurídicos, especialmente do norte-americano.

---

[23] DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Histórico. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

[24] DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. op. cit.,.

[25] BRASIL. Projeto de Lei n° 4850, de 2016. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em:

< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>.

[26] BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n° 27, de 2017. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal; as Leis nºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de jul. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128634>. Acesso em: 24 abr 2018.

As Dez Medidas Contra a Corrupção se inserem no contexto brasileiro atual de reiterados escândalos no âmbito da Operação Lava Jato. Seu mote de combate à corrupção e à impunidade representa a vontade de todo cidadão brasileiro por um processo penal eficiente e eficaz.

Entretanto, para alguns críticos das medidas, a campanha do Ministério Público traz em si um paradoxo: quer combater a corrupção corrompendo o próprio sistema de justiça, o processo penal e até mesmo as bases democráticas[27].

Observa-se o conflito latente entre o anseio do Ministério Público e da sociedade por eficiência e eficácia no processo penal e a preocupação de alguns juristas com a importação acrítica de institutos jurídicos de outros países e violação de garantias constitucionais decorrentes disso.

É inegável que os ordenamentos jurídicos brasileiro e americano estão organizados sócio-juridicamente de maneiras diversas e partem de doutrinas filosófico-jurídicas diferentes, o que acaba criando dificuldades na importação de institutos jurídicos.

Nesse sentido, Tércio Sampaio aponta que histórica e espacialmente, comunidades tendem a se distinguir em termos de organização social e concepção de justiça, o que ajudaria a explicar "as dificuldades que surgem quando uma nação importa de outra e uma exporta para a outra suas próprias formas de organização"[28]. E ele continua:

A chamada modernização do direito esbarra aqui em problemas específicos que geram, entre os povos, barreiras de mútua compreensão em face da utilização de códigos diferentes para decifrar, às vezes, a mesma mensagem.

Entretanto, o movimento de importação não se deixa obstar por esses fatores e tampouco é recente: a reforma do Código de Processo Penal em 2008 (Lei nº 11.690/08) já havia importado algumas regras de exclusão de provas ilícitas trazidas da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana (*exclusionary rules*) e elementos de justiça negociada típicas de acordo de leniência no Brasil remontam à Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90 que previu no parágrafo único do art. 8º a redução de pena ao participante que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha.

Outro exemplo disso é a décima primeira medida, sugerida pela ENCCLA. A medida regulamentava as proteções e incentivos ao reportante e acabou sendo excluída do relatório do deputado federal relator da proposta legislativa. Entretanto, o quesito mais polêmico, que diz respeito ao direito à recompensa pela informação apresentada, foi aprovado em separado na Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018. Esta lei dispôs sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais[29].

3.2 Transplante legal nas Dez Medidas Contra a Corrupção

Das Dez Medidas Contra a Corrupção, pelo menos cinco possuem equivalentes no sistema jurídico estadunidense e são assim intituladas pelo MPF: o teste de integridade (Medida 1.2); a corrupção com pena maior e como crime hediondo segundo o valor (Medida 3); acordo de leniência (Medida 5.3); ajustes nas nulidades penais contra a impunidade e a corrupção (Medida 7); medidas para recuperação do lucro derivado do crime (Medida 10) e a décima primeira medida, sugerida pela ENCCLA, o reportante do bem.

---

[27] CASARA, Rubens R. R.. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias. In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.21.

[28] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002. p 243.

[29] BRASIL. Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4o da Lei no 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm>. Acesso em 24 abr. 2018.

A primeira, o teste de integridade, é largamente utilizada nos Estados Unidos para identificar parlamentares[30], juízes[31], policiais e demais agentes públicos corruptos. Nesse país, o objetivo é observar e avaliar a conduta de um agente público em situações em que condições específicas são criadas, muitas vezes utilizando agentes disfarçados ou infiltrados.

A terceira medida estabelece, na hipótese de crimes econômicos, o aumento proporcional da pena de prisão conforme a vantagem auferida ou o montante de prejuízo causado à Administração Pública, reproduzindo parâmetros estadunidenses. A justificativa do projeto de lei faz menção direta ao Manual de Orientações da Comissão de Penas dos Estados Unidos (*2014 USSC Guidelines Manual*)[32].

A quinta medida, o acordo de leniência, já foi incorporado pela Lei Anticorrupção, através da Medida Provisória nº 703/2015, que perdeu vigência. Essa medida pretende inserir o instituto na Lei de Improbidade Administrativa.

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça publica[33], emite com certa frequência, orientações e diretrizes sobre suas políticas de combate à corrupção e cartéis, estipulando as condições em que serão concedidas vantagens àqueles que colaborarem com as investigações.

A sétima medida pretende a importação para o Brasil das causas excludentes de ilicitude das provas. As *exclusionary rules* são regras jurisprudenciais da Suprema Corte Norte-americana (SCOTUS) que estipulam em que condições as provas serão consideradas ilícitas e não serão aceitas no processo.

Entretanto, a jurisprudência norte-americana previu casos em que provas ilícitas serão admitidas, excluindo a sua ilicitude. De acordo com a justificativa do projeto de lei, "há diversas outras causas excludentes de ilicitude da prova, já admitidas pela SCOTUS, que ainda não foram positivadas no direito brasileiro, e que o projeto pretende corrigir"[34].

A décima medida prevê diversos institutos importados do sistema jurídico norte-americano. O confisco alargado estipula a decretação, em sentença, da perda dos lucros advindos de bens de origem ilícita em favor da União, tal qual previsto no Título 18 §982 e Título 21 §852 do *United States Code*. A ação de extinção de domínio, da mesma forma, é semelhante ao confisco civil de bens relacionados ao crime de lavagem de dinheiro (18 U.S. Code § 981 - *Civil forfeiture*).

A décima primeira medida previa medidas de preservação da identidade, de proteção à integridade física, contra retaliação e, a medida mais polêmica, de incentivo à denúncia. Nesse quesito, a medida conferia ao reportante o direito ao percebimento de retribuição pela apresentação de relato nas hipóteses de danos e penalidades superiores a trezentos salários mínimos, tendo direito a no máximo 20% do valor recuperado[35].

A lei *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* prevê, na sessão 922, uma recompensa (*award*) de no mínimo 10% e no máximo 30% do total arrecadado em sanções impostas no processo em que o reportante contribuir.

3.3 Críticas ao transplante legal

---

[30] JOHNSTON, David. F.B.I.'s Focus on Public Corruption Includes 2,000 Investigations. New York Times, 2006. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2006/05/11/washington/11fbi.html>. Acesso em: 24 abr. 2018.

[31] JANSSEN, Kim. Operation Greylord's hero undercover lawyer to get Hollywood moment. Chicago Tribune, 2017. Disponível em: <http://www.chicagotribune.com/news/chicagoinc/ct-crook-county-greylord-movie-0120-chicago-inc-20170119-story.html>. Acesso em: 24 abr. 2018.

[32] DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. op. cit,.

[33] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTMENT OF JUSTICE. United State Attorney's Manual. 2017. Disponível em: < https://www.justice.gov/usam/usam-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977>. Acesso em: 24 abr 2018.

[34] DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. op. cit,.

[35] BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n° 27, de 2017. op. cit,.

A importação de institutos jurídicos norte-americanos não fica isenta de críticas, centralizadas na violação de garantias previstas constitucionalmente como a presunção de inocência, o devido processo legal, a licitude das provas no processo e a distribuição do ônus da prova[36].

Na perspectiva do Editorial do Boletim nº 277 do IBCCrim, as 10 Medidas representam um retrocesso punitivista devido às "importações impensadas de institutos jurídicos estrangeiros", ao aumento desmedido de penas e às alterações legais que afrontam garantias constitucionais[37].

As críticas formuladas quanto ao teste de integridade, a primeira medida, se concentram na violação (i) à presunção de inocência; (ii) ao devido processo legal e (iii) a ilicitude do meio de produzir prova.

Para Jacinto Coutinho parte-se do pressuposto de que todos são desonestos até que se prove o contrário[38]. Complementariamente, Flávio Cruz aponta que o fundamento da medida estaria numa noção de criminalidade ontológica que identifica corruptos em vez de investigar reais atos de corrupção. Como consequência, estimula que servidores públicos sintam-se vigiados, tornando a função primordial do processo criminal a inibição ao invés da investigação de atividades delitivas já perpetradas ou em vias de efetiva realização[39].

A violação ao devido processo legal se resume na figura do agente provocador, que pretende identificar corruptos num contexto simulado, punindo a partir do mero exame da *mens rea* do agente, mesmo sendo vedada a punição ao crime impossível. Seria uma afronta aos limites de atuação do Estado, que pretende punir a partir da compreensão do delito como uma projeção do caráter do agente[40].

Afronta-se, ainda, a produção de provas por meio lícito, uma vez que não se incluiu no âmbito do processo administrativo sancionador a necessidade de prévia autorização judicial para a aplicação dos testes, além da atribuição de sigilo aos resultados do teste[41].

A terceira medida estabelece modelo de punição de moldura móvel, que aumenta os anos de pena aplicáveis quanto maior for o valor da vantagem obtida ou do prejuízo causado. Na fixação da pena, estabelece-se um juízo de ponderação entre a gravidade do fato (lesão ou perigo ao qual o bem jurídico foi exposto) e a gravidade da pena.

Essa medida colide com a moldura penal fixa adotada no Código Penal para os demais crimes e atinge o princípio constitucional da individualização da pena. Ademais, isso leva a uma desproporcionalidade: para um homicídio simples se cominaria pena de 6 a 20 anos e para o peculato a pena seria de 10 a 18 anos[42]. Nesse juízo de ponderação, em termos simples, matar e roubar seriam fatos igualmente graves.

A quinta medida, que trata dos acordos de leniência, é fortemente criticada por expandir os espaços de consenso pautados em fatores utilitaristas e eficientistas. A inovação trazida pela justiça negociada implica num utilitarismo processual e na busca pela máxima eficiência que reduz o papel do juiz a mero homologador, de modo que "a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade"[43].

Critica-se a superioridade atribuída ao Ministério Público, que cumula poderes para investigar e perseguir as hipóteses fáticas que formulou mentalmente sobre o crime e escolher com quem celebrará

---

[36] TARDELLI, Brenno. Especialistas de peso condenam "medidas contra a corrupção" propostas pelo MPF. Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/12/10/especialistas-de-peso-condenam-medidas-contra-a-corrupcao-propostas-pelo-mpf/>. Acesso em: 24 abr. 2018.

[37] EDITORIAL todos contra a corrupção. Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM, ano 23, n. 277, p. dez. 2015.

[38] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas? In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.02-03.

[39] CRUZ, Flávio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.04-05.

[40] CRUZ, Flávio Antônio da. op. cit,. p. 04.

[41] CRUZ, Flávio Antônio da. op. cit,. p. 05.

[42] PRADO, Geraldo. Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição... In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.10.

[43] LOPES JR. Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176.

acordos, determinando a verdade dos fatos que se conformem a sua própria narrativa[44]. Além disso, possui poderes para transigir, já que na justiça negociada as sanções são acordadas voluntariamente na composição do conflito penal[45], podendo se tornar ferramenta de pressões psicológicas e coações do acusado[46].

As críticas à sétima medida começam já na justificativa do projeto de lei, que afirma que o conceito atual de nulidade das provas é "por demais amplo" e permite a anulação de provas em razão "da inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha". Para Badaró, no processo penal a forma não é formalismo inútil, mas garantia do devido processo legal[47].

O autor aponta também que as exceções às nulidades da prova, que levam em conta a boa fé do agente policial ou de quem apresenta prova ilícita acompanhada de notícia-crime, geram imenso poder de manobra. Badaró defende que a intenção do agente não pode determinar a natureza (i)lícita da prova e reforça sua crítica lembrando a diferença entre os dois sistemas de justiça, pois a finalidade das regras de exclusão probatória norte-americana é impedir o mau comportamento policial e não proteger os direitos individuais do cidadão[48].

Nesse ponto, importa notar que no caso Stone v. Powell, a Suprema Corte norte-americana admitiu prova ilegalmente obtida por entender que o dano causado pela violação era sensivelmente menor que o ganho trazido pela prova[49]. No caso U.S. v. Leon afastou a nulidade por entender que a aplicação indiscriminada da regra de exclusão de provas impediria a função de busca pela verdade do sistema de justiça criminal, permitiria que réus culpados ficassem livres e geraria desrespeito pela lei e pela administração da justiça[50].

A sétima medida estipula, no art. 564 do Código Penal, que nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, numa clara ponderação da relação custo e benefício.

A esse respeito, Ricardo Gloeckner faz objeções à transformação do processo penal em um garantidor da eficiência do Direito Penal, concebendo o processo exclusivamente como ferramenta de aplicação do direito penal material. Como consequência, a forma processual se torna um obstáculo e o objetivo passa a ser abolir as consequências negativas oriundas do desrespeito à forma. Ele denuncia essa visão no título da sétima medida, que ajusta as nulidades penais "contra a impunidade e a corrupção"[51].

A décima medida, que trata do confisco alargado, recebe críticas por partir da presunção legal de que o patrimônio cuja origem não possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas necessariamente será lucro oriundo do crime e, portanto, ensejará o perdimento dos bens. Caberá ao condenado fazer prova da licitude, o que inverte o ônus da prova e viola o princípio da presunção de inocência.

O processo adversarial norte-americano admite presunções legais e distribui o ônus da prova diferentemente entre as partes a depender do caso. Na hipótese, o *United States Code* estipula a

---

[44] BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: Colaboração Premiada, 2017. Revista dos Tribunais. p. 143.

[45] CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013 In: Colaboração Premiada, 2017. Revista dos Tribunais. p. 259.

[46] LOPES JR. Aury. op. cit,. p. 184.

[47] BADARÓ, Gustavo Henrique. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.17.

[48] CRUZ, Flávio Antônio da. op. cit,. p. 19.

[49] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 19, 2000. Disponível em: <http://www.idclb.com.br/revistas/revista19.html>. Acesso em 24 abr. 2018.

[50] LEGAL INFORMATION INSTITUTE. United States v. Leon. Cornell Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>. Acesso em: 24 abr. 2018.

[51] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Anticorrupção ou corruptibilidade? In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.20.

presunção refutável (*rebuttable presumption*) de que não há outra origem provável para a propriedade de um condenado que não seja o crime e assim estabelece preponderância da evidência (*a preponderance of the evidence*) nesse sentido, de modo que caberá ao réu provar o contrário.

As críticas trazidas demonstram os obstáculos legais e constitucionais encontrados na conformação de institutos de combate à corrupção importados de um modelo de democracia constitucional que faz uma leitura diferente dos princípios e garantias fundamentais.

3.4 Contexto das críticas ao transplante legal

É evidente que as críticas têm como pano de fundo as divergências entre os pensamentos filosófico-jurídicos em matéria penal e processual que embasam os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano. Nos institutos importados do sistema norte-americano é possível observar uma principiologia liberal e utilitarista/contratualista tipicamente atribuída ao país.

No processo penal isso se reflete (i) na priorização da autonomia da vontade das partes, desenhando um modelo de justiça penal consensual; (ii) na preponderância do papel das partes em detrimento do papel do juiz na produção de provas, influenciando na distribuição do ônus da prova e na dinâmica processual; (iii) na visão privatista do processo, concebendo a pretensão processual acusatória e punitiva como direito subjetivo do Ministério Público, passível de ser negociada fora do processo.

No direito material, isso repercute sobre a função preventiva geral da pena, que pretende atribuir à pena o poder de influir no livre-arbítrio ou medo (racionalidade) da sociedade como um todo. Parte-se do pressuposto de que o indivíduo, a todo o momento, compara calculadamente as vantagens e desvantagens da realização do delito e, por isso, preocupa-se com a proporcionalidade das cominações penais e seu efeito intimidatório[52].

Numa análise preliminar fica claro como uma visão contratualista do processo penal viabiliza a negociação de acordos de leniência. Por outro lado, a exigência ética de retribuição, em detrimento da negociação pela não aplicação da pena, subentende um fundo filosófico que está muito associada à moral cristã[53]. A pena é concebida como um mal que deve ser imposto para que o autor do delito expie sua culpa[54]. Nesse contexto, a função atribuída à pena é exclusivamente a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei e deve observar a espécie e medida da violação (*ius talionis*)[55].

Para Ricardo Gloeckner as alterações na teoria das nulidades da prova judiciária cria uma "nova ordem principiológica" de aproveitamento máximo de todo ato processual, refletindo uma visão utilitarista[56]. Seria a transformação do processo em um garantidor da eficiência do direito penal, concebendo o processo exclusivamente como ferramenta de aplicação do direito penal material. A ritualística processual então se torna um obstáculo e o objetivo passa a ser abolir as consequências negativas oriundas dos desrespeitos à forma.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro parte de uma visão publicística do processo, que não admite exigências punitivas realizadas fora do processo e que não atribui ao Ministério Público o poder de adjudicar do direito à pretensão punitiva, pois a pretensão processual acusatória e punitiva é direito potestativo do juiz.

Como consequência, o processo é a única forma de se chegar a uma punição do indivíduo, tornando especialmente importante a garantia à ampla defesa, espaço em que o acusado se defenderá contando com o juiz como garantidor do contraditório. Assim, contextualizam-se as críticas ao acordo de leniência e à teoria de nulidades.

---

[52] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 108.

[53] BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit,. p. 101.

[54] BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit,. p. 98.

[55] BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit,. p. 103.

[56] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. op. cit,. p.19.

Conclusão

O artigo pretendeu apresentar alguns exemplos de transplante legal de institutos legais norte-americanos que influenciam fortemente duas áreas distintas do Direito: o Direito Concorrencial e o Direito Penal voltado ao combate à corrupção.

O Direito Concorrencial é matéria relativamente recente e em fase de consolidação legislativa e jurisprudencial no Brasil, desde a Lei de Defesa da Concorrência de 2011, e recebe bastante influência dos Estados Unidos, na medida em que esse ramo do Direito se desenvolveu a partir do *Sherman Act*, promulgado no país em 1890.

O combate à corrupção de maneira estruturada também é recente, tendo em vista a Lei Anticorrupção nº 12.846 publicada em 2013. Isso ajuda a explicar a forte influência do direito norte-americano que se observa, considerando que os Estados Unidos regularam a matéria através do *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 e já avançaram bastante na consolidação das melhores práticas.

Em alguns pontos a legislação antitruste e anticorrupção se aproximam, especialmente nos casos em que as práticas de cartel vêm associadas com a corrupção. Entretanto, são as diferenças entre essas duas áreas do Direito que ajudam a explicar as fortes críticas à importação de institutos de combate à corrupção do direito norte-americano ao sistema jurídico brasileiro.

No intuito de qualificar o debate acerta do transplante legal de institutos antitruste e anticorrupção norte-americanos pelo direito brasileiro é que o presente artigo contextualizou e expôs as críticas mais contundentes às Dez Medidas de Combate à Corrupção.

Referências Bibliográficas

AUGUSTIN, B.; TURRA, L.; STURION, L.. *Sham litigation por meio do abuso de direitos de propriedade intelectual: a jurisprudência do CADE.* In: ANDERS, E.; RIBAS, G.; VILLELA, M.; CRISTOFARO, P.; OURTOS (Org.). 5 anos lei de defesa da concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 215.

BACCHI, Fabiana Mesquita. *A análise dos atos de concentração sob a ótica da lei nº 12.529/12:* A trajetória da análise de estrutura e a aproximação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência aos principais sistemas de estrutura. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas São Paulo, p. 47. 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica*?* In: *Colaboração Premiada*, 2017. Revista dos Tribunais. p. 127-184.

_____. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. In *Boletim IBCCRIM* n. 277, dez. 2015, p.17-19.

_____. CADE. *Defesa da concorrência no Brasil 50 anos.* p. 38. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. *Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018.* Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4o da Lei no 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm>. Acesso em 24 abr. 2018.

_____. *Projeto de Lei da Câmara n° 27, de 2017.* Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal; as Leis nºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de jul. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128634>. Acesso em: 24 abr 2018.

_____. *Projeto de Lei n° 4850, de 2016.* Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CADE. *Cade celebra acordo de leniência em investigação de cartel na licitação da usina de Belo Monte.* Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-na-licitacao-da-usina-de-belo-monte>. Acesso em 30 de julho de 2018.

_____. Superintendência-Geral. Processo Administrativo n. 08012.005335/2002-67. Data do Julgamento 17.08.2016. Data da Publicação 23.09.2015.

CASARA, Rubens R. R.. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias. In *Boletim IBCCRIM* n. 277, dez. 2015, p.21-23.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013 In: *Colaboração Premiada*, 2017. Revista dos Tribunais. p. 255-274.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?* In: Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.02-03.

CRUZ, Flávio Antônio da. Teste de integridade e sigilo da fonte: exame crítico. In *Boletim IBCCRIM* n. 277, dez. 2015, p.04-05.

DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. *Apresentação.* Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 24 abr. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2012, 3a Ed., p. 110.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. National Archives e Records Administration. *Code of Federal Regulations*. Título 18. Conservation of Power and Water Resources. 2017. Disponível em: < https://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionCfr.action?collectionCode=CFR&searchPath=Title+18&oldPath=Title+18&isCollapsed=true&selectedYearFrom=2017&ycord=640>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. National Archives e Records Administration. *Code of Federal Regulations*. Título 21. Food and drugs. 2017. Disponível em: < https://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionCfr.action?collectionCode=CFR&searchPath=Title+18&oldPath=Title+18&isCollapsed=true&selectedYearFrom=2017&ycord=640>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. Sentecing Comission. *Federal Sentencing Guidelines Manual.* 2014. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/guidelines-archive/2014-federal-sentencing-guidelines-manual>. Acesso em 24 abr 2018.

_____. Department of Justice. *United State Attorney's Manual.* 2017. Disponível em: < https://www.justice.gov/usam/usam-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977>. Acesso em: 24 abr 2018.

_____. Federal Trade Comission. *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation.* Disponível em <https://www.cadwalader.com/resources/clients-friends-memos/ftc-announces-2018-thresholds-for-merger-control-filings-under-hsr-act-and-interlocking-directorates-under-the-clayton-act>. Acesso em 30 de julho de 2018.

_____. 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 30 de julho de 2018. p. 16.

EDITORIAL todos contra a corrupção. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 23, n. 277, p. 1, dez. 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Fábrica produtora de etiquetas.* Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM, ano 23, n. 277, p. 9-11, dez. 2015.

GOLDSCHIMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia (Dikelogia)*. Buenos Aires, Depalma, 1986.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Anticorrupção ou corruptibilidade?* In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.19-20.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.* Coleção Os pensadores, vol. XIV. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril cultural, 1974.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal, vol. 45, no. 1, 2004, p. 1.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *United States v. Leon.* Cornell Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>. Acesso em: 24 abr. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 2017.

_____. Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica. São Paulo, Saraiva, 2017.

PRADO, Geraldo. Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição... In Boletim IBCCRIM n. 277, dez. 2015, p.10.

PRADO, Luiz Régis & BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal; Parte Geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. v. 1.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138.

MILLER, Jonathan M. A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. The American Journal of Comparative Law, vol. 51, no. 4, 2003, p. 839.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 19, 2000. Disponível em: <http://www.idclb.com.br/revistas/revista19.html>. Acesso em 24 abr. 2018.

MUSSI, Douglas Miranda. *Leniência como Ferramenta de Combate a Cartéis Análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 10. 2017.

NEMER, F.; DUARTE, L.; VILLELA, M.; OUTROS. *Cartéis internacionais e seus efeitos no brasil: análise das decisões recentes do CADE.* In: ANDERS, E.; RIBAS, G.; VILLELA, M.; CRISTOFARO, P.; OURTOS (Org.). 5 anos lei de defesa da concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 272.

TALE, Camilo. Comentario a La ciência de la justicia (Dikelogia). Revista Notarial, nº56, 1988. Disponível em: <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-57-1989-13-Bibliografia.pdf>. Acesso em: 24.04.2018.

TARDELLI, Brenno. *Especialistas de peso condenam "medidas contra a corrupção" propostas pelo MPF*. Justificando, 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/12/10/especialistas-de-peso-condenam-medidas-contra-a-corrupcao-propostas-pelo-mpf/>. Acesso em: 24 abr. 2018.

PARTE 3 POLÍTICA CONCORRENCIAL

15. ACORDOS NO CADE: MUITO ALÉM DE LENIÊNCIA E COMPROMISSOS DE CESSAÇÃO DE CONDUTA

15. AGREEMENTS AT CADE: FAR BEYOND LENIENCY AND COMMITMENT DECISIONS

Adriana Laporta

Resumo: O presente artigo objetiva fazer uma breve explanação dos acordos que são formalizados pela autoridade de defesa da concorrência, especialmente aqueles que podem ser realizados após a conclusão de um processo administrativo ou um ato de concentração. Não é novidade que à Administração Pública é dada a possibilidade de transacionar com os particulares, de acordo com o regramento jurídico aplicável. Também não é novidade que acordos com a Administração Pública são firmados nas suas mais diversas esferas de atuação, quer endereçando o seu poder sancionatório, quer o seu poder fiscalizatório. Nos últimos anos, os acordos têm sido uma ferramenta muito utilizada especialmente para trazer eficiência à máquina estatal, mas primordialmente para a satisfação do interesse público. No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a entrada em vigor da Lei n. 12.529/11 fez com que se intensificasse a realização de acordos com a autarquia. Com uma estrutura mais robusta e o foco no combate a condutas anticompetitivas, o número de acordos de leniência e compromissos de cessação firmados cresceu exponencialmente na instituição. No controle de estruturas, a figura do acordo em controle de concentração ganhou força, sendo que, estatisticamente, poucos tem sido os casos em que a autarquia reprova a operação por completo, pois há abertura para diálogo e tentativa de acomodação e convivência entre interesses público e privado. Na esfera judicial, por sua vez, cresceram os litígios envolvendo decisões da autoridade de defesa da concorrência, e, considerando-se que a judicialização dos temas antitruste é recente no Brasil, são poucos os acordos realizados no contexto de um processo judicial. Mas essa deve ser uma tendência, até mesmo em razão de expressa previsão legal recente para a utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias pela Administração Pública, como é o caso da mediação (Lei n. 13.140/15). Este trabalho busca contribuir nessa última modalidade, pouco explorada na doutrina brasileira atual.

Palavras-chave: CADE; acordos administrativos; acordos judiciais

Abstract: This article aims to give a brief explanation in relation to the agreements that are settled by the antitrust authority, especially those that can be carried out after the conclusion of an administrative proceeding or a merger and acquisition control. It is no new that it is allowed to the Public Administration dealing with individuals, according to the applicable legal framework. It is also no new that agreements with Public Administration are signed in its most diverse spheres of action, addressing both its sanctioning power and its supervisory power. Recently, agreements has been a much-used tool especially for bringing efficiency to the state machine, but primarily for the satisfaction of the public interest. Within the scope of the Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, the entry into force of Law n. 12.529/11 has led to an increase in agreements settled with the authority. Having a more robust structure and with focus on anti-competitive behavior, the number of leniency agreements and commitment decisions has grown exponentially in the institution. In regards to the merger and acquisition control, the agreements has gained strength, and statistically, there are few cases in which the authority completely disapproved the merger or acquisition, as it is keen for the dialogue and attempt of accommodation and coexistence between public and private interests. In the judicial level, in turn, there have been litigation involving decisions of the competition authority, and, considering that the judicialization of antitrust issues is recent in Brazil, there are few agreements reached in the context of a lawsuit. But this should be a tendency, even on the grounds of recent legal provision for the use of alternative dispute resolution mechanisms by the Public Administration, such as mediation (Lei n. 13.140/15). This work seeks to give contribution to this last type of agreement, as there is few studies in current Brazilian doctrine in this respect.

Keywords: CADE; administrative settlement agreements; judicial agreements

A utilização de métodos consensuais pela Administração Pública – uma breve introdução

Falar-se em acordo com a Administração Pública (em sentido amplo[1]) até pouco tempo atrás remetia basicamente aos contratos administrativos. Esse panorama mudou e uma gama de instrumentos jurídicos foram adicionados aos instrumentos consensuais dos quais o Estado pode lançar mão em sua atividade.

Com a adequação do aparato estatal para a busca da realização do interesse público, estruturou-se, no escopo do relacionamento com a Administração Pública, a utilização de acordos administrativos e de outros métodos alternativos de solução de controvérsias, tal qual a mediação. Dentro desse fenômeno insere-se o Direito Concorrencial, na sua perspectiva de Direito Administrativo Econômico, considerando-se ser aquele uma matéria que congrega diversos ramos do Direito[2]. A bem da verdade, todos os processos que tramitam no CADE são, efetivamente, processos administrativos, como assim expressamente nomeados pela própria Lei de Defesa da Concorrência, que determina a aplicação subsidiária da Lei do Processo Administrativo (art. 115 da Lei n. 12.529/2011), reforçando o argumento.

Muito embora o Direito Administrativo tenha sido concebido por muito tempo como um Direito estável e contínuo,[3] hoje é possível afirmar que se trata de um sistema em constante evolução, mutável, e que deve se adequar às novas realidades do ordenamento jurídico. Com a mudança da concepção do Estado especialmente em seu viés econômico, além de fenômenos como a globalização, privatização e desestatização, a Administração Pública precisou se adaptar, e o Direito Administrativo evoluiu.

Na doutrina alemã, Bauer[4] sustenta uma concepção do direito administrativo adequada ao tempo, que assegure o vínculo às inovações mediante a legislação e a prática jurídica e acompanhe o processo de modernização.

Numa política de modernização da gestão pública, o Estado passa a adotar mecanismos tipicamente do Direito Privado, com o emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas, como menciona Gustavo Justino de Oliveira[5].

---

[1] Aqui, utiliza-se da definição de consensualidade em sentido amplo trazida por Gustavo Justino de Oliveira (Contrato de Gestão, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 252: "...gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios e consórcios administrativos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins".

[2] Como observa Thiago Marrara (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Organização, Processos e Acordos Administrativos, Editora Atlas, 2015, São Paulo, pp. 5-6), "O direito concorrencial é permeado por normas de inúmeros ramos a depender da formatação que lhe é dada pelo direito positivo. […] Sem embargo, se o ordenamento jurídico, como o brasileiro, impõe que a Administração Pública assuma a defesa concorrencial, ainda que parcialmente, não há como se dizer que o direito administrativo e sua ciência não permeiam o SBDC. E isso, por óbvio, não significa afirmar que inexista um direito concorrencial penal, um direito concorrencial civil ou um direito concorrencial internacional, cada qual com seus instrumentos específicos." E adiciona que a expressão "direito administrativo concorrencial" equivale ao "conjunto de manifestações do direito administrativo no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. E tais manifestações abrangem fundamentalmente a organização administrativa do sistema, seus procedimentos e processos, e os respectivos acordos administrativos de caráter integrativo ou substitutivo neles utilizados."

[3] V. Sabino Cassese, New paths for administrative law: A manifesto, International Journal of Constitutional Law (20120), vol. 10, n. 3, Oxford University Press and New York University School of Law, p. 604.

[4] La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca, Diritto Pubblico 1/207, 1999, apud Odete Medauar, O Direito Administrativo em Evolução, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 2003, p. 274.

[5] Contrato de Gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira, in Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 8, dez/2006/jan/fev/2007, Salvador, Bahia, p. 8, disponível em www.direitodoestado.com.br.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto[6] explicita que a orientação germinal do Estado-Nação estava fundada na imposição da coerção, mas houve a evolução desse modelo,

> [p]assando pela importante mudança novecentista do Estado de Direito, de corte iluminista, para chegar, na segunda metade do século passado, ao Estado Democrático de Direito, nele já se podendo distinguir, dentre sua plêiade de princípios de inspiração libertária, um princípio do consenso em construção, que pode ser sumariamente definido como o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado.

Nesse contexto, o Estado deixa de ter uma concepção imperativa, passando a ser o grande viabilizador de direitos e garantias fundamentais. É nesse panorama que surge a consensualidade administrativa e ganha força no século XXI, e que deve ser compatibilizada com os princípios jurídicos existentes, tais quais legalidade e eficiência. Os acordos administrativos integram esse movimento, quando ocorridos no âmbito de um processo ou procedimento administrativo.

Na legislação brasileira, é possível identificar a utilização intensificada de métodos consensuais pela Administração Pública e, especialmente com relação aos acordos administrativos, há diversos diplomas normativos específicos, permitindo-os e disciplinando-os no detalhe, destacando-se: Lei de Ação Civil Pública[7], Lei de Crimes e Infrações Administrativas Ambientais[8], Lei da Advocacia-Geral da União[9], Lei Anticorrupção[10], Lei de Mediação[11] e Lei n. 13.506/2017[12].

---

[6] Novos institutos consensuais da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, jan/2003, p. 133.

[7] Com previsão expressa no art. 129, III, da Constituição Federal, é ação que se encontra disciplinada na Lei n. 7.347/1985, consubstanciando-se no "instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade".

É no artigo 5º, § 6º, da mencionada lei que se encontra a previsão expressa da possibilidade de os órgãos públicos legitimados a propor a ação comporem com o legitimado passivo um ajustamento de sua conduta. Essa composição é materializada no chamado "Termo de Ajustamento de Conduta" (TAC), que possui força de título executivo extrajudicial e pode evitar a propositura da ação (quando celebrado anteriormente, por exemplo, no bojo do inquérito civil) ou colocar fim a um processo em andamento.

[8] A Lei n. 9.605/1998, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas oriundas das condutas lesivas ao meio ambiente, prevê, em seu art. 79-A, a possibilidade de celebração de termo de compromisso entre quaisquer órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, que sejam efetiva ou potencialmente poluidores.

O termo de compromisso, portanto, objetiva preservar a continuidade da atividade empresarial ao mesmo tempo em que ameniza os seus impactos no meio ambiente, razão pela qual tem, dentre as obrigações ao signatário, as correções necessárias para o cumprimento da legislação ambiental aplicável.

[9] A Lei da Advocacia-Geral da União, Lei Complementar n. 73/1993, traz regra geral com a possibilidade de se realizar acordos nas ações de interesse da União, em seu art. 4º, inciso VI, verbis:

"Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

[…]

VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;

[…]"

Mencionado dispositivo se encontra regulamentado pela Lei n. 9.46919/97, cujo art. 1º, com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.140/2015, também conhecida como Lei de Mediação, passou a permitir genericamente a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

[10] A Lei n. 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, prevê, em seu art. 16, a possibilidade de celebração de acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei e que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

[11] A Lei n. 13.140/2015, também conhecida como Lei de Mediação, além de permitir a utilização desse meio alternativo de solução de controvérsias pela Administração Pública, dispõe de um capítulo inteiro a respeito da autocomposição de conflitos em que ela esteja envolvida (Capítulo II – arts. 32 a 40). Como a mediação muitas vezes pode levar a um acordo, a lei trouxe um capítulo exclusivamente dedicado ao instituto.

Mas é na Lei n. 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, que encontramos uma maior sistematização e detalhamento dos acordos administrativos. O Direito Concorrencial foi pioneiro na institucionalização desses instrumentos e isso tem lastro especialmente na sua função promocional.

A bem da verdade, pode-se dizer que o Direito Concorrencial foi um dos grandes impulsionadores da consagração de métodos consensuais no Direito Administrativo. É que a defesa da concorrência trouxe novas demandas e conflitos de difícil solução numa estrutura decorrente da concepção tradicional de Estado. A sofisticação e complexidade da sociedade geraram insuficiências desse modelo clássico, o que tornou a busca por métodos alternativos uma emergência latente. Não é à toa, portanto, que os acordos de leniência surgiram dentro do escopo da defesa da concorrência.

A opção pela utilização de métodos consensuais se insere dentro de uma transformação que ultrapassa o Direito Administrativo, pois está relacionada a uma nova abordagem na Teoria Geral do Direito. Passou-se a considerar o Estado não só guardião de direitos,[13] com uma tarefa meramente protetora e que se realiza quase sempre mediante comandos negativos, mas também dotado de uma tarefa promocional, materializada quase sempre por medidas positivas.[14]

Como menciona Fernando de Magalhães Furlan[15]:

> o Estado, para atingir seus objetivos promocionais, para levar os agentes econômicos a aderirem aos programas por ele propostos, vale-se de uma técnica nova para garantir o cumprimento da lei. As metas fixadas pelo Estado são mais eficazmente alcançadas por meio da imposição de sanções premiais, de modo que aqueles agentes que aderem aos objetivos estabelecidos são premiados com concessões e benefícios. […] a intervenção estatal baseada na regulação sancionadora

---

[12] Que estabelece sobre acordos no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil.

[13] António José Avelãs Nunes (Do estado regulador ao estado garantidor, in Revista de Direito Público da Economia – RDPE n. 34, ano 9, Editora Fórum, Belo Horizonte, abr/jun 2011, pp. 45 a 87) faz interessante detalhamento da evolução do Estado regulador ao Estado garantidor, com relação ao qual traz uma conceituação peculiar. Esclarece que o surgimento do Estado regulador se deu com a onda de privatizações na Europa a partir dos anos 1980, esvaziando-se o papel do Estado na economia. Nessa fase, "começou a ganhar corpo a noção de economia de mercado regulada" (ou "economia social de mercado"), sobre a qual se construiu o conceito de estado regulador, a nova máscara preferida pela social-democracia-neoliberal na sua cruzada, não já contra o socialismo, mas contra o estado keynesiano, contra a presença do estado na economia e contra o estado social. Em nome das virtudes da concorrência e do primado da concorrência, 'liberta-se' o estado das suas competências e das suas responsabilidades enquanto estado económico e esvazia-se o estado social, o estado responsável pela prestação de serviços públicos. Como compensação, oferece-se a regulação do mercado, sempre que se verifiquem determinadas situações". Tais situações seriam: a existência de falhas de mercado; a necessidade de se garantir o respeito, por parte das empresas privadas, de certas obrigações de serviços públicos; e a necessidade de proteção dos consumidores ou de tentar evitar ou reduzir os chamados custos sociais do desenvolvimento. E conclui que, no Estado regulador, "A defesa da concorrência é entregue a agências (ou autoridades) de defesa da concorrência: a regulação sectorial dos vários mercados regulados é confiada a agências reguladoras". (op. cit., pp. 46-47). Mais adiante (op. cit., pp. 64-65), relata que o Estado regulador passou a ser criticado pela falta de transparência, pelos erros e por se deixar "capturar" (pelos regulados e pelo Estado), assim como pelos custos da regulação e pela excessiva ingerência na vida das empresas e do mercado, o que gerou o "pressuposto de que a eficiência do mercado é o único caminho para promover o bem-estar das populações, pressuposto com base no qual se funda a tese de que as necessidades da hora presente exigem mais desregulação, exigem o fim do estado regulador". E conclui (op. cit., p. 80): "[…] o estado garantidor tem, a meu ver, uma outra face, a sua face oculta […]. Pretende-se que o estado capitalista deixe de prestar ele próprio os serviços de utilidade pública, mas defende-se que ele não poderá alhear-se da sua efetiva produção, o que significa que tem o dever de garantir ao capital privado as condições para que ele possa produzir esses serviços (o mesmo é que dizer: possa desenvolver o seu negócio) sem solução de continuidade, i. é, à margem das incertezas da vida económica, que podem conduzir à falência das empresas. Para evitar que tal aconteça, o estado capitalista deve garantir às empresas privadas que produzem tais serviços lucros certos e bastantes para que elas possam viver sem sobressaltos. Neste sentido, é a vez de o estado (o estado capitalista) substituir o mercado, garantindo os lucros aos 'investidores', para os libertar do risco de eventuais prejuízos e da possibilidade de falência que as regras do mercado poderiam implicar".

[14] Norberto Bobbio, Da Estrutura à Função – Novos estudos de teoria geral do Direito, Editora Manole, Barueri, 2007, p. 14.

[15] Negociações de Acordos como Garantia da Função Promocional do Direito e do Princípio Constitucional da Livre Concorrência, in Direito Econômico Concorrencial, Editora Saraiva, 2013, São Paulo, p. 326.

> clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção à livre concorrência. É importante, em conjunto com o sistema normativo vigente, a existência de instrumentos alternativos e inovadores de política de defesa da concorrência que possam acarretar, de uma forma efetiva, mudanças no comportamento dos agentes econômicos.[16]

Feito esse panorama geral inicial da utilização de métodos consensuais pela Administração Pública, elucidaremos a respeitos dos acordos existentes no Direito Concorrencial para, então, fazer uma abordagem mais detalhada dos acordos judiciais e extrajudiciais.

1. Acordos no Direito Concorrencial Brasileiro

Objetivando a solução de controvérsias e a realização do interesse público, o Estado pode se utilizar de acordos administrativos os quais se consubstanciam em transação administrativa decorrente de ato bilateral, numa relação de *quase-paridade* entre Administração Pública e administrado. Trata-se, portanto, de acordo de vontades celebrado entre a Administração Pública e o particular em que, numa relação quase-paritária, são feitas concessões recíprocas a respeito de um processo administrativo, ora para evitá-lo, ora para preservar o seu resultado, ora para solucioná-lo, sempre vinculado ao seu principal objeto, buscando-se uma solução ótima a ambas as partes.

A Lei n. 12.529/2011 possui hipóteses regulamentadas de acordos administrativos, tanto no controle preventivo quanto repressivo. Trata-se do termo de compromisso de cessação de prática, do acordo de leniência, do acordo em controle de concentrações e do acordo de preservação de reversibilidade da operação, todos expressamente previstos na lei. Tais instrumentos se encontram regulamentados pelo Regimento Interno do CADE[17] (RICADE) e possuem algumas diretrizes nos Guias CADE correspondentes[18], quando aplicáveis.

Para fins didáticos e também em razão dos respectivos objetos, é possível dividir os acordos administrativos do Direito Concorrencial em duas espécies: acordos no controle de condutas contra a ordem econômica e acordos no controle de estruturas. Há, ainda, a possibilidade de outros acordos, conforme se discorrerá.

1.1 Acordos no controle de conduta

Os acordos no controle de condutas contra a ordem econômica se referem aos instrumentos firmados na atuação repressiva do CADE. Trata-se do compromisso de cessação de prática e do acordo de leniência, que ganharam muita importância nos últimos anos, especialmente com o advento da Lei n. 12.529/2011, com o reforço da estrutura e dos recursos da autarquia, que possibilitou maior combate das infrações à ordem econômica.

1.1.1 Compromisso de Cessação de Prática

O compromisso de cessação de prática reduzido a termo (Termo de Compromisso de Cessação – TCC) é uma das ferramentas consensuais que a autoridade de defesa da concorrência pode se utilizar para o reestabelecimento da ordem econômica quando, supostamente, existe uma infração. Trata-se de acordo entre Administração e administrado, usualmente mediante a provocação do representado, em que, por um lado, suspende-se o curso do processo para ele e, de outro, cumprem-se obrigações, incluindo-se a de cessar e não mais praticar a conduta investigada. Decorrido o prazo do TCC e desde

---

[16] Idem, p. 329.

[17] Disponível em http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEDEFESAECONMICAVersopsemenda2.pdf, acesso em 15 de julho de 2018.

[18] Disponíveis em http://www.cade.gov.br:8080/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna, acesso em 15 de julho de 2018.

que cumpridas as obrigações na sua integralidade, o processo será arquivado com relação ao signatário.[19]

É utilizado no controle de condutas, que substitui uma eventual sanção que seria aplicada pela Administração Pública no caso de a infração à ordem econômica se confirmar e, consequentemente, haver condenação.

O TCC pode também ser firmado nos casos de cartel, situação em que existe a necessidade do recolhimento de contribuição pecuniária, e não somente a imposição de medidas comportamentais e/ou estruturais. Além disso, nos casos de cartel, exige-se o reconhecimento na participação na conduta investigada e a colaboração efetiva com a autoridade de defesa da concorrência. Esses dois últimos requisitos decorrem dos artigos 225 e 226 do RICADE e não constam da Lei n. 12.529/2011, sendo que a colaboração encontra detalhamento no Guia CADE "Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel".[20]

A utilização do TCC pode ser uma ferramenta benéfica no combate de infrações à ordem econômica e, consequentemente, ao atingimento do interesse público. De um lado, ocorre a cessação imediata do suposto ilícito com o compromisso de não mais praticá-lo, reestabelecendo-se a livre concorrência; por outro lado, em regra realiza-se o princípio da celeridade processual e da eficiência administrativa, com a conclusão do processo em menor lapso temporal e com menor custo.[21]

É no art. 85 da Lei n. 12.529/2011 que encontramos o seu fundamento legal. Os arts. 219 a 236 do RICADE, por sua vez, detalham todo o processamento da proposta do compromisso de cessação. Também, o Guia "Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel",[22] traz diversos modelos de minuta de acordo.

O instituto já existia sob a égide da Lei n. 8.884/94, mas a sua utilização foi intensificada com o advento da Lei n. 12.529/2011, especialmente por pessoas físicas. Se, na égide da lei anterior, foram firmados mais de quarenta TCCs em investigações em curso,[23] esse número é inferior aos casos

---

[19] O CADE, em seu "Guia de Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel" (disponível em http://www.cade.gov.br:8080/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17, acesso em 20 de novembro de 2017, p. 6), define o TCC como "modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir [da] qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissários(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas".

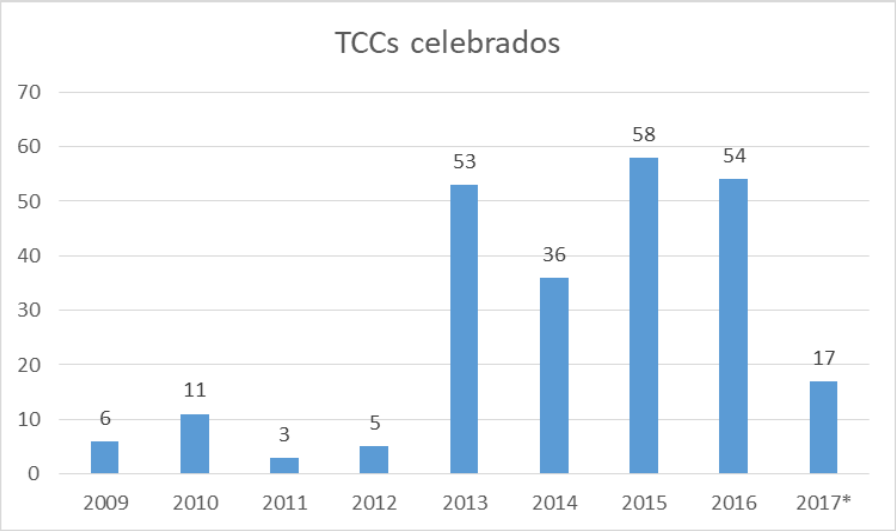
[20] Idem, pp. 9-18.

[21] Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (A utilização do termo de compromisso de cessação de prática no combate a carteis, in Revista de Direito Administrativo, vol. 249, FGV, Rio de Janeiro, set./dez. 2008, p. 251), analisando o voto do Cons. Rel. Luís Fernando Schwartz, no Requerimento de TCC n. 08700.004221/2007-56 (Referente ao Processo Administrativo n. 08012.011142/2006-79), extrai que "a celebração do TCC representa uma solução superior para a administração pública, considerando: (i) a probabilidade de condenação do Cade: caso não fosse celebrado o TCC, o processo retomaria o seu curso, e a hipótese de arquivamento dos autos sem condenação passaria a ser uma variável possível (por falta de provas quanto à ocorrência do ilícito ou participação da empresa, por exemplo); (ii) o tempo decorrente até a decisão final do Cade, considerando a média histórica de casos semelhantes; (iii) a probabilidade de que, em caso de condenação, a parte recorra ao Poder Judiciário e consiga suspender a multa, retardando a efetividade da decisão; (iv) o valor da contribuição pecuniária que a requerente do TCC se compromete a recolher voluntariamente ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos em face do histórico das multas impostas pelo Cade e a probabilidade de condenação". Thiago Marrara (Sistema…, op. cit., p. 379), por sua vez, elenca três utilidades básicas do TCC, a seguir: "(1) impedir a continuidade da prática de mercado sob a qual pairam suspeitas de ilicitude; (2) concretizar o princípio da eficiência administrativa em termos de celeridade e economicidade processual no campo do controle repressivo de infrações à ordem econômica; e (3) concretizar o princípio da democratização em termos de legitimidade e, por conseguinte, da eficiência como estabilidade decisória e efetividade da decisão administrativa consensualmente elaborada".

[22] Op. cit.

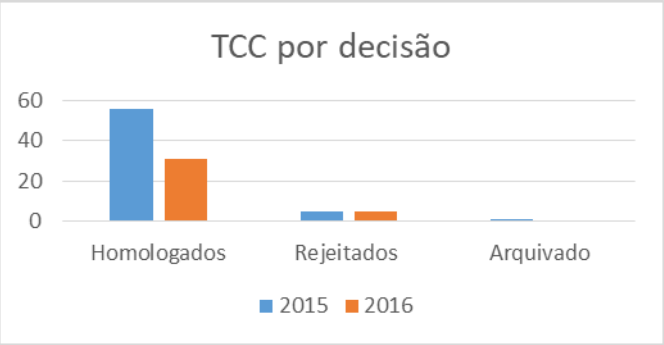
[23] V. Defesa da Concorrência no Brasil 50 anos, Brasília, 2013, pp. 125-126, disponível em http://www.cade.gov.br:8080/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf, pp. 125-126, acesso em 10.01.2017.

celebrados só em 2013, em que o número de TCCs superou a quantidade total desses acordos celebrados na lei anterior, chegando a 53 instrumentos firmados.[24] O ano de 2015 bateu o recorde, com 58 TCCs celebrados. Abaixo, o gráfico demonstra a evolução ocorrida no CADE em relação à utilização desse instrumento, ao longo dos anos[25]:



*até abril de 2017

Entre 2015 e 2016, mais de oitenta termos de compromisso de cessação foram homologados pelo CADE e dez foram rejeitados, conforme demonstra o gráfico a seguir[26]:



Nos processos administrativos, verificamos que, no ano de 2016, a recomendação para a celebração de TCC foi maior que a de condenação, numa proporção de 64% e 25%, respectivamente, algo nunca visto antes na história do CADE.[27]

---

[24] 43 (quarenta e três) foram casos de unimilitância, decorrentes dos acordos com diversas Unimeds. A unimilitância dificulta a entrada de novas operadoras de planos de saúde no mercado, e, consequentemente, limita a concorrência e diminui as opções aos consumidores de planos de saúde, pois impossibilita que os médicos se credenciem a outras cooperativas (v. http://www.cade.gov.br/noticias/cade-encerra-exigencia-de-exclusividade-de-medicos-com-unimed-em-mais-de-90-casos, acesso em 20 de janeiro de 2017).

[25] Dados extraídos do Balanço 4 anos da Lei n. 12.529/11 (http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf/view, p. 11), acesso em 12 de fevereiro de 2017); Balanço 2016 (http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/view); e Cade em números (http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true, acesso em 25 de maio de 2017).

[26] Dados extraídos em http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true, acesso em 20 de janeiro de 2017.

1.1.2 Acordo de Leniência

Para o combate a infrações coletivas contra a ordem econômica, o CADE estruturou o chamado Programa de Leniência Antitruste, que se constitui, conforme expressamente previsto no art. 237 do RICADE, no conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) e nos artigos 237 a 251 do Regimento Interno do Cade; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade.[28]

Como ponderam Amanda Athayde e Rodrigo de Grandis,[29] o Programa de Leniência é reconhecido nacional e internacionalmente como um dos instrumentos mais eficazes para detectar, investigar e coibir condutas anticompetitivas com potencial lesivo à concorrência e ao bem-estar social.

Esse instrumento pode ser utilizado em qualquer caso de conduta coletiva[30] prevista no art. 36 da Lei n. 12.529/11 e permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas em suposto ilícito concorrencial, ao colaborarem efetivamente com a autoridade, confessarem e cessarem a sua participação na conduta, assim como cumprirem os demais requisitos legais, ganhem, em troca, benefícios na esfera civil e penal. O seu grande diferencial encontra-se, portanto, na imunidade penal.

Trata-se de uma das mais importantes ferramentas de combate a cartéis[31]; um dos instrumentos mais efetivos para detectar e punir as infrações coletivas contra a ordem econômica, ao mesmo tempo em que reduz os custos da instrução processual. Para tanto, é necessário que os infratores tenham receios consideráveis de serem descobertos, processados e julgados pela autoridade de defesa da concorrência a tal ponto que não compensaria o eventual lucro de uma conduta ilícita concertada se consideradas as sanções em potencial[32].

O Programa de Leniência foi implementado no Brasil em 2000, com o advento da Lei n. 10.149/2000, e os seus benefícios ficam restritos ao primeiro delator. Os demais partícipes deverão recorrer ao termo de compromisso de cessação. Com o advento da Lei n. 12.529/2011, o Programa foi fortalecido e aprimorado[33], sendo crescente a sua utilização, conforme dados abaixo, que refletem o número de instrumentos assinados a cada ano[34]:

---

[27] V. Balanço 2016, disponível em http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/view, p. 16, acesso em 25 de maio de 2017.

[28] v. Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE, disponível em http://www.cade.gov.br:8080/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf , p. 9, acesso em 15 de agosto de 2018.

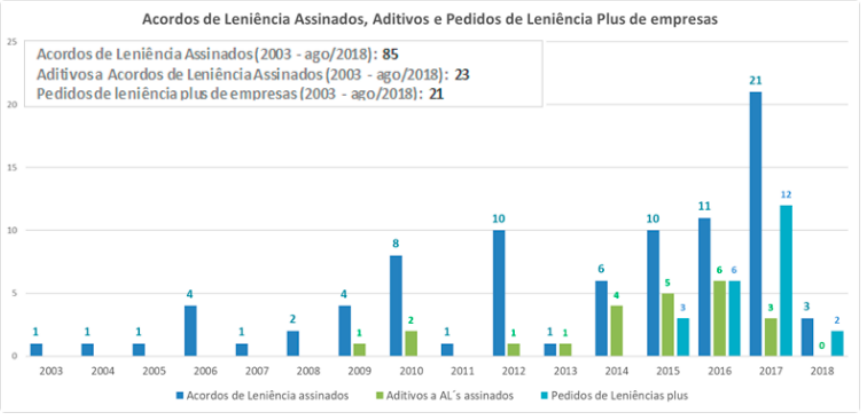
[29] Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais: Desafios e Oportunidades Recentes, in A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência, Org. Vinicius Marques de Carvalho, Editora Singular, São Paulo, 2015, p. 287.

[30] Já que, por se tratar de uma espécie de delação exige-se, ao menos, dois partícipes.

[31] O acordo de leniência é considerado um dos maiores fatores de instabilidade do cartel, inibindo-o.

[32] O acordo de leniência é conceituado por Gesner Oliveira e João Grandino Rodas como "a transação entre o Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta legal denunciada" (Direito e Economia da Concorrência, Editora Renovar, São Paulo, 2004, p. 253). Outra definição interessante é feita por Amadeu de Souza Ferreira Neto (Programa de Leniência e a Lei n. 12.529/2011: Avanços e Desafios, Revista do IBRAC, ano 19, vol. 22, jul-dez/2012, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp.147-148), no seguinte sentido: "O acordo de leniência consiste na possibilidade de um agente infrator realizar uma transação com o Estado em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilitando diminuir ou extinguir uma possível sanção que viria sofrer por conta de também ter participado na conduta ilegal denunciada. No caso do combate à prática de cartel, o êxito de um programa de leniência decorre da instabilidade natural da colusão por conta da dificuldade de se alinhar a conduta de seus integrantes".

[33] Algumas modificações foram introduzidas, destacando-se a possibilidade de o líder do cartel ser proponente do acordo (o que antes não era viável) e a extensão dos efeitos da imunidade na esfera penal, que estava restrita aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n. 8.137/1990; passou também a englobar os demais crimes



Os números demonstram que a celebração dos acordos de leniência foi intensificada nos últimos anos, muito em razão das diversas operações deflagradas pela Polícia Federal e das investigações do Ministério Público. Dentre tais instrumentos celebrados, destaca-se que vinte e dois acordos de leniência assinados junto ao CADE foram decorrentes das investigações no âmbito da operação "Lava-Jato", ao passo que sessenta e três não integraram essa operação.[35]

A OCDE, em seu Relatório sobre o Programa de Leniência no Brasil,[36] reconheceu a crescente atratividade aos acordos em estudo, por diversos fatores, incluindo-se: o aumento da efetividade da política de combate a cartéis no país;[37] a utilização da leniência *plus*; a aplicação de confidencialidade mais estrita nas negociações e nos acordos; a priorização de "casos fortes", com provas robustas;[38] o aumento da cooperação com o Ministério Público; e o reconhecimento nacional e internacional da política de combate a cartéis da autarquia.[39]

---

diretamente relacionados à prática de cartel, tais como aqueles tipificados na Lei n. 8.666/1993 e art. 288 do Código Penal (associação criminosa).

[34] Dados extraídos em http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia, acesso em 15 de agosto de 2018.

[35] Idem.

[36] Leniency Programme in Brazil – recent experiences and lessons learned, disponível em http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2016_ocde_leniency-in-brazil.pdf/view, acesso em 10 de janeiro de 2017, pp. 5-6.

[37] Até a elaboração do Relatório, em 14 de março de 2016, seis casos de cartel oriundos de Acordos de Leniência haviam sido julgados pelo CADE, três deles em 2015 e 2016, todos com decisão condenatória: Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10 (cartel de serviços de segurança privada, julgado em 2007); Processo Administrativo n. 08012.004702/2004-77 (cartel de peróxidos de hidrogênio, julgado em 2012); Processo Administrativo n. 08012.011027/2006-02 (cartel de cargas aéreas, julgado em 2013); Processo Administrativo n. 08012.010932/2007 (cartel internacional de mangueiras marítimas, julgado em 2015); Processo Administrativo n. 08012.001029/2007-66 (cartel internacional no mercado de perborato de sódio, julgado em 2016); e Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11 (cartel internacional de compressores para refrigeração, julgado em 2016) – idem, op. cit., p. 5.

[38] Tanto é verdade que, como apontado no Relatório da OCDE (ibidem, p. 6), para cada acordo assinado com o CADE em 2015, aproximadamente duas proposituras foram rejeitadas e/ou retiradas. A robustez dos casos pode também ser verificada no número de TCCs propostos logo após a celebração do Acordo de Leniência: em 2015, em 90% dos acordos assinados houve pelo menos uma empresa que apresentou proposta de TCC no CADE.

[39] Na legislação anterior, até abril de 2008, oito Acordos de Leniência haviam sido celebrados no CADE, sendo que 60% deles envolviam membros de cartéis internacionais (v. André Marques Gilberto, O Processo Antitruste Sancionador, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 179). Por outro lado, em 2015, de dez Acordos de Leniência assinados, 70% foram relacionados a cartéis nacionais, 20% a internacionais e 10% a "mistos" (parte nacional e parte internacional), o que demonstra que a sociedade brasileira está cada vez mais consciente da forte persecução a carteis por parte do CADE e que o risco de detecção está crescendo, como também o receio por sanções severas. Os cartéis internacionais, por outro

1.2 Acordos no controle de estrutura

Os acordos no controle de estruturas são instrumentos preventivos firmados pelo CADE para viabilizar a realização de um ato de concentração empresarial (no conceito adotado pelo art. 90 da Lei n. 12.529/2011) sem, com isso, ferir a ordem econômica. Na legislação, verificamos duas espécies desses acordos, o acordo em controle de concentração e o acordo de preservação de reversibilidade da operação.

1.2.1 Acordo em controle de concentração

O acordo em controle de concentração (ACC) é um instrumento consensual que o CADE se utiliza para aprovar determinado ato de concentração com algumas condições de maneira a preservar o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica. Isso ocorre nos casos em que os seus benefícios da operação originalmente proposta não são superiores aos prejuízos da eliminação da concorrência, mas, com ajustes, essa situação se equilibraria.

A possibilidade de adoção de medidas intermediárias entre a aprovação (sem restrições) e a rejeição da operação eleva o grau de eficácia material da legislação, atendendo os anseios de ambas as partes: preserva-se a livre concorrência e o bem-estar do consumidor, de um lado, e, de outro, permite-se a consumação da operação, modelada por condicionantes.[40] Ambos saem ganhando, sociedade e o requerente do ato de concentração. Nesse sentido, esclarece Paula Forgioni[41] que "As vantagens de ambas as partes são evidentes: o administrado obtém a aprovação do ato, embora com limitações; a Administração aprova-o, segura de que as eficiências alegadas serão alcançadas".

Por ser um instrumento negociado, o fato de atender às expectativas das partes reduz as chances de questionamento judicial, dotando a decisão da autoridade concorrencial de maior efetividade. Para viabilizar a operação empresarial submetida à sua apreciação, o CADE se utiliza de remédios estruturais e comportamentais, conforme mais bem adequados ao caso concreto e ao setor envolvido[42].

---

lado, continuam a ser uma importante pauta da autarquia quando há potenciais efeitos no Brasil (cf. OCDE, Leniency Programme in Brazil…, op. cit., p. 7).

[40] Eduardo Caminati Anders (Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada, org. Leonor Cordovil, Vinicius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 216) esclarece que "Há consenso na doutrina e na jurisprudência sobre a importância da possibilidade de se negociar condições para aprovação de atos de concentração para a melhor eficiência do controle de estruturas".

[41] Os Fundamentos do Antitruste, Editora Revista dos Tribunais, 7a edição, São Paulo, op. cit., p.427.

[42] A maior parte da doutrina classifica os remédios aplicados em ACC como estruturais e comportamentais (v. Ricardo Machado Ruiz, Restrições Comportamentais em Atos de Concentração, in A Lei 12.529/2011 e a Nova Política…, org. Vinicius Marques de Carvalho, op. cit., p. 201; Cesar Mattos, Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil, in Remédios Antitruste, org. Amanda Flávio de Oliveira et al, op. cit., p. 66; Patricia Bandouk Carvalho, Remédios Antitruste em Atos de Concentração Relativos à Aquisição de Participação Minoritária em Rival, Revista do IBRAC, ano 19, vol. 21, jan-jun/2012, p. 193). Outros, entretanto, criam uma terceira categoria, como Caio Mario da Silva Pereira Neto e Paulo Furquim de Azevedo (Remédios no âmbito de Acordo em Controle de Concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/11, in A Lei 12.529/2011 e a Nova Política…, org. Vinicius Marques de Carvalho, op. cit., pp. 223-224) que entendem existir remédios comportamentais, remédios estruturais e restrições a cláusulas acessórias: "Esta última categoria é razoavelmente comum, mas constitui, na maior parte das vezes, intervenção menos custosa ao administrado do que uma decisão de desinvestimento (estrutural) ou se submeter a regras de precificação ou estratégias ditadas pela autoridade (comportamental)". Cristiane Landerdhal de Albuquerque (Termo de Compromisso de Desempenho em Atos de Concentração no Brasil, Revista do IBRAC, ano 19, vol. 21, jan-jun/2012, p. 170) também divide em três categorias, comportamentais, estruturais e quasi-estrutural: "Remédios Comportamentais são definidos aqui como aquelas condições que pretendem alterar o comportamento das empresas, seja em relação a fornecedores, concorrentes ou clientes e não possui influência direta na estrutura do mercado. Já os estruturais foram considerados como aqueles que dizem respeito a alienação de ativos, sejam eles tangíveis ou intangíveis, como marcas e licenças. Considerou-se como quasi-estruturais aqueles remédios que afetam a estrutura do mercado, mas implicam em alienação de qualquer tipo de ativo". Thiago Marrara (Sistema Brasileiro…, op. cit., pp. 306-308), por outro lado, prefere deixar de lado essa classificação e faze-la com base nas condicionantes ou

Esse instrumento foi largamente utilizado na lei anterior sob a denominação de termo de compromisso de desempenho (TCD), com a peculiaridade de que o ato de concentração já havia se consumado, já que a apreciação da autarquia era posterior. Na Lei n. 12.529/2011, o ACC encontra previsão expressa nos arts. 9º, inc. V, e 13, inc. X. O art. 92 da Lei, que tratava especificamente do ACC, recebeu o veto presidencial, sob o argumento de que a redação proposta restringia a utilização do instituto à fase de instrução do processo. O procedimento para a sua celebração se encontra detalhado no art. 165 do RICADE.

Sob a égide da lei anterior, foram assinados mais de 50 TCDs. Com o advento da Lei n. 12.529/2011, alguns TCDs continuaram a ser celebrados porque foram submetidos à autarquia na lei anterior e, portanto, com controle posterior. Verifica-se que, em 2013, de 100 atos de concentração que tiveram o mérito apreciado, 14 foram aprovados com restrição com a celebração de TCD e outros 2 foram aprovados com celebração de ACC. A celebração de ACC parece ter contribuído para uma análise mais célere das operações[43].

1.2.2 Acordo de preservação de reversibilidade da operação

Com o advento da Lei n. 12.529/11, que passou a exigir a análise prévia pelo CADE dos atos de concentração, o acordo de preservação de reversibilidade da operação (APRO) ficou com pouca utilidade. Sob a égide da lei anterior (Lei n. 8.884/1994), como a operação era consumada antes da análise da autoridade de defesa da concorrência, o APRO foi muito utilizado em operações mais complexas, para a fase de transição entre a consumação do ato de concentração e a análise do CADE. A utilização do APRO objetiva a manutenção da independência empresarial das partes envolvidas, preservando o resultado útil do processo no caso de a operação não ser aprovada, ao final, pelo CADE, ou aprovada com restrições. Na prática, significa a suspensão dos efeitos da operação.

É instrumento no qual, "por meio de consenso entre o conselheiro relator e as partes, era possível manter as condições de mercado anteriores à concentração e prevenir mudanças irreversíveis ou de difícil reparação antes do julgamento do mérito da operação pelo plenário do Cade"[44].

O APRO foi utilizado em grandes operações de fusões e aquisições a partir de 2002, como nos casos: Nestlé-Garoto; aquisição da Biobrás pela Nordisk; TAM e Varig (*code-share*);[45] compra da Telecom pelo Grupo Oi; venda de ativos do Grupo Ipiranga para o consórcio formado por Petrobrás, Ultrapar e Brasken.

Atualmente, a preservação da reversibilidade da operação está prevista no art. 59, § 1º, da Lei n. 12.529/11, podendo ser solicitada pelo requerente quando da notificação do ato de concentração ou após a impugnação pela Superintendência-Geral. Nesse caso, o Tribunal poderá autorizar, precária e liminarmente, a realização da operação, mediante condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto. O APRO integra a concessão precária e liminar de autorização do ato de concentração e, portanto, deve ser analisado nesse contexto. O RICADE disciplina esse instrumento nos arts. 155 a 157.

---

compromissos em relação ao seu conteúdo. Dessa maneira, diferencia as medidas em: compromissos de alienação, compromissos de desconcentração/desinvestimentos, compromissos de abertura de mercado, compromisso de não abuso do poder de mercado ou de se comportar conforme a legislação concorrencial, compromisso de constituição de competidores, compromisso de isolamento de informações, e compromissos formais de interação com a autoridade concorrencial e monitoramento. Atualmente, encontra-se em elaboração no CADE o Guia de Remédios (versão preliminar disponível em http://www.cade.gov.br:8080/cade/acesso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/guia-remedios-antitruste-versao-preliminar.pdf, acesso em 15 de agosto de 2018) para dar uma previsibilidade e direcionamento das eventuais restrições que podem ser adotadas em atos de concentração, de maneira a facilitar a realização de ACCs.

[43] V. Relatório CADE de Gestão 2016, p. 116. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/relatorio-de-gestao-2016-versao-final.pdf, acesso em 15 de junho d2 2017.

[44] Cf. Defesa da Concorrência no Brasil 50 anos, op. cit., pp. 79-80.

[45] Foi determinado que as duas empresas deveriam permanecer funcionando de forma separada, estabelecendo tarifas, frequências de voos, programas de milhagem e demais condições comerciais de forma individual e autônoma (idem, p. 82).

1.3 Outros Acordos

Além dos acordos no controle de conduta e dos acordos no controle de estrutura, que possuem detalhamento normativo em razão da relevância e utilidade que representam ao CADE no exercício de suas funções, de maneira a viabilizar a preservação da livre concorrência, a legislação dá abertura, ainda, para que sejam celebrados outros acordos pela autarquia.

Com efeito, o art. 19, § 1º, inc. II, da Lei n. 12.529/2011, prevê a possibilidade de celebração de acordos com entidade e organismos internacionais, como também entre entes públicos, para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência. O CADE, em cumprimento a esse dispositivo, possui diversos acordos de cooperação e convênios com o objetivo de auxiliar no desempenho de sua atividade, tanto no âmbito nacional, como internacional[46].

Também, a Lei n. 12.529/2011 prevê expressamente a possibilidade de celebração de acordos judiciais (art. 15, inc. VI), além de em diversas passagens ser possível identificar a menção a "acordo" indistintamente[47], o que sugere a possibilidade de se encontrar um consenso entre ente público e privado na busca da melhor realização ao interesse público no caso concreto. Neste aspecto, parece-nos inconteste a possibilidade de acordos extrajudiciais.

É a respeito desses acordos, judiciais e extrajudiciais, que trataremos no próximo capítulo.

2. Acordos Judiciais e Extrajudiciais

Sem adentrar em maiores tecnicidades que não interessam propriamente ao presente estudo, designamos como acordos judiciais aqueles que são negociados dentro de um processo em andamento, sob a supervisão do Juiz de Direito, e os extrajudiciais aqueles negociados entre as partes fora do processo, mas que, em havendo lide em trâmite, necessitam de homologação judicial. Muito embora exista essa diferenciação, na prática e sob a perspectiva do direito concorrencial, ela não é tão relevante, pois, partindo-se da premissa que ambos institutos são permitidos expressamente em lei, o que é relevante é entender como funcionam os acordos pós-encerramento de processo administrativo ou ato de concentração no CADE. Como a judicialização das decisões do CADE é um fenômeno mais recente e que começou a efetivamente crescer nos últimos dez anos, são poucos os casos de acordos dessa natureza, mas o suficiente para fazermos um estudo.

Como mencionado alhures, a Lei n. 12.529/2011 expressamente prevê a possibilidade de a autarquia realizar acordos judiciais no art. 15, inc. VI, ao delegar-se à Procuradoria Federal especializada junto ao CADE a competência para promover a celebração de acordos judiciais. Fazendo uso dessa prerrogativa, a composição judicial tem sido utilizada em alguns casos de conduta[48].

No caso do Cartel das Britas, por exemplo, os representados poderiam ter se utilizado de acordo de leniência ou do TCC no curso do processo, mas não o fizeram[49] e, ao final, chegou-se a uma composição judicial. O Plenário do CADE aprovou por unanimidade a proposta de transação judicial apresentada pelo Cons. Fernando Furlan com empresas que foram condenadas no processo e recorreram ao Judiciário. Com o acordo, encerraram-se todas as ações judiciais movidas pelas empresas e

[46] No website da autarquia há uma página dedicada ao tema, em que é possível localizar esses documentos: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias, acesso em 10 de julho de 2018.

[47] É o caso do art. 9º, inc. XIX, que determina que o Plenário decidirá sobre o cumprimento dos acordos; art. 10, inc. VII, que dispõe que o Presidente do Tribunal assina os acordos aprovados pelo Plenário; art. 11, IX, em que o Conselheiro pode propor acordos para aprovação do Tribunal; e art. 52, em que o cumprimento dos acordos pode ser fiscalizado pela Superintendência-Geral.

[48] Da mesma maneira, na Lei n. 8.884/94, em seu art. 10, já havia previsão expressa a respeito da possibilidade de acordos judiciais, ao dispor expressamente, como competência da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, a promoção de tais acordos nos casos de infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do CADE, e ouvido o representante do Ministério Público Federal.

[49] Isso pode ter ocorrido especialmente por não concordarem com as alegações e refutarem as eventuais provas trazidas pela autarquia. Se não há ilícito, não há que se falar em leniência ou TCC.

determinou-se o pagamento de contribuição pecuniária a cada uma delas, sendo 30% à vista e o restante em seis parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês[50].

Em outros exemplos de conduta, houve a proposta pelos representados e a aprovação pelo Tribunal, com a consequente formalização do acordo judicial: Cartel dos Vigilantes[51], Cartel de Lajes — postos de combustíveis[52], cartel no mercado de aviação[53], venda casada de produtos e serviços Microsoft e TBA Informática[54], exigência de exclusividade dentro de programa de fidelidade — Ambev Tô Contigo[55].

Em interessante análise da Procuradoria-Geral do CADE no Parecer n. 0204/2011/PROCADE, no âmbito do Cartel dos Vigilantes,[56] em que foi explicitado que a celebração dos acordos judiciais está diretamente relacionada com a morosidade judicial e as dificuldades enfrentadas pela autarquia em efetivar as suas decisões, a Procuradoria esclarece que, mediante avaliação da conveniência e oportunidade, o acordo judicial, em razão de sua celeridade, pode ser o caminho mais viável para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência, quer porque a implementação das decisões acaba por não ser tempestiva (o ideal seria reverter a penas impostas o mais breve possível em benefício ao ambiente concorrencial e para a população), quer porque é a via menos custosa. E conclui:

---

[50] Foi em 10 de fevereiro de 2010, que o Plenário do CADE aprovou por unanimidade a proposta de transação judicial com as empresas Embu S.A. Engenharia e Comércio (Embu), Iúdice Mineração Ltda. (Iúdice) e Pedreira Sargon Ltda. (Sargon), que foram condenadas no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14 e recorreram ao Judiciário. Com o acordo encerraram-se todas as ações judiciais movidas pelas empresas e determinou-se o pagamento de R$ 6.131.195,11 (seis milhões, cento e trinta e um mil, cento e noventa e cinco reais e onze centavos) pela Embu, de R$ 2.069.277,48 (dois milhões, sessenta e nove mil, duzentos e setenta e sete reais e quarenta e oito centavos) pela Iúdice, e R$ 1.883.244,23 (um milhão, oitocentos e oitenta e três mil, duzentos e quarenta e quatro reais e vinte e três centavos) pela Sargon (v. http://www.cade.gov.br/noticias/antigas/boletim-da-461a-sessao-ordinaria-do-cade, acesso em 10 de janeiro de 2017).

[51] Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10, j. 21.09.2007, que teve acordo de leniência celebrado em 09.10.2003. Diversos representados fizeram proposta de acordo judicial, uns aceitos pelo CADE, outros não. O Balanço CADE 2010 menciona ter sido firmado acordo judicial quanto ao pagamento de multa de mais de R$ 5,1 milhões, e, em contrapartida, foi suspensa a proibição de que as empresas envolvidas pudessem participar de licitações públicas (v. http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/12/cade-firma-9-acordos-para-cessar-danos-a-concorrencia.html, acesso em 10 de janeiro de 2017).

[52] Em 27 de junho de 2017, o Plenário aprovou a proposta de acordo judicial com seis dos representados no processo relativo ao "Cartel de Lages" (Valmor Medeiros Júnior, Posto Rex Ltda., Sadi Montemezzo, Posto Ouro Preto Ltda., Osmar Dematé e Comércio de Lubrificantes Avenida Ltda.), em que as partes se comprometeram a pagar, à vista, o valor atualizado da multa imposta pelo Plenário do Cade quando do julgamento do processo administrativo, além de publicar a decisão do Conselho em meia página de jornal de maior circulação em Lages/SC. Ao aprovar o acordo, o CADE entendeu que seria possível adiantar os efeitos positivos que a eventual confirmação da decisão do CADE pelo Poder Judiciário iria produzir, como o recolhimento das multas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e a garantia da cessação da prática anticompetitiva (v. http://www.cade.gov.br/noticias/antigas/boletim-da-400a-sessao-ordinaria-do-cade, acesso em 10 de janeiro de 2017).

[53] Em que foi feito acordo judicial com a TAM Linhas Aéreas (atual Latam) para o recolhimento ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos no valor total aproximado de R$1,2 milhão e encerramento de todas as controvérsias entre as partes decorrentes deste assunto (Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70, acordo judicial aprovado pelo Tribunal do CADE em 01.10.2014) – v. http://www.cade.gov.br/noticias/cade-autoriza-celebracao-de-acordo-judicial-com-a-tam, acesso em 10 de janeiro de 2017.

[54] Em que houve desconto de 20% da multa no valor corrigido e liberação das demais cominações – Processo n. 08012.008024/1998-49 (V. http://www.cade.gov.br/noticias/antigas/boletim-da-383a-sessao-ordinaria-do-cade, acesso em 10 de janeiro de 2017).

[55] Em que houve redutor de multa próximo a 20% e com parcelamento 6 parcelas anuais, obrigação de cessação da prática e publicação pela empresa de comunicado informando as condições do acordo com o CADE (V. http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf/view, acesso em 10 de janeiro de 2017, p. 20).

[56] Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vtVggqFIBXHwDO21HkeSCrjObd4mSu_PjovIMPX_NFqkg,,, vol. 50, pp. 28-37, acesso em 10 de janeiro de 2017.

> Claro se faz que a celebração de acordo é o meio mais benéfico para ambas as partes. Para o CADE porque vê-se a solução tempestiva do deslinde e dos demais efeitos benéficos desta tempestividade e, para as partes envolvidas, porque certamente terão menos despesas para o cumprimento da decisão.

Além dos acordos judiciais, a autarquia também faz uso de acordos extrajudiciais. A Lei n. 12.529/2011 traz em algumas passagens a menção genérica a "acordos" sem se restringir àqueles que possuem detalhamento normativo, como já relatado (muitas vezes, inclusive, mencionando esse vocábulo ao lado do "acordo de leniência", "compromisso de cessação"), o que leva a sugerir que não é necessário haver um detalhamento expresso na lei[57]. Tais acordos nada mais são do que acordos administrativos, sendo certo que a autarquia pode fazer uso deles, desde que respeitando a Constituição e os ditames legais. Porém, nas situações em que a lei trouxe um regramento específico, não cabe outra espécie de acordo. Por isso, quando relacionados ao controle de condutas ou estruturas só terão cabimento após a decisão do CADE no processo administrativo[58].

Como exemplo, no caso do Cartel das Britas, após decisão condenatória do CADE, a Mineradora Pedrix fez proposta de acordo extrajudicial, em primeiro momento rejeitada, sendo a segunda proposta, apresentada em 06 de maio de 2016, considerada viável pela Procuradoria do CADE e aprovada pelo Tribunal. A empresa apresentou proposta nos seguintes termos: pagamento de multa com base em seu faturamento bruto total do ano de 2002, aplicando-se os descontos de: (i) 40% da correção monetária; (ii) 34% da atualização da dívida (taxa Selic); (iii) 3% no valor final apurado; e, ademais, a renúncia dos honorários advocatícios devidos ao CADE (20%).

No Parecer da Procuradoria-Geral do CADE n. 6/2016/CGCJ/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU, destacamos os fundamentos da aprovação do acordo da Mineração Pedrix, para extrair alguns critérios aplicados pelo CADE na análise: (i) as sugestões seguiram o racional de outra proposta apresentada e aprovada no mesmo processo (da empresa SARPAV); (ii) não houve alteração da base de cálculo da multa aplicada pelo CADE; e (iii) foi utilizado o método de percentagem de êxito na ação judicial. Com base nesse último critério, depreende-se que, a depender da fase processual da eventual ação de nulidade de decisão do CADE e os êxitos que os condenados muito provavelmente virão a atingir (por exemplo, por já existir uma decisão favorável em primeira instância), o poder de negociação do administrado poderá ser maior em razão do receio que a autoridade antitruste poderá ter de, ao final da ação judicial, ocorrer a nulidade de sua decisão ou modulação das penas aplicadas, compensando, em determinado momento, receber o valor da multa, ainda que com desconto, e abrir mão de algumas das outras penalidades que tenham sido impostas (tais como estruturais, de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, etc.).

Também no controle de estruturas temos exemplo de composição. Com efeito, no caso Nestlé-Garoto[59], o CADE não aprovou a operação da compra da Garoto pela Nestlé em 2004 (à época, o controle era posterior à consumação), e a empresa contestou judicialmente a decisão quanto aos aspectos de legalidade e proporcionalidade, tendo obtido decisão favorável em 1ª instância[60] em abril de 2007. A autarquia recorreu e, passada mais de uma década desde a aquisição, as partes compuseram uma solução para colocar fim ao processo. A Nestlé fez pedido extraordinário de reapreciação do ato de concentração, motivado pelas incertezas inerentes à decisão judicial e pelas expectativas de prazos existentes, assim como pela evolução dos últimos doze anos nos mercados afetados (chocolates sob

---

[57] Neste ponto, discordamos do Parecer n. 22/2016/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU, proferido no caso Nestlé-Garoto, em que a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE), apoiada no texto do art. 15 da Lei 12.529/11, sugere que os acordos judiciais estariam restritos aos processos administrativos de infrações contra à ordem econômica e que atos de concentração não poderiam ser passíveis apenas de reapreciação. Em nossa opinião, entretanto, os dispositivos esparsos na lei que mencionam a possibilidade de "acordos" indistintamente, aliados a permissivos contidos em outros diplomas legais aplicáveis, tais como a Lei da Advocacia Geral da União e a Lei de Mediação, levam à possibilidade de acordos também em casos de atos de concentração.

[58] Antes disso, podem se valer, de um lado, do TCC ou do Acordo de Leniência, conforme o caso, e, de outro lado, do ACC, respectivamente.

[59] AC nº 08012.001697/2002-89.

[60] 4ª Vara Federal do Distrito Federal.

todas as formas e coberturas de chocolate), cujas alterações permitiriam ao CADE aprovar a aquisição com condições. O pedido foi processado com base no art. 263 do RICADE, que possibilita a reapreciação de atos de concentração com fundamento em fato ou documento novo que possa assegurar um pronunciamento mais favorável.

Apoiado especialmente no Parecer da ProCADE pela conveniência da celebração do acordo, nos estudos do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (que confirmaram a evolução dos mercados), na Nota Técnica favorável da Superintendência-Geral, na instrução completar feita pelo Conselheiro-Relator Alexandre Cordeiro e no seu Despacho Decisório, o Tribunal do CADE homologou, em 18 de outubro de 2016, mencionado Despacho, aceitando a proposta de acordo apresentada pela Nestlé. Do voto vogal da Conselheira Christiane Alckmin[61], extrai-se o entendimento de que as preocupações concorrenciais foram devidamente endereçadas na proposta e que esse seria um único caso na história do CADE, já que a Lei n. 12.529/2011 exige apreciação prévia dos atos de concentração e não há nenhum caso sob a égide da lei anterior no Judiciário que pleiteie a nulidade da decisão que não aprovou a operação de concentração econômica.

Assim, do pouco material ainda existente a respeito dos acordos judiciais e extrajudiciais celebrados com o CADE, é possível extrair alguns critérios utilizados pela autarquia para a celebração desses instrumentos e dosagem das suas condições: (i) conveniência e oportunidade; (ii) existência de fato ou documento novo que possa assegurar pronunciamento mais favorável; (iii) avaliação de percentagem de êxito da ação judicial; (iv) adoção de racional semelhante a outra proposta previamente apresentada e aprovada no mesmo processo; (v) aplicação de redutor da multa.

Para atender à vontade das partes, é preciso haver concessões mútuas: do lado do particular, interessa-lhe a redução das penalidades que lhe foram impostas; para o CADE, por sua vez, busca-se a realização da eficiência, com a redução dos custos decorrentes da morosidade judicial, a possibilidade de implementação eficaz da política de defesa da concorrência, de maneira a beneficiar o ambiente concorrencial o mais breve possível.

Conclusões

A utilização de acordos e outros métodos alternativos de solução de controvérsias pela Administração Pública é resultado de um processo evolutivo do Direito Administrativo e também decorrente de uma nova concepção de Estado, o qual, além de guardião de direitos, passa a ter uma tarefa promocional. É nesse contexto que se insere o tema dos acordos no Direito Concorrencial, sendo este um dos grandes impulsionadores da composição no âmbito da Administração Pública, pelas demandas e conflitos de difícil solução sob a concepção tradicional do Estado.

Sem dúvida, o Direito Concorrencial possui um maior detalhamento e melhor sistematização de acordos administrativos servindo, inclusive, como base a outros ramos do Direito[62]. Dentre esses acordos, podemos dividi-los em (i) Acordos no controle de conduta (Compromisso de Cessação de Prática e Acordo de Leniência); (ii) Acordos no controle de estrutura (Acordo em controle de concentração e Acordo de preservação de reversibilidade da operação); e (iii) outros acordos (onde se incluem os Acordos judiciais e extrajudiciais).

A Lei n. 12.529/11 expressamente prevê a possibilidade de realização de acordos judiciais em casos de infração contra a ordem econômica e, com as menções esparsas na lei referente a "acordos" em geral, extrai-se que também são possíveis acordos extrajudiciais. Isso é reforçado por outras leis aplicáveis, tais como a Lei da Advocacia Geral da União e a Lei de Mediação. Tais dispositivos

---

[61] Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?48v9QFHf1gqwIXLqRU05ZUqDq415R_JMWI8Rl1Hi9HqTmXNFzY99ABPeHYUgsqMePM8zGHUAAkC1Eg5_Z5rc4w, acesso em 15 de maio de 2017. Neste caso, entretanto, tanto o Parecer da ProCADE, como o voto do Conselheiro-Relator, ressaltam a peculiaridade desse ato de concentração, que foi submetido sob a égide da lei anterior (submissão da operação à apreciação da autarquia posteriormente à sua consumação), cuja sistemática já estaria superada pela lei atual, o que também justificaria a reapreciação.

[62] Por exemplo, o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção baseou-se no modelo já existente na Lei de Defesa da Concorrência.

esparsos e as leis mencionadas também confirmam a possibilidade de realização de mencionados acordos no escopo de um ato de concentração.

Como a judicialização de processos administrativos do CADE é muito recente, poucos são os precedentes de acordos judiciais e extrajudiciais, mas, ainda assim, já é possível se extrair alguns direcionamentos da autarquia a respeito: (i) conveniência e oportunidade; (ii) existência de fato ou documento novo que possa assegurar pronunciamento mais favorável; (iii) avaliação de percentagem de êxito da ação judicial; (iv) adoção de racional semelhante a outra proposta previamente apresentada e aprovada no mesmo processo; (v) aplicação de redutor da multa.

O que é certo é que concessões recíprocas devem ser feitas pelas partes em qualquer caso, sempre buscando o atendimento ao princípio da eficiência e ao interesse público.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Cristiane Landerdhal de. Termo de Compromisso de Desempenho em Atos de Concentração no Brasil. **Revista do IBRAC**, v. 19, n. 21, p. 161-180, jan.-jun. 2012.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. **Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Método, 2012.

ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais: Desafios e Oportunidades Recentes. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 287-303.

BAUER, Hartmut. La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca. **Diritto Pubblico**, v. 1, p. 181-208, 1999, apud MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 274

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoría geral do Direito. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanço 2016**. 24 fev. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/view>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. **Defesa da Concorrência no Brasil**: 50 anos. Brasília: CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br:8080/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. **Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br:8080/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. **Regimento Interno**. 12 mar. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEDEFESAECONMICAVersopsemenda2.pdf >. Acesso em: 15 jul. 2018.

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

CASSESE, Sabino. New Paths for Administrative Law: A Manifesto. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford University Press and New York University School of Law, v. 10, n. 3, p. 603-613, 2012.

FERREIRA NETO, Amadeu de Souza. Programa de leniência e a Lei n. 12.529/2011: avanços e desafios. **Revista do IBRAC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 22, p. 145-161, jul.-dez. 2012.

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

FURLAN, Fernando de Magalhães. Negociações de acordos como garantia da função promocional do Direito e do princípio constitucional da livre concorrência. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor (Coords.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 319-360.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Cesar. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Orgs.). **Remédios antitruste**. São Paulo: Singular, 2001, p. 61-99.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

NUNES, António José Avelãs. Do Estado regulador ao Estado garantidor. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 34, p. 45-87, abr.-jun. 2011.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. contrato de gestão e modernização da Administração Pública brasileira. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 8, dez. 2006-jan.-fev. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-8-dezembro-2006-gustavo%20justino.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Competition Committee. **Leniency Programme in Brazil**: Recent Experiences and Lessons Learned. In: LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM, 14., 12-13 abr. 2016, Cidade do Mexico. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/publicacoes-relacionadas-a-acordo-de-leniencia/2016_ocde_leniency-in-brazil.pdf/view>. Acesso em: 10 jan. 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Remédios no âmbito de Acordo em Controle de Concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/11. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 221-254.

RUIZ, Ricardo Machado. Restrições comportamentais em atos de concentração. In: In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 201-219.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. A utilização do termo de compromisso de cessação de prática no combate a carteis. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 249, p. 245-265, set./dez. 2008.

16. ANTITRUSTE E ANTICORRUPÇÃO: COMO INCENTIVAR A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE POR EMPRESAS PRIVADAS?

16 ANTITRUST AND ANTI-CORRUPTION: HOW TO ENCOURAGE THE ADOPTION OF COMPLIANCE PROGRAMS BY PRIVATE COMPANIES?

Fabíola Carolina L. C. de Abreu e Isabella Costa Urnikes

Resumo: O presente artigo visa abordar os possíveis incentivos que podem ser adotados pelo legislador brasileiro para a efetiva implementação de programas de compliance nos âmbitos antitruste e anticorrupção. Para tanto, a análise partirá das disposições já existentes na legislação e na regulamentação brasileiras, tratará também dos benefícios advindos da adoção desse tipo de programa, para ao final sugerir medidas que podem ser adotadas, adicionalmente ao que já existe, para que se tenha de fato a adoção de programas efetivos.

Palavras-chave: Compliance; Antitruste; Anticorrupção; Integridade Corporativa.

Abstract: This article aims to address the potential incentives that can be adopted by the Brazilian lawmaker to encourage the effective implementation of compliance programs regarding antitrust and anti-corruption matters. For such purposes, the analysis will start from the existing provisions contained in the Brazilian legislation and regulation, will then address the benefits resulting from the adoption this type of program, to lead to the suggestion of measures that can be adopted, in addition to what already exists, so that the adoption of programs becomes an effective measure.

Keywords: Compliance; Antitrust; Anti-corruption; Business Integrity.

Introdução

A consciência global acerca da ética nas relações empresariais amadureceu ao longo dos últimos anos de tal forma que a legislação internacional passou a exigir uma postura ética das empresas que, por qualquer razão, estejam sujeitas à sua jurisdição.

No entanto, até meados de 2013, o Brasil não havia introduzido em seu ordenamento jurídico diretriz decorrente dos compromissos internacionais assumidos. Pressionado não só pela comunidade internacional, mas também por protestos internos, em 1º de agosto de 2013 foi promulgada a Lei nº 12.846[1] ("Lei Anticorrupção").

Embora o crime de corrupção já fosse assim tipificado desde o Código Penal Brasileiro[2] de 1940, não havia, no ordenamento brasileiro, regra de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados por seus representantes. Na prática, isso significava um eventual processo crime para as pessoas físicas diretamente envolvidas na conduta, mas nenhum tipo de consequência para a pessoa jurídica representada por aquela pessoa física, muito embora, na grande maioria dos casos, a pessoa jurídica fosse a real beneficiária das violações praticadas.

Assim, a grande inovação da Lei Anticorrupção foi a responsabilização, nas esferas civil e administrativa, das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. Além de especificar as regras de responsabilização da pessoa jurídica, a Lei Anticorrupção também tratou de outros temas relevantes à matéria, como o incentivo à adoção de programas de *compliance*.

---

[1] BRASIL. "Lei nº12. 846." Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 01 de agosto de 2013.

[2] BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Já no que se refere ao direito da concorrência, cerca de dois anos antes, em 2011, foi editada a Lei nº 12.529[3] ("Lei de Defesa da Concorrência") que, dentre outras disposições, e embora de forma não explícita, previu um incentivo adoção das práticas de *compliance*. E tamanha foi a importância do assunto *compliance* em matéria concorrencial que em janeiro de 2016 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – "CADE", lançou o guia "Programas de *Compliance*", com orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial (o "Guia de *Compliance* do CADE").

O objetivo do Guia de *Compliance* do CADE, conforme constou da Seção 1, é "estabelecer diretrizes não vinculantes para as empresas a respeito desses programas, especificamente no âmbito da defesa da concorrência, no que eles consistem, de que modo podem ser implementados e quais as vantagens em sua adoção"[4].

Não há dúvidas, portanto, que o assunto *compliance* passou a ter relevância para as empresas que atuam no mercado brasileiro. Assim como entender como os programas podem ser estruturados, e quais os benefícios que podem ser por meio deles alcançados.

Diante deste cenário, o objetivo do presente artigo é analisar o contexto legislativo que enaltece a adoção de programas de *compliance*, nos âmbitos anticorrupção e antitruste, bem como promover a reflexão dos possíveis embates ainda existentes quanto à sua adoção pelas empresas privadas.

É certo que por se tratar de legislação recente, e que ainda carece de precedentes, seja administrativos seja judiciais, ainda existem medidas que precisam ser melhor delineadas a fim de conceder segurança à comunidade empresarial e, principalmente, para conscientizar essa mesma comunidade acerca do impulso que se pode proporcionar aos negócios a partir do investimento na adoção de programas de *compliance*, não só, mas principalmente, com o Poder Público.

1. Corrupção e Anticompetição

Para que se possa contextualizar a análise que se pretende desenvolver, serão abordados os fatos históricos relacionados com a Lei Anticorrupção e com a Lei de Defesa da Concorrência, para que então possamos passar ao estudo da adoção dos programas de *compliance* sob essas duas óticas.

De todo modo, e desde o início, é importante notar que embora disciplinas distintas, tanto o aspecto anticorrupção quanto o concorrencial podem se beneficiar mutuamente de programas de *compliance* que sejam estruturados para contemplar as duas áreas. Seja pela similaridade dos sistemas na aplicação de penalidades, seja pela similaridade de procedimentos em investigações, ou seja ainda em razão de condutas que são, ao mesmo tempo, ilícito concorrencial e ato lesivo ao Poder Público, o programa de *compliance* que endereça os potenciais riscos anticorrupção e concorrencial tende a mitigar consequências que podem ser desastrosas para a empresa.

Em um primeiro momento, a análise dos dispositivos da Lei Anticorrupção, também chamada de Lei da Empresa Limpa, é de caráter fundamental, visto que embora o texto legislativo possua algumas lacunas, trata-se de aparato inovador de combate à corrupção, na medida que inseriu no ordenamento jurídico novas hipóteses de responsabilização, introduziu a possibilidade de celebração de acordos de leniência e tratou explicitamente da adoção de Programas de *Compliance* – cerne do presente artigo.

Além de inovar ao adotar a responsabilidade objetiva, civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, a

---

[3] BRASIL. "Lei nº12.529." Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. 30 de novembro de 2011.

[4] CADE, Guia sobre Programas de Compliance, p. 14. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf> Acesso em 13 de agosto de 2018.

Lei Anticorrupção, pela primeira vez, abordou expressamente o tema da adoção de Programas de *Compliance*.

Historicamente, pelo que se tem notícia, a primeira noção de *compliance* surgiu no ano de 1913, com a criação do Banco Central Norte-Americano ("*Federal Reserve*")[5], que objetivou adotar um sistema financeiro mais flexível, mas que também fosse consistente e seguro. Posteriormente, mas já na década de 1960, houve forte estímulo para a adoção de programas de *compliance*, impulsionado pela *U.S. Securities and Exchange Comission* (SEC)[6], que incentivou as empresas norte-americanas a contratarem "*Compliance Officers*" que fossem habilitados para criar regras e procedimentos internos de controle, treinar funcionários e monitorar o cumprimento de regras internas. A campanha gerou resultados, e a partir de então o tema dos programas de *compliance* passou a estar na pauta das principais empresas norte-americanas de capital aberto.

Já no cenário brasileiro, com a edição da Lei Anticorrupção, e com as recentes investigações no âmbito da chamada "Operação Lava Jato"[7], que demonstraram que a mera existência de um programa de *compliance* na empresa pode não ser suficiente para que de fato a empresa viva e incorpore, em seu dia a dia, uma cultura ética e de integridade, o Brasil também passou a tratar dos programas de *compliance*, inclusive para distinguir os programas de *compliance* efetivos daqueles ditos "de prateleira". Isso porque, como se verá a seguir, a tendência global, que já ganha força no Brasil, é estimular a adoção de mecanismos de controle nas relações firmadas com o Poder Público.

De toda forma, em razão das incertezas que ainda circundam a aplicação da Lei Anticorrupção, o benefício efetivo ainda é de difícil medição, muito embora a adoção de um programa de *compliance* efetivo seja a melhor ferramenta para monitorar práticas e identificar possíveis violações a tempo de corrigi-las, com o menor volume de danos possível. No que se refere à adoção dos programas de *compliance*, a máxima popular de que "é melhor prevenir do que remediar", é de fácil verificação, especialmente quando comparamos as potenciais penalidades decorrentes da aplicação da Lei Anticorrupção ou da Lei de Defesa da Concorrência com os investimentos necessários para que se realize o mapeament0o dos riscos de cada empresa e a elaboração de um programa que lhe seja específico.

A Lei de Defesa da Concorrência, por sua vez, pautada nos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, foi editada em 30 de novembro de 2011, com o objetivo de prevenir e repreender as infrações contra a ordem econômica, tendo no CADE, entidade judicante, com jurisdição em todo o território brasileiro, constituído sob a forma de autarquia federal, seu órgão máximo.

Ao regular a conduta dos agentes econômicos, a Lei de Defesa da Concorrência busca proteger a livre concorrência, além de promover um ambiente de legítima competição entre os participantes de cada mercado. Assim, busca como objetivo final atingir o bem-estar comum, por meio de um mercado com menores preços e melhores produtos, possibilitando que o consumidor exerça seu poder de escolha; afinal, um ambiente com melhores produtos, menores preços e livre concorrência, interessa a todos.

---

[5] "The Federal Reserve Act of 1913 established the Federal Reserve System as the central bank of the United States to provide the nation with a safer, more flexible, and more stable monetary and financial system. The law sets out the purposes, structure, and functions of the System as well as outlines aspects of its operations and accountability. Congress has the power to amend the Federal Reserve Act, which it has done several times over the years." < https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/fract.htm>.

[6] "The mission of the U.S. Securities and Exchange Commission is to protect investors, maintain fair, orderly, and efficient markets, and facilitate capital formation." <https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html#create> Acesso em 7 de agosto de 2018.

[7] "A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função." <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>. Acesso em 7 de agosto de 2018.

A partir do panorama legislativo brasileiro podemos identificar a possibilidade de um diálogo aberto entre a defesa da concorrência e o combate à corrupção, uma vez que diversos atos lesivos à Administração Pública, assim como aqueles praticados no âmbito de licitações e contratos administrativos, podem ensejar a aplicação de penalidades tanto sob a Lei de Defesa da Concorrência como sob a Lei Anticorrupção.

A colaboração entre a defesa da concorrência e o combate à corrupção é capaz de resultar em grandes e importantes avanços para o bem-estar social, vez que abrange desde a colaboração entre as autoridades na investigação de atos ilícitos, pelo compartilhamento de informações e provas, e até mesmo pela possibilidade de negociação de soluções conjuntas, entre autoridades, de um lado, e investigados, de outro, para o encerramento de condutas lesivas e adoção de práticas éticas e íntegras.

2. Programa de Compliance

O termo "*compliance*" é proveniente do verbo inglês "*to comply*", cujo significado se traduz em cumprir, executar. Resumidamente, e conforme usado no mundo empresarial, é um conjunto de procedimentos adotados que visa, a partir do mapeamento dos riscos específicos de cada negócio, cumprir normas, regulamentos e políticas, internos e externos, e por consequência, mitigar os riscos identificados.

Como derivação, o programa de *compliance* pretende estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento de todo o arcabouço normativo aplicável a cada atividade parte da cultura institucional de determinada empresa. E vai além, busca permitir o monitoramento constante dos colaboradores, em especial aqueles que possam estar mais expostos a situações de risco, e corrigir eventuais violações tão logo quanto possível, minimizando, por consequência, o seu impacto para a empresa e seus negócios. Não faz parte de seu objetivo eliminar completamente a ocorrência de ilícitos – que é inerente à condição humana, mas sim minimizar o quanto possível a possibilidade de que ele ocorra e, caso ocorra, que a empresa possua as devidas ferramentas para identificá-los e contorná-los de forma a não só minimizar os eventuais impactos e danos, inclusive aqueles relacionados à imagem da empresa envolvida, mas também permitir a melhoria contínua do próprio programa de *compliance*.

Partindo do princípio de que a atividade empresarial é desenvolvida por indivíduos, totalmente distintos e cada qual com suas características e valores, a empresa está sujeita a riscos decorrentes dos atos e condutas desses indivíduos, enquanto representantes das empresas. Isto porque no âmbito empresarial a responsabilidade não se limita àquele que praticou o ato ilegal, mas se estende à pessoa jurídica a qual ele está vinculado. Assim, com a intenção de minimizar os desvios de conduta de seus funcionários, percebeu-se a necessidade de minimizar os riscos através de ações que envolvem, em um primeiro momento, a conscientização, para então partir para o monitoramento e fiscalização de seus integrantes.

As empresas, então, com a intenção de salvaguardar seus negócios de práticas contrárias à conduta ética esperada, devem, comprovadamente, afastar a prática de ilícitos na empresa e estar aptas a demonstrar que, na iminência de uma crise causada pela realização de conduta ilícita, fez todo o possível e ao seu alcance – que obviamente varia de empresa para empresa, e setor para setor, para solucionar ou mitigar a ocorrência. E mais do que isso, que atuou junto a seus representantes e colaboradores e a eles ofereceu treinamento para prevenir a ocorrência de condutas lesivas.

Nesse sentido, o programa de *compliance* pode ser considerado como a "chave de ouro". O mecanismo, previsto no Art. 7º, VIII da Lei Anticorrupção, estabelece a possível atenuação das sanções em virtude da existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva dos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. A Lei Anticorrupção, portanto, visa estimular a adoção de mecanismos de integridade corporativa, muito embora não isente a aplicação das penalidades. Funciona, na verdade, como causa atenuante quando se fala em dosimetria da pena, mas não impede que ela seja aplicada.

Embora a Lei Anticorrupção tenha introduzido no ordenamento jurídico brasileiro os programas de compliance, ao tratar dos "mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no

âmbito da pessoa jurídica"[8], como um dos elementos a serem considerados na aplicação das sanções, ela não especifica quais são os elementos essenciais a um programa de compliance para que ele seja considerado suficiente e efetivo sob a ótica da Lei Anticorrupção, apto, portanto, a gerar os efeitos nela previstos – com a mitigação de penalidades. Da mesma forma, a Lei Anticorrupção também não especificou quais os benefícios específicos decorrentes da adoção dos programas de compliance.

Cerca de dois anos após a promulgação da Lei Anticorrupção, e 14 meses após o início de sua vigência, em 18 de março de 2015, foi editado o Decreto nº 8.420[9] ("Decreto Regulamentador") que regulamentou a Lei Anticorrupção, e que dedicou um capítulo exclusivo ao "Programa de Integridade". No entanto, mesmo com o Decreto Regulamentador, ainda restam dúvidas sobre como será medida a efetividade dos programas de *compliance*, e o atendimento a cada um dos requisitos estabelecidos no Decreto Regulamentador, bem como o real benefício a ser recebido em contrapartida à implementação de um programa de *compliance*, exclusivamente sob a ótica da legislação. Até porque, o fomento a um ambiente de negócios ético, que a todos é benéfico, sem contar com o reflexo que a adoção desse tipo de programa pode ter para a imagem da empresa, já deveriam funcionar como incentivos suficientes para a sua adoção.

Há quem defenda que a Lei Anticorrupção e sua generalidade são adequadas e devem ser vistas com bons olhos na medida em que possibilitam uma análise sobre a efetividade de cada programa, considerando as especificidades de cada setor, tamanho da empresa, além de outras características específicas.

No entanto, e mesmo após a edição do Decreto Regulamentador, ainda existem lacunas que somente serão preenchidas nos próximos anos, na medida em que as autoridades fiscalizadoras e os órgãos de controle passem a emitir suas decisões sobre a efetividade dos programas de *compliance*. E, eventualmente, que tenhamos o pronunciamento dos Tribunais brasileiros sobre a questão, caso tais decisões administrativas venham a ser questionadas.

Até porque não há um modelo único a ser considerado como parâmetro. O desenvolvimento de um programa de *compliance* depende do entendimento das nuances de cada organização – implica em compreender a cultura corporativa, verificar as leis e regulamentos a que ela está sujeita, os riscos a que está exposta, quais os riscos serão priorizados em seu programa, como serão aplicadas as regras, qual o tempo de adaptação que os colaboradores terão, entre outras questões. E, acima de tudo, o desenvolvimento de um programa de *compliance* depende, antes de mais nada, do real envolvimento da alta administração de cada empresa, responsável pelo "*tone at the top*", elemento essencial de qualquer programa[10].

É relevante do ponto de vista de negócios que a empresa seja adepta de políticas de *compliance*, mas, socialmente, ainda mais importante é que o programa de *compliance* seja efetivo e plenamente institucionalizado pela empresa.

2.1. A Corrupção Privada

Embora inovadora do ponto de vista do combate à corrupção pública, a Lei Anticorrupção não tratou dos atos de corrupção cometidos na esfera privada que, ao considerarmos o bem-estar do mercado como um todo, podem ser tão lesivos quanto os atos de corrupção praticados na esfera pública.

Internacionalmente, alguns países já possuem mecanismos jurídicos para o combate da corrupção na esfera privada – como é o caso do *UK Bribery Act*[11].

---

[8] BRASIL. Lei Anticorrupção, Art. 7º, VIII.

[9] BRASIL "Decreto Regulamentar nº 8420." Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. 18 de março de 2015.

[10] GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. Wagner Giovanini. 1ª Edição. São Paulo: 2014. Em especial: Capítulo II – Programa de Compliance.

[11] UNITED KINGDOM. Bribery Act 2010. An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes. 8th April 2010. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/introduction. Acesso em 13 de agosto de 2018.

Muito embora a tipificação dos atos de corrupção privada já seja objeto de diversos projetos de lei e tenha sido incluída como uma das medidas necessárias dentre as Ações de 2018 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro ("ENCCLA")[12], até o presente momento, não há no Brasil um diploma legal que trate da corrupção privada, ou que tipifique tal conduta como crime ou ainda ilícito civil e administrativo. Assim, a corrupção privada não é considerada como crime no Brasil, muito embora o país seja signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, pela qual se obrigou, conforme disposto no Art. 21, a tipificar como crime também o suborno no setor privado.

Importante notar, no entanto, que embora a corrupção privada não tenha sido tipificada como crime na legislação brasileira, nem tampouco tenham sido estabelecidas regras de responsabilidade das empresas envolvidas, a exemplo das regras introduzidas pela Lei Anticorrupção, o *programa de compliance* pode sim tratar do assunto, e estabelecer normas de comportamento que passam a ser obrigatórias para todos os colaboradores e representantes daquela determinada empresa, além de reforçarem as iniciativas para um ambiente ético e de integridade nos negócios.

2.2. O Programa de Compliance *Antitruste*

Do ponto de vista jurídico, o *compliance* traduz uma acepção ampla em termos de observância e cumprimento dos postulados legais[13]. De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)[14], os cinco pilares fundamentais de um programa de *compliance* são: (i) avaliação de risco; (ii) compromisso da alta direção; (iii) monitoramento; (iv) treinamento, registro e documentação; e (v) aperfeiçoamento continuo. Embora estes sejam os elementos essenciais, não há um modelo específico que se aplique a todos os programas, de todas as empresas. Isso porque, fatores que são alheios ao alcance do legislador devem ser considerados, como o ramo de atuação, o porte da empresa, a localização e os riscos inerentes ao negócio.

Com relação à defesa da concorrência, os programas de *compliance* tornaram-se cada vez mais relevantes, vez que se criou maior consciência acerca dos prejuízos causados por condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, e com o objetivo de auxiliar as empresas na adoção de regras de *compliance*, o CADE, como já mencionado anteriormente, publicou o Guia de *Compliance* do CADE, que contém orientações não-vinculantes sobre a estruturação e os benefícios da adoção dos programas de *compliance* com foco na defesa da concorrência.

É possível verificar, a partir da publicação do Guia de *Compliance* do CADE, a relevância que o assunto tomou, ao levar as autoridades a, em conjunto com a iniciativa privada, publicarem um guia com recomendações, especialmente ao considerarmos que a adoção de programas dessa natureza sequer constou da Lei de Defesa da Concorrência. Trata-se, portanto, de iniciativa louvável que busca um ambiente ético e íntegro para os negócios.

O Guia de *Compliance* do CADE estabelece que o escopo do programa de *compliance* concorrencial "almeja, em primeiro lugar, prevenir e reduzir o risco de ocorrência de violações específicas à Lei de Defesa da Concorrência e, em segundo lugar, oferecer mecanismos para que a

---

[12] "Ação 5. Elaborar propostas de medidas voltadas ao combate à corrupção privada." <http://enccla.camara.leg.br/acoes>. Acesso em 13 de agosto de 2018.

[13] TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. Compliance Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013 . Boletim Jurídico, Uberaba/MG, Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3969/compliance-lei-anticorrupcao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013->. Acesso em 13 de agosto de 2018.

[14] "The mission of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) is to promote policies that will improve the economic and social well-being of people around the world. The OECD provides a forum in which governments can work together to share experiences and seek solutions to common problems. We work with governments to understand what drives economic, social and environmental change. We measure productivity and global flows of trade and investment. We analyse and compare data to predict future trends. We set international standards on a wide range of things, from agriculture and tax to the safety of chemicals."< http://www.oecd.org/about/>. Acesso em 7 de agosto de 2018.

organização possa rapidamente detectar e lidar com eventuais práticas anticoncorrenciais que não tenham sido evitadas em um primeiro momento[15]".

Ainda o Guia de *Compliance* do CADE, indicou as características consideradas essenciais para um Programa de *Compliance* Antitruste eficaz, sem desconsiderar as peculiaridades de cada negócio quando da sua implementação. Para a plena efetividade, considera-se que o comprometimento é a peça principal, sendo que a adoção do programa não deve visar a prevenção de represálias, mas sim a intenção de manter a conformidade e a ética nos negócios. Em outras palavras, o Programa de *Compliance* Antitruste não deve ser adotado para satisfazer autoridades, ou apenas com o propósito de evitar punições, ou de atenuar as possíveis punições, mas para genuinamente servir de instrumento na atuação ética de cada empresa que o adota.

É importante notar também que os benefícios da adoção de um Programa de *Compliance* Antitruste não se restringem à prevenção de condutas que possam ser violadoras da Lei de Defesa da Concorrência, mas também podem alcançar a condução de atos de concentração de acordo com a legislação vigente. Quando bem estruturado, o programa pode, por exemplo, reduzir as chances de agentes econômicos realizarem atos de integração antes da obtenção da aprovação do CADE – passíveis de punição caso verificado o "*gun jumping*".

Por fim, vale ressaltar que apesar da ausência de previsão sobre os programas de *compliance* na Lei de Defesa da Concorrência, o CADE reconhece o seu valor na medida em que confere possíveis benefícios para as empresas que os adotam, como redução de multas para aquelas que já tinham programas implementados à época da conduta investigada (e não à época das investigações).

3. Benefícios ao Investir em um Programa de Compliance

A adoção de programas de *compliance* é capaz de propiciar uma ampla gama de benefícios. O primeiro deles, mitigar os riscos de condenações e das respectivas penalidades dela decorrentes.

É sabido que a existência de um programa de *compliance*, por si só, não elimina os riscos aos quais a empresa pode estar sujeita e tampouco a imuniza de possíveis condutas perpetradas por seus representantes que sejam violadoras da legislação aplicável. Mas, quando implementado de forma eficaz, ele possibilita que as relações entre os diversos entes, sejam privados ou públicos, sejam pautadas na ética corporativa, promovendo o alinhamento de todos os integrantes quanto às condutas esperadas.

Neste cenário, não só as violações se tornam exceções, mas, quando tratadas de forma coerente com os objetivos do programa, servem para tratar a conduta desconforme e para estabelecer parâmetros internos, além de um alinhamento de discurso teórico com a prática. É a partir desse alinhamento que se verifica, no dia a dia, a construção efetiva de uma cultura ética e de integridade nos negócios.

Ainda, possuir um programa de *compliance* eficaz possibilita a realização de acordos (*e.g.* leniência, termo de compromisso de cessação) com as autoridades competentes, na medida em que permitem a identificação de violações antes de possíveis investigações por parte de autoridades. Estes acordos, verdadeiros artifícios previstos pela legislação para os casos de violação às normas de defesa da concorrência e anticorrupção cuja implementação depende da verificação dos requisitos estabelecidos pela legislação e regulamentação aplicáveis, permitem aos investigados, ou potenciais investigados, a depender do caso, a colaboração com as autoridades, mediante o encerramento das práticas violadoras da Lei Anticorrupção ou da Lei de Defesa da Concorrência, em troca de determinadas vantagens, como redução de multas e não aplicação de determinados tipos de pena.

Além da efetiva redução da exposição a possíveis penalidades, a boa reputação da empresa que adota um programa de *compliance* efetivo é fato de destaque e que colabora como parte dos múltiplos esforços para manutenção dessa boa reputação entre pares, fornecedores e clientes.

[15] CADE, Guia sobre Programas de Compliance, p. 14. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf> Acesso em 7 de agosto de 2018.

4. A Falta de Incentivo

Como se verá a seguir, o Brasil ainda não adquiriu maturidade suficiente quando o assunto é *compliance.* Em especial, a pouca idade da legislação que trata da matéria (lei promulgada em 2013, que entrou em vigor em 2014, tendo sido regulamentada apenas em 2015), que impede, neste momento, saber de que maneira a legislação e a sua regulamentação serão aplicadas pelas autoridades competentes.

Ainda, do ponto de vista prático, e considerando o cenário atual brasileiro, em especial as investigações de corrupção até o momento conduzidas pelas autoridades, o que se tem é a estruturação de programas de *compliance* voltados única e exclusivamente para fins de prevenção a uma possível aplicação de sanção, já que sua existência, como estudado, é causa atenuante.

Tamanha é a falta de incentivo para que os programas de *compliance* passem a ser rotineiros e habituais que em quatro anos de vigência da Lei Anticorrupção apenas 15 (quinze) Estados da Federação editaram normas (decretos) para a regulamentação do *compliance* no âmbito de suas jurisdições, sendo eles: Alagoas[16]; Distrito Federal[17]; Espírito Santo[18]; Goiás[19]; Maranhão[20]; Mato Grosso[21]; Mato Grosso do Sul[22]; Minas Gerais[23]; Pernambuco[24]; Paraná[25]; Rio de Janeiro[26]; Rio Grande do Norte[27]; Santa Catarina[28]; São Paulo[29]; e Tocantins[30].

Fato é que o Estado e a sociedade brasileira ainda precisam adquirir consciência com relação à efetiva adoção de cultura do *compliance* e seus reais benefícios, migrando do estágio atual de "contenção de danos". Além disso, pela também conscientização das empresas quanto ao cumprimento da legislação, desvios de condutas seriam minimizados, de tal modo que a Administração Pública poderia concentrar seus esforços na promoção de políticas públicas e sociais. Some-se a isso, ainda, o volume de recursos que ainda são desperdiçados nos âmbitos público e privado em razão da corrupção e que poderiam, a partir de um estágio de maturidade da adoção dos programas de *compliance*, ser investidos em áreas carentes de recursos, como saúde, educação e segurança[31].

Assim, na medida em que a adoção de programas de *compliance* serviria não apenas para a melhoria do relacionamento entre entes públicos e privados, mas também poderia levar à economia de recursos que hoje escoam pelos ralos da corrupção, caberia ao Poder Público, em todas as suas esferas, mas especialmente na Federal, atuar de forma mais incisiva para estimular a implementação de programas de *compliance*, tanto sob a ótica antitruste quanto anticorrupção, visando promover a criação de uma cultura verdadeiramente ética.

---

[16] Vide Decreto Estadual AL nº 52.555/2017.

[17] Vide Decreto nº 37.296/2016.

[18] Vide Decreto Estadual ES nº 3.956/2016.

[19] Vide Lei Estadual GO nº 18.672/2014.

[20] Vide Decreto Estadual MA nº 31.251/2015.

[21] Vide Decreto Estadual MT nº 522/2016.

[22] Vide Decreto Estadual MS nº 14.890/2017.

[23] Vide Decreto Estadual MG nº 46.782/2015.

[24] Vide Lei Estadual PE nº 16.309/2018.

[25] Vide Decreto Estadual PR nº 10.271/2014.

[26] Vide Decreto Estadual RJ nº 46.366/2018.

[27] Vide Decreto Estadual RN nº 25.177/2015.

[28] Vide Decreto Estadual SC nº 1.106/2017.

[29] Vide Decreto Estadual SP nº 60.106/2014.

[30] Vide Decreto Estadual TO nº 4.954/2013.

[31] Estima-se que 2,3% do PIB brasileiro, cerca de USD40 bilhões, sejam "perdidos", anualmente, em razão de práticas corruptas. https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html. Acesso em 15 de agosto de 2018.

5. Como Incentivar a Adoção de Programas de Compliance

Conforme exposto, os normativos brasileiros, seja relativos ao programa de *compliance* anticorrupção, seja relativos ao programa de *compliance* antitruste, são genéricos a ponto de não possuírem a força necessária para impor às empresas a efetiva adoção de tais programas – muito embora o objetivo principal das normas analisadas não seja tornar mandatória a adoção de tais programas, como já analisado acima, a sua adoção traz benefícios relevantes para a sociedade, em especial a construção de uma sociedade ética e verdadeiramente intolerante à corrupção.

Assim, para que possamos usar a adoção dos programas de *compliance* como um mecanismo efetivo para criação de uma cultura empresarial ética, além de contribuir para um novo ambiente de negócios no Brasil, que inclusive estimule o investimento estrangeiro, faz-se necessário o ajuste dos dispositivos legais já existentes.

Neste sentido, no que diz respeito à Lei Anticorrupção, alguns embates ainda propiciam certo desconforto para as empresas de fato enxergarem nos programas de *compliance*, e em todo o arcabouço que os cercam, os benefícios estabelecidos pela legislação (que, como já afirmado repetidas vezes, embora não sejam um fim em si mesmos, servem como incentivadores para que se construa uma sociedade ética).

Um desses embates diz respeito à questão da "pluralidade" de competências – federal, estadual ou municipal, e até concorrente em alguns casos, além de diversos órgãos em cada esfera de poder, para a investigação e aplicação de penalidades; ou mesmo a dificuldade de definir a efetiva redução das penalidades possíveis – na medida em que os parâmetros estão estabelecidos em decreto e não na lei. Já no que concerne à Lei da Defesa da Concorrência, a ausência de regulamentação vinculante sobre os programas de *compliance* antitruste é preocupante e figura como um entrave à segurança jurídica – como assegurar aos administrados a obtenção de benefícios efetivos, já que os programas de compliance antitruste não constam da legislação vigente?

O primeiro ajuste que se sugere é, com relação à Lei Anticorrupção, a uniformização da competência para julgamento e aplicação das sanções. Atualmente, são competentes para aplicação de sanções a Controladoria-Geral da União (CGU), o CADE, a Comissão de Valores Imobiliários (CVM), o Ministério Público Federal (MPF), o Tribunal de Contas da União (TCU), além de magistrados responsáveis por casos concretos. Esta descentralização do poder de punir causa insegurança dada a incerteza de como e por quem o agente será apenado.

A título de exemplificação, em um ato lesivo que envolve agente público federal, a CGU pode aplicar as seguintes sanções: (a) multa de até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa no exercício que preceder à instauração do processo administrativo; (b) publicação extraordinária da decisão condenatória e; (c) inclusão da empresa no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNPE). Caso este mesmo ato lesivo também seja uma violação à Lei de Defesa da Concorrência, o CADE, por sua vez, pode aplicar multas de 20% (vinte por cento) do faturamento bruto obtido pelo infrator no exercício que preceder a instauração do processo administrativo e pode, cumulativamente ou não, aplicar sanções como (a) publicação, às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; (b) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na Administração Pública Federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; (c) inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (d) cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; (e) determinar a prática de qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. Já o TCU pode aplicar multa de até 100% (cem por cento) do dano causado ao erário e declarar a inidoneidade para licitações e contratações com o poder público por 5 (cinco) anos. Além das sanções impostas pelos órgãos acima mencionados, o agente poderá ser apenado no âmbito do Poder Judiciário, com penalidades que variam desde o perdimento de bens, direitos ou valores até a interdição e dissolução compulsória da companhia.

Fica claro, portanto, que a possibilidade de aplicação de tantas sanções, sem qualquer limitação entre uma ou outra, ou ainda uma limitação global quando o mesmo ato puder ser objeto de penalização

por mais de uma autoridade, pode ocasionar duplicidade de sanções, além de, quando somadas, serem desproporcionais ao tamanho do negócio ou mesmo ao ilícito praticado. Ainda, até que tais órgãos alcancem um consenso sobre a aplicação das várias regras, o incentivo de atenuação da sanção imposta pela Lei Anticorrupção não figura como benefício efetivo, já que o agente, ainda que tenha colaborado com a autoridade em uma esfera, e celebrado acordo de leniência, poderá vir a ser apenado com multa aplicada por diversos outros órgãos que não tenham participado do acordo.

Assim, faz-se necessário que as autoridades competentes não só busquem um entendimento entre si para tornar viável a aplicação harmônica de todas as possíveis regras a um mesmo caso, como se beneficiem das experiências já existentes – como a exitosa experiência do CADE na celebração de acordos de leniência com participação do Ministério Público Federal e Estadual, para desenvolver modelos que tragam segurança jurídica aos administrados. Ao invés de compartilharem a competência para punir, seria mais interessante compartilharem o conteúdo das investigações individuais, para fins de coletar o maior número possível de evidências capazes de justificar a punição da pessoa jurídica. Em oposição ao cenário ideal, o que se tem hoje é a plena aplicação da teoria do domínio do fato[32] e, em contrapartida, a falha tentativa probatória de fato negativo[33].

Já o segundo ajuste possível, para fins de viabilizar a adoção de programas de *compliance*, seria a inclusão, na Lei de Defesa da Concorrência, de previsão específica sobre os programas de *compliance* e os benefícios dele decorrentes. Isto porque, o que se tem até o momento é o Guia de *Compliance* do CADE, que não tem qualquer força vinculante, tratando-se apenas de recomendação e orientação. Quando presente em lei federal, haveria então força vinculante. Além disso, haveria também uma segurança econômica e jurídica às pessoas jurídicas que adotassem os programas permitindo inclusive auferir de forma mais direta o potencial benefício econômico decorrente da sua implementação. Por fim, e não menos importante, evitar-se-iam discussões infindáveis junto ao Poder Judiciário brasileiro sobre a efetividade e abrangência do programa, além de aplicação dos benefícios dele decorrentes.

Percebe-se, assim, que com pequenos ajustes na Lei Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência, o cenário de combate à corrupção e às práticas anticompetitivas seria igualmente modificado. Com maior segurança jurídica oferecida aos administrados, somente deixariam de implementar programas de *compliance* os sujeitos desavisados. Na realidade, é fato que as leis e regras de *compliance* servem para proteger os indivíduos de si próprios.

Conclusão

Diante dos recentes escândalos de corrupção, e das consequências que tais escândalos trazem para as políticas públicas brasileiras, como a redução de verbas para investimento em setores relevantes como saúde, educação e segurança, além do desgaste do Brasil frente a seus parceiros internacionais, que também leva à redução da confiabilidade do país para investimentos de longo prazo, não há dúvidas de que o combate à corrupção e demais formas de atos lesivos contra o Estado (como é o caso dos carteis) é medida de urgência, e deve ser abraçado por todos, de forma que tenhamos uma sociedade ética, e um ambiente de negócios íntegro, que leve ao bem-estar da população em geral.

As questões de natureza anticorrupção guardam relevante similaridade com as questões de natureza concorrencial, de modo que a adoção de programas de *compliance* efetivos que contemplem tanto umas quanto outras, tende a ser benéfica para as empresas em geral e, consequentemente, para o mercado. Mais do que isso, considerando que determinados atos lesivos podem se enquadrar tanto nos ilícitos da Lei Anticorrupção, quanto nas condutas tipificadas pela Lei de Defesa da Concorrência, combatê-los e adotar medidas que se apliquem a ambos, passa a ser necessário.

---

[32] Hoje, no Brasil, a teoria do domínio do fato é usada como instrumento de imputação de responsabilidade, ou seja, aquele com ascendência hierárquica ou gestão de terceiros ou de bens, pode ser responsabilizado pelos danos pela posição de domínio. No entanto, a teoria do domínio do fato, desde sua origem, até a hoje consagrada releitura de Claus Roxin, tem como objetivo indicar a figura central do acontecer típico, ou seja: quem é o autor e quem são os partícipes.

[33] Prova de fato negativo é a chamada prova impossível: não há como provar, por exemplo, que alguém não estava em determinado lugar.

Embora a Lei Anticorrupção já traga de forma expressa a adoção de programas de *compliance* como um dos fatores a ser levado em consideração na aplicação de penalidades em razão de violações da lei, fato é que ainda existe bastante dúvida e insegurança com relação ao real alcance dos benefícios previstos na legislação, seja pela multiplicidade de órgãos com competência para investigar e punir, seja pela ausência de normas e procedimentos que harmonizem essa competência múltipla.

Desse modo, e ainda que o objetivo final dos programas de *compliance* não deva ser o de reduzir a aplicação de penalidades (mas sim a construção de uma cultura ética, benéfica a toda a sociedade), é a partir desse incentivo que a prática passa a ser disseminada. E podemos ir além: adotado o programa, e verificado o real benefício dele decorrente (assumindo, por óbvio, que se trate de programa plenamente eficaz), seja nas decisões administrativas ou judiciais, é que a comunidade empresarial de fato passará adotá-los.

Já no que se refere à Lei de Defesa da Concorrência, a inserção da adoção dos programas de *compliance* como medida mitigadora das possíveis sanções em lei, e não apenas em regulamentos e cartilhas de recomendação e orientação, é passo importante para reforçar a segurança jurídica dos administrados e, ao final, alcançarmos a tão almejada disseminação da cultura ética em nossa sociedade.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Programas de Compliance*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-ainformacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versaooficial.pdf>.

_____. Controladoria-Geral da União. *Programa de Integridade – Diretrizes para empresas privadas*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-eintegridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresasprivadas.pdf>.

_____. "Decreto Regulamentar nº 8420." Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. 18 de março de 2015.

_____. "Lei nº12.529." Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. 30 de novembro de 2011.

_____. "Lei nº12. 846." Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 01 de agosto de 2013.

CHAVES, Anna Cecília Santos. *A corrupção privada no Brasil*. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/154>.

Internacional Chamber of Commerce. *ICC Antitrust Compliance Toolkit*. 2013. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit/>.

MENDES, Francisco Schertel. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. *Compliance Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3969/compliance-lei anticorrupcao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013->

VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNITED KINGDOM. Bribery Act 2010. An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes. 8th April 2010. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/introduction>.

17. ANTITRUSTE, INOVAÇÃO E INFORMAÇÃO: UMA NOVA PARALISIA?

17. ANTITRUST, INNOVATION AND INFORMATION: A NEW PARALYSIS?

Stephanie Vendemiatto Penereiro

Resumo: Ao mesmo tempo que inovações tecnológicas ocasionam diversas melhorias, carregam também grande valor agregado, fazendo com que a obtenção de dados passe a ser instrumento chave para crescimento e ganho de competitividade. O presente artigo possui por objeto a discussão acerca não apenas da necessidade de ajustes de mecanismos da análise antitruste a esses novos desafios, mas da retomada de seus objetivos e adequação ao contexto brasileiro, caminho único e necessário para respostas satisfatórias.

Palavras-chave: antitruste, inovação, informação, dados, tecnologia.

Abstract: Technological innovation are responsible for several improvements, but at the same time carry great added value, making data a key instrument for business growth and gain of competitiveness. The purpose of this article is to discuss not only the adjustments needed regarding the antitrust analysis mechanisms in this new challenging scenario, but also the resumption of its objectives and their adaptation to the Brazilian context, the only possible and essential path for satisfactory answers.

Keywords: antitrust, innovation, information, data, technology.

Introdução

Sabemos que nosso dia-a-dia está cada vez mais ligado a novas tecnologias, a aparelhos eletrônicos, a aplicativos e à internet. Sabemos que, ao precisar trocar de celular - seja porque quebramos a tela, ou porque a bateria aparenta estar viciada (coincidentemente depois de um ou dois anos) – teremos duas, três, ou, quando muito, quatro marcas entre nossas opções. Sabemos que há pessoas que tenham em mente apenas uma, e sequer cogitem as demais. Sabemos que essas tecnologias e aplicativos muitas vezes integram as mesmas empresas. Sabemos que essas empresas sabem muito sobre nós. Sabemos que pouco sabemos sobre essas empresas. Sabemos que isso pode ser um problema. E não sabemos como enfrentá-lo.

O desenvolvimento de plataformas tecnológicas traz ganhos importantes aos consumidores, que passam a contar com novos serviços, recomendações mais eficientes, possibilidade de personalização dos aplicativos, entre muitos outros benefícios e comodidades. Estima-se que o desenvolvimento de tais plataformas tenha possibilitado ainda avanços para além da esfera individual, tais como a redução de tráfego, economia de combustível, redução de erros médicos e, é claro, o maior alcance de novos serviços e ideias. Tudo isso é possível graças à obtenção e processamento de dados que diversas empresas e aplicativos captam de seus usuários e processam por meio de algoritmos[1].

Se o desenho de tais melhorias varia a partir da capacidade de acesso e processamento de dados, a obtenção desses dados passa a ser um instrumento chave para o crescimento e ganho de competitividade entre empresas. Especialmente se essas informações estiverem concentradas, essa dinâmica passa a consistir em importante fator de análise para as autoridades antitruste no mundo. A pressão por maiores pesquisas, estudos, regulamentações e pela proteção de usuários vêm crescendo nos

[1] Como explicam Maurice Stucke e Ariel Ezrachi, o cenário de desenvolvimento tecnológico pode ser associado a diversas características de um mercado mais competitivo, tais como maior transparência, redução dos custos dos consumidores em suas buscas por produtos, maior rapidez na queda de preços, entre outros. Dados e algoritmos não são, em si mesmos, ruins. Ver: STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel**. Virtual Competition - The Promise and Perils of the Algorithm-driven Economy.** Part II. No mesmo sentido, ver: OCDE. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Background Note by the Secretariat. DAF/COMP(2016)14, p. 8.

diversos países, e a consequente expectativa de respostas no âmbito da defesa da concorrência não poderia passar à margem dessa discussão[23].

O cenário que se apresenta diante dos olhos das autoridades do mundo todo é cercado de desafios. Antes de qualquer passo, faz-se necessário compreender a dinâmica de funcionamento de plataformas "multi-lados"[4], entender o que significa coletar dados, o que são algoritmos, entre muitas outras especificidades desses novos mercados. O passo seguinte parece ainda mais desafiador: compreender como duas empresas cujas atividades não estariam inseridas dentro dos mesmos mercados relevantes, ou sequer em elos de uma mesma cadeia produtiva – ao menos não seguindo as definições atualmente utilizadas – poderiam adquirir tamanho poder de mercado por meio de integrações[5].

Os desafios tampouco se limitam à análise de estruturas e atos de concentração. Também no âmbito das condutas, estudos indicam que dados de usuários e algoritmos poderiam ser utilizados por empresas para facilitar mecanismos de alinhamento de comportamento, monitoramento e retaliações[6]. As novas dinâmicas de funcionamento de determinados mercados parecem, portanto, desafiar a atuação de autoridades em sua completude[7].

Ainda que não haja unanimidade em torno das implicações que esse grande volume de dados (*big data*) possa trazer ao direito antitruste, há razoável consenso de que as autoridades de defesa da concorrência possuem importante papel nessa análise, implicando a necessidade de revisão e adequação do aparato instrumental e do "passo-a-passo" da análise antitruste seguida até o momento[8].

Muito vem sendo discutido sobre como as plataformas ou o uso de dados pode e deve impactar os mecanismos de análise antitruste, com diversas proposituras de ajustes ao formato de análise atual, mas pouco se discute acerca da necessidade de reformas maiores[9]. Pouco se fala, por exemplo, na importância de uma reforma de análise que se expanda para além das formas de definição de um mercado relevante, e que se concentre na pertinência e utilidade de tal definição em si mesma. O que se deixa de lado muitas vezes é a insuficiência, em momentos como esse, de uma revisão de instrumentos e

---

[2] COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. **Vinhos novos em garrafas velhas: Os desafios do antitruste na internet.** Disponível em https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-03072018. Acesso em 8.7.2018.

[3] Nesse sentido, Maurice Stucke e Allen Grunes destacam a importância do antitruste e suas possíveis formas de atuação ao lidas com a era digital. Ver GRUNES, Allen P.; STUCKE, Maurice E., **No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data.** Antitrust Source, abril de 2015. University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2600051. Acesso em 18.9.2018.

[4] OCDE. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms. 2018, pp. 9 – 35 e OCDE, op. cit., 2016.

[5] COUTINHO; KIRA, op.cit.

[6] Maurice Stuke e Ariel Ezrachi ponderam que ainda que as novas plataformas tragam diversos benefícios aos consumidores, há que se considerar que estudos indicam que dados e algoritmos poderiam ser utilizados por empresas para facilitar mecanismos de monitoramento de comportamento, alinhamento de comportamentos e retaliações. Ver STUCKE; EZRACHI, op.cit. No mesmo sentido, o relatório semestral da Germany's Monopolies Commission indicou que os algoritmos referentes a preços poderiam aumentar a probabilidade de competidores em mercados concentrados acessarem os dados de seus rivais, facilitando e acelerando o monitoramento e coordenação de comportamentos. Ainda assim, a Comissão afirmou que seria necessário conduzir maiores pesquisas por períodos mais longos para determinar se os algoritmos teriam tido efeitos significativos na articulação de carteis. Ver "**Digital regulation and pricing may harm competition, German policy advisor warns**". Disponível em https://globalcompetitionreview.com/article/1171488/digital-regulation-and-pricing-may-harm-competition-german-policy-advisor-warns. Acesso em 8.7.2018.

[7] Os desafios trazidos pelas novas tecnologias vêm sendo destacados pelas autoridades antitruste de todo o mundo. Nesse sentido, há notícias no sentido de que, nos Estados Unidos da América, o Federal Trade Comission (FTC) estaria avaliando a criação de um Departamento de Tecnologia. Ver "**FTC evaluating creation of Bureau of Technology, Simon says**". Disponível em http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1007325&siteid=191&rdir=1. Aceso em 20.7.2018.

[8] COUTINHO; KIRA, op.cit. No mesmo sentido, a OCDE desenvolveu relatórios que abordam as principais mudanças iniciais a serem feitas aos mecanismos de análise antitruste. Ver: OCED. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Background Note by the Secretariat. DAF/COMP(2016)14, p. 14.

[9] COUTINHO; KIRA, op.cit.

da tecnicidade trazida de outros países, tão influenciada pelo conceito de eficiência delineado pela Escola de Chicago[10].

Como explica Calixto Salomão Filho, há não apenas uma importante discussão em torno dos próprios pressupostos dos quais parte a teoria neoclássica que, se aprofundada, levaria à necessidade de revisão integral dos fundamentos e instrumentos de aplicação do antitruste, mas um problema na forma como tais teorias são incorporadas em outros países de realidades econômicas diversas. Assim, para que seja possível compreender o que essa inovação significa, é preciso disposição não apenas para revisitar o passo-a-passo de análise de Atos de Concentração e de investigação de condutas, mas para voltar a compreender os objetivos do antitruste. É necessária atenção para que, mais uma vez, o ferramental externo não seja importado sem que seja antes adaptado à realidade brasileira e aos nossos objetivos[11].

Com o desenvolvimento desses novos mercados, nos encontramos diante de um momento bastante importante e talvez único para repensarmos o instrumental utilizado pelo direito da concorrência. É necessário que essa reflexão seja feita de forma completa, atenciosa e detida, evitando-se cair em uma espécie de paralisia, ou seja, de um quadro de discussão teórica e prática sem densidade, com discussões pontuais e pouco aprofundadas[12].

Nesse contexto, o presente artigo visa, por meio de uma breve retomada das discussões sobre os objetivos do antitruste e de sua aplicação em países subdesenvolvidos, contribuir para o debate contemporâneo acerca dos ajustes necessários para enfrentar novos desafios trazidos pelo desenvolvimento tecnológico e a sua limitação ao escopo da matéria concorrencial, perpassando pela importante dinâmica de assimetria informacional existente nessas relações[13].

Para tanto, o artigo encontra-se estruturado em cinco tópicos, incluindo a presente introdução. No tópico seguinte, serão retomados os objetivos do direito antitruste, tendo como bases discussões sobre bem-estar geral, bem-estar do consumidor e o direito antitruste como instrumento de política pública. Em um terceiro tópico, será feita breve retomada dos desafios e objetivos do antitruste no Brasil e sua adaptação à realidade de subdesenvolvimento. O quarto tópico será destinado a analisar como tais objetivos devem ser tidos em conta para pensar a adequação do direito antitruste à inovação tecnológica, demonstrando a importância do conceito informação e da assimetria informacional. Por fim, serão traçadas breves conclusões.

1. Os objetivos do antitruste

Há muito tempo discute-se qual seria a finalidade do direito antitruste, e o que ele estaria destinado a proteger. Em realidade, essa discussão tem início junto ao seu próprio nascimento, com a edição do Sherman Act, em 1890. Desde esse momento, já se colocava a discussão sobre se o direito antitruste seria uma política de defesa da concorrência, ou uma política de proteção de concorrentes de rivais mais eficientes[14]. Assim, o debate sobre suas finalidades e objetivos perpassa necessariamente pela definição das dimensões das ideias de tamanho e poder.

Para alguns autores, haveria três grandes manifestações do medo do gigantismo ao longo da história do direito antitruste. O primeiro deles, evidenciado pelo próprio Sherman Act, seria o mesmo do gigantismo em absoluto, perpassando pela ideia de que um modelo de concorrência construído a partir de pequenos produtores seria superior a um modelo de concentração de poder. A segunda manifestação seria o medo do gigantismo relativo, ou seja, do poder detido dentro de um mercado específico (mercado relevante). Por fim, em um terceiro momento, o medo do gigantismo misturaria ambas as noções de tamanho, absoluta e relativa, associando o gigantismo a um grande número de prejuízos

[10] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Paralisia Antitruste**. In: Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência: estudos em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo, 2009.

[11] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 15-17.

[12] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 15.

[13] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 18.

[14] BORK, Robert H. **Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy.** 65 Columbia L. Rev. 365, 1965, p. 363.

sociais[15]. Essa ideia de combate ao gigantismo vem sendo bastante retomada em meio às discussões sobre os novos mercados tecnológicos, especialmente diante do tamanho de empresas como Amazon, Facebook, Apple e Google[16].

A discussão em torno da necessidade da contenção do poder econômico caminha ao lado da discussão sobre poder político, pois o poder econômico seria não apenas capaz de ultrapassar o poder político, mas de se amalgamar a ele. O tamanho de uma empresa se refletiria diretamente, portanto, o tamanho de sua força política. Apesar dos esforços regulatórios para conter esses efeitos do capitalismo, a edição de normas não seria suficiente para conter esses avanços, sendo necessária atuação direta no tamanho das empresas e grupos econômicos[17].

Nesse cenário, ainda que o direito da concorrência possa ter surgido como uma ferramenta desenhada por poderosos setores agrícolas norte-americanos para fazer frente ao emergente poder industrial, é inegável que sua estruturação surtiu impactos na forma de organização da sociedade capitalista como um todo.

Um importante debate que evidencia os impactos do direito antitruste no desenho social capitalista é a reflexão sobre o bem por ele tutelado. A discussão se coloca em torno de uma questão central: estaria o direito antitruste destinado a tutelar o bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), ou o bem-estar geral (*general welfare*).

Robert Bork, em linha com o pensamento desenhado pela Escola de Chicago, argumenta que o objetivo do direito antitruste seria garantir que cada empresa sobreviva a partir da escolha dos consumidores. Assim, a finalidade única do direito antitruste deveria ser garantir a livre concorrência e desenvolvimento de empresas a partir de eficiências econômicas, ou seja, visando o bem-estar dos consumidores. Bork argumenta inclusive que, se o antitruste tivesse alguma finalidade social distinta da proteção econômica e dos consumidores por si só, não deveríamos ter um sistema que condenasse cartéis como ilícitos *per se*, pois seria possível avaliar se determinados cartéis teriam promovido algum tipo de ganho social[18].

Fazendo frente à essa ideia, Robert Pitofsky argumenta que seria prejudicial excluir determinados valores políticos da interpretação da legislação antitruste e de sua finalidade, utilizando-se tão somente abordagens econômicas. Para Pitofsky, a ideia de que valores puramente econômicos trariam exatidão e racionalidade a decisões, ao passo que valores sociais trariam insegurança, seria não apenas falsa, mas estaria em desacordo com o próprio histórico do desenvolvimento do direito antitruste, que sempre caminhou ao lado desses valores[19].

Nesse sentido, valores importantes como enfrentamento ao excesso de concentração de poder econômico, redução da discricionariedade de empresas privadas e o combate à influência política de grandes agentes econômicos deveriam ser tutelados pelo direito antitruste. A finalidade do direito antitruste diria respeito, portanto, não apenas à tutela do bem-estar dos consumidores, mas do bem-estar geral coletivo, extrapolando a pura obtenção de eficiências econômicas[20]. Assim, ainda que hoje pareça haver consenso em torno da ideia de que o objetivo do direito antitruste é a proteção da concorrência e não dos concorrentes, há uma oposição clara entre a defesa do bem-estar do consumidor ou de um bem-estar geral mais amplo.

---

[15] ORBACH, Barak; REBLING, Grace C. **The antitrust curse of bigness.** 85 Southern California Law Review 605, 2012, p. 608.

[16] Nesse sentido, veja-se recente decisão da Comissão Europeia pela condenação da Google em 4.34 bilhões de euros por práticas ilegais no uso do sistema Android em celulares para reforçar a dominância de suas ferramentas de pesquisa. "**Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine**". Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm. Acesso em 20.7.2018.

[17] BOGUS, Carl T. The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust. (29) 49 U. Mich. J. L. Reform 1, 2015, p. 114.

[18] BORK, op. cit., p. 370.

[19] PITOFSKY, Robert. **The Political Content of Antitrust.** 127 U. PA. L. REV. 1051, 1075, 1979.

[20] No mesmo sentido, ver: SOKOL, D. Daniel; BLAIR, Roger D**. Welfare Standards in US and EU Antitrust Enforcement.** 81 Fordham Law Review, 2013, pp. 2498-2517; 2526-2541.

Inserido nesse debate anos mais tarde, Herbert Hovenkamp exemplifica a possível oposição entre esses dois interesses por meio do Robinson-Patman Act. O normativo, que visava proteger pequenos produtores de *players* verticalizados, acabou por prejudicar consumidores finais, que pagavam preços maiores, apesar de essa não ser sua finalidade[21].

Hovenkamp explica que todas as políticas públicas possuem consequências na redistribuição de renda, ainda que a maioria delas não possua a distribuição de renda como seu objetivo central. Isso também seria verdade para o direito da concorrência, que impacta sua alocação sem que explicitamente redistribua valores. Para o autor, a proteção de fatores que visam a defesa da concorrência resultaria, por si só, na proteção do consumidor, de modo que o direito concorrencial deveria tutelar o bem-estar geral. Por meio da tutela desse interesse mais abrangente, o bem-estar do consumidor também estaria sendo protegido[22].

Como se nota, o debate do direito antitruste como instrumento de política pública e de grande impacto social acompanha sua trajetória há muito tempo, dividindo importantes opiniões. Ainda que de fato considerado por esse viés, o direito da concorrência, assim como qualquer outro instrumento político, possui limites de atuação, sendo necessário definir quais frentes estariam ou não abrangidas por seu escopo[23]. Esse questionamento continua a ser enfrentado por diversos países, sendo especialmente sensível para países subdesenvolvidos.

O direito antitruste se coloca, portanto, não apenas como uma ferramenta de análise de mercados, mas como um instrumento de política pública. Esse instrumento visa tutelar interesses que se colocam para além dos interesses do consumidor, tutelando a concorrência como um todo e, assim, o que autores como Pitfosky e Hovenkamp denominaram bem-estar geral. Especialmente no caso brasileiro, como se verá no tópico seguinte, esse enquadramento é não apenas verdadeiro, mas importante para que se possa compreender o papel que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao direito da concorrência.

Considerando o contexto de surgimento de uma nova dinâmica de mercados com novas formas de interação e sua complexidade, a discussão dos objetivos do antitruste e da delimitação de seu escopo de atuação ganha nova força, devendo ser esse o ponto de partida para o desenvolvimento de qualquer teoria sobre o tema. A partir da reflexão sobre a adequação desses objetivos à realidade brasileira, que será feita em maior detalhe no tópico seguinte, passaremos a retomar esse debate inserido no âmbito do desenvolvimento tecnológico.

2. Os objetivos e desafios do antitruste no Brasil: direito concorrencial e subdesenvolvimento

Tendo em vista a importância do direito concorrencial na estruturação da política econômica de um país e seu uso enquanto instrumento de políticas públicas, a delimitação de escopo e abrangência dessa área ganha especial relevância no caso de países subdesenvolvidos. Ainda que a discussão anteriormente exposta seja pertinente ao caso brasileiro, é necessário adequá-la à realidade social, normativa e econômica da condição de subdesenvolvimento[24].

Nesses países, os desafios enfrentados pelo direito antitruste são maiores, já que há não apenas diversos obstáculos a serem superados no caminho do desenvolvimento, mas também diversas falhas ou pontos não cobertos por outras instituições, que muitas vezes não são tão fortalecidas quanto deveriam.

---

[21] HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth**. Faculty Scholarship. 1769, 2017.

[22] HOVENKAMP, op.cit.

[23] Conforme expõem Roger Blair e Daniel Sokol, haveriam outros mecanismos de promoção da distribuição de renda mais efetivos que o direito antitruste. SOKOL; BLAIR, op. cit., p. 2505.

[24] Como explica Dina Waked, a disseminação da legislação antitruste em países subdesenvolvidos na década de 1990 está relacionada a uma série de fatores externos, tais como a implementação de acordos internacionais, a exigência de uma lei antitruste como condição essencial para assinatura de acordos e a pressão do próprio mercado para a expansão de empresas multinacionais, entre outros. Esse fenômeno teria feito com que muitos países tivessem simplesmente importado tais legislações, sem levar em conta as especificidades de suas histórias e condições. Ver: WAKED, Dina I. **Adoption Of Antitrust Laws In Developing Countries: Reasons And Challenges.** Journal of Law, Economics and Policy, Vol. 12, No. 2, 2016.

A alocação de recursos e a priorização de algumas políticas em detrimento de outras acaba sendo, muitas vezes, a única alternativa[25].

No caso brasileiro, a ordem econômica, a livre concorrência e a livre iniciativa são previstas pelos artigos 3º, 170 e 219 da Constituição Federal de 1988 e, em conjunto com diversos outros princípios, devem ser tidas como valores a serem perseguidos. Partindo do entendimento de que as normas de concorrência são essenciais para orientar o comportamento econômico dos agentes, devemos atentar também ao sentido por elas indicado[26][27].

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é regulamentado pela Lei nº 12.529/2011 que, em seu artigo 1º, prevê que a coletividade é a titular dos bens jurídicos por ela protegidos, quais sejam, a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica - orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa - livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico[28]. O sentido do objetivo traçado pela Constituição parece, portanto, extrapolar uma noção tão somente de bem-estar do consumidor e ir ao encontro de uma perspectiva de bem-estar geral.

A proteção da livre concorrência é um dos pilares fundamentais de uma política de superação do subdesenvolvimento, mas não pode – e no caso brasileiro nem deve – ser tida como um ferramental único. Assim, o mesmo artigo 170 prevê outros princípios a serem assegurados pela ordem econômica além da livre concorrência e da livre iniciativa, tais como a valorização do trabalho humano, a existência digna, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. A primeira grande dificuldade seria, portanto, conciliar e perseguir todos esses objetivos.

De acordo com Calixto Salomão Filho, o fenômeno do subdesenvolvimento e suas consequências seriam resultado da concentração de poder econômico. Por influência de pensamentos e aplicação descontextualizada de teorias como a difundida pela Escola de Chicago – de uma análise técnica e prática da eficiência – países subdesenvolvidos estariam desenvolvendo modelos de concentração econômica. Para o autor, esses países encontram maiores dificuldades relacionadas (*i*) à assimetria de informações em relação ao poder econômico que certos agentes do mercado possuem; e (*ii*) a necessidade de adequação da legislação a seus passados históricos. A simples aplicação de métodos importados externos à nossa realidade, estaria levando o Brasil a vivenciar uma paralisia do antitruste[29].

Vivemos um momento, portanto, em que não apenas as bases econômicas adotadas pela teoria antitruste são questionadas em si mesmas, mas que sua transposição para países subdesenvolvidos merece ser olhada com bastante cautela, para que não se ignore a existência de realidades econômicas bastante diversas. Países como o Brasil possuem suas histórias marcadas por um passado colonial e uma evolução econômica que resultaram em uma economia muito mais concentrada que a norte-americana, por exemplo. Esses fatores não podem ser ignorados, simplesmente importando-se teorias e modelos de outros países[30].

---

[25] Sobre a adaptação e escolha de objetivos a serem atingidos por meio do antitruste por países em desenvolvimento, ver WAKED, Dina I. **Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choises.** Seattle University Law Review, 2015, vol. 38, p. 945-1006. Disponível em https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2276&context=sulr. Acesso em 18.9.2018.

[26] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial.** São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

[27] BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.** Revista de Informação Legislativa, nº 142. Brasília: Senado Federal, 1999. No mesmo sentido, FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 8ª edição, p. 186-188.

[28] Nesse sentido, ainda que a Constituição não explicite uma definição de concorrência, é possível compreender seu sentido por meio da completude dos artigos constitucionais, bem como por meio da interpretação constitucional da Lei nº 12.529/2011. Ver: ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

[29] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009.

[30] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 16-17.

No contexto dessas adequações, Vinicius Marques de Carvalho destaca que há duas formas de se analisar as instituições políticas de um país: (*i*) pela ótica dos desvios em relação às chamadas *best practices*, ou seja, distinguindo países com diferentes padrões de desenvolvimento com base nas práticas tidas como as melhores práticas mundialmente adotadas; ou (*ii*) pelas chamadas *better practices*, um modelo que se constrói de descobertas no contexto histórico daquele país em específico, sendo esse um processo contínuo. Para o autor, a realidade brasileira estaria em linha com esse segundo caminho, buscando alinhamento às melhores práticas, mas também adaptando seus mecanismos às particularidades brasileiras[31]. Seria necessário, portanto, nos mantermos nesse caminho[32].

Nesse cenário, a tutela da defesa da concorrência em si já é bastante desafiadora, ainda que o artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 preveja expressamente sua estruturação por meio de um tripé, envolvendo direito administrativo, civil e criminal, e que contemos com uma autoridade de defesa da concorrência bem estruturada e reconhecida internacionalmente como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)[33].

Além das dificuldades inerentes à atuação como autoridade antitruste (*e.g.* dificuldade de identificação de infrações, complexidade de instruções processuais e meios de pensar sua atuação visando o *enforcement* da concorrência), e de questões envolvendo de orçamento e reduzido número de pessoal, as autoridades antitruste de países como o Brasil enfrentam ainda outras dificuldades decorrentes de sua condição de subdesenvolvimento.

Em países subdesenvolvidos, há diversas outras áreas e setores relacionados à estruturação da ordem econômica que não satisfatoriamente reguladas ou dotadas de infraestrutura adequada. Não raras vezes, demandas enfrentadas pelas autoridades antitruste envolvem questões não apenas de cunho concorrencial, mas trabalhistas, tributárias e educacionais; e não raras vezes se espera que a autoridade seja capaz de enfrentá-las[34].

Em um cenário ideal, os respectivos órgãos governamentais, agências reguladoras e até mesmo o legislativo por meio de sua função normativa, seriam capazes de lidar com esses desafios de forma muito mais ativa e eficaz. Como bem destacam Roger Blair e Daniel Sokol, há outros mecanismos mais efetivos que o direito concorrencial para tratar de muitas dessas questões.[35] No entanto, uma vez que tais

---

[31] DE CARVALHO. Vinicius M. **A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas?** In: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência, 488, 2015.

[32] Acerca do desenvolvimento da legislação antitruste depois de sua edição inicial em países em desenvolvimento, Dina I. Waked verificou que esses países tendem a efetivamente fortalecer suas legislações e não apenas as editam para demonstrarem estar em linha com as melhores práticas de países desenvolvidos e conferir maior segurança à celebração de operações. Ver WAKED, Dina I. **Do Developing Countries Enforce their Antitrust Laws? A Statistical Study of Public Antitrust Enforcement in Developing Countries**. 2011. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044047. Acesso em 18.9.2018.

[33] Note-se que o CADE já foi eleito a melhor agência antitruste das Américas quatro vezes. Ver "**Cade é eleito novamente melhor agência antitruste das Américas**". Disponível em http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-novamente-melhor-agencia-antitruste-das-americas. Acesso em 7.7.2018.

[34] Como exemplo dos impactos das decisões proferidas pela autoridade antitruste em outros aspectos que não exclusivamente concorrenciais, há de se considerar as relações de trabalho. Para maior debate sobre o tema, ver PROL, Flávio M.; HADDAD, Frederico; GRETSCHISCHKIN, Felipe. **Concorrência e trabalho: uma nova aproximação**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-vinicius/concorrencia-e-trabalho-uma-nova-aproximacao-30062018. Acesso em 8.7.2018. Há de se destacar ainda a emergente preocupação de autoridades com os efeitos dos chamados "*no-poach agreements*", acordos por meio dos quais empresas realizam acordos com outras empresas ou empresas e/ou franquias de sua rede ou grupo para impedir que funcionários de uma delas seja contratado por outras. Esses acordos, ao que se está verificando, poderiam possuir impactos anticompetitivos, além dos claros impactos sociais, impedindo que trabalhadores alcancem melhores condições de trabalho e crescimento na carreira. Para mais informações sobre esse tema, ver: "**Special Report: No-poach deals for employees – an emerging global antitrust risk**", disponível em http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1000588&siteid=190&rdir=1; e "**States investigating 'no-poach' agreements at fast food franchises**", disponível em http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1004451&siteid=191&rdir=1, acesso em 9.7.2018.

[35] SOKOL; BLAIR, op. cit., p. 2505.

questões não são abordadas e cuidadas por seus responsáveis de maneira satisfatória, novos desafios são colocados à autoridade antitruste.

Por estarem diretamente relacionadas à dinâmica dos mercados analisados e por integrarem valores e princípios tutelados pela ordem econômica, é natural que as decisões da autoridade de defesa da concorrência acabem por impactar essas outras áreas de forma direta[36].

Se o órgão ou agência responsável pela análise daquele setor em específico não cumprir seu papel de forma completa, poderá ser atribuição do CADE ter em vista esses pontos no momento da sua decisão também, enquanto instrumento para a implementação de políticas públicas, parte integrante do Poder Executivo e inserida nos objetivos desenhados pela Constituição. Isso porque, ainda que o CADE decida conscientemente não analisar determinada matéria, esse silêncio por si só poderá direcionar a decisão em um certo sentido, implicando determinadas consequências[37][38].

Ainda, não parece razoável supor que o direito da concorrência consiga manter suas decisões absolutamente imunes a influências políticas. A própria definição da agenda de priorização do que deve ser pautado/investigado perpassa por uma decisão política. Nesse sentido, não apenas o início de investigações *ex officio* em determinado setor é uma decisão política, mas também a decisão por priorizar a investigação de cartéis ou de condutas unilaterais, ou encaminhar de forma mais célere determinados casos também o são. Esse teor político por detrás de decisões de uma autoridade não deve implicar uma visão pejorativa de sua atividade, sendo parte natural de sua atuação como autarquia federal.

Não se nega que o direito antitruste brasileiro tenha importantes bases e discussões estrangeiras para compreender e dialogar. Questiona-se a incorporação de objetivos, valores e métodos de análise sem que haja uma adaptação cuidadosa desses referenciais a sua realidade. Haverá diversas situações em que, ainda que a autoridade de defesa da concorrência possa não ser o melhor órgão para tais análises, se não as fizer, é possível que nenhum outro órgão as faça.

Essa discussão ganha novos contornos e maior sensibilidade com o desenvolvimento tecnológico atual. Nesse novo contexto, a autoridade de defesa da concorrência precisa lidar com diversas alterações em matérias que são de sua competência interna (*e.g.* ajustar e repensar metodologia de análise de Atos de Concentração ou enquadramento de condutas), e ao mesmo tempo enfrentar discussões que talvez pudessem ser mais satisfatoriamente tratadas por outros órgãos ou por soluções regulatórias, tais como o compartilhamento de dados e sua política de privacidade. Assim, para que seja possível adentrar esse debate de forma completa, é necessário ter em mente os objetivos do direito antitruste e a necessidade de adequação desses objetivos e de seu ferramental prático a diferentes realidades.

3. Antitruste e inovação tecnológica: o desafio da informação

A grande questão que se coloca a partir dos recentes avanços tecnológicos é se e de que forma o antitruste deve lidar com essas novas especificidades e desafios, contendo eventuais abusos sem impedir inovações. Os desafios enfrentados podem ser desenhados a partir de dois conceitos dessas

---

[36] O equilíbrio entre a adoção de um posicionamento antitruste mais severo ou da adoção de esforços regulatórios em lugar do *enforcement* concorrencial e vice-versa é um balanço bastante difícil de atingir e principalmente de manter. Nesse sentido, ver: SHELANSKI, Howard A. **The case for rebalancing antitrust and regulation.** (51) 109 Mich. L. Rev. 683 (2011).

[37] FORGIONI, op. cit., p. 188-192.

[38] Nesse mesmo sentido, veja-se o Voto-Vogal proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no âmbito do julgamento do Ato de Concentração entre AT&T Inc. e Time Warner Inc. No sentido do que foi apresentado pela Conselheira, o CADE deve observar e aplicar todas as leis que existam no país, ainda que não digam especificamente sobre o direito da concorrência. É parte da atuação da autoridade antitruste saber ponderar também quando uma medida por ser melhor direcionada pelo órgão regulador, ou quando será necessário que o CADE atue diretamente. Tribunal Administrativo, Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, julgado em 18.10.3017, publicado no Diário Oficial da União em 24.10.2018.

novas estruturas de mercado: o chamado *big data* e as plataformas "multi-lados", abordados pela OCDE em dois de seus relatórios recentes[39].

A grande inovação – e, portanto, o grande desafio – trazida por essas plataformas tecnológicas decorre, em síntese, da grande quantidade de agentes que são capazes de reunir em uma mesma dinâmica de funcionamento (*e.g.* publicitários, empresas de pagamentos com cartões, vendedores, consumidores, entre outros) e a consequente quantidade de dados e informações que são capazes de processar e armazenar.

Conforme exposto, as plataformas trazem ganhos importantes aos consumidores, o que seria possível graças à obtenção e processamento de dados que as diversas empresas e aplicativos captam de seus usuários e processam por meio de algoritmos[40]. Por outro lado, se o desenvolvimento de tais melhorias varia a partir da capacidade de acesso e processamento de dados, a aquisição desses dados passa a ser um instrumento chave para o crescimento e ganho de competitividade entre empresas, especialmente se concentrado em algumas delas, consistindo em fator importante de análise para as autoridades antitruste no mundo[41][42].

Ainda que não haja consenso em torno das implicações que o *big data* traz para o direito antitruste, existe razoável concordância de que as autoridades possuem um papel na análise dessa questão, ao menos em Atos de Concentração ou investigação de supostas condutas envolvendo esses *players*. Assim, a estrutura desses novos mercados demanda revisão e adequação dos instrumentos e dos passos seguidos pela análise antitruste até o momento[43].

As novas estruturas de mercado afetam logo de cara os principais métodos de análise seguidos pela maior parte das autoridades atualmente, tais como a própria necessidade de notificação da operação à análise prévia das autoridades (*e.g.* a adequação de critérios de faturamento), definição do mercado relevante impactado (*i.e.* considerando o grande número de mercados abrangidos por uma só plataforma), cálculos de estimativa de poder de mercado (especialmente considerado que diversas plataformas praticam preços-zero em seus serviços), além da dificuldade de verificação de eventuais condutas anticompetitivas, em especial condutas unilaterais (*e.g.* condutas exclusionárias, abuso de posição dominante)[44].

Imaginemos, por exemplo, a análise de uma hipotética incorporação do Facebook pela Apple. Nesse caso, pelos atuais instrumentos de análise, poder-se-ia dizer que não haveria sobreposições resultantes da operação em nenhum mercado relevante. Entretanto, parece claro que a junção dessas empresas poderia envolver uma importante combinação de atividades e de poder de mercado, com grande concentração de dados[45]. O volume concentrado de informações passa a ter valor em si mesmo. Nesse contexto de análise, conceitos como concorrência potencial, poder de portfólio e poder de conglomerado voltam a ser discutidos pelas autoridades antitruste[46] e despertam novamente discussões sobre o gigantismo de grupos econômicos, apontados por Orbach e Rebling como um dos objetivos primeiros de combate do antitruste[47].

O direito antitruste encontra-se em um momento de reflexão e é importante cuidado para não adentrarmos uma nova paralisia[48]. Ao mesmo tempo que há quem defenda a necessidade de ajustes não

---

[39] OCDE, op. cit., 2018, pp. 9 – 35 e OCDE, op. cit., 2016.

[40] Ver STUCKE; EZRACHI, op.cit. e OCDE, op. cit., 2016, p. 8.

[41] OCDE, op. cit., 2016, p. 8.

[42] Vide Nota de Rodapé nº 5.

[43] Vide Nota de Rodapé nº 7.

[44] **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Background Note by the Secretariat. DAF/COMP(2016)14, p. 14.

[45] Vide Nota de Rodapé nº 4.

[46] Como se viu no Brasil recentemente, por exemplo, no âmbito do Ato de Concentração entre Essilor/Luxottica. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Tribunal Administrativo, Ato de Concentração nº 08700.004446/2017-84, julgado em 27.3.3018, publicado no Diário Oficial da União em 3.4.2018.

[47] Vide p. 4 do presente artigo.

[48] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 15.

apenas no âmbito do antitruste, mas regulatórios; há quem acredite que nenhum grande passo seja necessário.

Para David Evans, a economia digital passa por mudanças que independem do poder de mercado que algumas plataformas possam ter atualmente. Ao longo dos últimos anos, observamos o crescimento de diversas empresas que conquistaram grande sucesso rapidamente e pareceram insuperáveis, tais como Orkut, Yahoo e ICQ. Sabemos, ainda que seja difícil identificar as razões desse fenômeno, que essas plataformas perderam espaço e foram substituídas por novos serviços. Isso significaria que nenhuma empresa do mercado de tecnologia estaria imune a inovações e teria, portanto, poder de mercado assegurado. Por isso, poderia não ser necessário apressar medidas de enfrentamento a um poder que sequer se verifica em uma análise temporal um pouco mais longa[49].

Em contraposição a essa visão, Lina Khan coloca que a dinâmica pode não se estabelecer exatamente nesses termos. De acordo com Khan, o controle de dados e os efeitos de rede consistiriam em uma importante barreira a entrada, dificultando o surgimento de novos agentes no mercado uma vez que um primeiro agente tivesse estabelecido sua posição[50]. Nessa dinâmica, diversos mercados seriam claramente dominados por apenas um *player*, não havendo competição efetiva em diversos setores[51]. Maurice Stucke e Allen Grunes, por meio da desconstrução de dez mitos da relação entre *big data* e política antitruste, chamam atenção para o fato de que essa existência de *players* únicos em diversos mercados pode resultar em prejuízos diversos aos consumidores, tais como ausência de inovação, efeitos de *lock-in*, questões envolvendo privacidade e redução de opções de escolha[52].

Além disso, a ideia de Evans de que a qualquer momento novos *players* poderiam aparecer no mercado e, por meio de inovações, desbancar *players* até então dominantes, merece ser vista com certa cautela. Isso porque, nos últimos anos, nota-se a existência de um processo pelo qual todas as vezes que um *player* inovador começa a ganhar espaço, *players* já dominantes que atuam em mercados próximos e, portanto, poderiam vir a ser ultrapassados, se antecipam e adquirem esses potenciais novos concorrentes, tal como ocorreu com Instagram e Whatsapp, por exemplo. Nesses casos, *players* já consolidados se valem do grande volume de dados que possuem para identificar essas empresas emergentes em momento ainda de crescimento e com faturamentos relativamente baixos, fazendo propostas de valor altíssimo a adquirindo seu controle antes que atinjam seu auge[53].

Nesse contexto, muitas alternativas são propostas. Um primeiro conjunto de medidas, em linha com as propostas da OCDE, consistiria em reformas aos mecanismos e ferramentas de análise utilizadas pela autoridade antitruste[54]. Para Lina Khan, além dessas medidas, uma segunda possível abordagem envolveria a adoção de medidas regulatórias, aceitando que essas plataformas consistem em monopólios ou oligopólios[55].

Ao optar pela via regulatória, aceitar-se-ia que tais plataformas, por deterem controle sobre determinados mercados e ocuparem posições monopolistas, possuiriam viés de utilidade pública. Nesse cenário, Khan explica que seria possível regulá-las de três formas: exigindo compromissos de não-discriminação de preços e serviços, estabelecendo limites de definições de taxas, ou impondo exigências

---

[49] EVANS, David S. Why the Dynamics of Competitin for Online Paltforms Leads to Sleepness Nights but not Sleepy Monopolies, 2017.

[50] KHAN, Lina M. **Amazon's Antitrust Paradox**. The Yale Law Journal v. 126, n. 3, January 2017, p. 785. Também nesse sentido: "A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) aponta ainda que em plataformas de dois lados – em especial na chamada "nova economia" – pode haver uma "corrida pelo mercado" para que, em face das externalidades de rede existentes, certos agentes econômicos se beneficiem da vantagem de serem os primeiros a alcançar certas posições privilegiadas ("*winner takes all*")". COUTINHO; KIRA, op.cit.

[51] KHAN, op. cit., pp. 784-805.

[52] STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust**, CPI Antitrust Chronicle, University of Tennessee Legal Studies Research Paper nº 276, 2015.

[53] STUCKE; GRUNES, op. cit., p. 8.

[54] OCDE, op. cit., 2018, pp. 9 – 35 e OCDE, op. cit., 2016.

[55] KHAN, op. cit., p. 790.

de investimento e capitalização[56][57]. Das três, Khan entende que a primeira seria a mais adequada. Além disso, em uma abordagem mais amena, seria possível pensar a aplicação da teoria das *essential facilities* para que *players* menores tivessem acesso a insumos necessários ao seu desenvolvimento detidos por grandes empresas[58].

Nesse sentido, seria indispensável pensar a necessidade de crescente diálogo entre a autoridade de defesa da concorrência e órgãos legislativos, autarquias, ministérios e agências reguladoras, permitindo uma visão mais ampla[59]. A abordagem regulatória coloca-se como um primeiro caminho viável, sendo necessário ressaltar especial atenção ao cuidado para que em pouco tempo não se tornem desatualizadas em relação aos avanços tecnológicos, acabando por produzir efeitos prejudiciais à concorrência[60]. Ainda assim, não se pode ignorar que a autoridade antitruste continuaria sendo forçada a analisar diversas operações e supostas condutas nesses mercados, sendo necessários ajustes ao seu mecanismo de análise específico.

Optando pela via de reformas no instrumental antitruste, Khan destaca que seria necessário promover alterações especialmente quanto a (*i*) preços predatórios, com a presunção de ilicitude pela prática de preços abaixo de custo por plataformas com posições dominantes de mercado[61]; e (*ii*) análise de integrações verticais, de forma a analisar quando os dados obtidos por agente em determinado setor poderiam ser utilizados por agentes de outro setor[62].

Talvez o maior desafio esteja justamente nessa adequação. Não se nega que algumas revisões pontuais aos instrumentos atualmente utilizados poderiam já produzir algum impacto de melhoria nas análises. Seria o caso, por exemplo, de pensar os requisitos de notificação obrigatória de uma operação à análise da autoridade antitruste, podendo adotar-se não apenas o faturamento das empresas no ano anterior à notificação, mas o valor da operação em si[63]. Isso porque há casos em que os critérios de faturamento não são atingidos, mas o valor pago por uma empresa relativamente pequena é muito alto, o que poderia indicar por si só a importância estratégica da operação, como na aquisição do Whatsapp pelo Facebook, por exemplo[64][65].

---

[56] KHAN, op. cit., p. 798.

[57] Além dessas questões, vale destacar que o diálogo regulatório pode ser importante para lidar com questões outras envolvendo o uso de dados, tais como a privacidade dos usuários. Nesse sentido, a recente aprovação pelo Congresso Federal da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoas. "**Projeto de lei geral de proteção de dados pessoais é aprovado no Senado**". Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/10/projeto-de-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-aprovado-no-senado. Acesso em 12.7.2018.

[58] KHAN, op. cit., p. 803.

[59] COUTINHO; KIRA, op.cit.

[60] "**Digital regulation and pricing may harm competition, German policy advisor warns**". Disponível em https://globalcompetitionreview.com/article/1171488/digital-regulation-and-pricing-may-harm-competition-german-policy-advisor-warns. Acesso em 8.7.2018.

[61] Como explica a autora, a dinâmica de evolução das plataformas e a forma como são financiadas por investidores permite que as mesas venham praticando preços abaixo de custo e incorrendo em prejuízos a fim de conquistar participação de mercado. KHAN, op. cit., p. 786-787; 803.

[62] KHAN, op. cit., p. 792.

[63] Essa medida já vem sendo adotada por países como Alemanha e Áustria. Ver: "**New thresholds guidance unveiled in Austria and Germany**". Disponível em: https://globalcompetitionreview.com/article/1171781/new-thresholds-guidance-unveiled-in-austria-and-germany. Acesso em 12.7.2018.

[64] Ver: Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background Note by the Secretariat. DAF/COMP(2016)14, p. 20. Sobre o mesmo tema, ver: THE ECONOMIST. The techlash against Amazon, Facebook and Google – and what they can do. Disponível em: https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebook-and-google-and-what-they-can-do. Acesso em 8.7.2018.

[65] No caso brasileiro, nos termos do §7 do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, o CADE poderia no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos critérios estabelecidos no *caput* do artigo. Ainda assim, há que se ponderar as dificuldades e desvantagens de se analisar uma operação fora da lógica de submissão prévia dos Atos de Concentração.

Entretanto, parece difícil acreditar que mudanças pontuais ao ferramental de análise atualmente aplicado pudessem responder de forma satisfatória aos desafios colocados. Considerando que o grande desafio imposto pelos mercados tecnológicos é trazerem em sua dinâmica de funcionamento a possibilidade de relação e troca e uso de informações e dados entre mercados à priori não diretamente relacionados, o desafio da análise antitruste estará pautado justamente pela compreensão da extensão do nível informacional em si e das possibilidades de sua aplicação, especialmente em análises verticais[66].

O grande problema que se coloca nessa análise é que os agentes de mercado possuem nível muito maior de informações não só em relação aos consumidores e seus concorrentes, mas com relação à própria autoridade. Os ajustes ao sistema de análise da dinâmica antitruste devem ter em conta e perpassar, portanto, não apenas por adaptações de modelos econômicos já aplicados, mas fazer com que a autoridade seja capaz de enfrentar as assimetrias informacionais decorrentes dessa nova dinâmica de mercado. Conforme nos explica Calixto Salomão Filho, o ponto de partida da teoria da Economia da Informação demonstra que essas assimetrias informacionais poderiam demandar total reformulação das bases sobre as quais a análise do direito antitruste atual está pautada, desde a definição de mercados relevantes, até a análise de integrações verticais[67].

De acordo com essa teoria, o raciocínio econômico não deveria mais estar voltado à busca por resultados econômicos com base em modelos teóricos, mas sim buscar que os agentes adquiram conhecimento das relações econômicas, o que não ocorre naturalmente, sobretudo em razão da existência de poder econômico. As assimetrias de informação e de conhecimento encontram-se presentes em diversos mercados e não decorrem de seus desenvolvimentos naturais, mas sim de dificuldades de acesso à informação e de dificuldades em função dos diferentes poderes de mercado dos agentes[68].

As informações sobre um determinado mercado se encontram dispersas entre diversos agentes e, quanto mais assimetricamente distribuídas, maior será seu poder econômico. Sendo assim, a dispersão de informações tenderia a ser utilizada de forma estratégica por seus detentores, podendo representar risco aos consumidores. O problema envolvendo assimetria de informações surge, portanto, quando ela é capaz de assegurar aos seus agentes detentores o poder de alterar as condições de funcionamento de um determinado mercado[69][70].

Se essa configuração é verdadeira para mercados mais tradicionais e menos tecnológicos, tais como os mercados de carros usados e de planos de saúde trazidos por Akerlof em seus exemplos[71], que dirá para mercados estruturados com base no uso da internet e de dados. Em mercados em forma de rede, a assimetria informacional de determinados agentes se estabelece não apenas em relação aos demais concorrentes, mas em relação aos próprios consumidores, diante da grande capacidade de identificação de seus padrões de uso e gosto[72].

Essas informações poderão permitir a esses agentes, por exemplo, o máximo sobre-preço possível ao consumidor, de modo a restar pouca demanda a seus concorrentes. Seguindo a lógica de que apenas um *player* conseguiria se manter atuante em mercados tecnológicos[73], a partir desse momento esse mercado estaria vulnerável aos riscos trazidos pelo exercício de um poder dominante[74].

---

[66] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 19.

[67] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 16-17.

[68] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 17-18.

[69] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 18-19.

[70] "While Uber claims that its algorithms set prices to reflect real-time supply and demand, initial research has found that the company manipulates the availability of both. Moreover, it routinely gives away discount cupons to select users, effectively charging users different prices, even for the same service at the same time." KHAN, op. cit., p. 789.

[71] AKERLOF, George A. **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500.

[72] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 20-22.

[73] KHAN, op. cit., p. 785. COUTINHO; KIRA, op. cit.

[74] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 20-22.

Para que a autoridade concorrencial seja capaz de analisar esses mercados da melhor forma possível, é necessário que haja a redução da assimetria informacional entre agentes e autoridade, além, é claro, da disposição da autoridade em aprofundar ao máximo sua análise na dinâmica de funcionamento de cada mercado específico, ainda que isso possa significar abrir mão do passo-a-passo de análise até então utilizado[75]. Assim, para termos um mercado que atenda aos interesses do consumidor e ao bem-estar geral, não basta ser possível avaliar se uma determinada operação carrega ou não eficiências, mas sim se a organização estrutural daquele determinado mercado permite o desenvolvimento da concorrência de forma adequada[76].

Acerca do objetivo do direito antitruste, como bem pontua Lina Khan, para capturar o sentido dessas preocupações concorrenciais, devemos substituir o enfoque no bem-estar do consumidor por uma abordagem que vise preservar o processo competitivo e as estruturas de mercado. A aplicação dessa ideia envolve muito menos receitas de análises apenas por um ou outro modelo teórico econômico, mas a real compreensão de em que medida pode haver conflitos de interesses em uma operação; se dois mercados à princípio distintos não poderiam estar relacionados por trocas informacionais; e se a conduta adotada por determinadas plataformas não poderia ser, nessa nova dinâmica que se desenha, tida como predatória[77].

O primeiro passo para que seja possível encarar de forma efetiva os desafios trazidos pelas plataformas tecnológicas e pelos novos mercados que a partir delas se estruturam, seria, portanto, a redução da assimetria informacional existente entre agentes desses mercados em relação a consumidores, a potenciais concorrentes e, em especial, à autoridade antitruste. Desse modo, seria possível ter uma percepção e análise mais ampla dos efeitos trazidos por essas novas tecnologias e responder de forma mais completa e honesta se nosso instrumental de análise é capaz de lidar com esses novos desafios[78].

Conclusão

O desenvolvimento de novas tecnologias reacende o debate em torno dos objetivos do direito antitruste e de seus métodos e instrumentos de análise. Em um primeiro momento, o debate parece se colocar em torno do questionamento de se o antitruste deveria servia como ferramenta de combate a um gigantismo[79].

O presente artigo buscou demonstrar que, em realidade, o debate que se coloca em torno dos objetivos do direito antitruste extrapola em muito a ideia de um simples combate ao gigantismo para a proteção de pequenas e médias empresas, colocando-se como ponto central das políticas públicas e desenvolvimentistas de um país. Como instrumento de combate ao poder econômico, é provável que o direito antitruste se depare com situações de enfrentamento ao gigantismo, mas não é esse seu objetivo único e primordial. Nesse sentido, o direito antitruste também não possui como objetivo apenas a tutela do bem-estar do consumidor, mas um bem-estar mais amplo[80].

No contexto brasileiro, considerando a realidade de um país subdesenvolvido, os objetivos perseguidos pelo direito antitruste tomam formas ainda mais amplas e complexas, sendo necessário o

---

[75] Nesse sentido, recente declaração do Presidente do CADE, Alexandre Barreto, afirmando que o uso de métodos tradicionais não funciona para a investigação em novos mercados e a ideia de criação de um sistema que permita ao CADE identificar cartéis em licitações de forma instantânea. "**Use of traditional methods to investigate new markets doesn't work, CADE president says**". Disponível em http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1007354&siteid=203&rdir=1. Acesso em 20.7.2018. e "**CADE to create system that identifies cartel collusion in auctions instantly**". Disponível em http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1007333&siteid=203&rdir=1. Acesso em 20.7.2018.

[76] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009.

[77] KHAN, op. cit., p. 803.

[78] KHAN, op. cit., p. 805.

[79] EVANS, op. cit.

[80] PITOFSKY, op. cit.

equilíbrio de diversos valores e princípios assegurados pela ordem econômica além da livre concorrência e da livre iniciativa, tais como a valorização do trabalho humano, a existência digna, a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego[81].

Por estarem diretamente relacionadas à dinâmica dos mercados analisados e por integrarem outros valores e princípios a serem tutelados pela ordem econômica, é natural que as decisões da autoridade de defesa da concorrência acabem por impactar essas outras áreas de forma direta. Nesses casos, é necessário que a autoridade, como importante instrumento de estruturação de políticas públicas, considere tais questões, pois ainda que conscientemente não analise determinada matéria, esse silêncio por si só poderia direcionar a decisão em um certo sentido, implicando determinadas consequências.

Especialmente no caso das novas tecnologias em desenvolvimento e dos novos mercados de plataformas, seria possível, é claro, pensar em diálogos do direito antitruste com outros instrumentos de políticas públicas. Nesse cenário, medidas regulatórias poderiam ser um caminho interessante, especialmente se assumirmos que tais plataformas assumem posições de monopólios e oligopólios e, portanto, devem possuir obrigações específicas previstas em lei[82]. Ainda assim, não se pode ignorar que a autoridade antitruste continuaria sendo forçada a analisar diversas operações e supostas condutas nesses mercados, sendo necessários ajustes aos seus instrumentos de análise específicos.

Muito tem sido discutido sobre esses ajustes. Não se nega que algumas revisões mais ou menos pontuais tenham sua importância e possam produzir algum impacto de melhoria imediata nas análises. Entretanto, parece difícil acreditar que essas mudanças seriam suficientes para lidar de forma satisfatória com os desafios em sua completude.

Da mesma forma que precisamos realizar ajustes a qualquer modelo estrangeiro ao incorporá-lo a nossa metodologia de análise – isto é, adequando-o à realidade brasileira de forma que esteja apto a lidar com diversas especificidades de nosso país e atender aos outros tantos objetivos elencados em nossa Constituição Federal[83] – é também necessário pensar o quanto esse instrumental deve ser adaptado para responder aos diversos desafios trazidos pelas novas tecnologias dentro do cenário especifico de nosso país.

Um primeiro passo para caminharmos nessa direção poderia ser a organização de uma reforma que permita à autoridade de defesa de concorrência ter acesso a todas as informações necessárias para avaliar como se estrutura, de fato, o mercado em questão. Ou seja, não melhor alternativa para pensar como lidar com mercados em que a informação consiste em verdadeiro ativo, que não começando pela redução da assimetria informacional existente entre agentes desse mercado e seus concorrentes, entre agentes e consumidores e, especialmente, entre agentes e a autoridade antitruste. Com acesso a essas informações, a autoridade poderá aprofundar ao máximo sua análise na dinâmica de funcionamento de cada mercado específico, ainda que isso possa implicar a reformulação do passo-a-passo de análise atualmente utilizado.

Como bem ressalta Calixto Salomão Filho, a proposta de nos atentarmos paras as estruturas econômicas dos mercados e para a forma de sua estruturação de poder por meio de assimetrias informacionais não nos remete ao debate teórico inicialmente exposto, do objetivo do antitruste versar sobre a oposição entre a defesa de pequenas e médias empresas em detrimento de grandes conglomerados. A proposta busca, em si mesma, uma melhor estruturação do sistema econômico como um todo, atentando-se à defesa do bem-estar geral nos limites e por meio dos valores e princípios traçados pela Constituição Federal[84].

É necessária especial atenção nesse momento em que tanto se discute novos desafios tecnológicos, para que não se importe um instrumental externo sem adaptá-lo a nossa realidade e aos

[81] BERCOVICI, op. cit.

[82] KHAN, op. cit., p. 798.

[83] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p. 15-17.

[84] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009, p.30.

nossos objetivos. Se essa análise não for feita de forma detida completa, talvez mais uma vez não pareça exagerado falar em paralisia do antitruste[85].

Referências Bibliográficas

AKERLOF, George A. **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970), pp. 488-500.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.** Revista de Informação Legislativa, nº 142. Brasília: Senado Federal, 1999.

BOGUS, Carl T. The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust. (29) 49 U. Mich. J. L. Reform 1, 2015.

BORK, Robert H. **Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy.** 65 Columbia L. Rev. 365, 1965.

COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. **Vinhos novos em garrafas velhas: Os desafios do antitruste na internet.** Disponível em https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-03072018. Acesso em 8.7.2018.

DE CARVALHO. Vinicius. M. **A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas?** In: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência, 488, 2015.

EVANS, David S. Why the Dynamics of Competitin for Online Paltforms Leads to Sleepness Nights but not Sleepy Monopolies, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 8ª edição.

GRUNNES, Allen P.; STUCKE, Maurice E., **No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data.** Antitrust Source, abril de 2015. University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2600051. Acesso em 18.9.2018.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth**. Faculty Scholarship. 1769, 2017.

KHAN, Lina M. **Amazon's Antitrust Paradox**. The Yale Law Journal v. 126, n. 3, January 2017, pp. 784-805.

OCDE. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Background Note by the Secretariat. DAF/COMP(2016)14.

_____. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms. 2018, pp. 9 – 35.

ORBACH, Barak; REBLING, Grace C. **The antitrust curse of bigness.** 85 Southern California Law Review 605, 2012.

PITOFSKY, Robert. **The Political Content of Antitrust.** 127 U. PA. L. REV. 1051, 1075, 1979.

PROL, Flávio M.; HADDAD, Frederico.; GRETSCHISCHKIN, Felipe. **Concorrência e trabalho: uma nova aproximação**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-vinicius/concorrencia-e-trabalho-uma-nova-aproximacao-30062018. Acesso em 8.7.2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Paralisia Antitruste**. In: Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência: estudos em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo, 2009.

_____. **Direito Concorrencial.** São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

SHELANSKI, Howard A. **The case for rebalancing antitrust and regulation.** (51) 109 Mich. L. Rev. 683 (2011).

SOKOL, D. Daniel; BLAIR, Roger D**. Welfare Standards in US and EU Antitrust Enforcement.** 81 Fordham Law Review, 2013, pp. 2498-2517; 2526-2541.

[85] SALOMÃO FILHO, op. cit., 2009.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust**, CPI Antitrust Chronicle, University of Tennessee Legal Studies Research Paper nº 276, 2015.

STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. Virtual Competition - The Promise and Perils of the Algorithm-driven Economy. Part II.

THE ECONOMIST. **The techlash against Amazon, Facebook and Google – and what they can do.** Disponível em: https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebook-and-google-and-what-they-can-do. Acesso em 8.7.2018.

WAKED, Dina I. **Adoption Of Antitrust Laws In Developing Countries: Reasons And Challenges.** Journal of Law, Economics and Policy, Vol. 12, No. 2, 2016.

_____. **Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choises.** Seattle University Law Review, 2015, vol. 38, p. 945-1006. Disponível em https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2276&context=sulr. Acesso em 18.9.2018.

_____. Do Developing Countries Enforce their Antitrust Laws? A Statistical Study of Public Antitrust Enforcement in Developing Countries. 2011. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044047. Acesso em 18.9.2018.

18. JBS E ATOS DE CONCENTRAÇÃO: NEUTRALIDADE CONCORRENCIAL OU ALINHAMENTO COM A POLÍTICA DOS CAMPEÕES NACIONAIS?

18. JBS AND MERGER CONTROL: ANTITRUST NEUTRALITY OR ALIGNMENT WITH THE NATIONAL CHAMPIONS POLICY?

Mônica Tiemy Fujimoto

Resumo: O presente trabalho propõe avaliar se, ao longo da aplicação da política dos "campeões nacionais", o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") se manteve neutro na análise de Atos de Concentração notificados por uma campeã nacional específica, a JBS. Para tanto, analisamos a relação entre o Estado brasileiro e o mercado, os impactos concorrenciais ocasionados pela presença do Estado nos mercados e a política dos campeões nacionais no Brasil e no mundo. Ademais, fizemos um levantamento dos Atos de Concentração julgados pelo Cade para avaliar se, no contexto de impulsionamento da JBS como uma campeã nacional, o Cade foi conivente com a política Estatal de incentivos. Isso porque, a análise antitruste e o interesse do Estado em incluir determinados agentes no mercado internacional podem não caminhar pari passu. Tal fato que pode ensejar o tratamento diferenciado do Direito Antitruste no controle de Atos de Concentração envolvendo tais empresas ou pode ocasionar na "neutralidade" do órgão em relação aos interesses Estatais. Concluímos que, apesar de o Cade não levar em consideração a política dos campeões nacionais na análise de Atos de Concentração, a abstenção em relação a esses tópicos pode possibilitar que efeitos anticompetitivos sejam gerados.

Palavras-chave: Campeões nacionais. JBS. Atos de Concentração. Cade. Concorrência.

Abstract: This paper examines whether the Administrative Council for Economic Defense ("Cade") remained neutral on the merger control analysis of the cases filed by JBS, a Brazilian national champion. For this matter, we analyzed the relationship between State and market, competitive impacts caused by the interference of the State on markets and the national champions policy around the world, but specially in Brazil. Furthermore, we identified the cases filed to Cade's review in order to evaluate whether Cade considered the State policy of incentives on its scrutiny. It is important to note that it is possible that the antitrust review and the State interest in promoting enterprises that are internationally relevant are not moving on the same path. This can lead to unequal treatment of cases filed by national champions or can result in the neutrality of the authority with regard to state interests. We conclude that, although Cade does not consider the national champions policy on the analysis of cases filed, the abstention of the authority regarding these topics may allow that anticompetitive effects occur.

Keywords: National Champions. JBS. Merger Control. Cade. Competition

Introdução

A discussão sobre a relação entre o Estado e o mercado, apesar de não ser novidade, se intensificou ainda mais por conta do atual contexto de crise de diversas empresas estatais, deflagração da operação lava jato e questionamentos sobre a política de financiamento do BNDES. No plano do Direito Concorrencial, não só as investigações de cartéis fazem parte desse cenário, como também se torna ainda mais latente a necessidade de questionar quais os impactos no plano concorrencial a participação do Estado como agente fomentador ou como acionista pode causar.

Diante do atual contexto, especialmente em relação à discussão sobre a política dos campeões nacionais e seus reflexos na atualidade[1], o presente trabalho discute se, ao longo da aplicação de tal política, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") se manteve neutro na análise de

[1] LUPION, Bruno. "Como empresas apoiadas para virar 'campeãs nacionais' quebraram ou entraram na mira da Lava Jato". Nexo Jornal. 04/07/2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/Como-empresas-apoiadas-para-virar-campe%C3%A3s-nacionais-quebraram-ou-entraram-na-mira-da-Lava-Jato

Atos de Concentração notificados por uma campeã nacional específica, a JBS. Isso porque, é possível que a análise antitruste e o interesse do Estado em fomentar o aumento das exportações e incluir determinados agentes no mercado internacional não tenham caminhando *pari passu*. Tal questionamento se faz necessário, pois, a consagração da JBS como exportadora de carnes bovinas é questionada tendo em vista os escândalos políticos nos quais seus executivos estiveram envolvidos e a política de investimento do BNDES.

A fim de cumprir com os objetivos acima expostos, este trabalho será dividido em três capítulos: (i) Relação entre o estado brasileiro e o mercado; (ii) Atuação estatal e neutralidade concorrencial e (iii) JBS e Cade. No primeiro capítulo, (i) Relação entre o estado brasileiro e o mercado, analisaremos os fundamentos e a evolução das discussões sobre os campeões nacionais. No segundo capítulo, (ii) Atuação estatal e neutralidade concorrencial, discutiremos quais os possíveis impactos da relação entre Estado e mercado para o ambiente concorrencial sob dois prismas: (a) atuação estatal e incentivos à realização de condutas anticompetitivas e (b) tratamento diferenciado para setores e empresas de interesse do Estado. Por fim, no capítulo (iii) JBS e Cade analisaremos os Atos de Concentração Ordinários julgados pelo Tribunal do Cade à luz dos pressupostos discutidos nos capítulos anteriores

Dessa forma, ao final, pretende-se aferir de que forma a autoridade antitruste brasileira analisou o crescimento da empresa JBS e o fato de a empresa ser uma "campeã nacional" ao longo das operações que foram notificadas.

1. Relação entre o estado brasileiro e o mercado

Tendo em vista a importância do Estado no fortalecimento de determinados setores e do seu papel como financiador e acionista de empresas brasileiras, para discutir a posição do CADE em relação à JBS, convém repassar o histórico já conhecido relacionado à intervenção do Estado na economia. Embora a política dos "Campeões Nacionais" tenha sido o foco dos governos Lula e Dilma, entre 2008 e 2014, há de se dizer que, no Brasil, a relação entre Estado e Mercado sempre foi estreita.[2] Não se faz necessário retomar todo o passado colonial para posicionar a importância deste debate, contudo, importa destacar algumas discussões realizadas especialmente no âmbito dos países que tiveram uma "industrialização tardia".

Ao longo do século XX, as principais discussões desenvolvimentistas colocavam em foco a participação do Estado na economia, o fortalecimento das instituições e a necessidade de se realizar o processo de "*catch up*"[3]. Especificamente na década de 1940, iniciaram-se as discussões sobre as desigualdades entre os países em termos de níveis de renda[4]. De acordo com Shapiro e Trubek [5], entre

[2] LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Capitalismo de Laços. São Paulo: Campus, Elsevier, 2010.

[3] "Tempos atrás, um grupo de países de desenvolvimento tardio e de vocação capitalista partilhou certo grau de consenso teórico e convergência política, na definição de suas estratégias nacionais de modernização. Este grupo, apelidado por Alice Amsden (2001, pp. 1-13) de o "resto", foi constituído por um conjunto de nações que chegaram atrasadas na corrida desenvolvimentista, mas que, valendo-se de criatividade institucional, conseguiram cortar caminho e realizar um processo bem sucedido de catch up. É o caso, entre outros, do Brasil, Chile, México, Coréia do Sul, Taiwan e Tailândia. Países historicamente diferentes, geograficamente distantes, mas que partilharam trajetórias institucionais semelhantes. Subjacente as suas semelhanças, residiu uma singular conjugação dos três elementos que configuram o campo de direito e desenvolvimento. Em todos eles, parte do processo de catch up pode ser explicado por uma dada articulação entre um tipo de concepção de desenvolvimento, a eleição de um setor protagonista e a definição de um veículo de governança." SCHAPIRO, Mario. G.; TRUBEK, David. Redescobrindo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: Mario G. Schapiro; David M. Trubek. (Org.). Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

[4] PRADO, Luiz Carlos Delorme. "Defesa da concorrência e desenvolvimento: notas sobre o debate e sua aplicação no caso brasileiro". In: Dulce Monteiro Filha, Luiz Carlos Delorme Prado, Helena M. M. Lastres (Org.) *Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fábio Eber*. Rio de Janeiro : BNDES, 2014. Rio de Janeiro, 2014. p. 269.

1950 e 1980 novas teorias passaram a discutir o desenvolvimento reconhecendo a importância de se promover uma articulação institucional específica para ensejar uma nova rota de organização econômica. De acordo com Luiz Carlos Bresser-Pereira[6]:

As principais contribuições do desenvolvimentismo clássico foi, no plano político, o entendimento do desenvolvimento econômico como resultado de uma coalizão de classes envolvendo a burguesia nacional, a burocracia pública e os trabalhadores urbanos; e, no plano econômico, foi definir o desenvolvimento econômico como "mudança estrutural", ou seja, como industrialização que transforma as estruturas da sociedade. Essa industrialização deveria ser inicialmente substitutiva de importações, e tinha como justificativa a tese da indústria infante de Alexander Hamilton e Friedrich List. A este argumento Raúl Prebisch (1949) adicionou a tendência à deterioração dos termos de troca e o modelo da "restrição externa" segundo o qual a elasticidade-renda das importações de bens industrializados é maior do que um nos países periféricos enquanto que a elasticidade-renda da importação de bens primários nos países ricos é também menor do que um. Celso Furtado (1961), por sua vez, propôs a "teoria do subdesenvolvimento" segundo a qual o subdesenvolvimento na periferia do capitalismo não é constituído por países "atrasados", mas por países dependentes ou subordinados aos países desenvolvidos.

De acordo com Shapiro e Trubek nesse período de 1950 até 1980, países como Brasil, México, Coréia do Sul e Taiwan passaram por grandes mudanças em sua organização econômica, substituindo a economia predominantemente rural pela economia urbana e industrial[7]. Tal mudança foi amplamente acompanhada pela intervenção estatal, por meio da qual se melhorou indicadores em termos de níveis de industrialização, participação de produtos industrializados nas exportações, escolaridade e PIB *per capita*[8].

Ao final do século XX, uma nova onda do desenvolvimento tomou conta dos países considerados "subdesenvolvidos" na ocasião das discussões do "Consenso de Washington"[9]. O encontro, realizado em 1990, simbolizou o avanço de preceitos neoliberais nos países em desenvolvimento. Havia claro interesse comercial norte americano no "fortalecimento" das economias dos outros países e a liberação dos mercados. Além disso, já se demonstrava grande preocupação com o desvio de dinheiro público das economias emergentes na implementação das políticas do Consenso de Washington[10].

Nesse contexto, o Brasil passou por um período de liberalização da economia, reformas institucionais, privatização de empresas estatais, abertura ao comercio exterior e até mesmo o BNDES passou por reformas para adequar seu papel à agenda do Consenso de Washington. [11] O BNDES teve

---

[5] De acordo com os autores, até então, os países cujo processo de desenvolvimento foi tardio se viram em dilemas do atraso econômico, na medida que a especialização agrária levava ao atraso industrial e à perda de competitividade. SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit. p.28.

[6] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Teoria novo-desenvolvimentista: uma síntese. Cadernos do Desenvolvimento, v. 11, n. 19, julho-dezembro de 2016. p. 151.

[7] SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit., p.32.

[8] Cf. SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit.

[9] Tais medidas consistiam em uma "receita de bolo" sugerida pelo Banco Mundial, FMI e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos para promover o desenvolvimento de países em situações de crise. Williamson explica que as medidas que constam no trabalho são instrumentos que podem ser utilizados para que se atinja objetivos econômicos de crescimento, baixa inflação, balança de pagamentos viável e distribuição de renda igualitária. O autor deixa claro que as preocupações consistem primordialmente na prosperidade econômica dos vizinhos latinos, não descartando a importância de outros tópicos como promoção de democracia e direitos humanos, supressão do tráfico de drogas, preservação do meio ambiente. WILLIAMSON, John. *What Washington Means by Policy Reform, in Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington: Institute for International Economics, 1990.

[10] O fortalecimento pretendido diz respeito à possibilidade de ampliação do comercio externo e a maior demanda por produtos norte-americanos, uma vez que as políticas do Consenso de Washington focavam na abertura dos mercados, desregulação, incentivo ao investimento externo e taxas comerciais competitivas.

[11] Cf. ALMEIDA, Mansueto Facundo; OLIVEIRA, Renato Lima de; SCHNEIDER, Ben Ross. Política industrial e empresas estatais no Brasil: BNDES e Petrobras. In: GOMIDE, Alexandre de Avila; PIRES, Roberto (Edit.).

importante papel nessa mudança, uma vez que a instituição reforçava a ainda existente política de promoção setorial do governo por meio do apoio ao crescimento das empresas nacionais mediante fusões, aquisições e internacionalização[12]. Também no século XX (se estendendo até o século XXI), em linha com o fortalecimento das ideias institucionalistas, surgem inúmeras autoridades antitruste em países da Ásia, das Américas e África.[13].

Após diversas críticas[14] à política "*one size fits all*" que marcou os anos 1990, os anos 2000 trouxeram "novos ares" para as concepções de desenvolvimento ou, de acordo com Shapiro e Trubek[15], foi um momento de redescobrir o desenvolvimento. Assim, em 2003, com o início do governo Lula, o BNDES voltou a ser um banco mais intervencionista, tendo se fortalecido de fato em 2008, momento em que o governo brasileiro lançou a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), que foi considerada a política dos "Campeões Nacionais"[16]. De acordo com os autores Almeida, Oliveira e Schneider[17], apesar da alegação do governo de que não existe nenhum documento que comprove que a política industrial do governo pretendia criar campeões nacionais, os autores afirmam que trabalhos antigos daqueles que elaboraram a política indicam a existência dessa pretensão.

Diante da retomada dos investimentos do BNDES para a promoção da política industrial voltada para a criação de campeões nacionais, iniciou-se a história de crescimento de uma das gigantes brasileiras no setor de exportações de carnes bovinas que figuram grandes polêmicas da atualidade. Nesse contexto, é possível questionar quais foram os impactos da política industrial de criação de campeões nacionais no ambiente concorrencial, uma vez que um dos objetivos da política é o fortalecimento de determinadas empresas e setores. Questiona-se, ainda, caso se verifique a existência de efetivos impactos concorrenciais, qual deve ser a postura da autoridade antitruste no embate entre interesses do Estado e os impactos concorrenciais.

2. Atuação estatal e neutralidade concorrencial

Em linha com as preocupações dos autores que se dedicaram ao estudo das teorias do desenvolvimento, também no direito concorrencial a relação entre Estado e economia inspiram diversos estudos, especialmente na discussão sobre neutralidade concorrencial das autoridades antitruste. Assim, entende-se que as discussões estão diretamente interligadas, ainda mais considerando que políticas industriais aplicadas a criação de campeões nacionais influem diretamente no cenário competitivo, suscitando preocupações na seara do antitruste.

Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2014. p. 335.

[12] Cf. ALMEIDA; OLIVEIRA; SCHNEIDER, Op. Cit. p. 337.

[13] Cf. PRADO, Op. Cit. p. 265.

[14] Dani Rodrik, grande crítico das medidas, ao analisar as consequências e os resultados do pacote observa que, não obstante as recomendações feitas pelo Banco Mundial, FMI e Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, os países não atingiram o nível de "desenvolvimento" pretendido com as medidas. O autor afirma que o bom funcionamento das economias de mercado dependia de um aparato institucional sólido para que as medidas fossem aplicadas. Para o autor, mesmo que os 10 mandamentos do Williamson fossem buscados, as instituições reguladoras e fiscalizadoras continuariam sendo fracas, governança e corrupção continuariam sendo um problema, as cortes e o judiciário continuariam ineficientes e as instituições de trabalho e de mercado ainda não seriam flexíveis. (RODRIK. Dani. Goodbye Washington Consensus, hello Washington Confusion: a review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade to Reform. 2006. P. 977).

[15] Cf. SCHAPIRO; TRUBEK, Op. Cit., p.39.

[16] Cf. ALMEIDA, OLIVEIRA, SCHNEIDER, Op. Cit. p. 335.

[17] De acordo com os autores: "Foi apenas a partir de 2007, no início do segundo mandato do presidente Lula, que o BNDES embarcou em uma nova direção mais voltada à promoção de empresas e de setores sob o comando de Luciano Coutinho. Coutinho era um antigo e bem conhecido defensor de política industrial, bem como um respeitado professor de uma das melhores universidades do Brasil, a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Ele nomeou como vice-presidente outro defensor de política industrial, João Carlos Ferraz, que estava trabalhando na Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal)". ALMEIDA, OLIVEIRA, SCHNEIDER, Op. Cit. p. 339.

Cumpre ressaltar que, nesse trabalho, entende-se por neutralidade concorrencial quando a análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas não privilegia os interesses estatais (sejam eles no mercado interno ou externo). Isso é, trata-se da análise antitruste que não sobrepõe possíveis interesses do Estado em incentivar o crescimento de determinado setor em detrimento de um mercado competitivo. Tal discussão se aplica especialmente à questão dos campeões nacionais, pois, conforme visto anteriormente, a política de fortalecimento setorial e de empresas específicas visa justamente alterações no ambiente competitivo. Assim, apesar da política considerar especialmente a entrada de empresas brasileiras no mercado internacional, há de se discutir de que forma a autoridade antitruste deve analisar os Atos de Concentração que possibilitaram o crescimento dessas empresas no mercado externo.

De acordo com o relatório da OCDE, existem diversos tipos de políticas industriais e a criação de campeões nacionais é apenas uma delas[18]. Cada país escolhe adotar a política industrial que melhor se adequa às suas necessidades - por exemplo corrigir falhas de mercado e incentivar o desenvolvimento econômico. Dessa forma, é possível que sejam utilizados pressupostos em comum com a política antitruste quando da elaboração de uma política industrial voltada para o aumento de competitividade da indústria doméstica, como por exemplo a busca o bem-estar do consumidor. O grande problema ocorre quando, não obstante os pressupostos em comum, tais políticas não são pró-competitivas e acabam prejudicando os consumidores no longo prazo.

Ainda de acordo com o relatório, não necessariamente existe um conflito entre política industrial e defesa da concorrência, contudo, é necessário observar ao menos três princípios para garantir a complementariedade das políticas. O primeiro princípio é o afastamento da política industrial de empresas e mercados específicos para garantir a não discricionariedade. O segundo deles é não traduzir a política de defesa da concorrência como contrária, a priori, a empresas de grande porte. Por fim, a OCDE afirma que a política de defesa da concorrência pode apoiar a política industrial e social do governo, desde que não comprometa sua própria abordagem[19].

Para as autoras Fox e Healey, os principais pontos de preocupação na esfera concorrencial, no que diz respeito à intervenção estatal em determinados setores ou voltada para empresas específicas (especialmente quando ela ocorre por meio das empresas estatais), são os seguintes[20]: (i) cobertura das empresas estatais pela autoridade antitruste; (ii) quando são conferidos privilégios para determinadas empresas; (iii) quando o Estado é comprador e os agentes econômicos são parte do cartel; (iv) ausência de previsão constitucional relativa à não discriminação de bens advindos de outros países; (v) abuso do poder de administração das empresas estatais; (vi) condutas anticompetitivas realizadas pelo Estado; (vii) necessidade de autorização específica para a persecução de medidas anticompetitivas realizadas pelo Estado; (viii) utilização do da blindagem estatal por parte do agente privado para justificar a realização de condutas anticompetitivas.

De forma geral, as autoras expressam grande preocupação em relação às situações nas quais as medidas tomadas pelo Estado acabam, de alguma forma, causando danos à competitividade dos mercados sob o argumento de promover eficiências em determinados setores ou desenvolver aspectos econômicos específicos. Assim, dentre focos de preocupação suscitados pelas autoras, acreditamos existirem 3 principais categorias de problemas quanto à neutralidade antitruste[21]: (i) quando o Estado é o agente fomentador ou realiza condutas anticompetitivas; (ii) quando a autoridade antitruste trata as empresas estatais de forma distinta das outras empresas; (iii) quando as ações do Estado acabam interferindo em questões de comércio exterior.

Como o foco deste trabalho é a atuação do Cade em questões relativas aos campeões nacionais e no Brasil existem diplomas específicos para tratar de questões de comércio exterior e de antitruste, o ponto *(iii) quando as ações do Estado acabam interferindo em questões de comércio exterior* não será

---

[18] OCDE. Roundtable on competition policy, industrial policy and national champions. 2009. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf.

[19] OCDE. Op. Cit. p. 14

[20] FOX, Eleanor; HEALEY, Deborah. When State Harms Competition: The Role for Competition Law". Antitrust Law Journal. nº 3. 2014. p. 801.

[21] Categorização realizada pela autora deste artigo.

analisado no presente trabalho. Assim, as categorias *(i) quando o Estado é o agente fomentador ou realiza condutas anticompetitivas; (ii) quando a autoridade antitruste trata as empresas estatais de forma diferente* serão discutidas de forma detalhada no próximo item para que possamos compreender de que qual é a posição do Brasil nesses dois aspectos.

2.1. Atuação estatal e incentivos à realização de condutas anticompetitivas

No Brasil, a categoria "*Atuação estatal e incentivos à realização de condutas anticompetitivas*" esteve presente de forma mais preocupante durante as primeiras tentativas de introdução de um diploma antitruste. Importa notar que na criação do Cade, por meio da Lei 4.137/1962, o Brasil se encontrava em um período de controle de preços, além de existir um estímulo do próprio governo para a criação de grandes grupos econômicos – via fusões e aquisições – que tornava a política antitruste incompatível com o plano do governo.

Os autores Considera e Corrêa[22] acreditam que a política de industrialização via transferência de tecnologia aplicada no período, fez com que o mercado ficasse inchado com grandes instalações industriais estrangeiras e um mercado extremamente concentrado com poucos incentivos para competir. Ademais, uma vez que as firmas apresentavam seus segredos de negócio para o governo analisar o preço que deveria ser praticado, com a criação do Controle Interministerial de Preços ("CIP") a organização dos concorrentes de um dado mercado se aproximava de um cartel, cujo "líder" era o próprio governo.

Diante desse cenário, o papel da autoridade antitruste acabou sendo deixado de lado após algumas tentativas de condenação de empresas, como foi o caso dos Pneumáticos[23]. O caso diz respeito à suposta pretensão de empresas fabricantes de pneus de adquirir controle de concorrentes para dominar o mercado nacional. Além disso, a atuação das empresas também figurava como um cartel no âmbito da comercialização desses pneus. Ao final, apesar de o plenário considerar a conduta desleal e anticompetitiva, a decisão foi anulada pela Justiça no ano seguinte[24]. Observa-se que nesse caso, apesar de uma tentativa de neutralidade por parte do Cade, o próprio sistema não permitia a desvinculação do órgão antitruste da política do governo.

Importante ressaltar que mesmo no período de liberalização da economia apontado no Item I, ocasião na qual entrou em vigor a Lei 8.884/94, ainda restavam vestígios que dificultavam a criação de um ambiente efetivamente competitivo, remanescentes da intervenção estatal. No Cartel do Aço[25], por exemplo, os próprios dirigentes do Instituto Brasileiro de Siderurgia e de industrias produtoras de aço comunicaram à Seae a intenção de reajustar o preço do aço, demonstrando os resquícios do período de controle de preços. Nesse caso, mesmo após o alerta da Seae a respeito do caráter ilícito da coordenação para o reajuste de preço, verificou-se que as empresas efetivaram os planos iniciais e acabaram sendo condenadas pela prática de cartel[26].

Passados alguns entraves para o estabelecimento do Cade como autoridade antitruste, recentemente, questões de tabelamento de preço por parte do Estado continuam estão sendo discutidas[27] e demonstram a dificuldade de se separar a atuação estatal da atuação das empresas. Considerando o quão recente é o passado acima retratado, é possível afirmar que, apesar desta não ser a questão central deste trabalho, ainda há muito o que se discutir a respeito desta categoria de problema.

---

[22] Cf. CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy. In: Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute. Kluwer Academic Publishers, 2001. p. 539-568.

[23] CADE. Processo Administrativo nº 10.

[24] CADE. Defesa da concorrência no Brasil - 50 anos (CADE). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf . p. 46.

[25] CADE. Processo Administrativo 08000.015337/1997-48

[26] CADE. Defesa da concorrência no Brasil - 50 anos (CADE). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf. p.90.

[27] Cf. FOLHA DE SÃO PAULO. "Tabela de frete é semelhante a cartel, diz Cade". Brasília, 18/06/2018. Caderno Mercado. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/tabela-de-frete-e-semelhante-a-cartel-diz-cade.shtml

2.2. Tratamento diferenciado para setores e empresas de interesse do Estado

Em relação ao tratamento diferenciado para setores e empresas de interesse do Estado, destacamos especialmente a política dos campeões nacionais. Isso porque, apesar desse suposto enviesamento de autoridades antitruste ser questionável, no Brasil, tais agentes não são isentos à aplicação da Lei. nº 12.529/2011. De acordo com o artigo 31 da lei de defesa da concorrência brasileira, estão sujeitos à aplicação da lei antitruste as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. A questão remanescente é, apesar da sujeição desses agentes estar prevista expressamente no ordenamento, a análise dos casos envolvendo setores de interesse do Estado seria igual à de empresas que não possuem o mesmo *status*?

Conforme observado no item II deste trabalho, as políticas industriais foram consideradas pelo governo como de suma importância para o processo de desenvolvimento econômico brasileiro, mesmo após a implementação de uma política antitruste no país. Além disso, observou-se que parte considerável da política industrial – especialmente aquela praticada pelo BNDES – foi/é realizada via aporte financeiro para realização de fusões e aquisições. Questiona-se, dessa forma, se o Cade foi de fato neutro na análise das fusões dos campeões nacionais.

Os autores Carvalho e Castro[28] apontam que a neutralidade da política de fusões nem sempre é observada pelas autoridades antitruste quando se trata de empresas estrangeiras e que não necessariamente maiores concentrações industriais advêm de políticas mais intervencionistas do Estado. Eles observam que o próprio conceito de neutralidade concorrencial é questionável frente ao risco de se transformar a análise antitruste em um esquema simplista e matemático[29].

No Brasil, a Lei nº 8.884/1994 trazia em seu artigo 54[30] a previsão explícita à possibilidade de se analisar aos interesses da econômica nacional e interesse do consumidor nos atos de concentração notificados ao Cade, fato que possibilitava a observância de políticas industriais quando da análise de operações. Contudo, a Lei nº 12.529/2011 excluiu tal inciso, restando no artigo 88[31] apenas a previsão de que os Atos de Concentração podem ser autorizados quando benefícios forem repassados aos consumidores.

---

[28] De acordo com os autores: "A existência de uma política industrial seletiva não deve ser lida como sinônimo de concordância com toda e qualquer concentração. Assim, o Estado pode ter limitações para desconcentrar estruturas produtivas que entenda ineficientes e que não foram objeto de uma política industrial consciente". CARVALHO, Vinicius. CASTRO. Ricardo. "Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica". In: Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS. Série Direito em Debate - Direito Desenvolvimento Justiça. vol. 1. Saraiva, 2012, p. 19.

[29] Se acordo com Paula Forgioni: "não apenas a técnica não é neutra, como o mercado não é uma ordem espontânea e as escolhas dos resultados derivam de decisões políticas. Devem restar claras as "artérias ideológicas que canalizam o novo sangue do organismo jurídico" reconhecendo-se abertamente o "sub-reptício ideológico da teoria jurídica". A indicação do mercado como único (ou melhor) protagonista na determinação da forma de alocação de recursos em sociedade é eminentemente política". FORGIONI, Paula. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[30] "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. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: (...) § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo **preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final**." (grifos nossos)

[31] "Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 6° Os atos a que se refere o § 5° deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os 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"**. (grifos nossos)

Nesse sentido, passa-se à análise do caso JBS para verificar se, em relação a esse campeão nacional específico, nos Atos de Concentração submetidos ao Cade, o Tribunal considerou a política indústria fomentada pelo governo ou se a autoridade se manteve neutra.

3. JBS e CADE

Conforme apontado anteriormente, neste tópico pretendemos analisar se, diante da política dos campeões nacionais e do expressivo crescimento da JBS especialmente após 2008, o Cade se manteve isento nas decisões relacionadas à JBS ou se a autarquia de alguma forma contribuiu para a política observando os objetivos da política industrial implementada pelo Estado. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, considerando o contexto de industrialização tardia, necessidade de fortalecimento da economia nacional e política de investimento em setores estratégicos empregada pelo governo brasileiro, a autoridade poderia ter considerado tais fatores na análise de Atos de Concentração notificados no período. Para tanto, foram analisados os processos julgados[32] envolvendo a empresa JBS e a JBJ[33], com o intuito de se buscar argumentos em prol de sua expansão internacional e ganho de competitividade no exterior.

Ressalta-se, novamente, a escolha dessa empresa para análise do histórico de decisões do Cade em relação aos campeões nacionais decorre de sua expressividade conquistada como produtora e exportadora de carne bovina em escala mundial, que consagrou os objetivos iniciais da política em contraposição ao destino de outras "campeãs"[34]. Ademais, diante das recentes polêmicas[35] envolvendo a empresa e a retomada dos debates sobre a efetividade da política dos campeões nacionais, também é necessário analisar, sob o prisma do antitruste, o processo de crescimento da empresa e o seu controle no Cade.

De acordo com o Voto que analisou a operação JBS/Bertin[36], o cenário da indústria de carnes do Brasil começou se ser reconfigurado entre os anos de 2008 e 2009. Não obstante o crescimento da indústria entre 2001 e 2007, entre 2008 e 2012 o crescimento da atividade produtiva não conseguiu retomar os níveis de crescimento de 2007 e diversos frigoríficos se encontravam em dificuldades financeiras. Por outro lado, outros grupos empresariais (como a JBS, Marfrig e a Minerva) ampliaram seus ativos e expandiram suas unidades produtivas no mercado internacional por conta de seu melhor nível de capitalização.

---

[32] A pesquisa foi realizada por meio da plataforma SEI, utilizando as palavras-chave "JBS" ou "JBJ", selecionando "Processos" e "Documentos Gerados", nos tipos de documentos: "Nota Técnica", "Parecer" e "Voto". Os resultados obtidos foram os seguintes: Palavra-chave "JBS" - 6 resultados no tipo de documento "Nota Técnica"; 21 resultados no tipo de documento "Parecer"; 17 resultados no tipo de documento "Voto". Palavra-chave "JBJ" - 3 resultados no tipo de documento "Nota Técnica"; 3 resultados no tipo de documento "Parecer"; 5 resultados no tipo de documento "Voto". Dentre os resultados observados, a JBS e a JBJ eram requerentes ou representadas em 11 processos. Dentre os 11 processos apenas não foram analisados os Embargos de declaração nº 08700.006554/2016-19 e os tipos de processo são os seguintes: 1 Processo Administrativo, 2 Atos de Concentração Ordinários, 5 Atos de Concentração Sumários e 2 Procedimentos Administrativos para Apuração de Atos de Concentração. Ademais, foram analisados os formulários de notificação dos casos listados e foram selecionados os Atos de Concentração ordinários que constavam na lista de operações notificadas ao Cade.

[33] A inclusão da empresa JBJ na análise dos casos envolvendo a JBS decorre da decisão do Cade no âmbito do AC 08700.007553/2016-83 que será analisada no item "c) Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83 (JBJ/Mataboi)".

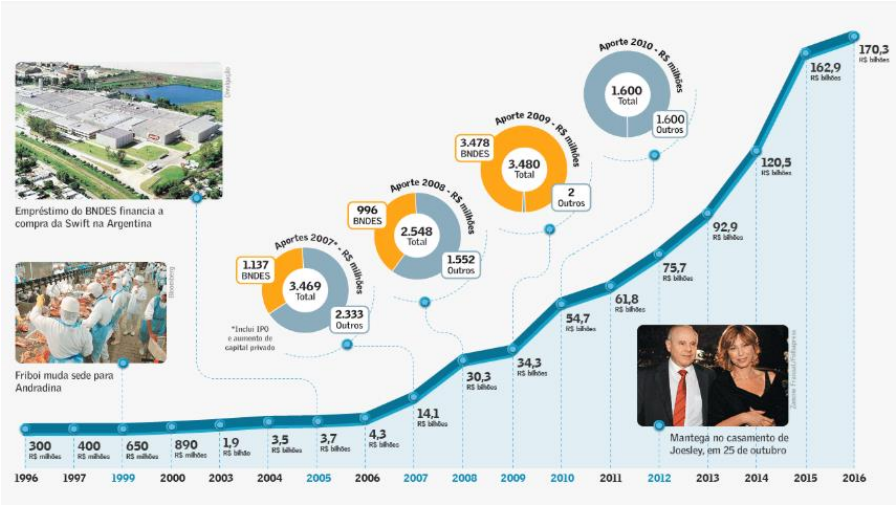
[34] Aqui tratamos apenas do fator internacionalização, sem considerar os escândalos envolvendo a empresa. Para maiores informações sobre o destino de outras "campeãs nacionais" ver: LUPION, Bruno Lupion. "Como empresas apoiadas para virar 'campeãs nacionais' quebraram ou entraram na mira da Lava Jato". Nexo Jornal. 04/07/2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/Como-empresas-apoiadas-para-virar-campe%C3%A3s-nacionais-quebraram-ou-entraram-na-mira-da-Lava-Jato (acesso em 24/06/2018).

[35] Cf. MENDES, Luiz Henrique; ADACHI, Vanessa, TORRES, Fernando e GÓES, Francisco. "A saga da JBS". Valor Econômico. São Paulo e Rio de Janeiro, 07/07/2017. Disponível em: http://www.valor.com.br/especial/jbs

[36] Análise conjunta dos a. Atos de Concentração nº 08012.008074/2009-11, 08012.002148/2012-01, 08012.002149/2012-48, 08012.003367/2012-08, 08700.004230/2012-12, 08700.004226/2012-46 (JBS, Bertin e outras).

Tal qual apontado em extensa matéria publicada no jornal Valor Econômico[37], o processo de crescimento e internacionalização da JBS foi marcado por uma série de aquisições, em especial pela compra da empresa argentina Swift que ocorreu em 2007[38]. O processo foi apoiado pelo BNDES, que se encontrava num momento "mais desenvolvimentista", por conta da política de apoio à fusões e aquisições no exterior e do PDP, que colocou o setor de proteína animal como um dos principais setores a serem apoiados[39]. Entre 2007 e 2012, ainda de acordo com a matéria, o BNDESPar aportou R$12,4 bilhões à JBS, Bertin, Marfrig, BRF e Independência, cada qual representado um interesse específico do setor. Para a JBS, foram aportados R$ 8,1 bilhões voltados para as aquisições da Swift (2007), Smilthfield+Five Rivers (2008), Bertin (2008) e a Pilgrims Pride (2009). Após essas operações, o crescimento da empresa foi substancial, conforme demonstra a imagem abaixo[40]:

Imagem 1



[37] Cf. MENDES; ADACHI; TORRES e GÓES. Op. Cit.

[38] De acordo com trabalho publicado pelo BNDES, " A JBS tem suas origens em 1953 com o frigorífico Friboi em Anápolis (GO), que se apoiava no mercado de Brasília. Inicialmente, abastecia os refeitórios das empresas construtoras para depois se tornar o principal fornecedor da cidade, de alto poder aquisitivo e em rápido crescimento. Sustentada na demanda de Brasília, a Friboi adquiriu uma série abatedouros e, em 1997, inicia exportações de carne in natura. Em 2005, faz sua primeira aquisição internacional: a Swift Argentina, na qual executa um rápido "turnaround" da empresa integrando-a as melhores práticas do grupo empresarial. No final de 2006, o faturamento da Friboi havia chegado a R$ 4,3 bilhões com uma capacidade de abate de bovinos de 22,6 mil cabeças/dia em 21 plantas no Brasil e 5 na Argentina, consolidando-se como principal frigorífico do Mercosul. Em mar/07, a empresa adota o nome JBS e faz sua oferta pública inicial de ações (IPO, na sigla em inglês) no âmbito do Novo Mercado, a primeira de um frigorífico nacional, captando R$ 1,6 bilhão. A entrada da BNDESPAR no capital da empresa em 2007, como veremos à frente, associa-se a novas oportunidades de internacionalização, diversificação proteica (suínos, ovinos e frangos) e para produtos correlatos (couro, laticínios, colágeno, sabonetes, etc.) e integração para frente (processados e pratos prontos) que se apresentaram logo após o IPO". BNDES. "O crescimento de grandes empresas nacionais e a contribuição do BNDES via renda variável: os casos da JBS, TOTVS e Tupy". Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014. p. 8.

[39] Cf. MENDES; ADACHI; TORRES e GÓES. Op. Cit.

[40] Cf. MENDES; ADACHI; TORRES e GÓES. Op. Cit.

Nesse cenário, indaga-se qual foi a postura do Cade diante desse crescimento expressivo e diante das operações de fusão e aquisição apoiadas pelo BNDES. Para tanto, analisaremos os Atos de Concentração nos quais a JBS ou a JBJ figuraram como partes, pois, considera-se que as operações mais expressivas e que poderiam causar um maior impacto no cenário concorrencial seriam "filtradas" pelos critérios de notificação do Cade. Assim, observando tais operações, será possível auferir se, diante da possibilidade de produção de efeitos anticompetitivos, o Cade levou em consideração a política de incentivo ao setor.

3.1. Atos de Concentração

Neste tópico serão analisados três Atos de Concentração Ordinários nos quais a JBS ou a JBJ figuram como partes. A escolha pela análise desse tipo de procedimento foi motivada pela constatação, ao longo da pesquisa, que as fusões e aquisições realizadas pela empresa foram cruciais para que ela ocupasse posição de destaque no mercado internacional de carnes bovinas e aumentasse seu patrimônio exponencialmente. A título de exemplo, de acordo com o BNDES[41], a fusão JBS e Bertin, apoiada pelo BNDESPar, significou salto expressivo no faturamento da empresa nos anos de 2007 e 2010.

Ademais, a escolha pelos procedimentos ordinários foi motivada pela maior complexidade dos casos – por conta de sua própria natureza – e dimensão dessas operações. Dessa forma, buscou-se observar de que forma o Tribunal do Cade analisou fatores como: (i) processo de internacionalização da empresa como fator gerador ou redutor de eficiências; (ii) vantagem competitiva do apoio do BNDESPar; (iii) interesse do Estado no fortalecimento e expansão da empresa; (iv) a empresa ser uma "campeã nacional" figurar como argumento favorável a uma maior concentração de mercado; (v) crescimento da empresa como exportadora ser um fator gerador ou redutor de eficiências.

3.1.1. Atos de Concentração nº 08012.008074/2009-11, 08012.002148/2012-01, 08012.002149/2012-48, 08012.003367/2012-08, 08700.004230/2012-12, 08700.004226/2012-46 (JBS, Bertin e outras)

Os Atos de Concentração 08012.008074/2009-11, 08012.002148/2012-01, 08012.002149/2012-48, 08012.003367/2012-08, 08700.004230/2012-12, 08700.004226/2012-46[42] serão analisados em conjunto porque elas foram apresentadas em conjunto pelas requerentes. De acordo com o voto do conselheiro relator, o processo de internacionalização da empresa JBS se iniciou com a aquisição da Swift & Company nos Estados Unidos e na Austrália, que acabou resultando na aquisição da marca Swift pelo mundo inteiro. Na época da notificação desta operação, o BNDESPar possuía 19,86% de participação acionária na JBS.

Uma vez que a operação foi notificada sob a égide da lei 8.884/94, ressalta-se que a ela já havia sido concretizada quando da análise pelo Cade. A incorporação da empresa Bertin S/A pela JBS havia ocorrido em 2009 e tal processo marcou a entrada da empresa no segmento de lácteos, alimentos para animais domésticos e biodiesel. Ademais, a operação envolveu a transferência de negócios no setor de frigoríficos nos Estados de São Paulo, Mato Grosso, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Bahia e Tocantins. Por outro lado, as outras operações notificadas correspondem a aquisições de plantas frigoríficas realizadas pelo Grupo em 2012 nos municípios de Rio Branco (AC), Ariquemes (RO), São Miguel do Guaraporé (RO), Confresa (MT), Juara (MT), Colíder (MT) e Ponta Porã (MS).

Considerou-se que o mercado relevante das operações poderia ser dividido como: (i) mercado de carne bovina in natura dos frigoríficos SIF; (ii) mercado de carnes processadas. (ii.1) congelados - hamburgueres, (ii.2) kibes e almôndegas; (ii.3) carne bovina processada e curada e (ii.4) carne bovina enlatada; (iii) mercado de couro, (iii.1) couro cru, (iii.2) couro *wet blue*, (iii.3) couro *crust* e (iii.4) couro

[41] "Em todas as empresas, houve expressivo crescimento do faturamento após o apoio da BNDESPAR bastante superior ao crescimento médio registrado em seus setores e ao próprio crescimento da empresa antes do apoio. Em especial, a JBS multiplicou por oito seu faturamento, que saiu de R$ 14 bilhões em 2007 para R$ 120 bilhões em 2014, tornando-se a maior empresa privada nacional em faturamento e a segunda empresa global em alimentos, atrás da Nestlé". BNDES, Op. Cit., p. 13.

[42] Processo julgado na 16ª Sessão Ordinária de julgamento, publicação no DOU em 22/05/2013.

acabado; (iv) mercado de subprodutos do abate[43]. Em relação à dimensão geográfica, se definiu o mercado de abate pelos seus limites estaduais e o mercado de carne *in natura* foi definido como nacional.

De acordo com o Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, para além da comodidade operacional, o motivo da reunião dos casos em uma única análise é a preocupação suscitada pela SG/Cade quanto à existência de uma grande quantidade de operações de arrendamento de unidades frigoríficas e de aquisições de ativos no exterior que não teriam sido notificadas pela JBS ao Cade[44]. Tais operações podem ser observadas na tabela apresentada no voto:

PARTE	OPERAÇÃO	DATA	PLANTA (MUNICÍPIO)	PAÍS
JP Morgan Investment	Compra e Venda de Ações	2008	Colônia Caroya	Córdoba Argentina
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	02/05/2008	Várias	Austrália
Emiglio Rigamonti, Simonetta Rigamonti, Grand Banquet AS. E Tritone	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	07/07/2008	Várias	Itália
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	07/06/2008	Várias	Estados Unidos
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	16/09/2009		Estados Unidos
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	19/02/2010		Estados Unidos
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	jul/10	Europa	Bélgica
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	20/092010	Várias	Austrália
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	27/09/2010		Estados Unidos
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	2011	Asunción	Paraguai
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	2011	San Antonio	Paraguai
N/A	Aquisição de ativos do Tasman Group Services, Pty Ltd.	17/10/2012	XL Foods	Canadá/Estados Unidos

[43] De acordo com o voto, neste mercado: "considerando a diversidade de produtos, as suas distintas utilizações e., principalmente, que todos derivam diretamente do boi e que a sua produção ocorre nas próprias plantas frigoríficas a partir da própria produção da carne in natura, entendo que a definição deste mercado pode, para efeitos da presente análise, acompanhar, simplesmente, a definição do mercado de carne in natura, funcionando os dados relativos a este como proxy razoável para aqueles.".

[44] De acordo com a JBS, as operações não foram notificadas por serem empresas que não exportavam para o Brasil e não auferiam faturamento no país. Ademais, a JBS também deixou de notificar outras operações de arrendamento no Brasil, sob o argumento que os critérios de notificação da Lei 8.884/94 se aplicavam apenas a operações de aquisições de empresas e ativos, e não arrendamento de unidades empresariais.

Observa-se que as operações acima mencionadas figuram como marcos do crescimento internacional da empresa - especialmente as operações "Aquisição da Smithfield Beef Group, Inc" e "Aquisição de ações da Pilgrim's Pride Corporation" - e que não consta na lista a aquisição da Swift. Não obstante, não foi realizada a análise deste ponto específico, tampouco a análise de mérito se utilizou dos aspectos apontados na introdução deste item, quais sejam: (i) processo de internacionalização da empresa como fator gerador ou redutor de eficiências; (ii) vantagem competitiva do apoio do BNDESPar; (iii) interesse do Estado no fortalecimento e expansão da empresa; (iv) a empresa ser uma "campeã nacional" figurar como argumento favorável a uma maior concentração de mercado; (v) crescimento da empresa como exportadora ser um fator gerador ou redutor de eficiências.

A expansão internacional da empresa foi apontada no item introdutório do voto e o fato da empresa ser exportadora foi analisado apenas nas explicações sobre a operacionalização/funcionamento de determinadas plantas, sem que se aprofundasse na análise acerca de possível efeitos pró ou anticompetitivos desses aspectos. Ao final, o conselheiro relator aprovou as operações condicionando ao cumprimento de um Termo de Compromisso de Desempenho que obriga as partes a comunicar ao Cade os futuros arrendamentos, locações e ou aquisições, pela JBS, de unidade de abate bovino, esteja a unidade ativa ou inativa. Dessa forma, não foram observados argumentos pró política dos campeões nacionais, mas houve uma omissão em relação à operações extremamente importantes para o crescimento e ganho de mercado da JBS.

3.1.2. Ato de Concentração nº 08700.010688/2013-83 (JBS e Rodopa)

A operação diz respeito à locação, pela JBS S.A., de três unidades de abates e desossa de bovinos localizadas em Santa Fé do Sul/SP, Cassilândial/MT e Cachoeira Alta/GO, todas de propriedade da Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e da Forte Empreendimentos e Participações Ltda., englobando os equipamentos e os maquinários atualmente instalados nos frigoríficos.

Em relação ao mercado relevante, foi utilizado o mesmo critério do AC 08012.008074/2009-11 (JBS/Bertin) e a análise do mercado de carne bovina *in natura* foi feita de maneira mais aprofundada. Ademais, foram utilizados critérios que medem a capacidade de a empresa competir de acordo com: 1) Tamanho de planta; 2) Número de plantas; 3) Dispersão de plantas; 4) Marcas diferenciadas, 5) Integração; 6) Grande capacidade de exportar; 7) Custo do crédito; 8) *Share* relevante e ganho de *share*.

Observa-se que constam nos critérios um maior foco na capacidade de exportação e o crédito na capacidade de rivalidade do que no caso anterior, de modo que foram utilizados alguns dos fatores apontados no tópico introdutório. Mais especificamente, foi feita a análise de mérito de alguns pontos de atenção quanto à neutralidade do Cade: "*(ii) apoio do BNDESPar como vantagem competitiva (critério crédito)"*; "*(v) crescimento da empresa como exportadora como fator gerador ou redutor de eficiências (critério exportação)*".

No caso em questão, as requerentes apresentaram manifestação contraditando o Parecer Técnico da SG/Cade, sob a alegação de ausência de mudanças drásticas no mercado desde a análise do AC JBS/Bertin. Diante da alegação da SG/Cade de que a Rodopa poderia ser considerada uma *maverick* com papel de contestar o poder de mercado da JBS, as requerentes defenderam que a SG/Cade deixou de considerar o desvio de carne destinada à exportação para o mercado doméstico. Isso porque, tal fato seria uma importante fonte de contestação do exercício de poder de mercado na oferta de carne *in natura* no Brasil. Ademais, as requerentes defendem que, ao contrário do entendimento da SG/Cade, a operação não poderia ser considerada preocupante, tendo em vista que a metodologia utilizada pela SG/Cade não era correta e que não se trata de aquisição de plantas, e sim de arrendamento.

Já em relação ao exame de mérito realizado pelo relator, ressaltamos a análise do custo de crédito e de existência de crédito diferenciado que foi realizada. De acordo com o relator, a capacidade de financiamento seria uma barreira à entrada na indústria em questão, de modo que, apesar do aporte do BNDESPar não ser mencionado explicitamente, considerou-se que a JBS, a Marfrig, a Minerva e a BRF – empresas com financiamento do BNDES – possuíam uma maior facilidade de acesso a crédito por conta do capital aberto. Nesse aspecto, importa notar que o BNDES teve importante papel na abertura de capital da JBS por conta da política de incentivo do governo à criação dos "campeões nacionais".

Ademais, em relação à capacidade de exportação e arbitramento de preços internacionais, considerou-se que os frigoríficos exportadores possuem isenção de impostos e que a importação possibilita a empresa pleitear melhores preços no mercado externo, aumentando os lucros desses agentes. Por outro lado, frigoríficos não exportadores, restritos ao mercado interno, são limitados em termos de oportunidade de vendas e aumento da lucratividade.

A conclusão do voto foi no sentido de que seria necessário realizar uma análise mais cuidadosa do que se empregou no AC 08012.008074/2009-11 (JBS/Bertin), por conta das transformações que estariam ocorrendo no mercado. Assim, a operação foi aprovada com restrições, de modo que a JBS estaria proibida de adquirir unidades industriais de abate de bovinos em funcionamento nos estados nos quais a empresa possua determinada participação de mercado. Ademais, também foram impostas as seguintes restrições:

i. A JBS se obriga a manter em pleno funcionamento as plantas objeto da operação, além de abrir mão do direito de preferência na aquisição das unidades arrendadas;
ii. A JBS deve informar a futuros arrendamentos, locações e/ou aquisições de unidades de abate bovino, sejam unidades ativas ou inativas por determinado período;
iii. A RODOPA, se comprometeu a alienar uma de suas marcas;
iv. A RODOPA deverá alienar também determinadas unidades industriais de abate.

Após a aprovação da operação com restrições, na 93ª sessão de julgamento, as requerentes fizeram um pedido de flexibilização de suas obrigações e o tribunal decidiu pela revisão da operação. Observa-se que a discussão sobre o fato da JBS ter sido beneficiada pela política dos campeões nacionais já foi ponto de reflexão, ainda que indiretamente. Contudo, ainda assim a política industrial que motivou o crescimento da empresa como exportadora não foi abordada.

2.1.3. Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83 (JBJ/Mataboi)

O último caso analisado trata de aquisição, pela JBJ Agropecuária Ltda. ("JBJ"), da totalidade do capital social da Fratelli Dorazio Investimentos Ltda., denominada Mataboi Participações Ltda. ("Mataboi Par"), e de sua subsidiária integral, a Mataboi Alimentos Ltda. ("Mataboi").

Importante discussão foi suscitada no bojo deste Ato de Concentração, uma vez que, a preocupação central que motivou a análise do Tribunal foram as estreitas relações entre a JBS e a JBJ. A primeira foi fundada pelo Sr. José Batista Sobrinho, que figura como presidente da empresa e que possui 0.0002% de ações da JBJ. Esta, por sua vez, era controlada pelo Sr. José Batista Júnior, que possuía 99,99% das ações,

Considerou-se no voto do relator que, apesar da participação pouco expressiva do Sr. José Batista Sobrinho na JBJ, seria necessário observar que o Sr. José Batista Júnior havia ocupado cargos no grupo da JBS, tendo se retirado do Conselho de Administração da JBS e do capital social da J&F *holding* em 2013. Além disso, o fato de existir relação familiar entre os empresários também deveria ser considerado um ponto de alerta. Ademais, foram apresentados outros diversos fatores no sentido de se considerar a alta probabilidade de coordenação entre as empresas.

Ao longo do voto, foram utilizados os mesmos critérios de análise do AC 08700.010688/2013-83 (JBS e Rodopa) e foi constatada a possibilidade de ocorrência de impactos anticompetitivos advindos da operação quando consideradas as participações de mercado da JBS e da JBJ em conjunto. Caso a participação da JBJ fosse estimada isoladamente, a operação não suscitaria preocupações de ordem concorrencial, caso a JBS fosse considerada na análise, haveria significativa redução da concorrência no mercado. O relator, e o restante do conselho, decidiu reprovar a operação, pois, apesar de não ser possível considerar as duas empresas como do mesmo grupo econômico, a operação "*gera o risco de elevar ainda mais o poder de mercado da JBS, ainda que de forma coordenada e/ ou por obtenção de informação de concorrente, poder esse já no limite, conforme a última decisão do CADE*".

Como a discussão deste caso se baseou na análise realizada pelo caso JBS/Rodopa, não foram observados novos elementos que poderiam indicar que o Cade considerou a política industrial na análise do AC ou que não foi neutro em seu julgamento.

Conclusão

Ante o exposto, importa ressaltar alguns aspectos dos Atos de Concentração analisados. No primeiro caso (JBS/Bertin), apesar de serem apontadas diversas operações realizadas no exterior, o voto do relator não aprofundou a análise dos impactos decorrestes dessas operações. Já no âmbito do AC JBS/Rodopa, o fator exportações figurou como argumento que reforçava as preocupações quanto aos possíveis efeitos anticompetitivos e o fator crédito, ainda que tenha sido analisado brevemente, também foi considerado uma barreira à entrada de novos competidores. Nesses dois casos, não houve nenhuma menção à política dos campeões e o fato da empresa contar com uma maciça participação do BNDESPar nas operações de fusão e aquisição não foi mencionado na análise de mérito.

O mesmo ocorreu no AC JBJ/Mataboi no qual, não obstante a reprovação da operação, as discussões sobre os campeões nacionais ou o financiamento do BNDESPar não figurou a análise de mérito. Foi realizada uma breve citação a respeito dos impactos do financiamento no ambiente competitivo no tópico sobre a facilidade de acesso à credito das empresas, sem qualquer menção à política dos campeões nacionais.

Observadas as decisões do Cade em relação à JBS chega-se à conclusão que o Cade se manteve neutro na análise dos ACs envolvendo a empresa se considerarmos como *proxy* de "não neutralidade" o atendimento explícito aos interesses do Estado no fomento dos campeões nacionais. O que resta indagar é se não deveríamos utilizar um coeficiente diferenciado para analisar as vantagens competitivas dos players que tiveram financiamento estatal impulsionando suas atividades.

Ora, apesar de a análise das operações do objeto de estudo desse trabalho indicarem que houve uma efetiva "neutralidade" no julgamento dessas operações, o que se questiona é se a ausência de análise desse fator não acaba por ratificar indiretamente a política aplicada pelo governo. O fato é que, na opinião desta autora, a vantagem competitiva que foi conquistada pela JBS por conta do aporte do BNDES deveria ter sido considerada na análise de todos os Atos de Concentração julgados pelo Cade sob pena de subdimensionamento do poder de mercado da empresa, possibilidade de expansão, as barreiras à entrada, dentre outros fatores. Isso porque, a existência de uma política de incentivo ao crescimento de empresas privadas por sua própria natureza fortalece determinados agentes em detrimento de outros e, mesmo que o acesso à crédito tenha sido considerado nos casos JBS/Rodopa e JBJ/Mataboi, é necessário discutir explicitamente o "elefante branco" que é o BNDES.

Concluímos, assim, que não se trata de uma neutralidade concorrencial e sim de uma abstenção em relação a esses agentes. Na opinião desta autora, entende-se que a abstenção em relação a esses tópicos pode possibilitar que efeitos anticompetitivos danosos ao ambiente concorrencial sejam gerados. Não por conta de um direcionamento das operações, mas pela ausência de análise em relação a existência de interesses estatais no crescimento da empresa.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Mansueto Facundo; OLIVEIRA, Renato Lima de; SCHNEIDER, Ben Ross. Política industrial e empresas estatais no Brasil: BNDES e Petrobras. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto (Edit.). Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2014. Pp. 323-347.

BNDES. "O crescimento de grandes empresas nacionais e a contribuição do BNDES via renda variável: os casos da JBS, TOTVS e Tupy". Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Teoria novo-desenvolvimentista: uma síntese. Cadernos do Desenvolvimento, v. 11, n. 19, julho-dezembro de 2016. p. 145-165

CADE. Defesa da concorrência no Brasil - 50 anos (CADE). Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf

CARVALHO, Vinicius. CASTRO. Ricardo. "Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: uma avaliação crítica". In: Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS. Série Direito em Debate - Direito Desenvolvimento Justiça. vol. 1. Saraiva, 2012.

CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy. In: Annual Proceedings-Fordham Corporate Law Institute. Kluwer Academic Publishers, 2001. p. 539-568.

FILHA, Dulce Monteiro, PRADO, Luiz Carlos Delorme, LASTRES, Helena M. M. (org.). Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fábio Eber. Rio de Janeiro: BNDES, 2014

FOLHA DE SÃO PAULO. "Tabela de frete é semelhante a cartel, diz Cade". Brasília, 18/06/2018. Caderno Mercado. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/tabela-de-frete-e-semelhante-a-cartel-diz-cade.shtml

FORGIONI, Paula. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FOX, Eleanor; HEALEY, Deborah. When State Harms Competition: The Role for Competition Law". Antitrust Law Journal. nº 3. 2014.

LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. *Capitalismo de Laços.* São Paulo: Campus, Elsevier, 2010.

LUPION, Bruno. "Como empresas apoiadas para virar 'campeãs nacionais' quebraram ou entraram na mira da Lava Jato". Nexo Jornal. 04/07/2016. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/Como-empresas-apoiadas-para-virar-campe%C3%A3s-nacionais-quebraram-ou-entraram-na-mira-da-Lava-Jato

MENDES, Luiz Henrique; ADACHI, Vanessa, TORRES, Fernando e GÓES, Francisco. "A saga da JBS". Valor Econômico. São Paulo e Rio de Janeiro, 07/07/2017. Disponível em: http://www.valor.com.br/especial/jbs

OCDE. Roundtable on competition policy, industrial policy and national champions. 2009. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/44548025.pdf

PRADO, Luiz Carlos Delorme. "Defesa da concorrência e desenvolvimento: notas sobre o debate e sua aplicação no caso brasileiro". In: Dulce Monteiro Filha, Luiz Carlos Delorme Prado, Helena M. M. Lastres (Org.) *Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fábio Eber*. Rio de Janeiro : BNDES, 2014. Rio de Janeiro, 2014.

RODRIK. Dani. Goodbye Washington Consensus, hello Washington Confusion: a review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade to Reform. 2006.

SCHAPIRO, Mario. G.; TRUBEK, David. Redescobrindo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: Mario G. Schapiro; David M. Trubek. (Org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

WILLIAMSON, John. What Washington Means by Policy Reform, in Latin American Adjustment: How Much Has Happened? Washington: Institute for International Economics, 1990.

19. DA TEORIA À REALIDADE: O ACESSO A DOCUMENTOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO BRASIL

19. FROM THEORY TO REALITY: THE ACCESS TO LENIENCY DOCUMENTS IN BRAZIL

Amanda Athayde Linhares Martins Riveira, Andressa Lins Fidelis e Isabela Maiolino

Resumo: O presente artigo analisa os casos de cartéis nos quais foram celebrados acordos de leniência e que foram objeto de julgamento pelo Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) até dezembro de 2017, a fim de mapear o entendimento da autoridade acerca da concessão de acesso a documentos obtidos por meio de Acordos de Leniência. Chegou-se à conclusão de que não houve mudança no padrão de acesso a documentos e informações referentes à Leniência ao longo do tempo, mesmo após a realização da primeira consulta pública sobre a regulamentação do acesso à documentos de acesso restrito, em dezembro de 2016.

Palavras-chave: leniência; reparação de danos; Cade; cartel; confidencialidade.

Abstract: This article analyzes the cartel cases in which leniency agreements were signed and that were tried by the Administrative Council for Economic Defense (Cade) Tribunal until December 2017. The paper intends to map the authority's understanding on the granting of access to documents obtained through leniency agreements. It arrives to the conclusion that there was no change in the standard of access to the documents and the information related to the Leniency Agreement over time, even after the first public consultation held by Cade about the rules concerning the access to confidential documents in December 2016.

Keywords: leniency; damage actions; Cade; cartel; confidentiality.

Introdução

O combate a cartéis é um dos centros de atuação do Cade, sendo primordial para a repressão de ações anticompetitivas praticadas por agentes econômicos.

Nesse cenário, o Acordo de Leniência, previsto nos arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/11, é considerado "o principal instrumento de detecção de cartéis à disposição do Cade"[1] e permite que pessoas físicas e jurídicas envolvidas em um cartel obtenham benefícios na esfera administrativa e penal através da sua celebração. Em contrapartida, essas pessoas, denominadas "Signatários", comprometem-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a participação no ilícito e a cooperar com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes à instrução processual[2].

Ou seja, o Acordo de Leniência possui como premissa a colaboração dos Signatários, que devem trazer informações e documentos que "permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação"[3].

---

[1] ANDRADE, D. T. A Lei 12.529/11 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. *In*: CARVALHO, V. M. (Org.). **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 278.

[2] Dados da ferramenta "Cade em números" comprovam a afirmação, já que, de 2014 a 2016, houve um aumento de 86% no número de leniências celebradas: 06 (seis) em 2014, 10 (dez) em 2015 e 11 (onze) em 2016. Houve, ainda, um aumento de 510% nos pedidos de *markers*, tanto concedidos quanto em fila de espera. De acordo com o Guia de Leniência do Cade, "o pedido de senha (´marker´) é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de comunicar o interesse em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta." CADE. **Guia** – Programa de leniência antitruste do Cade. 2016c.

[3] MARTINS, A. A. L; GRANDIS, R. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. *In*: CARVALHO, V. M. (Org.). **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência.** São Paulo: Singular, 2015. p. 288.

Um dos principais aspectos relacionados aos acordos de leniência é o tratamento sigiloso conferido aos documentos e provas entregues à autoridade pelos Signatários. Isso serve para que os agentes econômicos tenham incentivo para celebrar acordos com o Cade, uma vez que evita que os Signatários fiquem em pior situação que os demais representados, a fim de quebrar o sistema de incentivos existentes em um cartel.

Além da persecução administrativa pelo Cade4, compete ao Ministério Público Federal e/ou Estadual, na esfera criminal, investigar e oferecer denúncia ao Poder Judiciário[5]. Na esfera civil, há a previsão de ação de reparação de danos por cartel (ARDC), que consiste no direito de ação dos consumidores lesados para obter a cessação da prática anticompetitiva e receber reparação pelos danos sofridos. A ARDC está prevista no art. 47 da Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC), que, por sua vez, seguirá as regras do Código Civil (CC).

Esse dispositivo da Lei nº 12.529/11 determina, expressamente, que os prejudicados, ou os legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078/90 (Lei de Defesa do Consumidor), tais como Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e associações, podem ajuizar ações coletivas de reparação de danos por violação às regras concorrenciais.

Com o crescimento, ainda que incipiente[6], do ajuizamento de ARDCs (conhecido como *private enforcement*, que será visto na seção 02) no Brasil, a articulação entre persecução pública e privada de condutas anticompetitivas tem se tornado imperiosa.

Nesse cenário, o Cade, enquanto agência de defesa da concorrência, responsável pelos Programas de Leniência e de Termo de Compromisso de Cessação (TCC)[7], buscou se posicionar através do lançamento de consulta pública em dezembro de 2016. A consulta referia-se à portaria que visava a regulamentar o acesso de documentos produzidos no âmbito do Acordo de Leniência e do TCC. Posteriormente, em julho de 2018, foi lançada nova consulta sobre uma segunda versão da portaria, a partir do feedback recebido na primeira consulta realizada, que culminou na Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018[8].

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é realizar uma análise de todos os casos de cartel nos quais houve celebração de Acordo de Leniência e que foram julgados pelo Tribunal Administrativo do Cade até dezembro de 2017. A análise busca verificar como a autarquia tem se posicionado quanto ao compartilhamento de documentos oriundos de acordos de leniência e se houve algum tipo de mudança de posicionamento, em especial após a realização da consulta pública.

O artigo se divide da seguinte forma: a seção dois trata da teoria sobre o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil, enquanto a seção três faz a análise da prática sobre o acesso a documentos, analisando os seguintes casos de cartel: (i) vigilantes; (ii) peróxidos; (iii) cargas aéreas; (iv)

---

[4] Conforme o art. 36 da Lei nº 12.529/11.

[5] O Ministério Público Federal e/ou Estadual, tradicionalmente, atua como interveniente nos Acordos de Leniência celebrados pelo Cade, de modo a garantir o não oferecimento da denúncia criminal com relação à pessoa física beneficiária do acordo (cf. art. 4º, II, Lei nº 8.137/1990). Cumprido o Acordo de Leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes-objeto do acordo (cf. artigo 87 da Lei nº 12.529/2011).

[6] Estudo indica que, até 2011, pouco mais de vinte ARDC haviam sido ajuizadas no País.[6] Outra pesquisa de 2015 aponta um crescimento de 450% no número de acórdãos proferidos no bojo de tais ações entre os anos de 2009-2011 (quatro acórdãos) e 2012-2014 (22 acórdãos). MACHADO, L. A. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, 2015. p. 116.

[7] O Guia – Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel do Cade, conceitua o TCC da seguinte forma: "Previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011, o Termo de Compromisso de Cessação ("TCC") consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade") e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas".

[8] Disponível em: <https://bit.ly/2QIZ1nA>.

mangueiras marítimas; (v) perborato de sódio; (vi) compressores; (vii) TPE; (viii) ABS; (ix) CRT; (x) DRAM; (xi) airbags, cintos e volantes; (xii) sigiloso; (xi) sigiloso; (xiii) manutenção predial; e (xiv) rolos cerâmicos. É feita, por fim, a conclusão do estudo.

1. Da teoria sobre o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil

Conforme mencionado, no Brasil, a persecução a cartéis é feita tanto administrativamente quanto penal e civilmente.

Quando a persecução é feita administrativamente pelo Cade[9] ou penalmente pelo Ministério Público[10], ocorre o que a doutrina optou por chamar de *public enforcement*, para se referir à atuação das autoridades de defesa da concorrência e de órgãos públicos na persecução de práticas anticompetitivas.

Por sua vez, a expressão *private enforcement* é usada para se referir às hipóteses de aplicação das normas de defesa da concorrência pelo Judiciário, no âmbito das ARDC movidas por consumidores lesados pela prática anticompetitiva. As ARDC estão previstas no art. 47 da Lei nº 12.529/11 e decorrem da obrigação de indenizar prevista no art. 927 do CC, segundo a qual "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Nesse tipo de ação, é preciso não só comprovar o ato ilícito (nesse caso, o cartel), mas também o dano causado e o nexo causal entre dano e conduta. Nesse contexto, o acesso ao material necessário para comprovar o ato ilícito e o dano causado, muitas vezes de posse do Cade[11], ainda é uma das principais complicações à obtenção de evidências[12].

Para viabilizar esse tipo de demanda, seria necessário que fosse concedido aos interessados em propor a ação o acesso ao material utilizado pelo Cade para instruir os processos administrativos, em especial os que envolvem os documentos obtidos por meio da celebração de Acordo de Leniência.

Surge, aí, o cerne do conflito entre *public* e *private enforcement*. No Brasil, a regra geral prevista no art. 5º, LX, da Constituição Federal de 1988 é a da publicidade dos atos administrativos. Há, porém, exceções à regra constitucional, basicamente oriundas das leis que a regulamentam, quais sejam, a Lei nº 9.784/99 (Lei Geral de Processo Administrativo) e a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação – LAI).

A Lei Geral de Processo Administrativo, por exemplo, estabelece o sigilo à intimidade e ao interesse público.[13] Ademais, na LAI, há exceção para a divulgação de informações que possam "representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos"[14] e que possam "comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações"[15].

A Lei de Defesa da Concorrência também contém exceções à regra geral constitucional da publicidade dos atos administrativos. O art. 49, por exemplo, garante o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos, sendo que as partes

---

[9] Conforme determinado pela Lei nº 12.529/11.

[10] Nos termos da Lei nº 8.137/90.

[11] Nesse sentido, MAIOLINO, I. Alternativas ao uso de documentos provenientes de acordos de leniência nas ações privadas de reparação pela prática de cartel. **Revista do IBRAC**, v. 23, n. 2, 2017. p. 301-302.

[12] OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO. **Relationship between public and private antitruste enforcement**. 15 Jun. 2015.

[13] Cf. art. 2º, V, Lei nº 9.784/1999 c/c art. 5º, LX, CF/88.

[14] Cf. art. 5º, §2º, do Decreto nº 7.724/2012, que regula a LAI: "não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos".

[15] Cf. art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011.

podem requerer tratamento sigiloso das informações submetidas ao Cade no termo e modo definidos no Ricade.

O art. 49 da referida lei é regulamentado pelos arts. 89 a 95 do Ricade. O art. 89 prevê a possibilidade de que os documentos e as informações apresentados sejam tratados de quatro modos: (i) público, quando puderem ser acessados por qualquer pessoa; (ii) acesso restrito, quando o acesso for exclusivo a algumas partes; (iii) sigiloso, quando o acesso for exclusivo às autoridades públicas; e (iv) segredo de justiça, quando o acesso for limitado por decisão judicial.

Segundo o art. 91 do Ricade, no interesse das investigações e da instrução processual, o Cade assegurará tratamento sigiloso de autos, documentos, objetos ou informações e atos processuais, dentro do estritamente necessário à elucidação do fato e em cumprimento ao interesse social. Antes do encerramento da instrução do processo administrativo (PA), porém, será dado pleno acesso aos documentos utilizados para a formação da convicção do Cade, em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao tratamento de acesso restrito, esse poderá ser conferido, conforme o caso e no interesse da instrução processual, às informações e documentos que estiverem relacionados a alguma das hipóteses previstas no art. 93 do Ricade[16].

Especificamente quanto aos Acordos de Leniência, a Lei nº 12.529/11 confere tratamento confidencial aos documentos e às informações fornecidos no âmbito de tais negociações, visando, justamente, a resguardar os incentivos das partes a buscar ambos os instrumentos (Acordo de Leniência e TCC), considerados pilares da persecução pública a cartéis no País.

A confidencialidade do Acordo de Leniência está prevista em lei federal (art. 86, §9º[17]), em regulamento infralegal (art. 241, §§ 1º e 2º, do Ricade[18]) e também em cláusulas do próprio Acordo celebrado entre os Signatários e o Cade com a intervenção do Ministério Público[19].

Observa-se, ainda, que a confidencialidade das informações e dos documentos consubstancia tanto um direito quanto uma obrigação do proponente dos acordos, já que o acesso indevido a documentos e informações pode gerar prejuízos irreversíveis, não apenas às partes, mas também à investigação do cartel e ao Programa de Leniência do Cade como um todo.

De um lado, a quebra da confidencialidade com relação ao signatário do Acordo de Leniência pode expô-lo isolada e antecipadamente em relação aos demais coautores da conduta anticompetitiva que não colaboraram com o Cade e pode expor também informações concorrencialmente sensíveis, tais como segredos comerciais.

Por outro lado, com relação à investigação do Cade, a quebra da confidencialidade pode inviabilizar a coleta ulterior de evidências sobre o cartel, por meio, por exemplo, de uma busca e apreensão. Ainda, especialmente no que tange à efetividade do Programa de Leniência, a quebra da confidencialidade pode macular a confiança na capacidade da agência antitruste em proteger tais informações e documentos, prejudicando a descoberta e a persecução de novos cartéis que continuem a ser implementados no País.

Ainda que no contexto das ARDC o acesso a materiais oriundos de acordos de leniência possa ser justificado pelo caráter de acervo probatório necessário para o sucesso da pretensão indenizatória dos consumidores lesados, pode expor os signatários do Acordo de Leniência a uma situação pior do

---

[16] Existência de sigilo definido por lei, informação relativa à atividade empresarial cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, segredos de empresas, faturamento, clientes e fornecedores, custos de produção, dentre outras.

[17] Cf. art. 86, §9º, da Lei nº 12.529/2011: "Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo".

[18] Cf. art. 241, §§ 1º e 2º, do Ricade: "A proposta receberá tratamento sigiloso e acesso somente às pessoas autorizadas pelo Superintendente-Geral." e "Nos casos de proposta escrita, esta será autuada como sigilosa e nenhum de seus dados constará do sistema de gerenciamento de documentos do Cade."

[19] Modelo de Acordo de Leniência encontra-se disponível no site do Cade: <https://bit.ly/2LFomPo>.

que a dos coautores que não cooperaram com as autoridades antitruste[20], criando assim um desincentivo ao *enforcement* público.

Assim, muito embora o *enforcement* privado possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência[21], reconhece-se que a tendência crescente de ajuizamento de ARDC traz desafios aos programas de colaboração das autoridades antitruste no mundo e no Brasil, em especial aos Programas de Leniência.

Se, de um lado, regras que favoreçam excessivamente o *private enforcement* podem prejudicar o *public enforcement.* por outro, regras que sejam excessivamente restritivas às ARDC podem inviabilizar o ressarcimento da parte lesada pela infração à ordem econômica e inviabilizar parte significativa da função dissuasória do *enforcement* antitruste[22].

No entanto, muito embora exista previsão legal para a confidencialidade dos documentos na Lei nº 12.529/11 e no Ricade, a referida lei é silente no que diz respeito à divulgação dos documentos obtidos por meio da celebração de acordos de leniência em caso de solicitação judicial[23] ou em caso de solicitação para proposição de ARDC.

Favorecer o *enforcement* privado sem, em contrapartida, regular as regras de acesso e limitar a responsabilidade civil do signatário da leniência pode prejudicar o *enforcement* público. E o desincentivo aos Programas de Leniência, pela via reflexa, também prejudica o *enforcement* privado, ainda incipiente no Brasil.

Se há perda de atratividade do Programa de Leniência, que é uma das principais ferramentas do Cade para desvendar cartéis, menos cartéis tendem a ser descobertos e, assim, menos ARDC passam a ter a chance de serem ajuizadas (com consequente ressarcimento das partes lesadas).

Ademais, há o risco de o Brasil tornar-se o tortuoso canal de obtenção indevida de documentos e informações por estrangeiros. Na hipótese de um cartel internacional que tenha resultado na celebração de Acordo de Leniência no Brasil, por exemplo, as partes que não obtiverem acesso aos documentos e informações considerados necessários para o ajuizamento das ARDC em seus respectivos países poderão se utilizar indevidamente do Brasil para obter tal acesso, colocando em risco o Programa de Leniência brasileiro no contexto internacional do combate a condutas anticompetitivas.

Em uma tentativa de promover a busca pela adequada medida entre a proteção dos documentos e informações de Acordos de Leniência e TCC (com vistas à manutenção da atratividade dos referidos Programas) e o fomento ao ajuizamento das ARDC no Brasil, a Superintendência-Geral do Cade elaborou uma primeira minuta de resolução sobre a matéria, que foi submetida ao crivo público por meio da Consulta Pública nº 05/2016, no dia 07 de dezembro de 2016, na 96ª Sessão Ordinária de Julgamento do Tribunal[24].

Há, ainda, a exposição de motivos da necessidade de edição e homologação de uma futura resolução, bem como a Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/CADE, que trata da necessidade da resolução e do panorama do compartilhamento de documentos e responsabilização do Signatário e Compromissário em outras jurisdições.

---

[20] Nesse sentido, a *International Competition Network*, em seu *Anti-cartel enforcement manual*, elenca que as autoridades antitruste devem salvaguardar os incentivos dos programas de leniência, sendo um deles a certeza de que o colaborador não vai se colocar em desvantagem pela sua colaboração.

[21] "(...) No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados". Voto do ex-Conselheiro Fernando Furlan no Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 ("cartel dos gases industriais").

[22] Para mais informações, ver Relatório OCDE 2015. OCDE – Organização para Cooperação Econômica eDesenvolvimento. **Relationship between public and private antitruste enforcement**. 15 Jun. 2015.

[23] SOUZA, N. M. S. Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do Direito Europeu. *In*: **Ideias em Competição** – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015. p. 434.

[24] Disponível em: <https://bit.ly/2AaGaNS>.

No caso, a primeira proposta de resolução previa as hipóteses de sigilo, bem como a maneira pela qual as informações devem ser solicitadas, dizendo o art. 12 que "a decisão final do Plenário do Tribunal do Cade poderá tornar públicos documentos e informações de acesso restrito referidos no art. 1º que forem considerados relevantes para a formação do entendimento do Plenário"[25].

No entanto, mesmo após o julgamento do PA pelo Tribunal, pretende-se que o sigilo seja mantido, dentre outras hipóteses, em relação ao Histórico da Conduta e seus aditivos elaborados no âmbito da negociação de Acordo de Leniência e TCC.

A fim de resguardar as investigações ainda em curso na SG/Cade, também foi sugerido que ocorresse a suspensão de processos judiciais ou extrajudiciais diante dos processos administrativos. De acordo com a exposição de motivos, um PA aguarda em média um ano para ser julgado pelo Tribunal após a distribuição do caso ao Conselheiro Relator, de forma que, para resguardar a atratividade das ações negociais, a medida seria proporcional[26].

Ainda em referência às ações de reparação, destacam-se duas medidas propostas que pretendem estimular o ajuizamento de ações. A primeira trata do tratamento prioritário a terceiros que busquem acesso a documentos do Cade, caso esses documentos objetivem o ajuizamento posterior de ações de indenização. A segunda diz respeito ao uso da decisão condenatória do Tribunal como título executivo extrajudicial e prova *prima facie* da existência da conduta e do dano, a fim de facilitar o ajuizamento das ações civis. Dessa forma, as partes lesadas que porventura tiverem interesse em ajuizar ações, precisariam provar somente a extensão do dano e do nexo causal[27].

Após receber contribuição sobre a primeira minuta da resolução, o Cade abriu nova consulta sobre uma segunda minuta de resolução em 04 de julho de 2018, na 126ª Sessão Ordinária de Julgamento. De acordo com o órgão, ainda que as propostas referentes à primeira resolução tenham sido recebidas e analisadas, "foi constatada a necessidade de realizar alterações significativas ao texto, inclusive para adequar os procedimentos internos de recebimento e processamento dos pedidos de acesso a informações e documentos. Desse modo, o Conselho entendeu que seria adequado disponibilizar a nova proposta para contribuição da sociedade".[28]

As principais alterações da proposta de resolução[29] de 2018, em comparação à proposta de 2016, consistem na supressão de dois artigos: um referente ao acesso prioritário aos documentos confidenciais pelas partes lesadas pela conduta, para proposição de ARDC, e outro referente à criação, nos autos, de um apartado para fins de compartilhamento de informações pelo Conselheiro-Relator, que incluiria os documentos utilizados no voto para formação do entendimento do Plenário, bem como os que evidenciassem a conduta anticompetitiva ou que citassem as partes potencialmente lesadas pela infração.

Destaca-se que a supressão dessa previsão, na segunda proposta de resolução, mantém a atual situação referente ao procedimento de acesso a documentos, tendo pouco ou nada alterado, na prática, aas questões referentes à dificuldade de obtenção de documentos oriundos de Acordo de Leniência e TCC.

---

[25] CADE. Minuta de Resolução. 2016.

[26] CADE. Exposição de motivos da Consulta Pública Consulta Pública nº 05/2016.

[27] De acordo com a Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, diversos países adotam esse modelo, quais sejam: União Europeia, Reino Unido, Alemanha, Holanda, Austrália e Canadá. Ainda, foi explicado ainda que "em que pese tal proposta, ações autônomas continuariam a ser ajuizadas concomitantemente à investigação do Cade, independentemente do Inquérito ou Processo Administrativo, nos termos do próprio caput do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011."

[28]CADE. Aberta nova consulta pública sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste. Brasília: Cade, 4 jul. 2018.

[29] Disponível em: <https://bit.ly/2O9NVqu>

Após o término do prazo para manifestações, a consulta se concretizou na forma da Resolução nº 21 de 11 de setembro de 2018. Não houve mudanças significativas quanto ao teor da segunda consulta e a versão final publicada[30].

2. Da prática sobre o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil: análise empírica dos PAs julgados pelo Cade originados de acordos de leniência

O proferimento do voto pelo Conselheiro-Relator na sessão de julgamento do Plenário do Tribunal do Cade torna públicos todos os documentos e informações que forem considerados relevantes para a imputação da conduta delitiva em face de todas as empresas e pessoas físicas envolvidas na conduta anticompetitiva investigada, independentemente de serem oriundos de Acordo de Leniência, TCC, busca e apreensão ou de outras fontes, nos termos do art. 248 do Ricade.

Esse voto público tende a qualificar, de modo similar, a participação de todos os coautores da conduta anticompetitiva, inclusive em relação ao nível de prova existente contra cada um deles. Trata-se de documento extenso, que pode até mesmo transcrever as principais provas que evidenciam a conduta anticompetitiva.

Importante destacar que a definição do proferimento de voto pelo Conselheiro-Relator como marco temporal para o término da confidencialidade foi reconhecido, pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Declaração ao Recurso Especial nº 1.554.986/SP[31].

Inicialmente, o Ministro-Relator entendeu que a confidencialidade dos documentos oriundos de Acordo de Leniência e TCC estender-se-ia até o proferimento de decisão final pela Superintendência-Geral. Após manifestação da Procuradora Federal Especializada junto ao Cade (ProCade), alterou o seu posicionamento, em sede de embargos, tendo o voto destacado que o uso de acordos de leniência tem papel especial na apuração de condutas anticompetitivas, o que justificaria a extensão do sigilo até o julgamento final pelo Tribunal do Cade.

Em relação à experiência do Cade, antes da submissão da consulta pública, o Tribunal do Cade havia julgado dez casos instaurados em decorrência da celebração de acordos de leniência, a saber: (i) cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul (julgado em 2007)[32]; (ii) cartel internacional dos peróxidos (julgado em 2012)[33]; (iii) cartel internacional de cargas aéreas (julgado em 2013)[34]; (iv) cartel internacional de mangueiras marítimas (julgado em 2015)[35]; (v) cartel internacional de perborato de sódio (julgado em 2016)[36]; (vi) cartel internacional dos compressores (julgado em 2016)[37]; (vii) cartel Internacional de Elastômeros Termoplásticos (TPE) (julgado em 2016)[38]; (viii) cartel de Plásticos ABS (julgado em 2016)[39]; (ix) cartel internacional de CRT (julgado em 2016)[40]; e (x) cartel internacional de Placas de Memória (DRAM) (julgado em 2016)[41].

---

[30] Para mais informações, consultar Nota Técnica nº 2/2018/GAB-PRES/PRES/CADE, produzida pela assessoria da Presidência do Cade, disponível em <https://bit.ly/2D3IJ5Z>.

[31] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. Ministro Relator Marco Aurelio Belizze.

[32] PA nº 08012.001826/2003-10. Leniência celebrada em 8 out. 2003, julgado em 19 set. 2007.

[33] PA nº 08012.004702/2004-77. Acordo de Leniência celebrado em 6 maio 2004, julgado em 9 maio 2012. O processo principal foi desmembrado no PA nº 08012.007818/2004-68.

[34] PA nº 08012.011027/2006-02. Leniência celebrada em 21 dez. 2006, julgado em 28 ago. 2013.

[35] PA nº 08012.010932/2007-18. Leniência celebrada em 13 ago. 2007, julgado em 25 fev. 2015.

[36] PA nº 08012.001029/2007-66. Leniência celebrada em 11 set. 2006, julgado em 25 fev. 2016.

[37] PA nº 08012.000820/2009-11. Leniência celebrada em 30 jan. 2009, julgado em 16 mar. 2016.

[38] PA nº 08012.000773/2011-20. Leniência celebrada em 17 dez. 2010, julgado em 31 ago. 2016.

[39] PA nº 08012.000774/2011-74. Leniência celebrada em 17 dez. 2010, julgado em 14 set. 2016. O processo principal foi desmembrado no PA 08700.009161/2014-97, julgado em 14 set. 2016.

[40] PA nº 08012.005930/2009-79. Leniência celebrada em 29 jul. 2009, julgado em 9 nov. 2016.

[41] PA nº 08012.005255/2010-11. Leniência celebrado em 24 nov. 2011, julgado em 23 nov. 2016.

Após a submissão da consulta, foram julgados os seguintes casos: (i) cartel de Airbags, cintos de segurança e volantes (julgado em 2017)[42]; (ii) sigiloso (julgado em 2017)[43]; (iii) sigiloso (julgado em 2017)[44]; (iv) cartel de manutenção predial (julgado em 2017)[45] e (v) cartel de rolos cerâmicos refratários (julgado em 2017)[46].

A análise desses casos, e da forma com que foi tratada a requisição de informações, será feita a seguir. Será observado, também, se houve mudança no tratamento dos dados após a consulta, em especial dos referentes ao compartilhamento pelo Tribunal.

2.1. Cartel dos Vigilantes

A investigação do cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul foi resultado do primeiro Acordo de Leniência celebrado no Brasil, o qual ensejou a realização de operações de busca e apreensão e interceptações telefônicas.

A Nota Técnica final da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) foi assinada em 27 de setembro de 2006, enquanto o voto foi proferido em 19 de setembro de 2017.

Quando do julgamento do caso pelo Tribunal do Cade, o Conselheiro-Relator elaborou uma versão pública e uma versão confidencial de seu voto. No voto público, que continha informações referentes à identidade dos Signatários, foram transcritos trechos do Acordo de Leniência e disponibilizados o termo de celebração do referido Acordo (fls. 329 e ss.) e as degravações das interceptações telefônicas (fls. 6.622 e ss.). Já nos autos de acesso restrito permaneceram os documentos fornecidos pelos beneficiários da leniência e os documentos obtidos em sede de busca e apreensão.

2.2. Cartel dos peróxidos

Na investigação referente ao cartel internacional dos peróxidos, houve operação de busca e apreensão embasada na prévia celebração de Acordo de Leniência. Inicialmente, durante as investigações, foi disponibilizado aos representados apenas o "Histórico de Infrações" (atualmente denominado Histórico da Conduta), contendo o lastro probatório da infração noticiada.

Posteriormente, porém, para fins de ampla defesa, foi disponibilizado aos representados também o termo de celebração do Acordo de Leniência.[47]

A Nota Final foi proferida pela SDE em 24 de junho de 2009, enquanto o voto foi proferido em 09 de maio 2012.

Quando do julgamento do caso pelo Tribunal do Cade, o Conselheiro-Relator elaborou uma versão pública e uma versão confidencial do seu voto. Por um lado, na versão pública, houve menção explícita à identidade dos Signatários, transcrição de diversos trechos dos documentos da busca e apreensão e também de documentos do Acordo de Leniência. Por outro, o termo de celebração do Acordo de Leniência em si, o Histórico de Infrações e as provas colhidas em sede de busca e apreensão permaneceram em apartado de acesso restrito às representadas no processo.

2.3. Cartel das cargas aéreas

---

[42]PA nº 08700.004631/2015-15. Leniência celebrada em 29 jun. 2015, julgado em 6 set. 2017.

[43] Inquérito Administrativo nº 08700.010322/2012-23 (autos públicos nº 08700.008005/2017-51). Leniência celebrada em 24 maio 2012. Processo julgado em 13 dez. 2017.

[44] Inquérito Administrativo nº 08700.0010319/2012-18 (autos públicos nº 08700.008004/2017-15). Leniência celebrada em 24 maio 2012. Processo julgado em 13 dez. 2017.

[45] PA nº 08012.006130/2006-22 Leniência celebrada em 23 jun. 2006. Processo julgado em 6 nov. 2017.

[46] PA nº 08700.004627/2015-49. Leniência celebrada em 29 jun. 2015. Processo julgado em 22 nov. 2017.

[47] As representadas no processo alegaram cerceamento de defesa em razão do termo de celebração do Acordo de Leniência não ter sido disponibilizado desde a instauração do processo administrativo, questionamento que foi afastado pelo Conselheiro-Relator Carlos Emannuel Joppert Ragazzo, para o qual o documento não seria relevante para a defesa, pois contém "previsão de informações burocráticas que disciplinam a relação dos beneficiários com a administração pública, em respeito às regras dos artigos 35-B e 35-C da Lei nº 8.884/94".

Na investigação referente ao cartel internacional de cargas aéreas[48], também ocorreu operação de busca e apreensão após a celebração de Acordo de Leniência.

O Despacho da SDE que encaminhou o processo para o Cade foi proferido em 30 de dezembro de 2009.

Na ocasião do julgamento do caso pelo Tribunal do Cade, em 28 de agosto de 2013, o Conselheiro-Relator elaborou uma versão pública e uma versão confidencial do seu voto. Na versão pública, que deu publicidade à identidade dos Signatários, havia a transcrição de diversos trechos dos documentos da busca e apreensão e também de documentos oriundos do Acordo de Leniência.

Já o termo de celebração do Acordo de Leniência em si, o Histórico de Infrações e as provas colhidas em sede de busca e apreensão permaneceram em apartado de acesso restrito às representadas no processo. Conferiu-se, portanto, o mesmo tratamento, em termos de acesso, que foi dado ao caso anterior (cartel internacional de peróxidos), com destaque para o fato de que, aos documentos recebidos por meio do Acordo de Leniência, foi dispensado o mesmo tratamento que o conferido aos documentos apreendidos nas sedes das empresas alvos de busca e apreensão.

2.4. Cartel das mangueiras marítimas

Nesse caso, a exemplo do que ocorreu no caso do cartel internacional de peróxidos, ao longo do PA, discutiu-se se era adequado conceder ou não acesso ao termo de celebração do Acordo de Leniência aos representados. Decidiu-se então, pela disponibilização do documento aos representados ainda durante a tramitação do processo.[49] A Nota Final elaborada pela SDE foi publicada em 13 de abril de 2012.

O Conselheiro-Relator, no julgamento de 25 de fevereiro 2015, deu publicidade à identidade dos Signatários, afastou as preliminares de confidencialidade suscitadas pelas representadas e buscou ponderar sobre a disponibilização de documentos e informações oriundos de leniência e TCC *versus* o fomento às ARDC. Na versão pública do voto, o Conselheiro-Relator transcreveu trechos de confissão de conduta dos TCC e trechos do Histórico da Conduta do Acordo de Leniência.[50]

Uma peculiaridade desse caso reside no fato de que, até o momento do voto, as representadas ainda não tinham tido acesso aos documentos apreendidos nas diligências de busca e apreensão, em virtude de segredo de justiça ainda mantido na via judicial.[51]

Assim, o Conselheiro-Relator, em seu voto, permitiu a divulgação do material oriundo do Acordo de Leniência a terceiros e determinou que, após o julgamento do caso, o termo de celebração do Acordo de Leniência (e demais documentos anexos apresentados pelo beneficiário) poderia ser

---

[48] Vale observar que um dos gerentes de carga internacional da Varig foi condenado a reparar os danos causados pelo cartel estimados em R$ 378,9 milhões, conforme sentença proferida em 29 de janeiro de 2014 pela Juíza Fernanda Afonso de Almeida, da 27ª Vara Criminal de São Paulo. Tal decisão evidencia a preocupação com a reparação civil, tal como apontado por Souza (2014).

[49] Até 09 de novembro de 2007, a averiguação preliminar em curso foi mantida sigilosa, sendo que com o proferimento da Nota Técnica de instauração do Processo Administrativo, a extinta SDE sugeriu que o termo de celebração do Acordo de Leniência fosse mantido em sigilo, com acesso apenas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e à beneficiária, e que os demais documentos oriundos da leniência fossem mantidos no apartado de acesso restrito às representadas, ou seja, com acesso proibido a terceiros. Cf. fl. 2906: "superada a fase em que a surpresa era ingrediente essencial para o sucesso das investigações, é de ser declarada a publicidade destes autos, excluindo-se desta publicidade, entretanto o instrumento do Acordo de Leniência, com os seus anexos" (PA nº 08012.001127/2010-07). As representadas alegaram cerceamento de defesa por não terem tido acesso à íntegra das declarações dos beneficiários, uma vez que o termo da confissão não estaria nos autos de acesso restrito às representadas, mas tão somente o Histórico da Conduta. Todavia, em 17 de outubro de 2008, a extinta SDE concedeu acesso à integra do Acordo de Leniência às representadas. Cf. §§ 69 a 75 do voto do Conselheiro-Relator.

[50] Id., § 3º: "também por razões de publicidade e moralidade", o Conselheiro-Relator tornou públicos os anexos aos TCC que tratam das confissões das condutas, até então mantidos em apartados confidenciais, visto que abordavam a forma pela qual o cartel se organizou no território brasileiro.

[51] Id., § 76. Havia apelação pendente de julgamento pelo TRF3.

disponibilizado a terceiros, em razão dos princípios da publicidade e da moralidade. Segundo o Relator, "fatos e documentos apresentados pelo beneficiário integram a confissão da conduta e só podem ser divulgados a terceiros não-representados após o julgamento do caso em sessão pública".[52]

Em que pese essa decisão pela publicização após o julgamento, o Conselheiro-Relator destacou que determinados documentos não usados como base para a acusação deveriam ser mantidos confidenciais, mesmo após o julgamento do caso, por versarem sobre segredos de empresa (incluindo especificações técnicas de produtos).[53]

Ademais, foi mantida a confidencialidade dos materiais apreendidos em medida de busca e apreensão, tendo em vista o segredo de justiça pendente. Esses documentos, cuja disponibilização foi autorizada, não se encontram nos autos públicos no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade, de modo que a íntegra do termo de celebração do Acordo de Leniência e dos seus anexos ainda permanecem em acesso restrito aos representados. A princípio, tais documentos estarão disponíveis apenas às partes que tiverem autorização judicial de acesso.

2.5. Cartel perborato de sódio

No julgamento do cartel internacional de perborato de sódio, em 25 de fevereiro de 2016, cuja Nota Final da Superintendência-Geral data de 29 de julho de 2015, excepcionalmente, o voto do Conselheiro-Relator determinou a publicidade de todo o apartado de acesso restrito às representadas, sob o fundamento de que as informações comerciais que poderiam ser consideradas sigilosas datavam de muitos anos e, portanto, não poderiam mais ser consideradas concorrencialmente sensíveis. Além disso, publicizou a identidade das Signatários.

Contudo, o termo de celebração do Acordo de Leniência, bem como o Histórico da Conduta e os demais anexos permanecem em acesso restrito aos representados. A princípio, tais documentos estarão disponíveis apenas às partes que tiverem autorização judicial de acesso.

2.6. Cartel de compressores

No julgamento do cartel dos compressores, em seu voto público, de 16 de março de 2016, cuja Nota Final da Superintendência-Geral data de 27 de novembro de 2012, o Conselheiro-Relator transcreveu, além da identidade dos Signatários, os principais trechos do Histórico da Conduta e franqueou aos representados o acesso à totalidade dos documentos probatórios.

Para tal, embasou-se na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (STF), que garante aos representados amplo acesso aos elementos de prova, em observância ao direito de defesa.[54] Por sua vez, mesmo após o julgamento do caso, permaneceram nos autos de acesso restrito informações sobre segredos de empresa, o termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos.

2.7. Cartel de TPE

No julgamento do cartel de TPE, cuja Nota Final da Superintendência-Geral é de 29 de fevereiro de 2016, o Conselheiro-Relator elaborou versão pública e de acesso restrito do voto, proferido em 31 de agosto de 2016. Muito embora tenha franqueado acesso aos representados aos documentos comprobatórios, o voto público continha, além da identidade dos Signatários, apenas alguns trechos do

---

[52] Id. § 74.

[53] Cf. nota de rodapé 13 do voto do Conselheiro-Relator. Ademais, cf. §9º do voto: "No que se refere à publicidade do julgamento, isto é, do acesso de terceiros ao teor, é importante registrar que a regra é que os julgamentos do Cade sejam realizados em sessão pública. Em virtude dessa obrigação de observância dos princípios da moralidade, do interesse público e da publicidade, entendo que a única restrição à publicidade plena do presente julgamento é a liminar concedida na Medida Cautelar de Busca e Apreensão 0024157.07.2007.4.03.6100 para o estrito interesse na realização das diligências".

[54] Súmula Vinculante nº 14 do STF: "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Histórico da Conduta. O termo de celebração do Acordo de Leniência não foi disponibilizado nos autos públicos.

2.8. Cartel do ABS

No julgamento do cartel de ABS, cuja Nota Técnica final da Superintendência-Geral data de 19 de fevereiro de 2016, o Conselheiro-Relator elaborou versão pública e de acesso restrito do voto, tendo incluído, além da identidade dos Signatários, transcrições de trechos do Histórico da Conduta no voto público. Disponibilizou o termo de celebração da Leniência apenas aos representados, no mesmo sentido que o voto proferido no cartel de TPE.

2.9. Cartel de CTR

No julgamento do cartel internacional de CRT, cuja Nota Final da Superintendência-Geral foi proferida em 13 de novembro de 2015, o Conselheiro-Relator, cujo voto foi proferido em 09 de novembro de 2016, deixou clara a publicidade da identidade dos Signatários em razão de previsão regimental.

Elaborou voto público e de acesso restrito e, em seu voto público, transcreveu provas apresentadas pelos Signatários e Compromissários e trechos do Acordo de Leniência, cujo inteiro teor foi disponibilizado ao Representados do processo.

2.10. Cartel do DRAM

No julgamento do cartel de DRAM, cuja Nota Final da Superintendência-Geral foi assinada em 28 de março de 2016, similarmente ao voto proferido no cartel de CRT, o Conselheiro-Relator deu publicidade à identidade dos signatários da leniência, nos termos do art. 248 do Ricade (na época art. 207).

O conselheiro produziu votos de acesso público e restrito, em 23 de novembro de 2016, sendo que o primeiro menciona trechos do Histórico da Conduta do Acordo de Leniência e de TCC, bem como inclui trechos de documentos apresentados pelos Signatários

Destaca-se que, ao longo da instrução, os representados tiveram acesso ao inteiro teor do Acordo de Leniência e ao Histórico da Conduta.

Em relação às informações confidenciais que foram tornadas públicas, destaca-se que o voto, inclusive, cita os clientes afetados que foram mencionados nos Históricos da Conduta e faz a ressalva quanto à existência de outros clientes que não foram mencionados em razão de confidencialidade.

2.11. Cartel de airbags, cintos e volantes

No julgamento do cartel de airbags, cuja Nota-Técnica Final da Superintendência-Geral é de 19 de junho de 2017, assim como nos votos proferidos no julgamento dos cartéis de CRT e de DRAM, o voto do Conselheiro-Relator destacou a publicidade da identidade do Signatário do Acordo de Leniência, também nos termos do Ricade.

O Conselheiro-Relator elaborou voto público e restrito, proferidos em 06 de setembro de 2017, mas o primeiro conta com a transcrição de um único documento do Histórico da Conduta.

2.12. Sigiloso

O Inquérito Administrativo nº 08700.008005/2017-51 (acesso restrito nº 08700.010322/2012-23) foi julgado pelo Tribunal em 13 de dezembro de 2017 e, apesar de se tratar de investigação relacionada à prática de cartel, em razão do sigilo, não foi possível identificar o mercado que estava sob investigação. Nesse caso, a Nota Final foi proferida pela Superintendência-Geral em 11 de julho de 2017.

Apesar de curto, o voto do Conselheiro-Relator traz importante entendimento em relação à identificação dos Signatários.

A ProCade manifestou-se pela manutenção do acesso restrito da identidade dos signatários do Acordo de Leniência e dos documentos e informações dele constantes, mesmo após o proferimento de voto pelos Conselheiros, para salvaguardar investigações que pudessem surgir no futuro.

No caso, como o julgamento era de um Inquérito Administrativo e não de um processo, a procuradoria entendeu pela não aplicação do art. 248 do Ricade.

O Tribunal, no entanto, posicionou-se de forma oposta, tendo o Conselheiro-Relator destacado que não era necessária ou razoável a manutenção da confidencialidade da existência do Acordo de Leniência e da identidade dos Signatários de forma perpétua, tão somente ao conteúdo do referido acordo.

O voto determinou, então, a publicidade da identidade dos Signatários do acordo.

2.13. Sigiloso

No mesmo sentido que o Inquérito supramencionado, no Inquérito Administrativo nº 08700.0010319/2012-18 (autos públicos nº 08700.008004/2017-15), também julgado em 13 de dezembro de 2017, não foi possível identificar o mercado que estava sob investigação. Nesse caso, a Nota Final foi proferida pela Superintendência-Geral em 30 de junho de 2017.

A posição adotada pelo Conselheiro-Relator foi similar àquela do outro inquérito, no sentido de que não há necessidade de manter a confidencialidade da identidade dos Signatários, mas tão somente do teor do Acordo de Leniência. No caso, entendeu-se que a confidencialidade só deve ser preservada em benefício das investigações, em oposição ao entendimento da ProCade.

Assim, apesar de ter publicizado a identidade dos Signatários, o voto não juntou qualquer informação do Histórico da Conduta ou do termo da Leniência.

2.14. Cartel da manutenção predial

No julgamento do cartel de manutenção predial, cuja Nota Final da Superintendência-Geral foi proferida em 16 de janeiro de 2017, o Conselheiro-Relator elaborou voto público e outro de acesso restrito, proferidos em 06 de novembro de 2017, optando pela publicidade da identidade dos Signatários.

O voto público juntou diversos documentos obtidos através do Acordo de Leniência, como planilhas, e-mails e outros documentos eletrônicos, bem como documentos obtidos em diligência de busca e apreensão. O inteiro teor do material apreendido foi juntado aos apartados de cada representada que foi objeto das operações de busca.

O voto não mencionou a confidencialidade desses documentos após o voto e, ao que parece, deu o mesmo tratamento, no que se refere à confidencialidade, aos documentos obtidos por meio de diligência de busca e apreensão e por meio do Acordo de Leniência, ou seja, tais documentos não foram juntados aos autos públicos.

2.15. Cartel de rolos de cerâmica

No julgamento do cartel de rolos cerâmicos, cuja Nota Final foi proferida pela Superintendência-Geral em 04 de agosto de 2017, o Conselheiro-Relator, em seu voto de versão única, de 22 de novembro de 2017, deu publicidade à identidade dos signatários da leniência, nos termos do art. 248 do Ricade, tendo juntado trechos do Histórico da Conduta.

Destaca-se que, ao longo da instrução, os demais representados tiveram acesso ao Acordo de Leniência e ao Histórico da Conduta, que foram mantidos em acesso restrito mesmo após o julgamento do feito.

Conclusão

O artigo buscou fazer uma breve revisão dos dispositivos legais que justificam a confidencialidade do Acordo de Leniência e dos documentos relacionados, bem como dos dispositivos

que podem embasar requerimentos de acesso aos documentos confidenciais. Foi feita, também, uma breve explicação sobre o contraponto existente entre *enforcement* público e privado.

Para verificar o posicionamento do Cade quanto ao acesso de documentos oriundos de acordos de leniência, foram analisados todos os casos de cartel, julgados até dezembro de 2017, nos quais houve celebração de Acordo de Leniência.

Conclui-se que não houve mudança no padrão de acesso a informações relacionadas à Leniência ao longo do tempo, mesmo após a realização da consulta pública sobre a matéria, em dezembro de 2016, sendo possível sintetizar a análise em seis pontos:

i) Não houve mudança substantiva no entendimento, mas sim um amadurecimento institucional e maior conscientização quanto ao tratamento de dados confidenciais: dá-se publicidade acerca da identidade dos Signatários, mas, na prática, mantém-se o termo de Acordo de Leniência e o Histórico da Conduta como de acesso restrito;

ii) Ainda que não seja conferido acesso público ao Histórico da Conduta, os votos contêm trechos e teor suficiente do Acordo de Leniência para demonstrar a motivação da decisão do Conselheiro pela existência ou não de cartel;

iii) A identidade dos Signatários só é mantida até o julgamento do caso pelo Tribunal, ainda que não se trate de PA, em consonância ao art. 248 do Ricade, em que pese o entendimento divergente da ProCade. Nesse sentido, todos os votos analisados decidiram pela publicidade da identidade dos Signatários;

iv) Em todos os casos, com exceção dos carteis de peróxidos, cargas aéreas, mangueiras marítimas e compressores, o Cade demorou menos de um ano a contar da decisão final da SDE ou Superintendência-Geral para proferir a sua decisão final. Isso demonstra que a sugestão da proposta de resolução e a decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio Belizze em sede de Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.554.986, de que a confidencialidade dos documentos deveria ser mantida até a decisão final pelo Tribunal do Cade e não até a decisão final pela Superintendência-Geral é acertada e não prejudicaria as ARDCs;

v) A confidencialidade só é preservada em benefício das investigações, e não há uma preocupação clara com possíveis desdobramentos negativos ao *enforcement público* em decorrência do acesso às informações no contexto do *enforcement privado*;

vi) A maioria dos documentos foi mantida como acesso restrito mesmo após o julgamento, e os votos não mencionam até quando perdurará a confidencialidade, o que pode vir a se tornar um problema para as ARDC.

Por fim, ainda que a criação de uma resolução sobre o compartilhamento de documentos consista em um esforço normativo louvável[55], principalmente por ter contado com duas consultas e feedback do setor privado, critica-se que a versão final somente foi publicada quase dois anos após a realização da primeira consulta pública, o que manteve a insegurança quanto à matéria[56].

Além disso, apesar da publicação da resolução, nas hipóteses de solicitação judicial e de requerimento por terceiros em contexto de proposição de ARDC, entende-se que o tratamento quanto à confidencialidade dos materiais relacionados ao Acordo de Leniência e oriundos de busca e apreensão

[55] RECHTER, R. D. Do sigilo e do segredo de justiça. *In*: DRAGO, B. L.; PEIXOTO, B. L. **A livre concorrência e os tribunais brasileiros**: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. São Paulo: Singular, 2018. p. 38.

[56] Nesse sentido, destaca-se manifestação feita pelo Ministro Marco Aurélio Belizze no julgamento do Recurso Especial: "Desse modo, as questões relativas a quem pode requerer, quando será admitida e quais documentos podem ser fornecidos, em caráter geral e abstrato, como pretende o embargante, refogem ao espoco do recurso especial apreciado e mesmo ao *munus* público atribuído ao Poder Judiciário" (p. 08). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ: 8 mar. 2016.

seguirá casuístico, e sem a devida sistematização institucional, haja vista o disposto nos arts. 10 e 11 do referido normativo[57].

Assim, entende-se que a publicação da resolução é apenas um primeiro passo na normatização e sistematização do possível acesso de terceiros à documentos, sendo necessário acompanhar a implementação dos novos procedimentos de compartilhamento de documentos.

Referências bibliográficas

ANDRADE, D. T. A Lei 12.529/11 e o combate a cartéis no Brasil: avanços e perspectivas. *In*: CARVALHO, V. M. (Org.). **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 271-286.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/2LDVpja>. Acesso em 29 jun. 2018.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 28 dez. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/1R33Pwr>. Acesso em 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial**, Brasília, 1 fev. 1999 (retificado em 11 mar. 1999). Disponível em: <https://bit.ly/2lGUfsd>. Acesso em 29 jun. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/1hBawae>. Acesso em 27 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. **Diário Oficial**, Brasília, p. 1, 9 fev. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/1X3AuJU>. Acesso em 25 jul. 2018.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Diário Oficial**, Brasília, 1 jan. 2011 (retificado em 2 jan. 2011). Disponível em: <https://bit.ly/1r4bgHF>. Acesso em 20 de jun. 2017.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informação. **Diário Oficial**, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/1eKDwfY>. Acesso em 29 jun. 2018.

_____. Decreto nº 7724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. **Diário Oficial**, Brasília, 16 maio 2012 (retificado em 18 maio 2012). Disponível em: <https://bit.ly/1eXaagP>. Acesso em 29 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ: 8 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.554.986. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ: 20 fev.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 2/2018/GAB-PRES/PRES/CADE**, de 05 de setembro de 2018. Disponível em <https://bit.ly/2D3IJ5Z>.

[57] Diz o artigo 11: "Art. 11. A decisão final do Plenário do Tribunal do Cade tornará públicos documentos e informações de acesso restrito previstos no §2º do art. 10º.". O § 2º do art. 10, por sua vez: "§ 2º Os documentos e as informações que deverão ser classificados como de acesso restrito durante a fase de instrução, constituirão apartado específico e serão classificados conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 9º.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10**. Cartel dos vigilantes. Conselheiro-Relator Abraham Benzaquen Sicsú, julgado em 19 set. 2007.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70**. Cartel dos gases industriais. Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, julgado em 1 set. 2010.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77**. Cartel de peróxidos. Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 9 maio 2012.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02**. Cartel de cargas aéreas. Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 28 ago. 2013.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18**. Cartel de mangueiras marítimas. Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 25 fev. 2015.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66**. Cartel do perborato de sódio. Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, julgado em 25 fev. 2016.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11**. Cartel dos compressores. Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 16 mar. 2016.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.000773/2011-20**. Cartel de TPE. Conselheiro-Relator João Paulo Resende, julgado em 31 ago. 2016.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74**. Cartel de ABS. Conselheiro-Relator Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 14 set. 2016.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.005930/2009-79**. Cartel de CRT. Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos de Araújo, julgado em 9 nov. 2016.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11**. Cartel de DRAM. Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 23 nov. 2016.

_____. **Minuta de Resolução**. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2IGtkpB>.

_____. **Consulta Pública nº 05/2016**. 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/2lGtkpB>.

_____. **Exposição de motivos da Consulta Pública nº 05/2016**. 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/2Kxeio1>.

_____. **Guia –** Programa de leniência antitruste do Cade. 2016c. Disponível em: < https://bit.ly/2lNmHch >.

_____. **Guia –** Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. 2016d. Disponível em: <https://bit.ly/2lGTGPb>.

_____. **Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**. 2016e. Disponível em: <https://bit.ly/2lGUnrH>.

_____. **Modelo Padrão de Acordo de Leniência**. 2016e. Disponível em: <https://bit.ly/2LFomPo>.

_____. **Balanço 2016**. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2tGmdZK>.

_____. **Processo Administrativo nº 08700.004631/2015-15**. Cartel de airbags, cintos e volantes. Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos de Araújo, julgado em 6 set. 2017.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.006130/2006-22**. Cartel de manutenção predial. Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, julgado em 6 nov. 2017.

_____. **Processo Administrativo nº 08700.004627/2015-49**. Cartel de rolos cerâmicos refratários. Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia, julgado em 22 nov. 2017.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.008005/2017-51 (acesso restrito nº 08700.010322/2012-33). Sigiloso. Conselheiro-Relator João Paulo Resende, julgado em 13 dez. 2017.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.008004/2017-15 (acesso restrito nº 08700.0010319/2012-18). Sigiloso. Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, julgado em 13 dez. 2017.

_____. Regimento Interno do Cade. 2018.

_____. **Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://bit.ly/2QIZ1nA>.

_____. Aberta nova consulta pública sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste. Brasília: Cade, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2lUx5yJ>.

CARVALHO, L. C. L. G. **Responsabilidade civil concorrencial**: a busca pela efetiva reparação de danos. Rio de Janeiro: FGV, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2N7Jcou.>.

ICN – INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Chapter 2 – Drafting and implementing an effective leniency policy. *In*: **Anti-cartel enforcement manual**. Apr. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2BSuw6Y>. Acesso em 29 jun. 2018.

MACHADO, L. A. Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, 2015.

MAIOLINO, I. Alternativas ao uso de documentos provenientes de acordos de leniência nas ações privadas de reparação pela prática de cartel. **Revista do IBRAC**, v. 23, n. 2, 2017. p. 298-313.

MARTINS, A. A. L; GRANDIS, R. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. *In*: CARVALHO, V. M (Org.). **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência.** São Paulo: Singular, 2015. p. 287-304.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO. **Relationship between public and private antitruste enforcement**. 15 Jun. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2tDDcvs>. Acesso em 29 jun. 2018.

RECHTER, R. D. Do sigilo e do segredo de justiça. *In*: DRAGO, B. L.; PEIXOTO, B. L. **A livre concorrência e os tribunais brasileiros**: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. São Paulo: Singular, 2018. p. 36-44.

SOUZA, N. M. S. Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do Direito Europeu. *In*: **Ideias em Competição** – 5 anos do prêmio IBRAC-TIM. São Paulo: Singular, 2015. p. 433-455.

ANEXO I - Síntese das informações sobre os casos analisados no **artigo**

PA ou IA	Mercado afetado	Data da decisão da SDE ou SG	Data da decisão do Tribunal	Publicidade da ID dos Signatários	Documentos nos autos públicos	Disponibilização do Histórico da Conduta e Acordo de Leniência	Versão pública e restrita do voto
08012.001826/2003-10	Vigilantes	27/09/2006	19/09/2007	Sim	Degravação das interceptações e termo de celebração do Acordo de Leniência	Transcrição de trechos do acordo. Íntegra do acordo foi mantido nos autos restritos.	Sim
08012.004702/2004-77	Peróxidos	24/06/2009	09/05/2012	Sim	Trechos dos documentos da busca e apreensão e de documentos do Acordo de Leniência	Histórico de Infrações foi mantido em apartado de acesso restrito	Sim
08012.011027/2006-02	Cargas aéreas	30/12/2009	28/08/2013	Sim	Transcrição de documentos obtidos por meio de busca e apreensão e documentos oriundos do Acordo de Leniência.	Acordo de Leniência, Histórico de Infrações e provas colhidas em sede de busca e apreensão permaneceram em apartado de acesso restrito.	Sim
08012.010932/2007-18	Mangueiras	13/04/2012	25/02/2015	Sim	Transcrição de trechos de confissão de conduta dos TCC e trechos do Histórico da Conduta do Acordo de Leniência.	Foi mantida a confidencialidade dos materiais apreendidos em medida de busca e apreensão em razão de segredo de justiça pendente. A íntegra do termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos ainda permanecem em acesso restrito aos representados.	Sim
08012.001029/2007-66	Perborato de sódio	29/07/2015	25/02/2016	Sim	Conselheiro-Relator determinou a publicidade de todo o apartado de acesso restrito às representadas sob o fundamento de que as informações comerciais que poderiam ser consideradas sigilosas datavam de muitos anos e, portanto, não poderiam mais ser consideradas concorrencialmente sensíveis.	O termo de celebração do Acordo de Leniência, o Histórico da Conduta e demais anexos permanecem em acesso restrito aos representados.	
08012.000820/2009-11	Compressores	27/11/2012	16/03/2016	Sim	Principais trechos do Histórico da Conduta foram transcritos no voto público	Acordo e Histórico da Conduta foram mantidos de acesso restrito.	Sim
08012.000773/2011-20	TPE	19/02/2016	31/08/2016	Sim	Poucos trechos no Histórico da Conduta foram transcritos no voto público	Termo de celebração do Acordo de Leniência não foi disponibilizado.	Sim
08012.000774/2011-74.	ABS	12/02/2016	14/09/2016	Sim	Transcrições de trechos do Histórico da Conduta no voto público.	Disponibilizou o termo de celebração da Leniência apenas aos representados.	Sim
08012.005930/2009-79	CRT	13/11/2015	09/11/2016	Sim	Transcrição de provas apresentadas pelos Signatários e Compromissários e trechos do Acordo de Leniência	Acordo foi mantido nos autos restritos.	Sim
08012.0052	DRAM	28/03/20	23/11/20	Sim	Voto público	Histórico da Conduta e	Sim

PA ou IA	Mercado afetado	Data da decisão da SDE ou SG	Data da decisão do Tribunal	Publicidade da ID dos Signatários	Documentos nos autos públicos	Disponibilização do Histórico da Conduta e Acordo de Leniência	Versão pública e restrita do voto
55/2010-11		16	16		menciona trechos do Histórico da Conduta da Leniência e do TCC, e trechos de documentos. O voto inclusive menciona os clientes afetados	Acordo foram mantidos nos autos restritos.	
08700.004631/2015-15	Airbags	19/06/2017	06/09/2017	Sim	Transcrição de um único documento do Histórico da Conduta.	Histórico da Conduta e Acordo foram mantidos nos autos restritos.	Sim
08700.010322/2012-23	Sigiloso	11/07/2017	13/12/2017	Sim	Não	Não	Não, voto de versão única
08700.0010319/2012-18	Sigiloso	30/06/2017	13/12/2017	Sim	Não	Não	Não, voto de versão única.
08012.006130/2006-22	Manutenção predial	16/01/2017	06/11/2017	Sim	O voto público juntou diversos documentos obtidos através do Acordo de Leniência, como planilhas, e-mails e outros documentos eletrônicos, bem como documentos obtidos em diligencia de busca e apreensão.	O inteiro teor do material apreendido foi juntado aos apartados de cada representada objeto das operações de busca.	Sim
08700.004627/2015-49	Rolos cerâmicos	04/08/2017	22/11/2017	Sim	O voto público juntou untou trechos do Histórico da Conduta.	Histórico da Conduta e Acordo de Leniência mantidos em apartado restrito.	Não, voto de versão única

20. GLOBALIZATION AND INTERNATIONAL ANTITRUST LAW: CHALLENGES AND WAY FORWARD

20. GLOBALIZAÇÃO E DIREITO ANTITRUSTE INTERNACIONAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Bárbara Luvizotto

Abstract: This article argues that the current trend of regulating competition law through bilateral or regional trade agreements is compatible with the "sponge-like" features of competition law.[1] The present article aims to further contribute to the discussion involving the relationship between an increasingly globalized economy, on one hand, and the limits of reaching a multilateral agreement on competition law, on the other. Moreover, the main contribution of this paper is to analyze such relationship through an innovative approach and to reflect on the possible implications and ways forward to Brazil.

Keywords: competition law, international commerce, globalization.

Resumo: Este artigo argumenta que a atual tendência de regular o direito da concorrência por meio de acordos comerciais bilaterais ou regionais é compatível com as características do direito da concorrência. O presente artigo pretende contribuir ainda mais para a discussão que envolve a relação entre uma economia cada vez mais globalizada, de um lado, e os limites para se chegar a um acordo multilateral sobre o direito da concorrência, de outro. Ademais, a principal contribuição deste trabalho seja analisar essa relação por meio de uma abordagem inovadora e refletir sobre as possíveis implicações e perspectivas para o Brasil.

Palavras-chave: Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Globalização.

Initial Remarks

It is a fact that many markets are getting digital or are being impacted by digitalization. Several technological developments – such as the Internet of Things (IoT), artificial intelligence, and Big Data have enhanced connectivity worldwide and resulted in a greater level of digitalization. Digitalization, in turn, enabled markets to become truly global and interconnected. Indeed, in an increasingly globalized economy, mergers and practices which produce effects beyond national borders are becoming more frequent than ever[2].

Globalization resulted in the promotion – at least in some countries – of an opposite trend towards nationalism. Indeed, while much has been discussed in the international arena about the regulation of competition law on a multilateral basis and the ways to foster multilateral harmonization and convergence, most jurisdictions are currently concentrating efforts to regulate antitrust on a bilateral and regional basis[3].

Most preferential trade agreements contain several provisions – or even entire chapters – on competition law. This article argues that the current trend of regulating competition law through bilateral or regional trade agreements is compatible with the "sponge-like" features of competition law. The present article aims to further contribute to the discussion involving the relationship between an increasingly globalized economy, on one hand, and the limits of reaching a multilateral agreement on

[1] The "sponge-like features of competition law" is making a clear reference to the article "Sponge", written by Ariel Ezrachi and published by the Oxford University Press in 2016.

[2] BRAGA, Carlos A. Primo; HOEKMAN, Bernard. **Future of the Global Trade Order**, 2016, p. 247.

[3] BRAGA; HOEKMAN, *op. cit.* p. 247.

competition law, on the other. Moreover, perhaps the main contribution of this paper is to analyze such relationship through an innovative approach and to reflect on the possible implications and ways forward to Brazil.

The present paper begins by considering the past attempts that pushed for a multilateral agreement on competition law. Following this, it discusses the current trend towards nationalism and conclusion of bilateral and regional trade agreements – which often contain provisions on competition law – and bind countries which share similar markets, trade patterns, and social and political preferences. Such trend will then be contrasted with an increasingly globalized economy – fostered mainly by the emergence of new digital technologies. Having established the relationship between the failure of reaching a multinational agreement on competition law, the trend towards nationalism, and the digitalization of the global economy, the paper reflects on the "sponge-like" features of competition law. The subsequent item analyses the Brazilian competition regime and concludes.

1. Attempts to Reach a Global Cooperation in Competition Law

In an increasingly globalized economy, anti-competitive practices and mergers transcend domestic borders and can affect international trade[4]. Usually, countries have applied their respective domestic competition law unilaterally to cross-border issues that impact negatively their jurisdiction[5]. The fact that some countries – including Brazil – apply domestic antitrust legislation extraterritorially to deal with the growing number of transnational competition challenges stimulate the debate on the creation of a multilateral antitrust framework to constrain conflicting domestic interest[6].

Indeed, after the Second World War, there has been several attempts to negotiate antitrust rules at the multilateral level. The next paragraphs will focus mainly on three initiatives: (i) the Havana Charter; (ii) the Munich Group Initiative; and (iii) the attempts at the World Trade Organization.

In 1947, the Havana Charter and the International Trade Organization (ITO) contemplated antitrust rules aiming at regulating restrictive business practices, such as market allocation, fixing of price, and exclusion of competitors[7]. However, the Charter never entered into force, mainly due to the fact that both developed and developing countries were not satisfied with its final provisions[8].

Years later – more specifically between 1992 and 1993 – the so-called "Draft International Antitrust Code" ("DIAC") was proposed by the Munich group of antitrust scholars. The DIAC was drafted and structured to be the "*international law of competition, consisting of unfair trade and restraint of competition inhibitions*", and was expected to integrate the WTO[9]. The DIAC faced strong opposition by several countries due to different grounds. While some countries argued that the scope of the DIAC was too broad, others understood that the document was not general enough[10]-[11]. Moreover, several countries – including the US – opposed to DIAC because the wording was ambiguous and due to the fact that it contained many procedural flaws[12].

A third and final attempt to create a multilateral agreement on competition law occurred in the context of the World Trade Organization (WTO). Indeed, the WTO always had an ideological and

---

[4] PHAN, Thanh. Realism and International Cooperation in Competition Law, **Houston Journal of International Law**, v. 40, 2017, p. 298.

[5] LLOYD, Peter J. Multilateral Rules for International Competition Law?, **The World Economy**, v. 21, n. 8, p. 1129–1149, 1998, p. 1129.

[6] PHAN, *op. cit*., p. 298.

[7] PHAN, *op. cit*., p. 324.

[8] CELLI JUNIOR, Umberto, OMC - Jurisprudência e Requisitos de Conteúdo Local como Política Industrial, Umberto Celli Junior, Curitiba: Juruá, 2017, p. 44.

[9] FIKENTSCHER, Wolfgang, The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the Context of International Technological Integration, **Chi.-Kent L. Rev.**, v. 72, 1996, p. 533.

[10] FIKENTSCHER, *op. cit*., p. 542.

[11] PHAN, *op. cit*., p. 327.

[12] GIFFORD, D. J., The Draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good Intentions Gone Awry. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 6, 1996, p. 15-16.

institutional interest in adding competition policy to its agenda [13]. From an international trade perspective, "*a multinational competition agreement should perfectly supplement trade liberalization policy because a global competition agreement would aim to reduce trade restrictions*" [14]-[15]-[16].

In 1996, the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy was established within the WTO and, even though most countries agreed on the fact that the multiple jurisdiction needed to engage in international cooperation on competition law, countries could not reach consensus on the need for actions "*at the level of the WTO to enhance the relevance of competition policy to the multilateral trading system*"[17]. In this sense, while some countries favored negotiations at the multilateral level, other jurisdictions emphasized bilateral and regional cooperation on competition law[18].

Finally, it is important to mention that the multilateral cooperation mechanism also include important multilateral soft law forum, such as the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), and the International Competition Network (ICN)[19].

As will be seen in the next items, due to the sponge-like features of competition law, international soft law is better suited to promoting selective convergence of competition law and policy[20]. This article also argues that the three multilateral initiatives mentioned in the previous paragraphs failed due to the sponginess features of competition law. Indeed – as will be demonstrated – attempts aimed at harmonizing competition law at the global level are faded to fail if one does not take into account the sponge-like characteristics of competition law.

2. Proliferation of Regional and Bilateral Trade Agreements: New Configuration of International Trade

As mentioned in the previous sections, already in 1996 some countries were favoring bilateral and/or regional agreements instead of multilateral negotiations. Indeed, there is nothing new on the fact that countries are binding themselves through preferential trade agreements (bilaterally or regionally) to eliminate or reduce barriers against imports from third countries[21]. Until the 80s, such bilateral and regional instruments were concluded mainly by countries with close geographical localization and between developed and developing countries[22].

With the proliferation of preferential trade agreements, the main problem that arises is the so-called "spaghetti bowl" phenomenon – i.e. the "*accompanying proliferation of discrimination in market*

---

[13] WALLER, Spencer Weber. National laws and international markets: strategies of cooperation and harmonization in the enforcement of competition law, **Cardozo L. Rev.**, v. 18, 1996, p. 1124.

[14] PHAN, *op. cit*., p. 328.

[15] URUENA, Rene. The World Trade Organization and Its Powers to Adopt a Competitive Policy. **Int'l Org. L. Rev.**, v. 3, 2006, p. 55.

[16] FOX, Eleanor M. Toward world antitrust and market access, **American Journal of International Law**, v. 91, n. 1, p. 1–25, 1997, p. 19.

[17] PHAN, *op. cit*., p. 329.

[18] PHAN, *op. cit*., p. 329.

[19] MELAMED, A. Douglas. International cooperation in competition law and policy: what can be achieved at the bilateral, regional, and multilateral levels, **Journal of International Economic Law**, v. 2, n. 3, p. 423–433, 1999, p. 430.

[20] EZRACHI, Ariel. Sponge. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 5, n. 1, p. 49–75, 2016, p. 75.

[21] CELLI, Umberto; SALLES, Marcus; TUSSIE, Diana, **Mercosur in the South-South Agreements: In the middle of two models of Regionalism**, Univ. de São Paulo, Faculdade de Direito, Comissão de Pós-Graduação, 2011, p. 1.

[22] CELLI *et al. op. cit*., p. 2.

access and a whole maze of trade duties and barriers that vary among PTAs"[23]. According to Amaral, the proliferation of preferential trade agreements "*either increases the scope of the WTO rules or regulates subject-matters not belonging to the multilateral trading system*"[24].

Preferential Trade Agreements often contain provisions that go beyond the obligations assumed at the multilateral level, and may include, for instance, rules on technical barriers to trade that surpass the WTO's Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement), on foreign investment, or on restrictions on the use of trade remedies, to name a few. Accordingly:

[A]ll these measures involve governments committing to adopt – or to refrain from – particular policies. The stated objective of such commitments usually is to eliminate or at least reduce the trade-distorting effects of domestic policies […] though linking particular policy choices to trade might also serve other purposes […] PTA commitments on behind-the-border measures may also be adopted to 'lock in' policies by making it politically and economically more costly for the current government or its successors to depart from the policy choices specified in the trade agreement […].[25]

Most recently, preferential trade agreements have been incorporating provisions – or even entire chapters – on competition law[26]. On the one hand, one could see this current trend as a relevant *building block* for future multilateral negotiation. On the other hand, one could argue that this trend brings negative effects to achieve a multilateral instrument; in this sense, regional and bilateral trade agreements would in theory constitute *stumbling blocks* – instead of building blocks – towards a multilateral regime on competition law.

Others argue that the recent negotiations involving mega-regional agreements such as the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), the Trans-Pacific Partnership (TTP), and the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) create new opportunities to extend the geographical scope of antitrust provisions and perhaps include competition law again in the multilateral agenda of WTO[27].

The Mega-Regional Trade Agreements can be defined as "deep integration partnerships between countries or regions with large participation in both world trade and foreign direct investment and in which two or more parties serve as logistics centers for global value chains"[28]-[29]. Moreover, the Mega-Regional Trade Agreements are "negotiated by three or more countries or regional grouping whose member collectively account for at least 25% of world trade. Further, those agreements intend to regulate themes that have not yet been addressed at the WTO level"[30].

This article argues that the current trend which consists on regulating antitrust law at the international level through bilateral and regional agreements is neither a stumbling block nor a necessary step towards multilateral negotiations; rather, such agreements have been more successful in promoting international convergence because they accommodate better the sponginess features of competition law. It is natural that – when one considers that competition law is influenced by domestic values – jurisdictions with similar political, social, and economic values are able to achieve greater level

---

[23] BHAGWATI, Jagdish. Preferential Trade Agreements: The Wrong Road Symposium: Free Trade Areas: The Challenge and Promise of Fair vs. Free Trade: Foreword, **Law and Policy in International Business**, v. 27, p. 865–872, 1995, p. 866.

[24] DO AMARAL, Alberto Junior. Is Trade Governance Changing, **Brazilian Journal of International Law**, v. 12, 2015, p. 371.

[25] BRADFORD, Anu; BUTHE, Tim. Competition policy and free trade: antitrust provisions in PTAs, 2015, p. 247.

[26] BRADFORD; BUTHE. *op. cit*., p. 247.

[27] LAPRÉVOTE, François-Charles; FRISCH, Sven; CAN, Burcu. Competition Policy within the context of Free Trade Agreements, 2015, p. 1.

[28] DO AMARAL, *op. cit*., p. 374.

[29] MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo. Mega regionals: What is going on. Mega-regional trade agreements: Game-changers or costly distractions for the World Trading System, 2014, p. 6.

[30] DO AMARAL, *op. cit*., p. 374.

of convergence and harmonization. This article argues that future attempts that ignore the sponginess features of competition law will most likely fail – such as the past attempts did.

3. Increasingly Globalized Economy

First of all, it is important to highlight that there is no consensus on whether the global economy is getting more or less globalized. Indeed, some scholars argue that the global economy is retreating from hyperglobalisation[31]-[32]. According do Dani Rodrick, "*the problem with hyperglobalization is not just that it is not an unachievable pipe dream susceptible to backlash – after all, the nation-state remains the only game in town when it comes to providing the regulatory ad legitimizing arrangements on which markets rely*"[33].

As will be detailed in the next item, this article adopts the understanding that we are currently living in a world more connected than ever – and such connection is boosted mainly by the digital technologies. In this sense, cross-border data flows and digital trade are essential to the contemporary economy[34], which is getting increasingly globalized. In truly global and interconnected markets, mergers and practices which produce effects beyond national borders are becoming more frequent than ever[35].

3.1. Features of the Digital Economy

According to Posner, as opposed to traditional industries, new-economy industries are characterized by "*falling average costs (on a product, not firm, basis) over a broad range of output*", modest capital requirements, high rates of innovation, quick and frequent entry and exit, economies of scale in consumption (i.e. network externalities)[36]. Besides, according to him, the vertical integration tendency in such industries are extremely strong[37].

Posner claims that a key to understand the new-economy industries is to firstly define their outputs. According to this author, the main output produced by those industries is intellectual property – i.e. computer codes – rather than physical goods. This is the case of computer software, for instance. For internet-based business – such as search engines (as Google and Bing) and virtual marketplaces (as Amazon and eBay, for instance) – it is also true to a large extend that their principal output is intellectual property, even though it is not as straightforward as in the case of computer software[38]. The ability of those industries to connect economic players belonging to different groups, by providing specific goods or services, is a function of the "*sophistication of the business's computer software and of its trademarks and copyrights*"[39].

In the digital economy, cross-border data flows are essential. Indeed, there is nothing new on the fact that companies rely on data in order to improve their products, offer personalized services as well as to promote targeted ads. However, through the technological changes driven by the digital economy, an immensurable amount of data sets collected from users can be processed and converted

---

[31] RODRIK, Dani. **Straight Talk on Trade: Ideas for a Sane World Economy**. Princeton University Press, 2017, p. 13.

[32] SCHILLINGER, Hubert Rene. In Need of Rethinking: Trade Policies in Times of De-Globalization. **Dialogue on Globalization. Friedrich Ebert Stiftung**, 2016, p. 1.

[33] RODRIK, *op. cit*., p. 13.

[34] BURRI, Mira. The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements. **Geo. J. Int'l L.**, v. 48, 2016, p. 407.

[35] BRAGA; HOEKMAN, *op. cit*., p. 247.

[36] POSNER, Richard A. Antitrust in the New Economy. **Antitrust Law Journal**, v. 68, p. 925–944, 2000, p. 926.

[37] POSNER, *op. cit*., p. 926.

[38] POSNER, *op. cit*., p. 926.

[39] POSNER, *op. cit*., p. 926.

into valuable information[40]. The ability to collect and process large amounts of data and the consequent economic advantage related to it might result in the emergence and strengthening of undertakings with dominant position in data related markets[41].

There is no definition for "big data". According to the Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, "aspects of 'big data' that are often mentioned are large amounts of different types of data, produced at high speed from multiple sources, whose handling and analysis require new and more powerful processors and algorithms"[42]. The four "V's" – velocity, variety, volume and value – are also commonly used to describe big data[43].

The importance and the economic value of data have both grown exponentially. Nowadays, the access to data and to the information based on it have become strategic and valuable assets. Those who enjoy more sources from which to gather data, who have a substantial database to which they can compare new data, or who possess unique data synthesis and analysis tools, may enjoy a competitive comparative advantage[44]. Accordingly, data can be seen as a necessary and advantageous input for the provision of many online services, as these could otherwise only be offered at an inferior quality standard[45]

Due to the nature of this article, the intention here is not to detail all features of the digital economy, but simply to underline its importance for globalization. In this sense, as digital trade grows and develops, it is "*both facilitating globalization and transforming it*"[46]. Indeed, we are currently living in a world more connected than ever – and such connection is boosted mainly by the digital technologies. In truly global and interconnected markets, where the boundaries of markets no longer match with the national borders, mergers and practices which produce extraterritorial effects are becoming more frequent than ever[47]. Our analysis suggest that – due to the sponginess features of competition law – preferential trade agreements (bilateral or regional) are best suited to bind states at the international level when compared to multilateral instruments.

4. The Sponge-Like Features of Competition Law

According to a famous article written by Ariel Ezrachi, the notion that competition law is based on economic considerations and is immune to social and political capture is an illusion, as it ignores the so-called "*sponge-like*" features of antitrust law and "*its susceptibility to national peculiarities originating in its design and evident in its application, and its exposure to intellectual and regulatory capture*"[48].

As will be explained in the next paragraphs, the sponge analogy between competition law and sponge provides many valuable insights related to the limits of reaching a global antitrust law. In other words, the sponge property is able to explain the failure of past attempts to reach multilateral agreements on competition law and shed light on the current proliferation of bilateral and regional trade agreements containing antitrust provisions. The sponge analogy confirms that the convergence of competition provisions through preferential trade agreements (bilateral or regional) and/or soft law shall

---

[40] NEWMAN, Nathan. Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data. **Yale Journal on Regulation**, v. 31, n. 2, 2014, p. 401.

[41] RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2016, p. 3.

[42] AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, **Competition Law and Data**, 2016, p. 4.

[43] RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S., *op. cit.*, p. 3.

[44] RUBINFELD; GAL, *op. cit.*, p. 3.

[45] MONOPOLKOMMISSION, Competition policy: The challenge of digital markets, Monopolkommission, 2015.

[46] LUND, Susan; MANYIKA, James. How Digital Trade is Transforming Globalisation. **E15 Expert Group on the Digital Economy**, 2016, p. 16.

[47] BRAGA; HOEKMAN, *op. cit.*, p. 247.

[48] EZRACHI, *op. cit.*, p. 49.

not be seen as second-best solution or 'stumbling block' towards a multilateral competition regime, but as the only possible way forward.

It is important to highlight that this article does not aim to challenge the several contributions of past and present attempts to harmonize antitrust law at the international level. It merely argues that the regulation of competition law through bilateral or regional preferential trade agreements – instead of via multilateral mechanisms – makes perfect sense when we consider the sponginess features of competition law.

4.1. The Porous and Absorbent Features and the Economic Membrane

Even though competition law regimes all over the world are based on the economic analysis of law and share some common principles, they differ significantly as antitrust provisions are embedded in domestic values such as social and political preferences, level of development, justice, morality, and fairness – which all contribute to diversity in the national antitrust provisions and enforcement[49]-[50]-[51]. In this sense, "*competition law is inherently susceptive to a wide range of domestic societal variants*"[52].

The domestic peculiarity of each competition regime results in the system fragmentation and thus to global friction and uncertainty. This situation might be seen as the natural consequence of different domestic realities and policies; and should not lead to the conclusion that there is a superior competition enforcement model and that such alleged superior model should be adopted globally by all countries[53].

Indeed – and according to Ezrachi – competition law is not pure, but rather porous – like a sponge. Thus, it is possible to stretch or narrow its application to protect a range of different social objectives – such as market integration, consumer welfare, and development, to name a few (Ezrachi 2016, 59). The sponge-like characteristic also sheds light on the possible instrumentalisation of competition law, i.e. to use such legal framework to achieve objectives that go beyond of what competition law should target at.

Accordingly, despite sharing some common principles and values, antitrust laws vary considerably throughout the world because they are influenced by domestic interest. The limit to the sponge-like features of competition law is – or at least should be – the economic analysis. Accordingly, "*with the 'sponge' analysis in mind, one may view the economic discipline as a 'membrane' which surrounds the 'sponge' and limits its absorption properties. As such, it prevents it from 'over absorbing' values and goals which are inconsistent with economic thinking*"[54].

In the ideal world, one could imagine the economic membrane as being well-defined and as something that truly regulates the permeability of external values into the sponge. However, reality is not that impressive; and also the membrane is subject to external influence. In this sense, according to Ezrachi, "*in some ways, like the 'sponge', it [the economic membrane] derives part of its identity from its surrounding environment*"[55]. In fact, economics – like competition law – is not a 'value-free science'[56].

Even the economic terminology – that seems to be adopted on a similar manner by many jurisdictions worldwide – can be captured by the domestic influence. For instance, even though the term "efficiency" is adopted all over the world, there is no consensus on the definition of "efficiency". In other words, the adoption of a common terminology creates a sense of harmonization and convergence

---

[49] EZRACHI, *op. cit.*, p. 51.

[50] KOVACIC, William E., Instututional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement, **Chi.-Kent L. Rev.**, v. 77, 2001, p. 265.

[51] GAL, Michal S. **Competition policy for small market economies**, Harvard University Press, 2009.

[52] EZRACHI, *op. cit.*, p. 51.

[53] EZRACHI, *op. cit.*, p. 52.

[54] EZRACHI, *op. cit.*, p. 59.

[55] EZRACHI, *op. cit.*, p. 60.

[56] STUCKE, Maurice E. Occupy Wall Street and Antitrust, **S. Cal. L. Rev. Postscript**, v. 85, 2012, p. 33.

that does not reflect the reality. Moreover – and even if one assumes that there is a clear economic terminology, the assumptions which underpin an economic analysis are far from being universally accepted[57]-[58].

All in all, according to Ezrachi, these points do not question the importance of economics – but rather illustrate that economics is not stable, clear or exhaustive, and will thus not always lead to a single result. Therefore, the economic membrane cannot be assumed to restrain the sponge-like features of antitrust law[59].

4.2. External Bypasses of Competition Law

After having discussed the 'sponge' and 'membrane' features of competition law, Ezrachi proceeds on discussing on the external bypasses. According to the author, it may be legitimate for states to "*favour other enforcement or regulatory vehicles over competition law when dealing with distinct industries or markets […] similarly, it may find it desirable to exclude certain sectors from realm of competition law*"[60]. Accordingly, these means can be seen as external bypasses that exclude certain matters of the realm of antitrust law or limit its scope and application. Such means can also be used as a tool to advance public interest or industrial policies that would otherwise not fall within the scope of competition law[61].

For instance, certain jurisdictions (such as Hong Kong and the US) limit the scope of competition law by excluding certain organs and industries from its scope of application. Other countries – like Germany – limit the realm of antitrust law when there is a conflict between the application and enforcement of antitrust provisions and public interest. Therefore, the German Minister of Economics is able to bypass the decisions of the Bundeskartellamt[62]. Other bypasses may be triggered when countries exclude certain anticompetitive practices – such as export cartels – from the national competition law, as these type of cartel does not generate effects within the domestic market[63].

Based on the information provided in the previous paragraphs, it is important to understand that external bypasses may reflect social and political preferences and values, thus limiting the scope of application of the antitrust provisions. Therefore, also the external bypasses shed light on the fact that antitrust law is not pure – but rather influenced by domestic values and preferences.

4.3. Implications of the Sponge-Like Feature of Competition Law to the Global Environment

As mentioned in the previous sections, the application of the sponge-membrane analogy to competition law provides many useful insights – especially when one considers the international arena. Currently, with more than 120 competition law regimes spread throughout the world, combined with an increase of cross-border economic activities – boosted mainly by digital trade and by the development of new technologies – there is an enormous scope for system inconsistency and friction.

It is possible to observe several attempts to address the problems of system inconsistency and friction at the multilateral level. With the sponge analogy in mind, one should not be surprised that such multilateral initiatives have failed.

Moreover, because competition law is influenced by domestic, social, and political values, jurisdictions that share similar markets, values, social and political realities tend to have similar sponges – i.e. similar competition law regimes. This scenario explains why bilateral and regional agreements

[57] In this sense, please note the behavioral economics literature that questions the assumptions of rationality and utility that base the neoclassical economics.

[58] EZRACHI, *op. cit.*, p. 61.

[59] EZRACHI, *op. cit.*, p. 62.

[60] EZRACHI, *op. cit.*, p. 64.

[61] EZRACHI, *op. cit.*, p. 64.

[62] EZRACHI, *op. cit.*, p. 64.

[63] DOMINGUES, Juliana Oliveira. Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste. 2010.

which contain antitrust provisions are being more effective in binding jurisdictions towards a greater level of international convergence. It also sheds light on the limits of achieving a multilateral agreement on competition law.

Accordingly, as the new technologies and digital trade result in an increasingly globalized world, it is natural to re-launch discussions related to the creation of a multilateral agreement on competition law, and to consider whether the proliferation of bilateral and regional agreements that regulate competition law should be seen as stumbling blocks or as necessary steps towards truly multilateral negotiations.

This article argues that the current trend which consists on regulating antitrust law through bilateral and regional agreements is neither a stumbling block nor a necessary step towards multilateral negotiations; rather, such agreements have been more successful in promoting international convergence because they accommodate better the sponginess features of competition law. It is natural that – when one considers that competition law is influenced by domestic values – jurisdictions with similar political, social, and economic values are able to achieve greater level of convergence. This article argues that future attempts that ignore the sponginess features of competition law will most likely fail – such as the past attempts did.

A second important insight that derives from the sponge analogy is that a competition law framework consist of a nuanced set of provisions. Accordingly, some areas of competition law – such as the procedural provisions, for instance – are more resistant to domestic effects (i.e. are less influenced by national values), and are more susceptible to international convergence and harmonization – mainly via soft law. In this sense:

Indeed, harmonization of procedural provisions has been a prime target for successful multinational collaboration. Noteworthy in this respect is the ICN's contribution to the assimilation of merger notification regimes and the increase of the nexus between the reviewing jurisdiction and the transactions […]. Also noteworthy are the OECD's contribution to convergence in merger control and UNCTAD's work through the Competition and Consumer Protection for Latin America programme and its voluntary merger notification programme. [64]

All in all, this section describes the sponge-like features of competition law based mainly on the so-called "sponge" paper published in 2016 by Ariel Ezrachi. We understand that the main contribution of the present article is to establish a link between the sponginess feature of competition law and the proliferation of preferential trade agreements with antitrust provisions. We argue that because domestic values are absorbed by the competition provisions, it makes perfect sense that jurisdictions chose to bind themselves at the international level through bilateral or regional agreements, instead via multilateral binding agreements.

5. The Brazilian Competition Law Framework

In Brazil, the Constitution of 1988 provides on its Article 3 that the fundamental objectives of the Brazilian Republic are the constitution of a free, fair and solidary society; ensure national development; eradicate poverty; reduce social and regional inequalities; among others[65]. These objectives are supported by Article 170[66] of the Constitution, which states four main goals of the

[64] EZRACHI, *op. cit.*, p. 74.

[65] "Art. 3. The Federal Republic of Brazil's fundamental objectives are: I – to build a free, fair and solidary society; II – ensure national development; III – eradicate poverty and marginalization and reduce social and regional inequalities; IV – promote the good of all, without prejudice of origin, race, sex, color, age and any other forms of discrimination."

[66] "Art. 170. The economic order, based on the valorization of human labor and free initiative, aims at guaranteeing everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice, observing the following principles: I – national sovereignty; II – private property; III – social function of property; IV – free competition; V – consumer protection; VI – defense of the environment; VI – defense of the environment, including through differentiated treatment according to the environmental impact of the products and services and their elaboration and provision processes; VII – reduction of regional and social inequalities; VIII – search for full employment; IX

Brazilian economic policy: economic progress; economic stability; economic justice; and economic freedom[67].

The Brazilian Constitution highlights the policy-maker role of the State, which is somehow also reflected in the national competition law regime. Indeed, according to Forgioni, there is no ideologically neutral antitrust technic, in the sense that all antitrust technics (or institutions) are the expression of a political choice[68]-[69]. Like other competition regimes, the Brazilian Competition System is susceptible to domestic realities and to a wide range of goals and interests that influence its shape and enforcement. In this line, the Brazilian antitrust provisions are no exception to the sponge – membrane – external bypasses analogy.

Historically, the Brazilian government has always preferred multilateral negotiations, promoting insufficient efforts to conclude preferential trade agreements[70]. Here, it is important to make a distinction between the Brazilian government and other Brazilian institutions that can act in the international arena – such as the Brazilian Antitrust Authority (CADE), for instance. If in the past national governments had a prominent role in representing Brazil at the international level, acting as proxies of national institutions, multinational entities and private interests; in the present the global governance regime is rapidly evolving and the international arena is gaining a new configuration.[71]

While it is true that the Brazilian Government has focused mainly at multilateral negotiations, which – due to the sponginess peculiarities of competition law – are not well suited to address international antitrust convergence and harmonization, CADE has been engaging in several successful bilateral, regional, and soft law negotiations. To name a few, CADE has recently concluded bilateral agreements with the Federal Antimonopoly Service of Russia, with the Competition Commission of South Africa, and with the BRICS-countries; has issued soft law guidelines on mergers, leniency agreements, compliance; is an active member of ICN and is willing to enter into the OEDC.[72]

CADE's initiatives to engage in voluntary frameworks, as well as to conclude bilateral and regional agreements are consistent with the 'sponge' properties of competition law. Therefore, under the sponge-analogy, CADE should be encouraged to establish agreements with countries that have similar market, and social and political realities.

Conclusions

The main contribution of the present article is to establish a link between the sponginess feature of competition law and the proliferation of preferential trade agreements with antitrust provisions. We argue that because domestic values are absorbed by the competition provisions, it makes perfect sense that jurisdictions chose to bind themselves at the international arena through bilateral or regional agreements, and not via multilateral negotiations.

Throughout the article, we analyzed past (failed) attempts that pushed for a multilateral agreement on competition law and the current proliferation of bilateral and regional trade agreements –

– favored treatment for Brazilian companies with small national capital; X – favored treatment for small companies established under Brazilian laws and having their headquarters and administration in the country".

[67] NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico**. Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

[68] FORGIONI, Paula Andrea. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 1, n. 1, 2015, p. 349.

[69] TANG, Yi Shin; BARBOSA, Leonardo Peixoto. Challenges and perspectives for an international antitrust law. **European Competition Law Review**, 2018, p. 364.

[70] THORSTENSEN, Vera *et al*. A multiplicação dos acordos preferenciais de comércio e o isolamento do Brasil. **São Paulo: IEDI–Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial**, 2013.

[71] This paragraph is based on the comments and reflections made by Prof. Aberto Amaral on a class held on 25.06.2018, discipline "Os países em desenvolvimento, a economia globalizada e os desafios da regulação internacional", at the University of São Paulo – Law School. All credits to him – except possible mistakes, which are on mine.

[72] TANG, Yi Shin; BARBOSA, Leonardo Peixoto. *op. cit*., p. 364.

which often contain provisions on competition law – and bind countries which share similar markets, trade patterns, and social and political preferences. Such trend was then be contrasted with an increasingly globalized economy – fostered mainly by the emergence of new digital technologies. We then reflected on the "sponge-like" features of competition law, and draw some insights based on the Brazilian Competition System.

Finally, it is key to understand that competition law is flexible and domestically influenced. At the global level, the interface between the 'sponge', 'membrane' and the domestic environment gives important insights on the limits for overreaching binding multilateral agreements. In this sense, the current trend which consists on regulating antitrust law at the international level through bilateral and regional agreements is neither a stumbling block nor a necessary step towards multilateral negotiations; rather, such agreements have been more successful in promoting international because they accommodate better the sponginess features of competition law.

Bibliography

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. 2016.

BHAGWATI, Jagdish. Preferential Trade Agreements: The Wrong Road Symposium: Free Trade Areas: The Challenge and Promise of Fair vs. Free Trade: Foreword. **Law and Policy in International Business**, v. 27, p. 865–872, 1995.

BRADFORD, Anu; BUTHE, Tim. Competition policy and free trade: antitrust provisions in PTAs. 2015.

BRAGA, Carlos A. Primo; HOEKMAN, Bernard. Future of the Global Trade Order. **Future of the Global Trade Order**, 2016.

BURRI, Mira. The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements. **Geo. J. Int'l L.**, v. 48, 2016.

CELLI JUNIOR, Umberto. OMC - Jurisprudência e Requisitos de Conteúdo Local como Política Industrial, Umberto Celli Junior. Curitiba: Juruá, 2017.

CELLI, Umberto; SALLES, Marcus; TUSSIE, Diana. **Mercosur in the South-South Agreements: In the middle of two models of Regionalism**. Univ. de São Paulo, Faculdade de Direito, Comissão de Pós-Graduação, 2011.

DO AMARAL, Alberto Junior. Is Trade Governance Changing. **Brazilian Journal of International Law**, v. 12, p. 371, 2015. Available at: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/brazintl12&id=836&div=&collection=

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste. 2010. Available at: <http://tede2.pucsp.br/tede/handle/handle/5437>. Accessed in: 29 jun. 2018.

EZRACHI, Ariel. Sponge. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 5, n. 1, p. 49–75, 2016.

FIKENTSCHER, Wolfgang. The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the Context of International Technological Integration. **Chi.-Kent L. Rev.**, v. 72, p. 533, 1996.

FORGIONI, Paula Andrea. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 1, n. 1, p. 1713–1742, 2015. Available at: <http://bdpi.usp.br/item/002714556>. Accessed in: 29 jun. 2018.

FOX, Eleanor M. Toward world antitrust and market access. **American Journal of International Law**, v. 91, n. 1, p. 1–25, 1997.

GAL, Michal S. **Competition policy for small market economies**. Harvard University Press, 2009.

GIFFORD, D. J. The Draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good Intentions Gone Awry'. **Minnesota Journal of Global Trade**, v. 6, 1996.

KOVACIC, William E. Instututional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement. **Chi.-Kent L. Rev.**, v. 77, 2001.

LAPRÉVOTE, François-Charles; FRISCH, Sven; CAN, Burcu. Competition Policy within the context of Free Trade Agreements. 2015.

LLOYD, Peter J. Multilateral Rules for International Competition Law? **The World Economy**, v. 21, n. 8, p. 1129–1149, 1998. Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9701.00185>. Accessed in: 24 jun. 2018.

LUND, Susan; MANYIKA, James. How Digital Trade is Transforming Globalisation. **E15 Expert Group on the Digital Economy**, p. 16, 2016.

MELAMED, A. D. International cooperation in competition law and policy: what can be achieved at the bilateral, regional, and multilateral levels. **Journal of International Economic Law**, v. 2, n. 3, p. 423–433, 1999. Available at: <https://academic.oup.com/jiel/article/2/3/423/903216>. Accessed in: 24 jun. 2018.

MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo. Mega regionals: What is going on. Mega-regional trade agreements: Game-changers or costly distractions for the World Trading System, 2014.

MONOPOLKOMMISSION. **Competition policy: The challenge of digital markets**: Monopolkommission, 2015. Available at: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf. Accessed in: 19 sep. 2018.

NEWMAN, Nathan. Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data. **Yale Journal on Regulation**, v. 31, n. 2, 2014. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol31/iss2/5>. Accessed in: 24 jun. 2018.

NUSDEO, Fábio. Fundamentos para uma codificação do Direito Econômico. Revista dos Tribunais, 1995.

PHAN, Thanh. Realism and international cooperation in competition law. **Houston journal of**

international law, 2018. Available at: http://www.hjil.org/wp-content/uploads/Phan-FINAL.pdf. Accessed in: 24 jun. 2018.

POSNER, Richard A. Antitrust in the New Economy. **Antitrust Law Journal**, v. 68, p. 925–944, 2000.

RODRIK, Dani. Straight Talk on Trade: Ideas for a Sane World Economy. Princeton University Press, 2017.

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. **Access Barriers to Big Data**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2016. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=2830586>. Accessed in: 28 abr. 2017.

SCHILLINGER, Hubert Rene. In Need of Rethinking: Trade Policies in Times of De-Globalization. **Dialogue on Globalization. Friedrich Ebert Stiftung**, 2016.

STUCKE, Maurice E. Occupy Wall Street and Antitrust. **S. Cal. L. Rev. Postscript**, v. 85, 2012.

TANG, Yi Shin; BARBOSA, Leonardo Peixoto. Challenges and perspectives for an international antitrust law. **European Competition Law Review**, 2018.

THORSTENSEN, Vera; FERRAZ, Lucas; RAMOS, Daniel; *et al*. A multiplicação dos acordos preferenciais de comércio e o isolamento do Brasil. **São Paulo: IEDI–Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial**, 2013.

URUENA, Rene. The World Trade Organization and Its Powers to Adopt a Competitive Policy. **Int'l Org. L. Rev.**, v. 3, 2006.

WALLER, Spencer Weber. National laws and international markets: strategies of cooperation and harmonization in the enforcement of competition law. **Cardozo L. Rev.**, v. 18, 1996.

21. REMEDIAR O QUÊ? REFLEXÕES SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÕES CONCORRENCIAIS

21. REMEDY WHAT? THOUGHTS ABOUT STATE INTERVENTION IN COMPETITION RELATIONSHIPS

Tereza Cristine de Almeida Braga

Resumo: O presente trabalho objetiva ressaltar a necessidade de customização de remédios antitruste. A compreensão de mercados e agentes econômicos é crucial para o desenho de remédios mais eficazes e adequados a cada caso concreto. Um novo olhar para a identificação de disfunções competitivas deve ser lançado para aprimorar a política pública de defesa da concorrência.

Palavras-chave: Remédios concorrenciais. Concepções de controle. Direitos de propriedade. Mercados.

Abstract: This paper aims to highlight antitrust remedies customizing activity. Comprehending the role of markets and agents is important to a more effective and adequate remedies design. We must look outwards towards competitive dysfunctions in order to enhance competition policy.

Keywords: Antitrust remedies. Conceptions of control. Property rights. Markets.

1. Mercados Fluidos, Respostas Fluidas

Sob o viés preventivo, o controle de estruturas em âmbito antitruste é um selo de conformidade proporcionado pelo Poder Público para atestar que uma determinada operação está em consonância com o princípio constitucional da livre concorrência. É a manifestação inconteste da intervenção do Estado na ordem econômica ao criar um obstáculo, ainda que justificado, à consumação imediata de concentrações. Já na perspectiva repressiva, o Estado identifica e pune práticas anticompetitivas, tendo como horizontes próximos aspectos ligados à prevenção geral e à prevenção especial erigidas pelo direito (administrativo ou jurisdicional) sancionador.

Por um lado, deve-se relembrar da excepcionalidade interventiva dos regimes democráticos contemporâneos e fundada na subsidiariedade da atuação estatal a partir das ideias de autonomia privada, justiça, pluralismo social e dignidade da pessoa humana[1]. Por outro lado, os direitos fundamentais não podem ser um salvo-conduto para a prática de ilícitos anticompetitivos[2].

Pode haver problemas já enfrentados pela autoridade antitruste em situações prévias, que podem seguir a jurisprudência para fornecer respostas também já vistas anteriormente. Esses casos consolidados são aptos a revelar posições cristalizadas sobre assunto que sofreu poucas alterações ao longo do tempo. Essa é uma importante fonte de informação para avaliações *ex post* ou para acompanhamento de mercados em evolução.

São os problemas novos, contudo, que demandam mais energia do Poder Público em termos de criatividade, adequação ao caso concreto e justificativa de proporcionalidade para a formatação de respostas fluidas e tempestivas a problemas identificados ou identificáveis. E é natural que essas respostas sejam fluidas e não sejam estanques porque mudanças de política antitruste geralmente acompanham mudanças na conduta de negócios decorrentes de desenvolvimento tecnológico ou cultural[3]. Esse processo acaba reconformando direitos de propriedade e se consolidando em regras por

[1] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 263-266.

[2] HELLSTRÖM, Per; MAIER-RIGAUD, Frank; BULST, Friedrich Wenzel. Remedies in European antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 1, 2009.

[3] FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and materials on antitrust*. 3 ed. West Academic Publishing, 1989.

emitir uma sinalização sobre o que é permitido e o que é proibido à luz daquilo que se entende por livre concorrência no Brasil[4]:

> É inequívoco que a livre-iniciativa, como manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, recebe a proteção constitucional em todos os seus desdobramentos. Entretanto, a atividade empresarial apenas é considerada legítima na medida em que o projeto do empresário é compatível com o igual direito dos outros empresários e, mais que isso, de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social[5].

Essa simbiose entre Estado e particular é que tem ganhado a recente atenção da política de defesa da concorrência no Brasil. Muito mais que punições ou demoradas alterações normativas, os agentes econômicos têm pleiteado a modernização do arcabouço jurídico-econômico pátrio a fim de construir ambientes de negócio mais sólidos e estáveis. E são os remédios antitruste um dos principais vetores desse objetivo, exigindo soluções que não estejam pré-definidas num conjunto fechado de medidas à disposição da autoridade concorrencial.

Logo, não é possível fornecer respostas estáticas a mercados fluidos, o que requer um novo olhar sobre a dinâmica dos mercados e sobre a forma pela qual se produzem políticas de defesa da concorrência. A interlocução entre Estado e particular deve ser igualmente fluida a fim de acelerar compreensões e reações proporcionais e tempestivas em contextos dinâmicos.

2. Remédios e Previsibilidade

A releitura do que se entende por competitividade é uma tônica do século XXI e tem afetado sobremaneira o papel do antitruste. Além das fronteiras geográficas que perpassam pela delimitação de mercados e de relações empresariais, muito se tem falado sobre como a inovação pode trazer novos estímulos empresariais em prol da concorrência: ao invés de se falar em escassez de bens, fala-se em bens compartilhados. São esses mercados fluidos que desafiam respostas rápidas e consistentes das autoridades responsáveis pela defesa da concorrência.

As respostas estatais a problemas anticompetitivos têm surgido sob a roupagem de "remédios", que é um jargão antitruste endereçado à repressão de riscos – potenciais, reais ou já ocorridos – à livre concorrência. Nem sempre esse nome vem à tona quando se trata de medidas de fomento à competição, mas o que importa é o conceito que exsurge detrás da nomenclatura.

O substantivo "remédios" traz a ideia de cura ou alívio para doenças que, sozinhas, não conseguem sarar[6], o que transposto para o direito concorrencial sob o manto de decisões administrativas.

> Os remédios, na seara antitruste, buscam lidar com mazelas que o mercado, sozinho, não consegue tratar. Há situações em que a livre iniciativa de um agente não consegue se coadunar com a livre concorrência dos demais, colocando em xeque a forma pela qual sua atividade empresarial é e tem sido desenvolvida. O Estado, então, intervém no domínio econômico com vistas a preservar os direitos fundamentais e restaurar a competitividade desgastada pelo poder de

---

[4] "A igualdade de condições concorrenciais a particulares é intermediada pelo Estado, que demandam regras para equilibrar e reequilibrar relações originalmente desiguais e descompensadas por relações de poder arraigadas no mercado. Essas regras asseguram a tomada de decisões independente do ator econômico e, portanto, fomentam a disputa por espaços no mercado entre quem nele está. A intervenção do Estado não se põe a controlar a economia, mas se destina a garantir que as vontades de cada agente econômico sejam respeitadas no âmbito de suas respectivas liberdades" BRAGA, Tereza Cristine Almeida. *Combate a cartéis e remédios antitruste: o poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2018, p. 13.

[5] FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas: São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

[6] OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (coord.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011; WANG, W. Structural remedies in EU antitrust and merger control. *World Competition*, v. 34, n. 4, 2011.

> mercado decorrente de elevadas sobreposições, verticalizações ou outros arranjos contratuais que desequilibram prejudicialmente forças de oferta e demanda[7].

O regramento via remédios também pode pecar pelo excesso ou pela falta de saneamento do problema. Ao mesmo tempo em que a livre iniciativa deve nortear a arquitetura de mercados pela via interventiva no intuito de afastar abusos na atuação do Estado, a atividade estatal arbitrária ou aquém do necessário para retomar a competitividade de mercados burla o anseio constitucional da preservação da livre concorrência e não confere respostas prontas e eficazes para mitigar distúrbios nos mercados, que são ou estão cada vez mais dinâmicos:

> Como poucas atividades incluídas na expressão intervenção do Estado sobre a economia, o fomento público arrisca-se a caminhar sobre o fio de uma navalha cujos extremos são o excesso ou a falta. Ou, continuando nas expressões literárias, é a atividade que arrisca tornar-se o que já se falou da psicanálise: o mal cuja cura pretende ser.
>
> Existem dois grandes problemas circundando o fomento público: (i) os critérios de sua concessão e (ii) sua intensidade e duração. O fomento pode ser inteligente instrumento de apoio ao desenvolvimento privado em direções social e constitucionalmente desejáveis – ou pode ser a enésima ajuda do Rei a seus amigos[8].

A percepção de que os remédios antitruste deixaram a teoria e passaram a ser uma possibilidade e uma realidade já alcançou terras brasileiras. Já há casos que demonstram que o art. 38 da Lei 12.529/11 não é letra morta e que precisa ser encarado como uma forma mais moderna de suscitar entradas, rivalidades e eficiências em mercados. Prova desse maior engajamento nacional é a ampliação do espaço de autoridades brasileiras em foros internacionais de discussão sobre a disciplina antitruste.

No âmbito interno, os remédios são conhecidos no Brasil e fundam-se em uma cláusula normativa aberta reproduzida da já revogada Lei 8.884/94. Apesar dessa cláusula já constar na legislação há mais de uma década, foi preciso algum tempo de amadurecimento institucional para entender as necessidades e finalidades dos remédios e como eles se adequam à ordem constitucional contemporânea.

Foi imprescindível observar uma massa de casos *sui generis* que demandassem *enforcement* diferenciado e não abarcados por multas ou acordos. Após a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência realizada em 2012 pela Lei 12.529, foram atribuídos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) novos e interessantes papéis quanto à garantia constitucional da livre concorrência no país. Agora com mais técnicos e responsável também pela reunião de informações para compreensão da complexa economia brasileira, o então chamado "super Cade" passou a ser desafiado por "super casos", seja por conta do aumento das concentrações transnacionais submetidas ao escrutínio do Poder Público[9], seja por conta do dinamismo negocial dos entes envolvidos nas operações[10]. Muitas vezes é a observação reiterada que forma o incentivo de criar algo novo em termos de problemas ou de soluções[11].

Esse quadro fático não exclui as formas de intervenção do Estado na economia já existentes no ordenamento brasileiro, tendo em vista que os remédios antitruste reúnem medidas legais e constitucionais específicas para tutela da competitividade[12]. Contudo, explicita que o caminho da

---

[7] BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Remédios em atos de concentração: aprendizados e aprimoramentos. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2, 2017.

[8] MENDONÇA, op. cit, pp. 349-350.

[9] PHAM, Duy D. Resolving conflicts in international merger reviews through merger remedies. *Kluwer Law International*, v. 39, n. 2, 2016.

[10] "A maioria dos mercados e dos ambientes em que operam agem dentro de um escopo substancial entre a "mão invisível" de Adam Smith e os planos quinquenais de Mao Tsé-tung. Os mercados diferem do planejamento central porque ninguém mais, além dos próprios participantes, determina quem vai receber o quê. E também diferem do laissez-faire porque os participantes entram no mercado sabendo que ele tem suas regras" ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados*. São Paulo: Portfolio Penguin, 2016, p. 17.

[11] ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados*. São Paulo: Portfolio Penguin, 2016, pp. 253-254.

[12] Cite-se como exemplo o dispositivo constitucional que prevê a dissolução de associações por decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, inciso XIX, da Constituição). Tal previsão pode ser um exemplo de remédio se

utilização cada vez maior dos remédios na defesa da concorrência é sem volta, não obstante a complexidade da matéria e o grau de subjetividade inerente ao formulador dos remédios.

A legislação brasileira de defesa da concorrência possui cláusulas abertas de responsabilização antitruste, isto é, não existe um rol exaustivo de ilícitos que caracterizem limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; dominação de mercados relevantes de bens e serviços; aumento arbitrário de lucros; e/ou exercício abusivo de posição dominante – os quatro tipos de efeitos ilícitos em infrações preconizados pela referida legislação[13].

Essa abertura interpretativa tem virtudes e vicissitudes: ao mesmo tempo em que esse nível de abstração permite o desenho de medidas individualizadas e irrepetíveis, a falta de uma rol não-ampliativo de hipóteses de intervenção do Estado via remédios suscita constantes questionamentos quanto a limites, abusos e captura do regulador. Um olhar perfunctório e desavisado sobre a matéria pode confundir esse nível de subjetivismo na formação dos remédios com arbitrariedade, dificultando avaliações sobre abusos ou inconsistências no desenho dos remédios. Acontece que a atividade estatal deve sempre ser fundamentada, trazendo no bojo dos atos e decisões a motivação, o nexo causal e os fatos ensejadores da intervenção.

Nesse fogo cruzado, a livre iniciativa da empresa pode ou não ser oposta à livre iniciativa das demais empresas do mercado; a "criatividade em mercados"[14] precisaria de alguns *standards* interpretativos[15] para provar a todos – e aos próprios mercados – que as soluções de remédios para limitação da atividade empresarial obedecem à segurança jurídica e não são aleatórias.

Recentemente, essa discussão tornou-se ainda mais acalorada quanto o Cade finalmente lançou para consulta pública seu próprio "guia de remédios" para fusões e aquisições e fixou como princípios a proporcionalidade, a tempestividade, a factibilidade e a verificabilidade. Previamente a esse guia, parecia haver alguma percepção de que os remédios seriam arbitrários e sem conexão com a realidade, ainda que aplicados por meio de decisão motivada, visto que não eram uma tradição no direito brasileiro e não estavam consignados em ato normativo específico. À semelhança de outras autoridades de defesa da concorrência no mundo, o Brasil precisava emitir algumas diretrizes para essa tão complicada tarefa que é o desenho de remédios[16], quer se concorde com elas, quer não. No que se refere a remédios em condutas, ainda se aguarda uma resposta institucional e/ou jurisprudencial sobre possíveis caminhos, já que a análise prévia de concentrações e a detecção *a posteriori* de ilícitos anticompetitivos seguem lógicas, *timing* e pontos de partida mercadológicos distintos.

À semelhança de outros emitidos por diversos países, tal guia parece ter duas utilidades práticas. A primeira delas é a *previsibilidade ao agente econômico*, o qual busca desempenhar suas atividades da forma que entende mais cabível na medida de sua livre iniciativa. A segunda delas é a *previsibilidade ao Poder Judiciário*, que nem sempre está acostumado com o dinamismo interpretativo e factual do antitruste ante a tipicidade habitual das outras searas jurídicas. Afinal, a rastreabilidade dos critérios e dos passos para desenho dos remédios deve ser registrada em cada processo de controle de

---

aplicada no âmbito da defesa da concorrência, tal como ocorre no "cartel dos cegonheiros", como será indicado mais à frente deste artigo.

[13] Em outras palavras, o empresário ou a pessoa natural – ou mesmo o ente despersonalizado – pode ser condenado pela prática de atos infracionais contrários à competitividade que sequer estejam arrolados na legislação. Essa escolha institucional tem sido recorrentemente questionada perante o Poder Judiciário e, até agora, conta com uma liminar do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.094 pela constitucionalidade do regramento.

[14] FLIGSTEIN, Neil. The architecture of markets: an economic sociology of twenty-first century capitalist societies. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

[15] MENDONÇA, op. cit, p. 180.

[16] "A intervenção direta monopolística ou concorrencial é perfeito campo de teste para testar a filtragem dos argumentos doutrinários pelo critério da razão pública. É onde mais se acerbam as ideologias; é onde preferências pessoais e interesses profissionais fazem-se lição de cátedra. Existe, ainda, o problema de que o histórico a respeito de tais intervenções é polêmico. Há dúvidas acerca de sua eficiência (embora, em certas quadras históricas, talvez não fosse possível pensar em industrialização brasileira sem o apoio maciço do Estado). MENDONÇA, op. cit, p. 180.

estruturas diante da possibilidade de revisão de decisões do Cade pelo Poder Judiciário, pois é importante desfazer o mito de que os remédios só podem/devem ser aplicados pelo Cade.

Ainda do ponto de vista institucional, o controle de estruturas enfrentou obstáculos semelhantes em relação à demonstração da necessidade e da não arbitrariedade dos remédios. A operação Nestlé-Garoto passou por sucessivas idas e vindas no Poder Judiciário para discutir os remédios que o Cade havia aplicado há mais de dez anos, especialmente em relação às marcas da Garoto que deveriam ser postas à venda[17]. Ainda em relação a atos de concentração, o Judiciário também foi demandado no aval dado à criação do Consórcio Gemini para fornecimento, comercialização e distribuição de gás natural[18].

Já na seara repressiva, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul determinou a extinção de associação de classe e a limitação de atividades de sindicato em virtude de suas respectivas atuações em prol da cartelização no mercado de contratação de frete para transporte de veículos novos (os chamados "cegonheiros")[19]. Outro precedente do Judiciário que merece destaque quanto à aplicação de remédios é a manutenção das medidas não pecuniárias de venda compulsória, pelos infratores, de ativos estabelecidas pelo Cade no "cartel do cimento" pela Justiça Federal do Paraná, entendendo que "a opção eleita não extrapolou os limites do razoável e do proporcional para a situação concreta" e que "as penalidades adotadas, além de encontrarem respaldo na legislação que rege a matéria, também são justificadas por critérios direcionados a evitar a continuidade de ganhos indevidos advindos da prática do cartel"[20].

Não obstante a existência de algumas decisões judiciais desse jaez e de decisões do Cade que apontam para a utilização de remédios, ainda não há diretrizes jurisprudenciais ou incidentes de uniformização sobre remédios no direito da concorrência. Isso se deve a duas razões principais: a diferença de nomenclatura entre a esfera administrativa e a esfera jurisdicional sobre o que seria uma intervenção estatal pela via dos remédios antitruste e/ou o tempo estendido de trâmite processual junto ao Judiciário, de forma que problemas atuais serão examinados em um futuro em que provavelmente eles não mais existirão. Isso não impede, porém, que as esferas jurisdicional e administrativa se unam para discutir diretrizes analíticas adequadas às boas práticas jurídicas e empresariais.

Observe-se, então, que a realidade dos remédios ainda está em construção do ponto de vista dos critérios ensejadores da medida, da escolha dos casos submetidos a intervenção estatal e da indicação da motivação idônea para a utilização de instrumento tão excepcional. Esse tipo de construção técnica requer não apenas uma massa de situações concretas para escrutínio das autoridades como também a reflexão sobre o nível de abertura conceitual que será aceito nos próximos casos. São essas decisões fulcrais que guiarão a previsibilidade dos remédios nos anos vindouros.

3. Dimensões dos Remédios

Previsibilidade enseja sinalização e ambas demandam uma certa estática em relações de mercado que se reconhece que são notadamente dinâmicas. A autorreprodução dos mercados impede a aplicação de disposições *prêt-à-porter* porque os comportamentos de uns agentes influenciam os dos

---

[17] Estadão. *Nestlé pode ser obrigada a leiloar marcas da Garoto*. Disponível em https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/06/nestle-pode-ser-obrigada-leiloar-marcas-da-garoto.html. Acesso em 28/08/2018; KOJIKOVSKI, Gian. *Os 15 anos de vaivém entre Cade, Garoto e Nestlé*. Disponível em https://exame.abril.com.br/negocios/os-15-anos-de-vaivem-entre-cade-garoto-e-nestle/. Acesso em 28/08/2018.

[18] STJ. *Confirmada decisão que restabeleceu medida preventiva do Cade em relação ao Consórcio Gemini*. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Mantida-decis%C3%A3o-que-restabeleceu-medida-preventiva-do-Cade-em-rela%C3%A7%C3%A3o-ao-Cons%C3%B3rcio-Gemini. Acesso em 28/08/2018.

[19] JFRS. SENTENÇA: Ação Civil Pública 2002.71.00.028699-1/RS. Juiz Federal Altair Antônio Gregório. DJ 15/03/2016. 2016.

[20] JFPR. DECISÃO: Ação Ordinária 5043795-46.2015.4.04.7000/PR. Juíza Federal Vera Lúcia Feil Ponciano. Assinada em 27/12/2015. 2015.

demais, que influenciam outros, formando um ciclo de alimentação e retroalimentação com influências interna e externa[21], inclusive com incorporação de aprendizados[22]. Assim, realizar intervenções no domínio econômico requer do Estado maior compreensão das instituições e das relações que o cercam com o escopo de definir instrumentos que acompanhem essa mesma dinâmica do mundo real.

Como regras que são – e como regulação que exteriorizam –, os remédios antitruste tutelam interesses ao cotejar interesse privado e interesse público[23]. E esses interesses possuem três dimensões não excludentes entre si: (i) habilidade de intervir, (ii) forma de intervenção e (iii) interesses afetados na intervenção[24]. Nesse contexto, apesar de tradicionalmente os remédios serem categorizados em comportamentais ou estruturais[25], propõe-se uma reflexão que extrapole essa dicotomia no tocante ao desenho de remédios – até porque seria possível desenhar remédios que não se amoldassem perfeitamente em alguma dessas duas categorias, uma vez que os mercados estão em constante mudança e os conceitos técnicos e mercadológicos outrora fixados podem ser alterados em pouquíssimas décadas[26].

A título exemplificativo, destaca-se a importância dos dados na dinâmica empresarial, em que o *digital farming* passou a ser ativo relevante e determinante em concentrações do setor agrícola, setor que antes se jungia a extensas áreas de plantio e beneficiamento[27], e a privacidade passou como fonte de preocupação concorrencial na definição de posição dominante de fornecedores de aplicativos[28]. Eventual repressão de abuso competitivo em concentração que tenha por objeto o repasse desses dados de *digital farming* teria natureza comportamental ou estrutural? Seria mais razoável determinar a alienação desses ativos ou tutelar uma utilização não discriminatória por parte do comprador? Veja que a solução final poderia ser, inclusive, uma combinação das duas saídas, isto é, a aplicação de remédios comportamentais e estruturais sobre um mesmo tema.

---

[21] WHITE, Harrison C. Where do markets come from? *The American Journal of Sociology*, v. 87, n. 3, 1981.

[22] ATHAYDE, Amanda. *Antitruste: varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017, pp. 420-421.

[23] "A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a servir a uma *técnica de produção social*, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos. Isso equivale a dizer que o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por objetivo a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, entre outros, condiciona não só a ação do Estado, mas as ações de toda sociedade. Todos, inclusive os empresários, devem orientar suas atitudes com vistas à consecução de tais objetivos". BRUNA, Sérgio V. Programas de "compliance" antitruste: por que cumprir a lei é bom negócio. *Revista de Direito Econômico*, v. 32, 2001.

[24] FLIGSTEIN, op. cit, p. 28.

[25] HELLSTRÖM et al, op. cit.

[26] "Durante as primeiras décadas do século XIX, rodeada por um sistema determinado a pôr um preço em tudo, a esquerda formou comunidades utópicas baseadas no compartilhamento, na cooperação e no trabalho colaborativo. De modo geral fracassaram, pela razão primordial de que tudo era escasso. Hoje, as coisas escassas não são tantas. A capacidade de as pessoas, numa metrópole como Istambul, erigirem uma montanha de comida grátis atesta isso. Os depósitos de materiais recicláveis em cidades europeias também comprovam: em meio a coisas de fato imprestáveis, encontram-se pessoas descartando roupas aproveitáveis, livros seminovos, aparelhos eletrônicos que ainda funcionam – itens que outrora tiveram valor hoje não têm preço de venda e são cedidos para reciclagem ou compartilhados. A energia, evidentemente, continua escassa – ou melhor, continua escassa a energia baseada no carbono em que nos viciamos. Mas a commodity mais crucial da vida no século XXI não está escassa de modo nenhum: a informação é abundante. O avanço da escassez rumo à abundância é um desenvolvimento significativo da história da humanidade, e a grande conquista do capitalismo da quarta onda. Mas é um grande desafio à teoria econômica. O capitalismo nos fez ver o mecanismo de preços como a coisa mais orgânica, espontânea e seminal da vida econômica. Agora precisamos de uma teoria do seu desaparecimento" MASON, Paul. *Pós-capitalismo: um guia para o nosso futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 224.

[27] BURGER, Ludwig. *Bayer to sell digital farming business to clear way for Monsanto deal*. Disponível em https://www.reuters.com/article/us-monsanto-m-a-bayer-digital-farming/bayer-to-sell-digital-farming-business-to-clear-way-for-monsanto-deal-idUSKBN1HI1Z8. Acesso em 30/07/2018.

[28] MACHADO, Luiza Andrade. Desafios do *big data* ao direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2. 2017.

Outro exemplo que pode ser elucidado é a desconsideração do conceito antigo de que o mercado varejista seria mero distribuidor de produtos, uma vez que seu elevado poder de compra que passou a ser evidente na respectiva cadeia produtiva e provocou algumas autoridades antitruste recentemente a impor remédios para tentar corrigir essa disfuncionalidade na barganha. Viu-se que supermercados galgaram um novo papel econômico com o passar dos anos, levando o antitruste a também mudar e adaptar seu foco de análise para avaliar os padrões de competição[29]. A mera alienação de ativos a outro agente econômico nem sempre tem o condão de exterminar por completo o problema concorrencial detectado, porquanto algumas dificuldades surgem da forma de utilização desses ativos, qualquer que seja o comprador. Mais uma vez presente, portanto, a simbiose entre alteração de estruturas e alteração de comportamentos do ator econômico.

A habilidade de intervir diz respeito à consideração de estruturas de mercado como modos de articulação que envolvem compreensões cognitivas e relações sociais concretas. É importante entender a maneira pela qual os agentes econômicos se organizam e encontram formas estáveis de competição, bem como o funcionamento do mercado analisado[30]. Essa contextualização fornecerá instrumentos para prover sentido às ações dos competidores e, dessa forma, modelar remédios que efetivamente estimulem determinado ato:

> Assim, remédios antitruste devem fazer cessar o comportamento abusivo específico, mas remédios em atos de concentração precisam eliminar preocupações acerca de possíveis efeitos anticompetitivos, isto é, suprimir o incentivo da firma objeto da operação de agir contra as regras competitivas. Geralmente, cessar um comportamento abusivo não requer remédios drásticos, por exemplo, uma ordem proibitiva pode servir bem ao propósito. Contudo, desincentivar é outra história[31].

As relações sociais, por sua vez, trazem a moldura histórico-cultural do mercado e correlação com outros mercados[32]. Geralmente é por essa forma que a autoridade identifica os agentes incumbentes e os entrantes em um dado mercado e, por conseguinte, aponta barreiras à multiplicação de concorrentes e ao bem-estar do cidadão.

Quando se estabelece que uma firma se concentra com outra para obter economias pecuniárias, economias reais e/ou redução de ineficiências administrativas[33], na prática, se diz que existe uma parcela da análise que realmente depende do posicionamento dos fatores produtivos no mercado e da reação do agente em relação à reação de outros agentes. Mais uma vez, a interdependência dos atores econômicos é sobressaltada e reiterada na forma de incentivos e desincentivos. E isso nada mais é que compreender melhor e mais detalhadamente a arena em que todos estão situados e interagindo.

A forma de intervenção é o fator que identifica as regras e a necessidade de realização de alterações estruturais ao passo que o conhecimento dos interesses afetados na intervenção precisa de informações adicionais sobre as hierarquias e o funcionamento do mercado e da própria empresa. Visando a aprimorar a dualidade estrutura-comportamento dos remédios, sugere-se a consideração de quatro tipos de regras estruturantes e abstratas interessantes para conhecimento das hierarquias e dos itens geradores de estabilidade: os direitos de propriedade, as estruturas de governança, as regras de intercâmbio e as concepções de controle.

Os direitos de propriedade têm fundamento nos fatores de produção que estão à disposição do fornecedor e são o centro da sociedade de mercado, definindo o relacionamento social entre compradores e todos os demais indivíduos. Os direitos de propriedade geram menos distúrbios sociais quando são mais bem definidos, isto é, quando há menos dúvidas sobre sua detenção ou sobre seu

---

[29] ATHAYDE, op. cit, pp. 53-85.

[30] Não se propõe o afastamento das duas tradicionais classificações dos remédios antitruste em estrutural e comportamental, mas sim uma forma de complementação de seus respectivos sentidos ao acrescentar outros componentes analíticos que permitam uma melhor compreensão dos interesses e incentivos envolvidos em relações jurídico-econômicas atreladas à livre concorrência.

[31] WANG, op. cit. (tradução livre).

[32] FLIGSTEIN, op. cit, p. 32.

[33] COSTA, Carlos Alexandre J. da; LUCINDA, Claudio. Comportamento das firmas – análise de mercado. *In*: *Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB, 2002.

exercício. Aqui se deixa claro quem é responsável pelo quê, assegurando transparência e aos condicionamentos de comportamentos que se baseiem em fontes bem definidas de informação sobre direitos de propriedade.

As estruturas de governança traduzem esquemas de cooperação e competição e revelam a organização dos agentes econômicos. A explicitação dessas estruturas é útil para reduzir custos de transação e conferir estabilidade ao relacionamento da empresa com seus *stakeholders*. Elas podem assumir a forma de leis ou práticas institucionais mais informais nos respectivos setores de atividade.

> Um mercado bem desenhado tem um leque de mecanismos para construção de confiança mútua. Contratar baseia-se não apenas em tribunais, mas também em mecanismos informais fundados em reputação. A informação deve fluir se incentivos reputacionais estão funcionando. Organizações do setor privado como entidades de classe, firmas intermediárias e *bureaus* de crédito ajudam com a contratação ao espalhar informação sobre aqueles que quebram contratos e, às vezes, ao organizar uma lista negra coletiva desses descumpridores. Esses mecanismos informais complementam o sistema legal ao induzir as pessoas a manter sua palavra"[34].

Já as regras de intercâmbio definem quem transaciona com quem e as condições dessas transações, envolvendo atores e prerrogativas. Elas definem o tipo e a abrangência da isonomia, auxiliando também na estabilização das relações sociais entre os agentes econômicos envolvidos. Como são também regras, prestam-se a disciplinar comportamentos e a sinalizar expectativas e direitos aos envolvidos direta ou indiretamente na concentração via regulação e autorregulação.

As concepções de controle, por sua vez, refletem acordos firmados com base em organização interna do próprio agente e as hierarquias de um dado mercado e são específicas de uma determinada indústria de uma determinada sociedade[35]. São produtos históricos e culturais por refletirem uma configuração específica de mercado e refletem as camadas de poder eventualmente camufladas em tramas imbrincadas de laços societários. Tais concepções nem sempre são conscientes, pois podem ser fruto da tradição ou de reiteradas práticas não intencionais.

A linguagem antitruste geralmente se apropria das matrizes analíticas da microeconomia ou do próprio direito das obrigações para exteriorizar uma situação competitiva. Todavia, as categorias acima arroladas podem preencher alguns espaços cinzentos que essas duas searas do conhecimento não conseguem resolver, que são exatamente aqueles que dizem respeito à dinâmica dos mercados e ao toque de realidade que deve ser sempre emprestado à política pública de defesa da concorrência.

Desenhos ideais de conformações mercadológicas não mais possuem serventia diante de cenários tão complexos quanto os apresentados atualmente.

Teorias clássicas de regulação e de falhas de mercado não podem ser consideradas perfeitas e levadas ao pé da letra. Assim como a teoria jurídica não consegue, por si só, trazer todas as soluções para o antitruste, a teoria econômica tampouco esgota o tema. É preciso ter ciência e consciência da interdisciplinariedade inerente à defesa da concorrência para se alcançar remédios mais eficazes e menos sujeitos a erros[36].

---

[34] MCMILLAN, J. *Reinventing the Bazaar: A Natural History of Markets*. New York: W. W. Norton & Company, 2002, cap. 5 (tradução livre).

[35] FLIGSTEIN, op. cit, pp. 33-35.

[36] "A teoria econômica de livros-texto não afasta a noção de que mercados são mágicos porque ela diz pouco sobre como mercados funcionam. Apesar de a economia ser, em grande parte, um estudo dos mercados, os livros-texto representam-nos de forma abstrata. O diagrama de oferta e demanda, exposto em incontáveis palestras de 'Economics 101', é uma narrativa desumana de trocas. Ele deixa sem explicação muito do que precisa ser explicado. Ele nos diz o que os preços fazem, mas é silente em dizer como eles são estabelecidos. Oferta e demanda superar questões sobre como compradores e vendedores se encontram, que outras transações eles têm, como compradores avaliam o que estão comprando e como acordos são cumpridos. Três ganhadores do Prêmio Nobel notaram essa singularidade. George Stigler achava que eram 'uma fonte de constrangimento em que pouca atenção era dispensada à teoria dos mercados'. Douglass North notou o 'fato peculiar' que a economia 'contem tão pouca discussão sobre a instituição central que fundamenta a economia neoclássica – o mercado'. Ronald Coase reclamou que o mercado tem um 'papel obscuro' na teoria econômica e a 'discussão sobre o próprio mercado desapareceu completamente'. A crítica dos ganhadores de Prêmio Nobel foi agora endereçada. A economia moderna tem muito a dizer sobre o fundamento dos mercados. Teóricos abriram a caixa preta da oferta

Todos esses passos são importantes para ressaltar que, quanto mais se conhece sobre um mercado, mais se reduz a assimetria de informações entre particular e Estado. E quanto menor essa assimetria, menor o risco de o Estado tomar uma posição de forma equivocada por conhecer mais possibilidades de ação e sentido envolvidas em uma determinada concentração. E até não aplicar qualquer remédio passa a ser uma decisão – ou seja, a decisão é uma não decisão[37] –, desde que seja buscada e processada a maior quantidade de informação possível.

Minimizar essa assimetria, todavia, não é tarefa fácil nem trivial. Exige um custo, que não é necessariamente financeiro e muitas vezes sequer é mensurável. Só que os prejuízos sociais decorrentes da ausência ou da leniência estatal com práticas anticompetitivas é muito maior e mais devastador que o de determinar qual o arranjo econômico menos problemático à competição.

Não há critérios infalíveis, razão pela qual o Poder Público deve se cercar do maior número de técnicas e metodologias disponíveis para apontar o melhor caminho em defesa da concorrência. Na hipótese específica dos processos de competência do Cade, não foi detectado caso em que essas categorias foram utilizadas. Grande parte, porém, dos problemas que esses elementos de análise se prestam a discutir passam pelo crivo da autarquia e poderiam constituir ferramentas adicionais de compreensão do dinamismo dos mercados pelo Poder Público.

Desenhar remédios melhores e mais bem fundamentados tem o condão de gerar o famoso bem-estar ao consumidor. Entretanto, deve-se pensar como consumidor não apenas aquele apto a comprar o bem que quiser na hora que bem entender. Consumidor é qualquer cidadão que precise adquirir um bem ou serviço, não importando a condição financeira pessoal ou a classe social. Nesse sentido, espalhar políticas que efetivamente fomentem concorrência pode gerar efeito econômico ainda mais interessante quando se pensa que indivíduo de qualquer classe social poderia usufruir de menores preços e de maior diversidade de bens e serviços.

Conclusão

Mercados têm crescido e se desenvolvido em agilidade e fluidez ímpares sem deixarem de depender das relações que estabelecem com o Poder Público e demais *stakeholders*. A dinâmica de trocas tem ficado cada vez mais intensa e complexa diante de novos produtos e novas formas de interação na sociedade, o que impacta diretamente na forma pela qual o Estado diagnostica e corrige falhas que possam prejudicar a livre concorrência. Um mundo novo surge a todo momento e todos devem estar preparados para processá-lo e aceitá-lo constante e diuturnamente.

O Poder Público, então, precisa se adaptar para buscar soluções rápidas e adequadas aos novos desafios da contemporaneidade. A intervenção estatal no domínio econômico não pode ser encontrada em uma caixa cheia de fórmulas prontas e irretocáveis. É preciso entender que uma solução pode se tornar antiga de um dia para outro a defender do funcionamento do mercado e das hierarquias às quais ele é submetido.

Essas soluções se traduzem em remédios, que são regras aptas a impulsionar ou desestimular comportamentos dos agentes econômicos. O Estado não pode se cansar da tentativa de fazer com que o particular revigore comportamentos consentâneos com a paz social e não renove comportamentos ilícitos. A prevalência do interesse público sobre o interesse privado é um princípio que deve ser posto em prática também na seara antitruste e consequentemente no desenho de remédios.

---

e da demanda e nela mergulharam. A teoria dos jogos foi trazida para dar suporte aos processos de trocas. Ao examinar os mercados mais de perto, a nova economia enfatiza as fricções de mercado e como elas são mantidas sob controle. Em 2001, esse trabalho recebeu reconhecimento com o prêmio Nobel em economia de George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz por lançarem os fundamentos, como disse a citação do Nobel, 'para uma teoria geral dos mercados com informação assimétrica'. Expressadas em matemática e em um impenetrável jargão, essas novas ideias estão obscuramente nos artigos técnicos. Elas têm, no entanto, um conteúdo profundamente prático" MCMILLAN, op. cit, cap. 1 (tradução livre).

[37] "O ator e filósofo da vida, Peter Ustinov, é conhecido por ter oferecido o seguinte conselho a vários assuntos: "apenas não faça nada, fique aí!". Isso pode resultar em um tipo estranho de "remédio", mas fazer nada é uma opção viável em várias situações que envolvem condutas unilaterais de firmas dominantes" WALLER, S. W. The past, present, and future of monopolization remedies. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 1, 2009 (tradução livre).

Para isso, deve compreender como o agente toma decisões e como ele reage a estímulos externos com a finalidade de estabelecer remédios eficazes e adequados ao caso concreto. Afinal, a arquitetura de incentivos e desincentivos também é capaz de estabelecer regras de competição – e de não competição – plausíveis e consistentes.

Para além das tradicionais matrizes analíticas do direito e da economia, foram enumeradas as dimensões de intervenção no mercado que podem auxiliar nesse trabalho de prospecção. Entender a habilidade de intervir, a forma de intervenção e os interesses afetados na intervenção podem trazer elementos aperfeiçoadores da política de defesa da concorrência e de outras políticas relacionadas ou que dela dependam.

Foram sucintamente apresentadas quatro subcategorias de análise que evidenciam a imprescindibilidade de compreensão da realidade da empresa antes de qualquer intervenção no domínio econômico. São elas os direitos de propriedade, as estruturas de governança, as regras de intercâmbio e as concepções de controle e revelam características referentes ao relacionamento interno e externo do agente econômico.

Essas subcategorias, longe de representarem apenas mais uma tipologia de análise jurídico-econômica, auxiliam a obtenção e a organização de informações potencialmente úteis no controle de estruturas. A maior disponibilidade dessas informações reduz a assimetria naturalmente existente entre Estado e particular e permite que mais opções de política pública sejam criadas e customizadas para cada caso concreto.

Sob esse viés conceitual, os remédios, portanto, podem integrar uma política pública capaz de impulsionar o desenvolvimento brasileiro e vai além da disponibilidade de mais opções ao consumidor. Os ganhos com a preservação da concorrência extrapolam a esfera da quantificação porque a extensão dos benefícios não é canalizada apenas para a parcela populacional com mais condições de consumo[38].

Referências Bibliográficas

ATHAYDE, Amanda. Antitruste: varejo e infrações à ordem econômica. São Paulo: Singular, 2017.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. *Combate a cartéis e remédios antitruste: o poder público e a arquitetura de incentivos e desincentivos na concorrência*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2018.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Remédios em atos de concentração: aprendizados e aprimoramentos. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2, 2017.

BRUNA, Sérgio V. Programas de "compliance" antitruste: por que cumprir a lei é bom negócio. *Revista de Direito Econômico*, v. 32, 2001.

BURGER, Ludwig. *Bayer to sell digital farming business to clear way for Monsanto deal*. Disponível em https://www.reuters.com/article/us-monsanto-m-a-bayer-digital-farming/bayer-to-sell-digital-farming-business-to-clear-way-for-monsanto-deal-idUSKBN1HI1Z8. Acesso em 30/07/2018.

[38] "A realidade é que a promoção ampla e efetiva de concorrência precisa receber maior atenção nas discussões de política pública no Brasil. O custo-benefício de se promover dinâmica competitiva é marcante: não apenas a magnitude e o escopo dos ganhos esperados são significativos, inclusive para a população mais pobre, como o investimento público exigido é inferior ao utilizado por outras estratégias de governo. Na África do Sul, a queda de preço gerada pelo desmantelamento de apenas 4 cartéis em produtos de consume básico foi capaz de retirar cerca de 200 mil pessoas da pobreza - uma política de transferência direta de renda precisaria investir 40 vezes mais recursos públicos para alcançar efeito similar. No Peru, maior concorrência nos setores de serviços teria o potencial de aumentar em pelo menos 0.2% o crescimento anual do PIB. No México, estima-se que a falta de concorrência custe 1% do crescimento do PIB do país a cada ano. Na Tunísia, mais concorrência aumentaria o crescimento da produtividade do trabalho em 5%, gerando crescimento adicional de 4.5% do PIB e 50 mil novos empregos por ano. Os benefícios de uma revolução concorrencial estão à espera do Brasil". FALCO, Guilherme de Aguiar. Para além do antitruste: a necessidade de um novo paradigma para a política de concorrência no Brasil. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2, 2017.

COSTA, Carlos Alexandre J. da; LUCINDA, Claudio. Comportamento das firmas – análise de mercado. *In*: *Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: IOB, 2002.

Estadão. *Nestlé pode ser obrigada a leiloar marcas da Garoto*. Disponível em https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/06/nestle-pode-ser-obrigada-leiloar-marcas-da-garoto.html. Acesso em 28/08/2018.

FALCO, Guilherme de Aguiar. Para além do antitruste: a necessidade de um novo paradigma para a política de concorrência no Brasil. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2, 2017.

FLIGSTEIN, Neil. The architecture of markets: an economic sociology of twenty-first century capitalist societies. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and materials on antitrust*. 3 ed. West Academic Publishing, 1989.

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

KOJIKOVSKI, Gian. *Os 15 anos de vaivém entre Cade, Garoto e Nestlé*. Disponível em https://exame.abril.com.br/negocios/os-15-anos-de-vaivem-entre-cade-garoto-e-nestle/. Acesso em 28/08/2018.

HELLSTRÖM, Per; MAIER-RIGAUD, Frank; BULST, Friedrich Wenzel. Remedies in European antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 1, 2009.

JFPR. DECISÃO: Ação Ordinária 5043795-46.2015.4.04.7000/PR. Juíza Federal Vera Lúcia Feil Ponciano. Assinada em 27/12/2015. 2015.

JFRS. SENTENÇA: Ação Civil Pública 2002.71.00.028699-1/RS. Juiz Federal Altair Antônio Gregório. DJ 15/03/2016. 2016.

MACHADO, Luiza Andrade. Desafios do *big data* ao direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2. 2017.

MASON, Paul. *Pós-capitalismo: um guia para o nosso futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MCMILLAN, J. *Reinventing the Bazaar: A Natural History of Markets*. New York: W. W. Norton & Company, 2002.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PHAM, Duy D. Resolving conflicts in international merger reviews through merger remedies. *Kluwer Law International*, v. 39, n. 2, 2016.

ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados*. São Paulo: Portfolio Penguin, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: Primeiras Reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (coord.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

STJ. *Confirmada decisão que restabeleceu medida preventiva do Cade em relação ao Consórcio Gemini*. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Mantida-decis%C3%A3o-que-restabeleceu-medida-preventiva-do-Cade-em-rela%C3%A7%C3%A3o-ao-Cons%C3%B3rcio-Gemini. Acesso em 28/08/2018.

WALLER, S. W. The past, present, and future of monopolization remedies. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 1, 2009.

WANG, W. Structural remedies in EU antitrust and merger control. *World Competition*, v. 34, n. 4, 2011.

WHITE, Harrison C. Where do markets come from? *The American Journal of Sociology*, v. 87, n. 3, 1981.