

AMANDA ATHAYDE

ESTUDOS EM DIREITO DA

CONCORRÊNCIA

PREFÁCIO: RICARDO VILLAS BOAS CUEVA

APRESENTAÇÃO: VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO

Descubra os segredos e nuances do Direito da Concorrência neste livro fascinante, intitulado "Estudos em Direito da Concorrência". Nele, você encontrará uma cuidadosa seleção de estudos da autora, divididos em seis blocos:

Política Pública de Defesa da Concorrência: Explore os objetivos do Direito da Concorrência, as diferentes ondas do antitruste no Brasil e o impacto do lobby no cenário competitivo.

Defesa da Concorrência e Interfaces Jurídicas: Mergulhe em artigos que abordam temas como antitruste e gênero, o universo dos supermercados, seguros Directors and Officers (D&O), inteligência artificial, videogames, Sociedades Anônimas do Futebol (SAF) e sanções antitruste não pecuniárias.

Atos de Concentração: Desvende estudos sobre fusões verticais e conglomerais, interlocking directorates, participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes e o fenômeno do "gun jumping".

Condutas Unilaterais: Explore temas como blockchain, preços predatórios e subsídios, medidas preventivas e discriminação de preços por algoritmos.

Condutas Coordenadas: Descubra os segredos por trás de acordos de hub and spoke, no poach e wage fixing, a importância do whistleblower, acordos de leniência e TCC, compliance antitruste, cartéis internacionais e em licitações, além de análises sobre anúncios públicos unilaterais e conspirações múltiplas versus únicas.

Ações Privadas de Reparação Civil: Mergulhe em artigos sobre acesso a documentos de leniência, ajuizamento de ações de reparação, ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade, e a aplicabilidade da Lei n. 14.470/2022 em termos materiais e processuais.

ISBN 978-65-6006-068-5



9 786560 060685 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

AMANDA ATHAYDE

ESTUDOS EM DIREITO DA
CONCORRÊNCIA

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ATHAYDE, Amanda

Titulo: Estudos em Direito da Concorrência - Belo Horizonte - Editora Expert - 2024

AUTORA: Amanda Athayde

ISBN: 978-65-6006-068-5

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito da concorrência 2. Direito empresarial 3.Defesa da concorrência

4.Politica pública

I. I. Titulo.

CDD: 342.2

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

PREFÁCIO

Recebi com alegria o convite para prefaciar a obra "Estudos em Direito da Concorrência", de Amanda Athayde. Afinal, há muitos anos venho acompanhando a notável evolução profissional e acadêmica de Amanda, dona de um currículo e de uma capacidade de trabalho invejáveis. Seria uma excelente oportunidade de lançar um olhar sistemático sobre trabalhos produzidos pela autora ao longo dos últimos anos. Saí enriquecido da experiência: trata-se muito mais do que uma simples compilação de artigos; é um verdadeiro convite para explorar em profundidade o universo complexo e multifacetado do Direito da Concorrência, sob a segura orientação da autora, que, como sempre, procura desbravar temas novos e provocantes.

De fato, Amanda Athayde traz para o leitor sua vasta experiência, tanto acadêmica quanto profissional, marcada por um olhar inovador a respeito dos desafios contemporâneos enfrentados pelo Direito da Concorrência. Seu trabalho se destaca não apenas pela profundidade da análise, mas também pela capacidade de abordar temas atuais e de grande relevância, muitos dos quais raramente explorados com tal acuidade na literatura jurídica brasileira.

O livro é estruturado em seis blocos temáticos. No primeiro, que trata da política pública de defesa da concorrência, reúnem-se artigos que traçam um amplo painel das principais escolas do direito antitruste, com análise comparativa que permite situar de modo pertinente os debates em curso no mundo e no Brasil, levando em conta dados empíricos relevantes acerca da atuação do CADE. No segundo, que cuida das intersecções entre o Direito da Concorrência e outras áreas jurídicas, encontram-se interessantes discussões relativas ao uso de sanções não monetárias na defesa da concorrência, entre outros tópicos. Nos demais blocos, abordam-se temas relacionados com os Atos de Concentração, as Condutas Unilaterais e Coordenadas e as Ações Privadas de Reparação Civil. Essa organização reflete a amplitude da visão da autora, capaz de transitar com facilidade entre

a teoria e a prática, entre o local e o global, entre tecnicidades e questões de interesse geral.

Dentre os temas abordados, encontramos discussões relativas à influência do lobby no cenário competitivo, à interação entre antitruste e gênero, ao impacto da inteligência artificial e dos videogames no mercado, além de análises profundas a respeito de fusões, práticas predatórias e cartéis, apenas para citar alguns. Tais estudos não apenas ilustram a complexidade do Direito da Concorrência, como também destacam a importância de um olhar crítico e atualizado no tocante às práticas de mercado e sua regulamentação.

Em suma, o livro nos oferece uma oportunidade única de compreender as nuances e os desafios do Direito da Concorrência em uma era marcada por rápidas mudanças tecnológicas e econômicas, destinando-se a todos aqueles que buscam não apenas entender, mas, para além disso, questionar e expandir os limites do que conhecemos acerca do Direito da Concorrência. É uma leitura indispensável para estudantes, profissionais da área jurídica e todos os interessados em compreender os mecanismos que regem as dinâmicas de mercado em nossa sociedade.

Ricardo Villas Boas Cueva

Março de 2024

APRESENTAÇÃO

É um privilégio apresentar um pouco da trajetória e do trabalho notável da Professora Amanda Athayde no campo do Direito da Concorrência.

Tenho tido a alegria de acompanhar de perto a jornada da Professora Amanda Athayde desde 2009, quando participei de um evento sobre Direito da Concorrência em Belo Horizonte/MG. Naquela época, Amanda já demonstrava sua paixão e dedicação à área, mesmo como estudante de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Nossos caminhos se cruzaram novamente na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), onde pude testemunhar sua competência e comprometimento. Acompanhei seu ingresso no mestrado no Largo São Francisco (USP), e posteriormente, tivemos a oportunidade de colaborar no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), onde Amanda liderou a negociação dos Acordos de Leniência Antitruste com maestria, deixando uma marca indelével.

Participei como membro da banca de qualificação do doutorado dela na USP, e juntos escrevemos artigos em coautoria, explorando nuances do Direito da Concorrência. Além disso, compartilhamos voos (com Amanda sempre tirando um cochilo) e participamos de inúmeros eventos acadêmicos e profissionais.

Amanda Athayde é uma referência no cenário acadêmico e profissional, e sua atuação na Universidade de Brasília (UnB) e minha na USP tem sido uma fonte constante de diálogo e aprendizado.

Agora, com o lançamento de seu livro, ela consolida mais de 12 anos de dedicação incansável ao estudo e à prática do Direito da Concorrência no Brasil.

O livro da Amanda é uma obra que reflete sua paixão, conhecimento e compromisso com a área. Ele representa uma contribuição significativa para a literatura jurídica e será uma fonte

valiosa para estudantes, acadêmicos e profissionais que desejam aprofundar seus conhecimentos sobre concorrência e antitruste.

Parabenizo Amanda Athayde por essa conquista e desejo que seu livro alcance muitos leitores, inspirando futuras gerações de juristas e contribuindo para o desenvolvimento contínuo do Direito da Concorrência no Brasil.

Vinícius Marques de Carvalho
Março de 2024



Amanda Athayde

Advogada e Professora Doutora da Universidade de Brasília (UnB).

Atua nas áreas de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Defesa Comercial e Interesse Público, Compliance, Anticorrupção, Acordos de Leniência e Negociação de Sanções.

Consultora no Pinheiro Neto Advogados.

Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne.

É autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros.

Entre 2019 a abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia.

Entre 2017 e 2019, foi Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE.

De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste.

Em 2013, atuou na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs).

Ex-Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC).

Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.

Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

<https://www.amandaathayde.com.br>

<https://podcast.direitoempresarialcafecomleite.com>

SUMÁRIO

Política Pública de Defesa da Concorrência

As três ondas do antitruste no Brasil: a Lei 12.529/2011 E o conselho administrativo de defesa econômica21

Amanda Athayde

A terceira onda do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami? Reflexões diante do histórico de investigações e de acordos sobre condutas unilaterais no Brasil29

Amanda Athayde, Patrícia Jacobs

Os novos objetivos do Direito da Concorrência: Objetivos antitruste mais amplos que o bem-estar do consumidor incluem uma eventual defesa dos cartéis?37

Amanda Athayde, Luiz Guilherme Ros

The midlife crisis of the antitrust goals: where does the Brazilian Competition Authority stand among Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists?47

Amanda Athayde, Luiz Guilherme Ros

Concorrência para além das autoridades antitruste nos Estados Unidos e no Brasil: Há espaço para uma movimentação de tal magnitude em nosso país?71

Amanda Athayde, Angélica Vettorazzi

O ambiente político como “*marketplace*” e o uso do lobby como instrumento anticompetitivo79

Amanda Athayde, Isabella Accioly

Defesa da Concorrência e Interfaces Jurídicas

Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência87

Amanda Athayde, Mariana Piccoli L. Cavalcanti

Non-monetary antitrust sanctions: the brazilian experience between 2012 and 2022 and some additional reflections for international antitrust practice95

Amanda Athayde, Renan Cruvinel

Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores?.....147

Amanda Athayde

Interfaces entre Seguros D&O, Acordos de Leniência, Termos de Compromisso e Governança Corporativa177

Amanda Athayde, Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues

Bumblebee Antitruste? A Inteligência Artificial e seus Impactos no Direito da Concorrência.....211

Amanda Athayde, Marcelo Guimarães

O que o videogame tem a ver com o Cade? Operações na indústria de jogos eletrônicos e análises antitruste237

Amanda Athayde, Leonardo Rocha e Silva, Igor Marques Caldas Machado

Cláusula de não concorrência: interfaces entre antitruste e direito do trabalho no Brasil e nos EUA243

Amanda Athayde, Manuela Mendes Prata, André Peyneau Cúrcio

Concentrações Econômicas (Atos de Concentração)

Fusões Verticais e Conglomerais no Brasil: Lições do passado para construir o futuro253

Amanda Athayde

Fusões verticais e conglomerais pela perspectiva do mercado de trabalho293

Amanda Athayde, Julia Braga

Interlocking Directorates in Brazil: is there an antitrust concern in light of the recent discussions in the USA?.....299

Renê Guilherme S. Medrado, Amanda Athayde, Catarina Lobo Cordão

Ventriloquos antitruste no Brasil? Das participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes (“*common ownership*”).....307

Amanda Athayde, Mônica Tiemy Fujimoto

Gun Jumping, Controle Prévio de Estruturas e o CADE.....331

Amanda Athayde

Condutas Unilaterais

Medidas preventivas no antitruste: quando e como aplicar, à luz da experiência recente do Cade359

Amanda Athayde, Cristianne Zarzur, Jackson Ferreira

Breves acenos sobre as possíveis condutas anticompetitivas horizontais e verticais implementadas via blockchain.....383

Amanda Athayde, Bárbara Mendes Peres

How government subsidies can change predatory pricing antitrust investigations: finding the antitrust ‘codfish head’403

Amanda Athayde, Luis Henrique Perroni Fernandes

Discriminação de preços por algoritmo no varejo online: peculiaridades, condições, obstáculos e desafios da discriminação comportamental.....421

Amanda Athayde, Carlos Roberto da Rocha Reis

Condutas Coordenadas

Antitruste e anúncios públicos feitos por empresas, associações e sindicatos.....449

Amanda Athayde, Leonardo Rocha e Silva, Luís Henrique Perroni Fernandes

A primeira condenação de acordos hub-and-spoke no Brasil e sua sinalização antitruste.....457

Amanda Athayde, Sofia de Medeiros Vergara

Doing the math of cartels: unpuzzling organized corporate crimes....467

Amanda Athayde, Bruna Piazzera, Priscila Craveiro, João Victor Freitas, Luiz Guilherme Ros

10 Anos da Lei 12.529/2011: Da improvável à incontornável interface entre concorrência e trabalho511

Amanda Athayde, Juliana Oliveira Domingues, Nayara Mendonça Silva e Souza

Pipoca com guaraná: combinando acordos de leniência com os do tipo second best539

Amanda Athayde, Sarah Roriz de Freitas

TCCs em Casos de Cartel no Cade: Meios de obtenção de provas e/ou pactos de ajustamento de conduta?547

Amanda Athayde, Marco Antonio Fonseca Júnior

O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste ..553

Amanda Athayde, Juliana Oliveira Domingues, Nayara Mendonça Silva e Souza

Denunciante Premiado? *Whistleblower* no Brasil e o Direito Antitruste577

Amanda Athayde, Mylena Matos

A evolução dos acordos de leniência e dos TCCS nos 5 anos de vigência da Lei 12.529/2011.....583

Eduardo Frade, Diogo Thomson, Amanda Athayde

Leniência, *Compliance* e o Paradoxo do Ovo ou da Galinha: Do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial611

Amanda Athayde, Ana Frazão

A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy633

Amanda Athayde, Marcela Campos Gomes Fernandes

Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes657

Amanda Athayde, Rodrigo de Grandis

Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil683

Vinicius Marques de Carvalho, Amanda Athayde, Bernardo Becker Fontana

Anúncios públicos feitos por empresas, associações e sindicatos: é preciso ter cuidado para não infringir a lei de defesa da concorrência713

Amanda Athayde, Leonardo Rocha e Silva, Luis Henrique Perroni Fernandes

Ações Privadas em Reparação Cível

Se, quando e como aplicar a Lei nº 14.470/2022 nas ações reparatórias por danos concorrenciais? Uma análise sobre a aplicabilidade no tempo das normas de direito material e processual723

Amanda Athayde, Carolina Trevizo

Há embate entre a Lei 14.470/22 e a decisão do STJ no REsp nº 1.971.316/SP?.....751

Renê Guilherme S. Medrado, Amanda Athayde, Gianvito Ardito, Luís Henrique Perroni Fernandes

Ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade: O que isso significa para as ações de reparação de dano por conduta anticompetitiva no Brasil?761

Amanda Athayde, Isabela Maiolino

Da teoria à realidade: o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil769

Amanda Athayde, Andressa Lins Fidelis, Isabela Maiolino

Can shareholders claim damages against company officers and directors for antitrust violations? The Japanese experience and possible lessons to Brazil and Latin America797

Amanda Athayde

Discovery, Leniência, TCC e Persecução Privada a Cartéis: too much of a good thing?819

Amanda Athayde, Andressa Lin Fidelis

**POLÍTICA PÚBLICA DE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Amanda Athayde

AS TRÊS ONDAS DO ANTITRUSTE NO BRASIL¹: A LEI 12.529/2011 E O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 01/11/2017.*

Amanda Athayde

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais à promoção da dignidade humana”² Trata-se de compreensão em conformidade com o art. 170, cujo *caput* é claro no sentido de que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, em obediência aos demais princípios elencados em seus incisos. O princípio da livre concorrência, assegurado em um dos incisos deste artigo da Constituição, não é tido então como um fim em si mesmo, mas “um valor-meio a servir o valor-fim, que vem a ser o bem comum e o interesse da coletividade”³ Há que se reconhecer, portanto, a centralidade da Constituição na condução de questões relacionadas ao Direito da Concorrência no Brasil, “colocando-a como a base e o centro valorativo fundamental do discurso antitruste”.⁴

1 Essa reflexão da autora é apresentada, com maior detalhamento, em seu livro: ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. São Paulo: Ed. Singular, 2017.

2 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 123.

3 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso do poder econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXVI (nova série), n. 66, p. 49. São Paulo: RT, abr.-jun. 1987.

4 FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158. A autora traz como base do seu artigo a discussão inicialmente proposta por: SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Law Review*, v. 106, p. 741-791, 1993.

A questão consiste então em “criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico”⁵ Para tanto, o art. 173, §4º, da Constituição determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, do domínio de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros”. Não basta, assim, que o exercício do poder econômico se adéque a determinada política econômica ou seja geradora de eficiências para estar conforme à ordem econômica constitucional. É necessária a “constitucionalização do direito concorrencial”, de modo que “o controle do exercício do poder econômico não pode ficar sujeito tão somente a critérios econômicos ou consequencialistas”.⁶

Para criar e preservar o ambiente concorrencial e proteger os interesses da coletividade consubstanciados nos princípios constitucionais, a Lei 12.529/2011 é o instrumental da disciplina da concorrência no Brasil. Considerada no bojo do conjunto de valores delineados na Constituição, esta Lei, em seu art. 1º, define que seu objeto é “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”. Observe-se, portanto, que o direito da concorrência e o controle do poder econômico está intimamente relacionado aos princípios da ordem econômica constitucional. Nesse contexto, acredito que o Direito da Concorrência no Brasil é marcado por três “ondas”.

A primeira “onda” foi aquela marcada pela consolidação institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

5 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 189.

6 FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158.

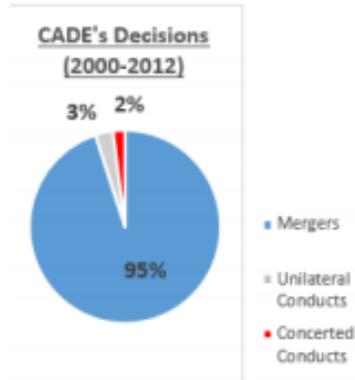
e pelo foco na aplicação das regras do controle de estruturas⁷. Apesar de o Direito da Concorrência encontrar fundamento constitucional no Brasil desde a Constituição de 1946 (cujo marco legislativo foi a Lei 4.137/1962), que permitiu o início do posicionamento institucional do Conselho, sabe-se que o fortalecimento da proteção à ordem econômica e do próprio papel do CADE se deu com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Lei 8.884/94. Nessa fase, dado que o controle de atos de concentração era posterior (art. 54) e a análise era realizada tanto pelas Secretarias de Direito Econômico (SDE) e de Acompanhamento Econômico (SEAE) quanto pelo CADE, as autoridades antitruste brasileiras dispndiam maior parte do tempo e dos recursos no controle de estruturas. Dados estatísticos oficiais indicam que, entre os anos 2000 e 2012, aproximadamente 95% dos julgamentos do Conselho diziam respeito a atos de concentração, ao passo que 3% diziam respeito a condutas unilaterais e 2% a condutas coordenadas.^{8 9} Em que pesem as importantes iniciativas

7 Para maiores informações sobre o controle de estruturas, sugere-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

8 Dados estatísticos disponíveis em: <www.cade.gov.br/cadeemnumeros>. Disponível também em: Contribution from Brazil, Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. OECD Latin American and Caribbean Competition Forum 2017. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf)>.

9 Sobre a diferenciação entre condutas coordenadas e condutas unilaterais: “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre as empresas (i.e., acordo) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como (i) *horizontais*, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) *verticais*, quando afetam elos distintos de uma cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente)”. PEREIRA NETO, Caio Mário S.; CASAGRANDE, Paulo L. *Direito concorrencial – Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80. Ademais, a respeito dessa diferenciação: “Como anota corretamente Paolo Buccirossi, as ‘condutas unilaterais’ são, no fundo, uma categoria conceitual construída a partir da típica divisão tripartite feita pelas legislações antitruste mais tradicionais entre possíveis ações danosas ao mercado, divisão essa que costuma submeter a regimes de análise distintos (i) as fusões, (ii) os acordos entre concorrentes e (iii) as ações unilaterais das empresas no mercado. (...) É claro que essa distinção comporta diversos temperamentos e, como alerta o próprio autor acima citado, é possível analisar restrições verticais, por exemplo, tanto como acordos anticompetitivos como sob a ótica dos abusos de posição dominante. Contudo, há algo de muito próprio às condutas unilaterais, que

de iniciação de novas investigações de condutas anticompetitivas pela SDE, poucos desses casos eram julgados pelo CADE – e, quando eram julgados, demoravam anos para tanto, que perdiam parte do seu fator dissuasório.



Fonte: OCDE, Brazilian Contribution, 2017.¹⁰

Entendo que esse cenário se altera com a edição da Lei 12.529/2011, que permite o início de uma segunda “onda” do antitruste no Brasil, a partir de maio de 2012. A nova Lei de Defesa da Concorrência previu o controle preventivo de atos de concentração e a possibilidade de aprovação desses atos pela Superintendência-Geral, sem a necessária revisão do Tribunal do CADE.¹¹ Essa configuração institucional deu agilidade à análise concorrencial e permitiu que

é seu tratamento, sempre, sob a ótica do abuso de direito. Ao contrário de muitos acordos anticompetitivos, que podem ter a restrição à concorrência como seu próprio objeto, as condutas unilaterais, de seu turno, em geral são expressões genuínas da própria agressividade empresarial em um contexto de mercado”. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. As condutas unilaterais e o mecanismo de consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinícius M. (Org). *A nova Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

10 OCDE. Contribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson). Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua. Disponível em: < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf) >.

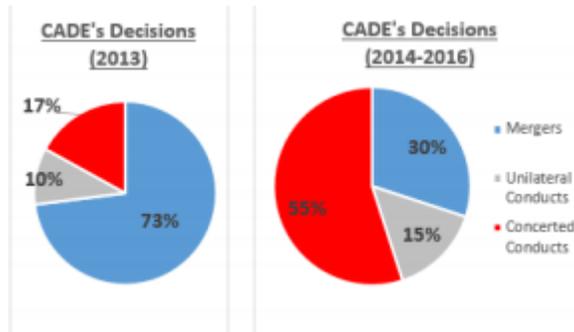
11 Para maiores informações sobre a mudança do controle posterior para o controle prévio dos atos de concentração no Brasil, a partir do advento da Lei 12.529/2011, sugere-se: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Singular, 2012. p. 195-216.

o Conselho reduzisse o volume de atos de concentração analisados. Esse movimento também permitiu que o Plenário do Tribunal do CADE julgasse importantes casos de condutas anticompetitivas que constavam em seu estoque, pendentes de decisão. A partir dessa alteração legislativa e institucional, foi possível observar julgamentos relevantes de Processos Administrativos relacionados, sobretudo, a condutas coordenadas.

Dados estatísticos indicam que, em 2013, 73% dos julgamentos do Conselho ainda diziam respeito a atos de concentração, 10% tratavam de condutas unilaterais e 17% de condutas coordenadas. Se esses dados já representariam uma alteração significativa no padrão de julgamentos da autoridade antitruste (pelo aumento significativo dos julgamentos de condutas anticompetitivas), os anos seguintes confirmam essa mudança no padrão de julgamento do CADE. Entre 2014 e 2016, o Plenário do Tribunal do CADE julgou aproximadamente 30% de casos referentes a atos de concentração, 15% de condutas unilaterais e 55% de condutas coordenadas.¹² Observa-se, assim, o foco do Tribunal do CADE no controle de condutas¹³ coordenadas (sobretudo de cartéis).

12 Dados estatísticos disponíveis em: <www.cade.gov.br/cadeemnumeros>. Disponível também em: Contribution from Brazil, Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. OECD Latin American and Caribbean Competition Forum 2017. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf)>.

13 Para maiores informações sobre o controle de condutas, sugere-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2008.



Fonte: OCDE, Brazilian Contribution, 2017.¹⁴

Acredito que ainda estamos, em 2017, vivenciando essa segunda “onda” do antitruste no Brasil. A Superintendência-Geral tende a priorizar a análise dos atos de concentração, dado que possuem prazos não suspensivos de análise (art. 88 da Lei 12.529/2011) e porque configuram instrumento essencial para a continuidade da atividade econômica no país. Ademais, são priorizadas as investigações de cartéis (art. 36, §3º, I e II, da Lei 12.529/2011), possivelmente por serem consideradas as condutas mais deletérias à sociedade e cuja responsabilização dos agentes econômicos se dá pela regra da conduta pelo objeto – em contraposição ao tipo de ilícito pelos efeitos.¹⁵ Ademais, vivencia-se um crescimento exponencial de investigações de cartéis em licitação, fomentadas pela investigação Lava Jato.¹⁶ As

14 OCDE. Contribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson). Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua. Disponível em: < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf) >.

15 A discussão a respeito da diferenciação entre as condutas pelo objeto e as condutas pelos efeitos possui origem legal, dado que o art. 36 da Lei 12.529/2011 (que era também reproduzido, em parte, no art. 20 da anterior Lei 8.884/94) prevê expressamente que “[c]onstituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, *que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados*”. A respeito dessa diferenciação, sugere-se a leitura do voto paradigmático do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo 08012.006923/2002-18 (ABAV) e no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

16 Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>>.

condutas unilaterais, assim, ainda tendem a não serem prioritárias, o que traz a preocupação de renomados acadêmicos brasileiros, como os Professores Calixto SALOMÃO FILHO¹⁷ e Paula FORGIONI¹⁸.

Nesse sentido, entendo que a terceira “onda” do antitruste, ainda a ser iniciada no Brasil, deverá ser caracterizada pela retomada das investigações e dos julgamentos de condutas unilaterais¹⁹. Uma vez consolidado o novo método de análise prévia dos atos de concentração²⁰, bem delineado o rito de investigação da Superintendência-Geral, reduzidos os estoques de processos relacionados, sobretudo, a cartéis em licitação, e consolidados os precedentes de condenação e arquivamento de cartéis nacionais e internacionais²¹, os advogados, acadêmicos, empresas e o próprio CADE poderão voltar suas atenções àquelas condutas mais dispendiosas de tempo de análise, que devem

17 SALOMÃO FILHO critica o que considera ser uma “paralisia do antitruste”, segundo a qual estar-se-ia relegando ao direito da concorrência um tratamento meramente prático e casuístico, procurando seus aplicadores interpretar caso a caso qual a melhor aplicação e interpretação (geralmente econômica) da ideia de eficiência. SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste, in. *Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência* – em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo. GABAN, Eduardo Lolan. DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). Curitiba: Juruá Editora, 2009. pp. 15-32.

18 FORGIONI aguarda “que, nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 125.

19 Sobre a diferenciação entre condutas coordenadas e condutas unilaterais: “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre as empresas (i.e., acordo) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como (i) *horizontais*, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) *verticais*, quando afetam elos distintos de uma cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente)”. PEREIRA NETO, Caio Mário S.; CASAGRANDE, Paulo L. *Direito concorrencial* – Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80.

20 Essa consolidação pode ser vislumbrada, por exemplo, pela divulgação de dois Guias de Análise pelo Cade. O primeiro deles foi o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, e o segundo deles, bastante recente, o Manual interno da Superintendência-Geral para atos de concentração apresentados sob o rito ordinário.

21 Sobre as investigações de cartéis internacionais pelo Brasil, sugere-se: ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil’s experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy, *Concurrences Review* n. 3-2016.

ser estudadas como condutas pelos efeitos, compreendidas sob a regra da razão²². Se essa terceira “onda” já seria, por si só, desafiadora, há um elemento adicional a se ter em mente: os novos parâmetros trazidos pela concorrência virtual em mercados digitais.²³

Uma vez superadas, portanto, a primeira e a segunda “ondas” do antitruste no Brasil, acredito que será possível iniciarmos, em um futuro próximo, essa futura terceira “onda”, na qual será retomada uma aceção mais ampla de antitruste no Brasil, não concentrada quase que exclusivamente em atos de concentração e no combate a cartéis.

22 A respeito da diferenciação entre a regra da razão e a regra *per se* como formas de análise dos ilícitos, sugere-se: MENDES, Francisco S. *O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades*. Brasília: UnB, 2013. p. 60-64. Para FORGIONI, a regra da razão seria uma primeira “válvula de escape” antitruste, destinada a viabilizar a realização de determinada prática, ainda que restritiva à concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 194-201.

23 EZRACHI, Ariel. STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Harvard University Press, 2016.

A TERCEIRA ONDA DO ANTITRUSTE NO BRASIL: MAROLINHA OU TSUNAMI? REFLEXÕES DIANTE DO HISTÓRICO DE INVESTIGAÇÕES E DE ACORDOS SOBRE CONDUTAS UNILATERAIS NO BRASIL

Publicado originalmente em: *Portal Conjur em 01/03/2021.*

Amanda Athayde

Patrícia Jacobs

Em 2017, Athayde publicou artigo intitulado “*As três ondas do antitruste no Brasil*”²⁴, em que argumentou que a terceira “onda” do antitruste, ainda a ser iniciada, deveria ser caracterizada por maior ênfase em investigações e julgamentos de condutas unilaterais. Isso seria possível graças ao desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que, estruturado pela Lei 12.529/ 2011, consolidou o método de análise prévia dos atos de concentração (primeira “onda”). Mais que isso, o novo arcabouço legal permitiu que o Cade se debruçasse também sobre os estoques de processos relacionados, sobretudo, a cartéis em licitação, estabelecendo precedentes de condenação e arquivamento de casos envolvendo cartéis nacionais e internacionais (segunda “onda”). Assim, advogados, acadêmicos, empresas e o próprio Cade poderiam voltar suas atenções àquelas investigações mais dispendiosas de tempo de análise, que devem ser estudadas pelos efeitos, compreendidas sob a regra da razão, que são as condutas unilaterais.

Mais tarde, em 2019, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em seu relatório “*OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil, 2019*”²⁵, parece ter

24 Artigo disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>.

25 OCDE. *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil, 2019*. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm.

corroborado esse diagnóstico da autora. O órgão multilateral observou que “as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas”. A OCDE encontrou explicações para isso na ênfase dada pelo Cade, nos anos que se seguiram à nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/ 2011), à implementação do novo sistema de controle de concentração de análise *ex-ante* (similarmente ao argumentado por Athayde, como uma primeira “onda” do antitruste no Brasil). Em um segundo momento, a OCDE apontou que a partir de 2014 o Cade teria passado a dar atenção ao programa de combate a carteis (o que Athayde chamou de “segunda onda”). Logo depois, os casos resultantes da Operação Lava Jato apresentaram grande demanda pela aplicação do mecanismo dos Acordos de Leniência. Em pouco tempo, a autarquia teve que se adaptar à legislação e a novas demandas, oferecendo resultados bem avaliados dentro e fora do Brasil.

No relatório, a OCDE observa, porém, que “o exercício abusivo de posição dominante não tem sido uma prioridade na apuração de condutas por parte do Cade desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência” (Lei 12.529/ 2011)²⁶. O documento avaliativo da OCDE também entende que a quantidade de casos de conduta unilateral resolvida por meio de acordos é muito grande, o que leva à interrupção de investigações e a uma escassez de precedentes julgados sobre as infrações, prejudicando o estabelecimento de limites claros para a atuação das empresas em seus mercados. Tais fatores que se retroalimentam, combinados, atrasam a maturidade da instituição na avaliação desses casos, desestimulando ainda que agentes econômicos tragam denúncias à autoridade antitruste nacional.

A OCDE também observou que, diferentemente das práticas internacionais em outras jurisdições, grande parte dos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) nesses casos de condutas unilaterais é firmada no âmbito do Cade tardiamente, já no último estágio do processo administrativo, quando o caso está em fase de

26 OCDE, 2019, op. cit., p. 186.

análise no Tribunal. Nesse estágio, esforços já foram empreendidos pela administração pública, desperdiçando, assim, o potencial de eficiência que um TCC pode representar ao poupar recursos e tempo empenhados na análise do caso específico. Afirmam a OCDE, ainda, que se formam “poucos precedentes para servir de diretriz à comunidade empresarial nessa complexa área do direito”²⁷, recomendando ao Cade “aumentar o número de investigações envolvendo potencial abuso de posição dominante”²⁸. Ao sinalizar para possíveis remédios para esse problema, a OCDE observou que, diferentemente do que acontece nas demais áreas de atuação do Cade, falta no Brasil uma equipe dedicada a casos de abuso de posição dominante.

Ciente da necessidade de pesquisas acadêmicas sobre a prática empírica do Cade no âmbito das condutas unilaterais, a pesquisa de Jacobs²⁹ vem suprir essa lacuna, ao realizar levantamento de dados, exaustivo e inédito, sobre a prática do Cade com relação a acordos em casos de conduta unilateral entre 2012 e 2019. A autora, em pesquisa de fôlego, concluída em novembro de 2020, acaba por lançar nova e inexplorada luz sobre as observações feitas pela OCDE.

A autora inicialmente mapeou a existência de 318 investigações referentes a condutas unilaterais concluídas pelo Cade entre 2012 e 2019. Desse total, 180 processos foram arquivados na Superintendência-Geral (57%). As demais investigações, que totalizam 138, tiveram seu desfecho decidido pelo Tribunal do Cade: 17 foram objeto de condenações (12%), 45 foram arquivadas (33%) e 76 foram suspensas por homologação de TCCs (55%).

Em seguida, Jacobs calculou precisamente o prazo dispendido pelo órgão entre a abertura de um caso e a assinatura do respectivo TCC. Por meio desse dado, a autora buscou avaliar a eficiência da

27 OCDE, 2019, op. cit., p. 179.

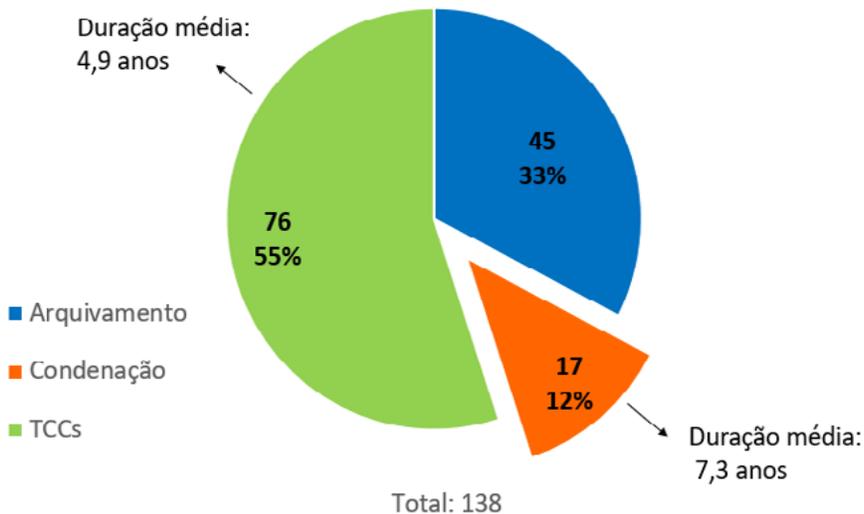
28 OCDE, 2019, op. cit., p. 186.

29 JACOBS, Patrícia. *Análise da eficiência do Cade na celebração de Termos de Compromisso de Cessação em Condutas Unilaterais entre 2012 e 2019*. Trabalho apresentado ao curso de Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico, lato sensu, da Fundação Getúlio Vargas como requisito parcial para a obtenção do Grau de Especialista.

política de acordos do Cade e, assim, verificar se, como afirmou a OCDE, a celebração tardia de TCCs comprometeria a economicidade e a celeridade processual, reduzindo as vantagens oferecidas por acordos administrativos, segundo referências teóricas existentes sobre esses instrumentos.

Os dados consolidados por Jacobs apontam que o Cade leva, em média, 4,9 anos entre instaurar um processo e a assinatura de TCC em casos de conduta unilateral (76 investigações entre 2012 e 2019). Por outro lado, o prazo decorrido entre a abertura do procedimento administrativo (procedimento preparatório, inquérito administrativo ou processo administrativo) e a decisão da corte administrativa pela condenação foi sensivelmente maior: 7,3 anos para julgar casos de conduta unilateral. Ou seja, os poucos processos que levam a condenações em casos de conduta unilateral (17 entre 2012 e 2019) têm tramitação 50% mais longa que aqueles em que há acordo entre a instituição e agentes econômicos.

Gráfico 1 – Casos de condutas unilaterais julgados pelo Tribunal do Cade entre 2012 e 2019

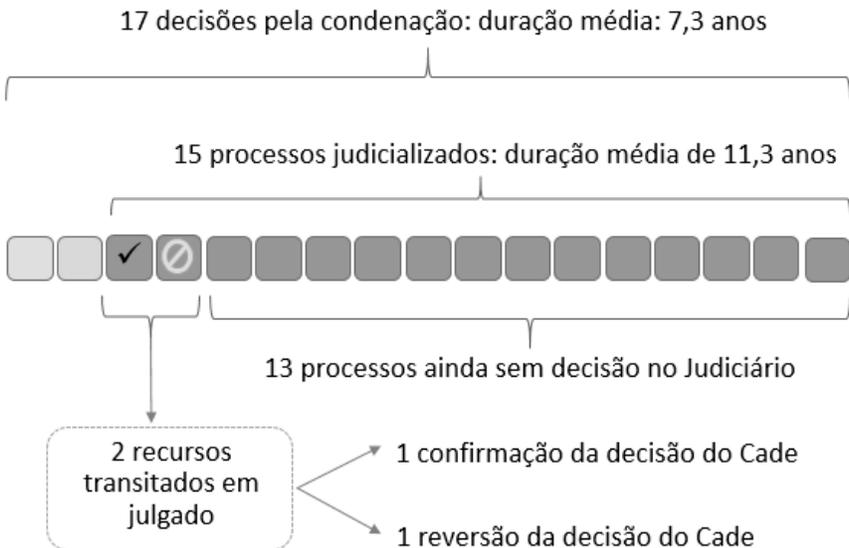


Fonte: Jacobs, com base nos dados do Cade.

Jacobs também consolidou informações sobre o destino dessas 17 condenações do Cade em casos de conduta unilateral, e constatou que apenas em dois deles não houve recurso judicial. Ou seja, a inexistência de questionamento judicial é a exceção, já que a regra é o recurso: em 88% dos casos (15 processos administrativos) a Justiça foi acionada por agentes econômicos inconformados com a condenação pelo órgão.

Das 15 decisões condenatórias de condutas unilaterais do Tribunal do Cade em que houve recurso judicial, somente duas haviam transitado em julgado até a conclusão da pesquisa. Com os marcadores de tempo utilizados, Jacobs constatou que, se levada em conta a revisão das decisões do Cade no Poder Judiciário, os processos de conduta unilateral duram em média 11,3 anos. E esse prazo tende a ser mais longo, já que na maioria dos casos (13 entre 15 dos processos judicializados) ainda não havia sido proferida uma sentença final da Justiça.

Figura 1 – Desfecho das 17 condenações do Tribunal em Condutas Unilaterais entre 2012 e 2019



Fonte: Jacobs, com base nos dados do Cade.

Assim, Jacobs conclui, em seu estudo, que a “ampla vantagem da eficiência dos acordos, em vez de estar apoiada nas virtudes administrativas do Cade, infelizmente, só pode ser vista sob um ponto de vista relativo. Isso porque, dos dados sobre prazos e resultados de processos de conduta unilateral em que não se registra celebração de TCC, emergem informações que demonstram que a duração dos casos é muito superior à daqueles em que há acordos”.

Outra realidade identificada pela autora tem impacto indesejado nas decisões do Cade: dos dois casos em que já houve sentença final do Judiciário, em apenas um a decisão do Cade foi confirmada. Isso demonstra, segundo a autora, que não há qualquer previsibilidade de que a tão desejada jurisprudência a ser formada em condenações a agentes econômicos será, ao final e ao cabo, formada, como sugere a OCDE. Assim, Jacobs pondera, com base também no que argumentam diversos outros estudiosos, que a falta de traquejo do Judiciário brasileiro em lidar com casos complexos e especializados derivados do Direito da Concorrência leva a distorções de prazo, eficiência e, também, eficácia da administração pública. Ainda que não seja esse um cenário ideal, afirma Jacobs, “os acordos administrativos são muito menos morosos que os casos judicializados e ainda permitem, pela via consensual, a cessação da possível infração anticoncorrencial. Mais que isso, por todos os prismas, os acordos e seus resultados são menos imprevisíveis que os que advêm dos litígios no Judiciário”.

Diante desse *sui generis* contexto brasileiro, Athayde e Jacobs convergem em suas percepções sobre a necessidade de se aprofundar o enfoque do antitruste brasileiro em condutas unilaterais, de forma a se confirmar como uma “terceira onda” para o direito da concorrência no país. A forma exata dessa implementação, porém, ainda merece maior esforço da autoridade brasileira. A inércia é que não pode prevalecer.

Jacobs sugere, diferentemente do que aponta a OCDE, que o Cade dê ainda maior ênfase à sua política de acordos em casos de abuso de posição dominante. E elenca iniciativas que podem aperfeiçoar a resposta institucional e, assim, tornar mais efetivas, eficientes e

eficazes as decisões do Cade. Entre as medidas citadas estão: a busca por acordos ainda na fase de investigação na Superintendência-Geral e a especialização do corpo técnico do órgão, que hoje se divide entre análises de atos de concentração e a apuração de infrações à ordem econômica. Assim, profissionais dedicados a casos de condutas anticompetitivas unilaterais também seriam capazes de monitorar os desdobramentos dos TCCs. Com iniciativas como essas, o Cade poderia ter à sua disposição formas mais eficientes para fazer cessar uma conduta potencialmente danosa ao mercado e sinalizar às empresas quais práticas são consideradas toleráveis em um ambiente econômico saudável.

Athayde, por sua vez, entende ser imprescindível a formação de jurisprudência sobre condutas unilaterais no Brasil. Ainda que haja posterior debate judicial, com eventual reversão da decisão, a autora reconhece que toda essa discussão, na seara administrativa e no Judiciário, servirá para a função mais ampla de difusão do direito da concorrência no Brasil. Caso haja uma anulação da decisão do Cade, a autoridade antitruste poderá reconhecer tal fato como parte natural da sua evolução institucional e, nos próximos casos, avaliar o que na argumentação deve ser aprimorado ou revisto, a fim de que nova anulação não aconteça. Caso haja a confirmação da decisão judicial, o posicionamento da autoridade antitruste ficará ainda mais forte, de modo que o precedente servirá como elemento de sinalização do mercado.

Ainda que a formação de jurisprudência seja evidentemente muito lenta (já que em apenas um caso a condenação pelo tribunal do Cade foi confirmada pelo Judiciário no período de oito anos analisado por Jacobs), Athayde entende que é preciso reforçar o arranjo institucional que prevê recursos judiciais e os debates competentes nesse fórum, inclusive com possibilidade de eventual reversão da decisão da autarquia. Tanto a confirmação das decisões do Cade como as críticas e reformas que advierem do Judiciário são parte natural da evolução institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Com essa experiência consolidada, o que se espera,

desde a doutrina que lança as bases para a organização do Estado moderno, é que a autoridade antitruste aprimore e reveja seus próprios processos internos, inclusive os decisórios, para que possa travar os debates judiciais que se seguirem de forma mais madura, eficiente e eficaz. Esse arranjo institucional forte, que envolve a legislação vigente e sua interpretação tanto no Executivo quanto no Judiciário, é que poderá fornecer a sinalização ao mercado dos limites toleráveis à competição, conforme os ditames constitucionais que determinam o fomento de um ambiente econômico saudável. Aprendendo com acertos e erros, o Cade poderá ampliar sua autoridade ao lidar com condutas unilaterais, e, assim, consolidar o que Athayde chamou de terceira “onda” do sistema antitruste nacional.

Qualquer que venha a ser a posição a respeito dos próximos passos, Jacobs e Athayde convergem então que os dados sobre a realidade de como o Cade lida atualmente com casos de abuso de posição dominante, como os levantados por Jacobs, devem servir, então, para orientar a prática institucional e para ajudar a sopesar as vantagens de acordos *vis a vis* a necessária formação de jurisprudência do Tribunal administrativo, tendo em vista ainda a possível revisão pelo Judiciário, sempre, como reza a lei, com a defesa do interesse público como princípio condutor de toda a atuação.

Ambas as autoras sugerem, assim, que o Cade se valha das análises disponíveis no trabalho de Jacobs para trilhar caminhos que levem o órgão a explorar plenamente o potencial oferecido pela legislação de 2011 na análise de condutas anticoncorrenciais unilaterais. Desse modo, a autoridade antitruste pode deflagrar a “terceira onda” do antitruste no Brasil, como identificado por Athayde, transformando-a em um tsunami — e evitando que se torne apenas uma marolinha.

OS NOVOS OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: OBJETIVOS ANTITRUSTE MAIS AMPLOS QUE O BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR INCLUEM UMA EVENTUAL DEFESA DOS CARTÉIS?

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 17/01/2022.*

Amanda Athayde

Luiz Guilherme Ros

As discussões recentes engendradas no cerne do direito da concorrência quanto aos próprios objetivos da política antitruste têm trazido uma série de desdobramentos³⁰. Um deles, porém, ainda nos parece inexplorado: a existência de objetivos antitruste mais amplos do que o bem-estar do consumidor pelo viés econômico aporta algum tipo de defesa ou exceção à regra de análise de conduta por objeto, típica dos cartéis?

Para responder a esta pergunta, será apresentada, inicialmente, uma visão brevíssima do que seria a visão estruturalista do antitruste, centrada na Escola de Harvard, e o contraponto da visão do antitruste voltada para o bem-estar do consumidor pelo viés econômico, centrada na Escola de Chicago. Em seguida, será brevemente apresentada. Adiante será apresentada parte da discussão dos

30 Nesse sentido vide, exemplificadamente: (i) FRAZÃO, Ana de. O., *Textos Ana Frazão, série Jota: um antitruste para o Século XXI*; (ii) BORGES, Rodrigo Fialho. *Descontrole de Estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas*; São Paulo, 2020. Tese de Doutorado para o Programa de Pós-graduação em Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. (iii) FOER, Albert Allen; DURST, Arthur Durst. *The Multiple Goals of Antitrust*. *The Antitrust Bulletin*. 2018; 63(4):494-508. <https://doi.org/10.1177/0003603X18807808>; (iv) HORTON, Thomas J. *Rediscovering Antitrust's Lost Values*. 16 *U.N.H. L. Rev.* 179, 2018. Disponível em: https://scholars.unh.edu/unh_lr/vol16/iss2/27/; (v) HOVENKAMP, Herbert. *Progressive Antitrust*. *U. Ill. L. Rev.* 71, 2018. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1764/; Hovenkamp, Herbert. *The Looming Crisis in Antitrust Economics*. Disponível em: [https://awards.concurrences.com/en/awards/2021/academic-articles/the-looming-crisis-in-antitrust-economics](https://awards.concurrences.com/en/awards/2021/academic-articles/the-looming-crisis-in-antitrust-economics;); (2021).

chamados “Neo Brandesianos”³¹, que aportam objetivos mais amplos para o antitruste. A seguir, será apresentada a diferenciação entre as chamadas condutas pelo objeto e as condutas pelos efeitos, para que se possa, então, concluir, sobre a possibilidade ou não de algum tipo de defesa ou exceção à regra de análise de conduta por objeto, típica dos cartéis, caso se adote uma visão mais ampla dos objetivos do direito da concorrência.

Apesar de a primeira legislação de defesa da concorrência ter surgido em 1885 no Canadá (*Competition Act*), o *Shermann Act*, publicado alguns anos depois, em 1890, nos Estados Unidos (EUA), é a legislação antitruste mais conhecida no mundo³²⁻³³. Essa norma veio a ser posteriormente complementada pelo *Clayton Act* (1914) e pelo *FTC Act* (1914).

31 Para maiores informações sobre a origem da expressão, vide: GUIMARÃES, Marcelo C. *O hipster antitrust seria realmente neo-brandeisiano?* 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-hipster-antitrust-seria-realmente-neo-brandeisiano-05062021>;

32 A razão do seu surgimento das legislações antitruste norte-americanas foi o combate aos grandes conglomerados empresariais que passaram a dominar o cenário econômico do fim do século XIX. Tratava-se de grandes corporações que, com amplo poder econômico e político, faziam valer seus interesses em detrimento da sociedade, pequenos comerciantes, consumidores e trabalhadores, prejudicando, assim, a economia americana. Mas as legislações americanas não nasceram do nada. Para ser mais exato, o início da discussão sobre o estabelecimento de limites aos *trusts* teve origem no ano de 1877, momento em que se deflagrou um movimento grevista liderado pelos empregados ferroviários no Estado da Virgínia do Oeste e culminou em um massivo bloqueio dos meios de transporte de mercadorias, ocasionando um significativo desabastecimento dos principais centros urbanos do país. A revolta com os *trusts* era tão significativa que as insatisfações com esses conglomerados passaram a permear, também, as autoridades públicas e diversos outros agentes privados. Para expurgar esses *trusts* do cenário econômico americano, o direito antitruste, passou a ser o centro dos debates relativos às candidaturas à Presidência da República norte-americana, sendo ponto comum entre os candidatos o repúdio e a promessa de combate a estes conglomerados. Dito e feito: visando deter estes conglomerados e seus efeitos prejudiciais ao mercado e aos consumidores surge o *Sherman Act* (1890), posteriormente, complementada pelo *Clayton Act* (1914) e pelo *FTC Act* (1914).

33 GABAN e DOMINGUES (2004, P.4): O pioneirismo do direito da concorrência é creditado ao Canadá que, em 1889, editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis), o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá. Nessa legislação explicitou-se que a fixação de preços e outros acordos entre competidores eram espécies de condutas abusivas.

O desenvolvimento das legislações norte americanas acabou por ganhar suporte da Escola de Harvard, também denominada de Escola Estruturalista³⁴. Esta vertente entendia que o direito antitruste deveria focar-se na proteção de estruturas de mercado desconcentrados. Em sua visão, mercados concentrados – monopolísticos ou oligopolísticos – seriam prejudiciais à sociedade, aos consumidores e aos pequenos produtores e, por conseguinte, ao próprio mercado e à economia norte americana.

Assim, estabeleceu-se como objetivos da legislação antitruste a proteção dos pequenos *players*. Buscava-se promover a distribuição de riqueza na sociedade, proteger os pequenos negócios e os pequenos comerciantes, além de tentar evitar a concentração do poder político e econômico na mão de poucos agentes, preservando-se o processo competitivo por meio da manutenção de um mercado plural, com diversos concorrentes. Assim, tal corrente doutrinária entendia que o direito antitruste deveria se preocupar, também, com aspectos sociais e políticos³⁵, pautando-se sempre na desconcentração do poder de mercado detido pelas grandes corporações³⁶.

34 Cujos principais expoentes, à época, eram Edward Chamberlain, Edward Mason e Joe Bain.

35 Para maiores informações, vide: (i) FOER, Albert Allen; DURST, Arthur Durst. *The Multiple Goals of Antitrust*. The Antitrust Bulletin. 2018; 63(4):494-508. <https://doi.org/10.1177/0003603X18807808>; (ii) BAKER, Jonathan b. and SALOP, Steven C., *Antitrust, Competition Policy and Inequality*. The Georgetown Law Journal Online (2017) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2567767>. 2015; e (iii) SCHAPIRO, Carl. *Antitrust in a time of populism*. International Journal of Industrial Organization 61 (2018) 714–748 2018. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>

36 Como expõe JASPER (2019, P. 12), e enquanto perdurou como pensamento dominante a escola de Harvard, a Suprema Corte ampliou de maneira significativa qual seria o objetivo do direito da concorrência. Nesse contexto, em diversos precedentes, declarou que o *Sherman Act* teria como objetivo o seguinte: (i) prevenir a concentração de mercado, preservando, quando possível, a organização das indústrias em pequenas unidades concorrentes; (ii) proteger a liberdade das empresas de vender bens (*freedom to trade*); (iii) proteger o público das falhas de mercado; (iv) preservar a liberdade das empresas de competir com “vigor, imaginação, devoção e engenhosidade”; (v) proibir práticas que impeçam o acesso de empresas ao mercado; (vi) assegurar igualdade de oportunidade e proteger o público de monopólios e cartéis; e (vii) apresentar uma bússola de liberdade econômica para preservar a livre concorrência.

Para se contrapor a esse cenário, a Escola de Chicago (2), pautada em valores liberais, surgiu como uma vertente de pensamento mais permissiva com práticas verticais e unilaterais. Essa corrente doutrinária, que passou a ser a base teórica de toda a política concorrencial moderna, consolidou o entendimento de que o direito antitruste deveria se preocupar, única e exclusivamente, com o bem-estar do consumidor³⁷ e não precisaria levar em consideração outros objetivos sociopolíticos³⁸.

37 The adoption of the consumer welfare standard as antitrust's lodestar has come with numerous benefits that have reoriented antitrust jurisprudence over the last fifty years to more effectively protect competition. At its core, the consumer welfare standard provides a coherent, workable, and objective framework to replace the multiple, and often contradictory, vague social and political goals that governed antitrust prior to the modern era. By providing a disciplined framework for antitrust analysis, unified under a singular objective, the consumer welfare model fosters the rule of law and helps prevent arbitrary or politically motivated enforcement decisions. Similarly, promoting the use of the consumer welfare approach by competition authorities worldwide reduces the opportunity for enforcers to use their domestic competition laws to pursue non-economic objectives, including a protectionist agenda that targets U.S. and other foreign businesses. (...) By realigning antitrust under a singular objective grounded in economics, the consumer welfare standard heralded the advent of the modern antitrust revolution that squarely rejects populist desires to balance multiple non-economic factors in favor of a consistent and coherent framework focused on the straightforward, but elegant, question of whether a transaction or commercial arrangement makes consumers better off. (WRIGHT, Joshua D; et al. Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust. *Arizona State Law Journal* [51:0293], 2018. Disponível em: <https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2019/05/Wright-et-al.-Final.pdf>);

38 Como aponta Schrepeel: “The destabilization of antitrust laws - The Legal Vagueness Surrounding Moral Concepts. The second risk created by the moralization of antitrust law is the creation of legal errors, whether type I or II. (...) This silence is most likely explained by the fact that evaluating the morality of one behavior implies taking into account what Richard Posner called “moral sentiment,” defined as “those emotional reactions like pity or disgust that one experiences in certain situations and then translates into moral approval or disapproval.” These concepts are uncertain for most antitrust-related practices and, as a consequence, neither provide companies with guidance on how to act in a given situation nor draw a roadmap for antitrust authorities on how to create sound policies. (...) The Danger of Using Moral Concepts in Legal Matters. We have seen that moral concepts are too vague to become legal standards and that they are used to seek specific outcomes. (...) First, moral concepts lead to the sanction of dominant positions rather than of actual abuses. (...) The third significant risk associated with the integration of moral concepts into antitrust law is related to the potential blindness it would cause for antitrust authorities. Turning antitrust law into a moralizing tool will likely lead to more enforcement. After all, it is inherent in the logic of populism that the elite must be punished.

A Escola de Chicago foi fortemente influenciada por um pensamento neoliberal e tinha uma visão extremamente benevolente com as empresas. Acreditava-se que o mercado seria capaz de se autorregular e que a intervenção estatal, independente da de sua operacionalização, tinha mais potencial de lesar o mercado que o corrigir. A atuação das autoridades de defesa da concorrência somente deveria se dar quando a prática engendrada pelas empresas, seja unilateralmente, seja de forma colusiva, somente deveria ser objeto de reprimenda pelas autoridades de defesa da concorrência quando o resultado líquido da prática para o consumidor fosse negativo, isto é, quando o consumidor final fosse prejudicado por aquela conduta³⁹.

De forma resumida, pode-se afirmar que o único objetivo a ser perseguido era estritamente econômico: o *consumer welfare*. Significaria dizer que o processo competitivo, pautado na maximização do bem-estar do consumidor promoveria, indiretamente, a diminuição dos preços dos produtos, produtos mais inovadores, dentre outros benefícios para a sociedade. Desta forma, durante décadas a utilização do conceito do *consumer welfare* foi salutar para o desenvolvimento do direito antitruste⁴⁰ e propiciou significativa segurança jurídica às empresas deixando a jurisprudência de ser confusa para ser

39 Como aponta HOVENKAMP (2018, P. 93): But a strictly followed consumer-welfare approach, condemning a restraint or practice only when it realistically threatens an anticompetitive output reduction, has one additional advantage: properly followed, it gets antitrust out of the business of favoring particular special-interest constituencies other than consumers themselves.

40 The adoption of the consumer welfare standard as antitrust's lodestar has come with numerous benefits that have reoriented antitrust jurisprudence over the last fifty years to more effectively protect competition. At its core, the consumer welfare standard provides a coherent, workable, and objective framework to replace the multiple, and often contradictory, vague social and political goals that governed antitrust prior to the modern era. By providing a disciplined framework for antitrust analysis, unified under a singular objective, the consumer welfare model fosters the rule of law and helps prevent arbitrary or politically motivated enforcement decisions. Similarly, promoting the use of the consumer welfare approach by competition authorities worldwide reduces the opportunity for enforcers to use their domestic competition laws to pursue non-economic objectives, including a protectionist agenda that targets U.S. and other foreign businesses. By realigning antitrust under a singular objective grounded in economics, the consumer welfare standard heralded the advent of the modern antitrust revolution that squarely rejects populist desires to balance multiple non-economic factors in favor of a consistent and coherent framework focused on

previsível⁴¹, pois bastava para as empresas verificarem se as suas práticas promoveriam o aumento do bem-estar do consumidor para saber se estas seriam reputadas como lícitas, ou ilícitas, pelas autoridades.

Ocorre que a permissividade liberalista que balizava a Escola de Chicago não passou ileso de críticas. Reaqueceu-se, e com o desenvolvimento das grandes empresas centradas em dados e com o crescimento das economias digitais⁴², o debate de que o direito da concorrência de que o direito antitruste não deveria pautar-se somente pelo objetivo do bem-estar do consumidor, devendo levar em consideração outros critérios sociopolíticos. Isso porque, segundo os Neo Brandesianistas ou hipster do antitruste⁴³ (3), a utilização de um conceito estritamente econômico possibilitou a concentração de riquezas, o aumento das desigualdades, aumento da margem de lucro sem repasse das eficiências para os consumidores, diminuição de salário dos funcionários, dentre outros. Assim, passou a defender um retorno às origens do antitruste, por meio da qual as autoridades deveriam deixar de utilizar de um conceito econômico único e deveriam reorientar o antitruste para outros objetivos, tais como objetivos sociais e políticos.

the straightforward, but elegant, question of whether a transaction or commercial arrangement makes consumers better off. WRIGHT (2019, P.11).

41 Antitrust jurisprudence went from being confused and ineffective to the modern doctrine that can—and does—effectively protect consumers and prevent anticompetitive business practices while allowing practices that are a normal part of the competitive process and benefit consumers. (WRIGHT, Joshua D; et al, 2018, P.8)

42 Em 2000, Posner já indicou que existiria dúvidas se o antitruste seria capaz de regular a nova economia que vinha surgindo, especialmente pelo desenvolvimento da AOL e Amazon. Nesse sentido, vide: OSNER, Richard. Antitrust in the New Economy. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 106, 2000. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/58/.

Tim Wu sintetiza bem o desenvolvimento das diversas correntes que passaram a questionar a utilização do Consumer Welfare como objetivo único do direito antitruste. (WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice, 2018, Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2291/)

43 Como aponta SCHMIDT (2018, P.1) Hipster Antitrust é uma terminologia que fora cunhada pelo advogado Konstantin Medvedovsky, em junho/2017, tendo sido popularizada com o auxílio do ex-conselheiro do FTC, Joshua D. Wright.

Prega-se, nesse conceito, um retorno às origens, por meio do qual a política de defesa da concorrência não deveria ter um objetivo único, mas diversos objetivos, tal como similarmente preconizado pela Escola de Harvard. Tal corrente vem ganhando espaço. Não à toa que diversos doutrinadores, entre os quais pode-se citar Lina Khan – atual presidente da Federal Trade Commission nos EUA⁴⁴ – e Ana Frazão no Brasil, passaram a repensar os objetivos e a forma de aplicação do direito antitruste⁴⁵.

Surge, com essa “nova” corrente, um questionamento, qual seja: diante das ponderações apresentadas pelos Neo Brandesianistas, haveria algum impacto na regra de análise envolvendo condutas colusivas, a depender de qual corrente de posicionamento prevalecer? Ou seja, e com objetivo de trazer um exemplo prático, questiona-se: em uma investigação de cartel, conduta que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) reputa como ilícita pelo seu próprio objeto⁴⁶, poderia haver alguma alteração na forma de análise pela autoridade? Deixaríamos de ter um ilícito pelo objeto e passaríamos a ter uma análise baseada em efeitos e considerando outros princípios, tais como ocorre em condutas unilaterais, a partir das ponderações apresentadas pelos Neo Brandesianistas?

Recorde-se que cartéis são acordos entre concorrentes cujo objetivo é reduzir a produção de determinado bem ou serviço a determinado nível ou comercializar produtos em a um preço acordado

44 Para maiores detalhes sobre a atuação de Lina Khan no FTC nos Estados Unidos e suas discussões aportadas ao direito da concorrência, sugere-se: ATHAYDE, Amanda. VETTORAZZI, Angelica. Concorrência para além das autoridades antitruste nos Estados Unidos e no Brasil. Portal Jota, 11 jan. 2022.

45 A Ex Conselheira do CADE, Ana Frazão, produziu inúmeros textos em sua coluna no Jota, denominada de Um Direito Antitruste para o século XXI.

Além dela, outros doutrinadores, especialmente Lina Khan, escreveram sobre o tema. Nesse sentido vide: KHAN, Lina M. The Ideological Roots of America's Market Power Problem. The Yale Law Journal Forum, June 4, 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0048-d-0092-155250.pdf; e KHAN, Lina M. Memorandum, September 22, 2021. *Vision and Priorities for the FTC*.

46 CADE. Processo Administrativo 08012.006923/2002-18. Voto Vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. ABAV-RJ.

que normalmente se assemelham aos preços praticados por empresas monopolistas. Significa dizer que os cartéis atuam por meio da fixação das mais diversas condições comerciais, não somente o preço dos produtos, mas também os clientes, a qualidade do produto e importam em diversas ineficiências para o mercado.

Tendo em vista os prejuízos que impõe aos consumidores, os cartéis são considerados os principais ilícitos existentes no direito antitruste e os que tem maior potencial de lesar os consumidores. Diante do potencial danoso da prática, diversas legislações ao redor do mundo, tal como é o caso do Brasil, entendem que cartéis são ilícitos pelo seu próprio objeto⁴⁷ (4), pela sua própria natureza, haja vista que os cartéis importariam, invariavelmente, em ineficiência, acarretando a diminuição do bem-estar do consumidor, que receberão produtos mais caros, menos eficientes e menos inovadores.

Nesse cenário, quando o CADE se depara com uma investigação de cartel, não há que se falar na utilização da regra da razão para sopesamento dos efeitos negativos e positivos das práticas, isto

47 A regra de análise para infrações contra a ordem econômica pode se dar de duas formas. A primeira, utilizada unicamente em condutas colusivas consiste em entender que a prática é ilícita pelo seu próprio objeto, não havendo que se discutir os seus efeitos no mercado. Por sua vez, em se tratando de condutas unilaterais, utiliza-se da regra da razão. Embora as condutas unilaterais não sejam, em sua maioria, ilícitas, elas podem configurar uma infração à ordem econômica se forem aptas a produzir efeitos anticompetitivos no mercado. Segundo as normas integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), *as restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada de outras empresas, seja por elevarem os custos dos competidores; ou ainda quando produtores, ofertantes ou distribuidores – com significativo poder de mercado – impõem restrições sobre os mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva.* Para a comprovação destas práticas, a jurisprudência do CADE geralmente percorre algumas etapas de análise de condutas para avaliar se o fechamento de mercado seria uma estratégia factível e racional do ponto de vista econômico dos agentes envolvidos. Esquemáticamente, estas etapas consistem em avaliar: (i) Se o agente econômico responsável pela prática detém posição dominante no mercado “de origem” e/ou no mercado “alvo”, sendo que tal posição é presumida no caso de o agente deter *market share* superior a 20% (vinte por cento), nos termos do art. 36, §2º da Lei nº 12.529/11; (ii) Se a prática adotada pelo agente econômico seria suficiente para impor prejuízo a seus concorrentes no seu mercado de atuação ou se projetar sobre os agentes atuantes no mercado alvo; e (iii) Se, embora suficiente para limitar a concorrência, a prática não poderia apresentar benefícios (“eficiências”) líquidos que possam superar seus potenciais prejuízos à concorrência.

é, para verificar se o resultado líquido da prática foi benéfico aos consumidores. Tem-se a premissa de que cartéis invariavelmente prejudicam os consumidores, existindo uma presunção no de que condutas cartelizadas irão produzir efeitos negativos ao consumidor e, portanto, são ilícitos pelo seu próprio objeto e devem ser condenadas.

Não há, nesse cenário, a possibilidade de uma empresa que é investigada por cartel alegar que, do ponto de vista econômico, a conduta praticada não teria efeitos líquidos negativos sobre o consumidor, haja vista que cartéis invariavelmente são economicamente ineficientes, prejudicam o consumidor e, portanto, devem ser sancionados pelo seu próprio objeto. Cartéis, portanto, possuem a presunção de lesarem o consumidor, já que o próprio objeto da conduta colusiva é prejudicial e, conseqüentemente, cartéis devem ser sempre sancionados.

Assim, se estamos falando que cartéis são ilícitos pelo seu próprio objeto pois importariam em resultado líquido negativo aos consumidores, estamos justamente adotando o objetivo preconizado pela Escola de Chicago do *consumer welfare*? E então, se readmitirmos um direito antitruste com objetivos plurais e socioeconômicos a presunção existente de que cartéis são presumivelmente ilícitos seria mantida ou seria possível iniciar discussões acerca da ponderação de princípios e objetivos no âmbito do direito da concorrência? Em outras palavras: se voltarmos a entender que o objetivo econômico do *consumer welfare* não é o único a ser perseguido, seria mantida a presunção absoluta de ilicitude ou estaríamos diante de uma presunção relativa que poderia ser combatida caso a caso? Seria possível argumentar quanto a legalidade de determinado cartel, por exemplo, foi praticado para se possibilitar melhores salários melhores condições aos trabalhadores, ou para perseguir objetivos de melhoria das condições de meio ambiente ou de saúde pública?

Nossa posição é que a resposta a essa pergunta parece ser negativa. Ou seja, não nos parece ser coerente e nem a melhor escolha de política concorrencial, independentemente da escola a que nos filioemos, a realização de uma análise para condutas colusivas que se desvie do padrão atualmente empregado de que essas condutas são ilícitas

pelo seu próprio objeto⁴⁸. Estar-se-ia utilizando-se indevidamente a discussão para alcançar objetivos contrários à própria teoria. Ou seja, parece-nos que se os Neo-Brandesianos visam justamente a aumentar o espectro de objetivos do direito da concorrência para alcançar melhores resultados, em termos qualitativos e não apenas quantitativos para a sociedade, a admissão da prática de cartel, com todos os seus efeitos nefastos, poderia ir diametralmente contra à consecução de um melhor ambiente de negócios no país e também de melhores resultados para a sociedade.

48 Apenas para fins de clareza, há uma pequena divergência de posicionamento entre os autores. Para Luiz Ros, eventual mudança no art. 36 da Lei de Defesa de Concorrência, com a supressão da expressão “que tenham por objeto”, poderá permitir uma alteração na forma de análise de condutas colusivas, o que parece ser indesejável do ponto de vista de política antitruste. Para Amanda Athayde, a manutenção da atual forma de análise permaneceria independentemente de alteração legislativa.

THE MIDLIFE CRISIS OF THE ANTITRUST GOALS: WHERE DOES THE BRAZILIAN COMPETITION AUTHORITY STAND AMONG HARVARD, CHICAGO AND NEO-BRANDESIANISTS?

A crise da meia-idade dos objetivos do antitruste: onde está autoridade de defesa da concorrência brasileira entre Harvard, Chicago e Neo-Brandesianos?

Publicado originalmente em: CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 10, n. 2, julho/dezembro 2022, pp. 7-23.

Amanda Athayde

Luiz Guilherme Ros

ABSTRACT: The understanding of the goals of the antitrust policy has been subject to several debates during the last century. Those who believed that the Chicago School has ended the debate proposing consumer welfare as a single objective for the competition law were mistaken. The development of the digital markets and big techs has restarted the discussion of competition policy and its goals. The neo brandesianists are calling for a return to the origins of antitrust, as in a midlife crisis in which we question the journey. But how is the Brazilian competition authority dealing with that discussion? Are we equally in a midlife crisis or we are still teenagers analyzing Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists?

KEYWORDS: Antitrust, objectives, Harvard School, Chicago School, Neo-brandesianists. Hipster Antitrust. Multidimensional objectives. Consumer Welfare.

From a historical point of view, precision is necessary: competition law as we know it today is not the same as in its origins. It has undergone important qualitative mutations, related to those of the means

of production, and so relevant that they may lead us to assume that new fields of law were created. (BAPTISTA, 1996, p. 4)

1. INTRODUCTION

This paper aims to present a brief historical overview of the emergence and development of competition law, as well as the movements that influenced its creation and evolution, as well as the objectives that led to the competition defense policy and the theoretical divergences present in the specialized literature and Brazilian case laws. This introduction is part of this paper, as its first chapter.

The second chapter will present a brief overview of what motivated and how was the birth of competition law in the North American. The third chapter will then present the first school of thought that guided competition law, called the Harvard School. This school defended that concentrated market structures, whether oligopolistic or monopolistic, would, *per se*, be harmful to the market. Louis Brandeis, an associate justice of the North American Supreme Court, between 1916 and 1939, coined phrases that synthesized this line of thought, such as “*big is bad*”, “*small is beautiful*” and “*the curse of bigness*”. It will also be described the counterarguments of the structuralist thought.^{49,50}

The fourth chapter, and under the influence of the neoliberal movement, is based on idea that the State should, as much as

49 In the American Tobacco and Standard Oil decisions of 1911, the Supreme Court had shifted the already ambiguous terms of the Sherman Act toward even greater uncertainty. In the Standard Oil case, the court in effect determined that only “unreasonable” restraints of trade were illegal under the Sherman Act, not all such restraints. This “rule of reason,” as it came to be called, satisfied none of the parties most directly concerned in the antitrust debate. (...) More than anything else, executives of both peripheral and center firms wanted certainty: a bright line between legality and illegality. Many of them began to think that continuous administration of economic policy by a regulatory commission was preferable to what they saw as the spasmodic whims of individual judges. (McCRAW, 1984, p. 130 and 131)

50 See: BORK (1993, P.50) e HOVENKAMP (2018, P .93)

possible, avoid intervening in the economic domain. This would allow companies to compete more vigorously in the market. The Chicago School proposed that competition laws would have a single economic objective, namely the *consumer welfare*. For decades antitrust law developed under the mantra that State interventions in the economic domain based on antitrust law should only occur when market practices could cause a decrease in consumer welfare. Thus, market practices should only be penalized when they resulted in a net negative effect for the consumer, regardless of the structure of the market analyzed.

However, in the fifth chapter it will be presented that this singular objective of competition law has been questioned lately, as it is unable to prevent the formation of large economic conglomerates, especially big techs. This new current, called the “hipster antitrust” or, as they nominate neo-brandesianists, began to advocate a return to the origins of antitrust objectives. According to them, competition law should have a multidimensional approach, considering political, social, and economic concepts.

Having all that in mind, the sixth chapter aims to make a quick review of the case law in Brazil that has mentioned the discussion about the antitrust goals. How is the Brazilian competition authority dealing with that discussion? Are we equally in a midlife crisis or we are still teenagers analyzing Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists? As we will see, the competition authority in Brazil has never deeply analyzed this discussion and has issued different decisions about the matter.

Finally, the seventh chapter will present the conclusion on this topic addressed and present how the Brazilian Antitrust Authority is dealing with this discussion.

2. A BRIEF OVERVIEW OF THE BIRTH OF THE ANTITRUST LAW IN NORTH AMERICA

Competition law was born and developed in North America. The first registered legislation is Canadian and called *Competition Act*

(1885)⁵¹. In turn, the development of competition law – as well as the broad reach this field of study has attained – has occurred in the United States. The beginning of the discussion regarding this field of study dates to 1877, when a strike movement started by railroad employees in the State of West Virginia spread throughout North America and resulted in a massive blockage of transport, causing a significant shortage of goods in the main urban centers.

This movement, which spread to several economic sectors, had the support of several public authorities, as well as private agents, taking on significant proportions in the North American economy and political system. At the time, the main dissatisfaction was related to the power amassed by large conglomerates (*trusts*)⁵² and, consequently, the way in which such private agents were able to influence the political-economic scenario, asserting their interests at any cost⁵³.

For no other reason trusts and antitrust law (a nomenclature that derives from that name) were at the center of the debates during the presidential election in the United States of America, with the repudiation of trusts and the promise to fight them being a common point among candidates⁵⁴. Finally, to stop these conglomerates and their harmful effects on the market and consumers, the Sherman Act (1890) emerged and was later complemented by the Clayton Act (1914) and the FTC Act (1914)⁵⁵.

51 GABAN e DOMINGUES (2004, P.4): Canada is credited with pioneering competition law in 1889, by enacting the *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, whose purpose was to combat arrangements or combinations aimed at restricting trade by fixing prices or restriction of production (cartels), which was incorporated three years later into Canada's first Criminal Code. In this legislation it was made explicit that the fixing of prices and other agreements between competitors were species of abusive conduct.

52 U.S. antitrust was born in 1890 out of a concern for the power and exploitations of the new, large, and powerful business organizations called trusts. (FOX, 2013, P.1)

53 Characteristic of this position is the cartoon shown by SCHAPIRO (2018, P.2). According to the drawing, trusts were seen as the “bosses” of the senators and, consequently, the most important political agents in the North American scenario.

54 See: FERRAZ (2014).

55 Not since 1912, when Teddy Roosevelt ran for President emphasizing the need to control corporate power, have antitrust issues had such political salience. While Roosevelt did not win, Congress passed the Federal Trade Commission Act and the

The Brazilian author Calixto Salomão⁵⁶ claims that the emergence of the Sherman Act would be related to consumer protection. On the other hand, Paula Forgioni⁵⁷, also Brazilian, argues that the legislation would have been drafted with the purpose of protecting the market itself, which was self-destructive given the excess of economic freedom and lack of control by authorities. Lina Khan⁵⁸, current president of the Federal Trade Commission, mentions that the purpose of the Law would be to preserve “open markets”, as well as increase opportunities for new entrants, thus preventing large corporations from extracting wealth from consumers and producers, and, consequently, market concentration and abuse.

The Sherman Act would, therefore, represent the redemption of liberalism which, without the proposed regulation, would allow monopolistic concentrations and the formation of large conglomerates and cartels which would distort the natural rules of competition. This vision sought to establish small businesses, workers, traders, and farmers as a group to be protected by legislation⁵⁹.

Clayton Act in 1914, significantly strengthening the Sherman Act. (SCHAPIRO (2015, P. 715):

56 The exposition of the political-economic factors relevant to the approval of the Sherman Act makes it possible to correctly outline the issue. First, it is quite evident that the biggest concern with monopolies at that time was their negative economic effects on the consumer. SALOMÃO (2007, P. 71)

57 Indeed, this legislation should be understood as the most significant legal document to showcase the reaction against the concentration of power in the hands of a few economic agents, and seek to regulate it. It should not be said that the Sherman Act constitutes a reaction against economic liberalism, as it aimed precisely at correcting distortions that were brought about by excessive capital accumulation, that is, correcting the distortions created by the liberal system itself. Despite the contrary opinion of part of the North American literature, the Sherman Act tried, at first, to protect the market (or the productive system) against its self-destructive effects. FORGIONI (2012, p. 65 e 66).

58 Taken as a whole, the antitrust laws were intended to preserve open markets and enhance opportunity, prevent large firms from extracting wealth from producers and consumers, and safeguard against extreme concentrations of private power. KHAN (2018, P. 7)

59 The Sherman Act was passed in 1890, prior to the beginning of the Progressive Era, and it reflected largely populist concerns. Although both Gilded Age populism and progressivism tilted left in important respects, there were sharp differences between them. Populism was to a much greater extent “politics in the raw,” with small business

In this sense, and to combat the various forms of abuse of economic and political power, Antitrust Law was born without a clear and well-defined objective. In our view, however, the lack of direction was not problematic, since the central aspect of these legislations was to fight very powerful economic conglomerates that had great influence over the economic and political system and not, necessarily, to protect the market and free competition.

Throughout its evolution, and as will be shown later in the third and fourth chapters, antitrust policy and law was strongly influenced by two movements, namely: the Harvard School, whose principles prevailed until the 60s, and the Chicago School, which is the dominant school of thought until the present day⁶⁰, but which has had its conclusions and objectives questioned by a new movement.

3. A BRIEF OVERVIEW OF THE HARVARD SCHOOL

The Harvard School, also called the Structuralist School, influenced the birth and early development of antitrust laws. Especially concerned with concentrated market structures, it proposed that the main goal of antitrust law would be to maintain a plural market, with a diversity of competitors, preferably small ones.

The Harvard School was naturally strongly influenced by the reality of its time, that is, the existence of large corporations which upheld their own interests using their immense economic and political

and farmers being the principal interest groups seeking protection. The perceived threats were big business, with a focus mainly on railroads and banks. Populism was initially heavily agrarian, and only later became aligned with the much more urban labor movement. As most populist movements, it was also quite anti-intellectual, strongly suspicious of higher learning. (...) The first set of explicitly progressive antitrust reforms were the Clayton Act and the Federal Trade Commission Act ("FTC Act"), both passed in 1914 during Woodrow Wilson's first term. HOVENKAMP (2018, P. 77,78)

60 It is not the goal here to review all the schools of thought which have influenced competition law, since it would be necessary to present other relevant positions, such as the Austrian School, the Ordoliberal School, among others.

power to the detriment of small traders, consumers, workers, as well as much of the economy and society.

There was no doubt, as there isn't today, that the abuse of market power has harmful effects on the economy and society and must be repressed. To this end, and supported by the thinking of the Harvard School, American authorities began to condemn a series of practices perpetrated by dominant companies, such as vertical practices and mergers and acquisitions.

This school of thought believed that concentrated market structures were harmful to society, so both monopolistic and oligopolistic markets were seen as problematic for consumers and small producers and, therefore, for the market itself and the North American economy.⁶¹ Influenced by Edward Chamberlain, Edward Mason, and Joe Bain, this trend indicated that competition law should focus on the protection of small players, seeking to achieve the distribution of wealth in society⁶², small businesses protection⁶³, concentration of political power⁶⁴, preservation of the competitive process through the maintenance of a plural market, with multiple competitors⁶⁵, as well as other social and political aspects, always based on the deconcentrating of market power held by large corporations.

61 According to KHAN (2018, P.4): This is troubling because monopolies and oligopolies produce a host of harms. They depress wages and salaries, raise consumer costs, block entrepreneurship, stunt investment, retard innovation, and render supply chains and complex systems highly fragile. Dominant firms' economic power allows them, in turn, to concentrate political power, which they then use to win favorable policies and further entrench their dominance.

62 See: BAKER e SALOP (2017)

63 This view was strongly influenced by Louis Brandeis, former associate justice of the North American Supreme Court. In this sense, GUIMARÃES, Marcelo C explains. Is hipster antitrust really neo-Brandeisian? 2021. Available on: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-hipster-antitrust-seria-realmente-neo-brandeisiano-05062021>. To quote: It is evident that Brandeis' thesis was based on the assumption that the most important thing for competition is the structure of the market, including the number of players, which is in line with the structuralist model of the Harvard School.

64 See: WALLER (2019) e PITOFISKY (1979)

65 From the earliest days of antitrust laws in the United States, the promotion and preservation of democracy was one of the goals of the drafters and supporters of state and federal antitrust law. While the political content of antitrust law in the United

It is for no other reason that, at the time, the US Supreme Court issued several rulings indicating that the objective of competition law would encompass political, social, and economic objectives. It is worth remembering that the first decision that discussed the objectives of antitrust came in 1897, just seven years after the Sherman Act, in the judgment of the *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n* (166 U.S. 290 323, 1897). In this case, the US Supreme Court held that the purpose of antitrust was “to protect small merchants and men of value”, even at the cost of raising domestic commodity prices.

As the Brazilian author Eric Jasper (2019, p. 12) exposes, throughout the prevalence of the Harvard School as dominant school of thought, the Supreme Court significantly expanded what the scope of competition law. In this context, in several precedents, it declared that the Sherman Act would have the following objectives: (i) to prevent market concentration, preserving, whenever possible, the organization of industries in small competing units; (ii) to protect companies' freedom to sell and trade goods; (iii) to protect the public from market failures; (iv) to preserve the freedom of companies to compete with “vigor, imagination, devotion, and ingenuity”; (v) to prohibit practices that prevent companies from accessing the market; (vi) to ensure equality of opportunity and protect the public from monopolies and cartels; and (vii) to be a compass of economic freedom to preserve free competition.

According to STUCKE (2012) the US Supreme Court has already defined the objectives of the Sherman Act as the followings: (i) to prevent the concentration of markets and preserve the industrial organization in small units; (ii) to protect companies' freedom to trade; (iii) promoting consumer welfare, efficient pricing, and price competition; (iv) protect the public from market failures; (v) preserve economic freedom and freedom of competition; (vi) condemn practices that exclude competitors from the market in which they find

States has waxed and waned over the ensuing decades, competition law and policy has always recognized the need for a pluralism of economic actors and interests. (WALLER, 2019, P. 807)

themselves; (vii) protection of equal opportunity and public protection against male equality of opportunity arising from the destruction of competition in and the occurrence of monopoly trade coincidences; (viii) be a true “Magna Carta” freedom of the economy in the United States; and (ix) certain precautions for monopolies that, in any case, limit opportunities and freedoms.

It can be seen, therefore, that competition law was not confined to a single economic objective⁶⁶, and there was a tendency for competition law to consider public interests in a broad sense, as it pursues meta-legal or socio-political ends⁶⁷. It so happens that this broad definition of antitrust, with multiple objectives aimed at social aspects, biggended to fear several dominant companies in their markets of been penalized by antitrust authorities. Considering that since 1897 the Supreme Court had understood that the protection of consumers and small businesses should be the central objective of antitrust policy, the emergence of criticisms of this position in the 1960s should not be viewed as strange⁶⁸⁻⁶⁹, but as a battle for the economic power of the companies.

66 As explained by BUCHAIN (2014, P.235), another school [Harvard School], called the non-economic or public interest approach, argues that competition policy stems from multiple values, which are not easily quantified nor can they be exclusively represented and reduced to the objective concept of economic efficiency, this is because the multiplicity of values reflected in the entire social culture and its institutions must be received as elements of application for the defense of competition.

67 As also shown by BUCHAIN (2014, P. 248): Attempts to add so many objectives into competition policy tend to generate an incorrect interpretation and a distortion of its application. It is unlikely that a legislative framework will express clear and economically accurate patterns of behavior in the competitive market when trying to achieve different goals. On the contrary, laws of this nature can generate market distortions and weaken the competitive proces.

68 BORK (1978, P. 133) explains: First, antitrust enforcement is a very costly procedure, and it makes no economic sense to spend resources to do as much harm as good. There is then a net economic loss. Second, private restriction of output may be less harmful to consumers than mistaken rules of law that inhibit efficiency. Efficiency that may not be gained in one way may be blocked because other ways are too expensive, but a market position that creates output restriction and higher prices will always be eroded if it is not based upon superior efficiency. Finally, when no affirmative case for intervention is shown, the general preference for freedom should bar legal coercion.”

69 Critical to any coherent antitrust policy is administrability. Simply ticking off concerns and assigning them to antitrust policy is worse than useless unless the

4. A BRIEF OVERVIEW OF THE CHICAGO SCHOOL

The Harvard School advocated for the protection of a deconcentrated market structure, with the greatest possible number of economic agents, preferably small companies, preventing the formation of oligopolistic or monopolistic markets. In contrast to this vision, in the 1960s and 1970s, the Chicago School developed. It was deeply influenced by neoliberal thinking, by the increase in international competition, and by the dynamism of the global economy.

Members of the Chicago School argued that state intervention would do more harm than good to consumers and the market.⁷⁰ because it would disincentivize companies to be more efficient, preventing economic growth⁷¹. Consequently, false convictions about the role of antitrust imposed on the basis of structuralist thinking would be extremely harmful to the economy, especially when

concerns can be tied to a coherent set of rules for determining liability and remedies. For example, if we say that small-business protectionism should be an antitrust goal then we must have antitrust rules for implementing it. A rule that simply says that in every antitrust dispute the smaller firm or interests aligned with it should win would drive the economy into the stone age. We would end up condemning mergers simply because they reduce costs, above cost price cuts because smaller firms are unable to match them, or cost-saving vertical integration because unintegrated firms cannot claim the same cost savings. So where does one draw the line? One serious advantage of an output-maximizing rule is that it provides a rational target to shoot at, although one must not exaggerate the ease of implementation. (HOVENKAMP, 2018, P.109).

70 Faced with this excess of state intervention, the Chicago School came to understand that the authorities ended up incurring two types of errors in their decisions. On the one hand, there would be Type I errors, consisting of false acquittals, that is, illicit conduct which is not repressed by the authority. On the other hand, there would be type II errors, considered the worst by this school, which consisted of wrongful convictions, that is, lawful and efficient conducts that ended up being condemned by the authorities, resulting in false convictions.

71 According to SCHAPIRO (2018, P. 745): The fundamental danger that 21st century populism poses to antitrust in that populism will cause us to abandon this core principle and thereby undermine economic growth and deprive consumers of many of the benefits of vigorous but fair competition. Economic growth will be undermined if firms are discouraged from competing vigorously for fear that they will be found to have violated the antitrust laws, or for fear they will be broken up if they are too successful.

applied to rational economic agents⁷², since their practices would be lawful, pro-competitive, and beneficial to the consumer in most of the cases. Thus, an argument that emerged in the 1960s was that a multidimensional and sociopolitical approach to competition law would lead to inconsistent reasoning regarding its application, which would have culminated in the undesirable consequence of imposing similar condemnation on both anti-competitive and competitive practices.⁷³.

In this scenario, the alleged instrumentalization of competition law, along with the lack of clarity regarding the application of existing competition rules, would cause, according to those liberals, enormous legal uncertainty, since there would have no predictability of which practices could be conducted by companies, especially those that held market power.

As explained in the third chapter, the Harvard School played a fundamental role in the development of the North American competition defense policy. Its theoretical basis was fundamental to allow large conglomerates that abused their economic and political power to be dismantled, putting brakes on economic liberalism. However, despite its importance, some authors argued that it ended up bringing some degree of legal uncertainty to the market and also stunting economic growth.

This school was strongly influenced by neoliberal thinking and had an extremely benevolent view of companies. It believed that the market would be capable of self-regulation and that state intervention, regardless of its mechanism, had greater potential to harm the market

72 For further information on the discussion of game theory and rational economic agents, see: ROS, Luiz Guilherme. Teoria dos jogos para celebração de acordos: Uma análise das ações penais da Lava Jato [Game theory for agreement-making: An analysis of the criminal proceedings in the Car Wash Operation]. 2021. Publisher: WebAdvocacy.

73 It is conventional to call such “errors” in the application of the antitrust law as being type I errors and type II errors. The Type I Error, or “False conviction”, consists of the mistake of condemning a company for practices that are actually pro-competitive. In turn, the Type II Error, or “False acquittal”, refers to the acquittal of a company involved in anticompetitive practices.

than to correct its failures. Not by chance did this school understand that vertical practices would be, for the most part, beneficial and would have the power to maximize the well-being of the consumer. Taking liberal values to the extreme, the Chicago School stated that the State should not intervene in the economic domain to prevent those conducts. Furthermore, it considered that even cartels should not be seen as a long-term problem, as their instability⁷⁴ and the interest of other agents in maximizing wealth would lead to the end of the collusive conduct.

Thus, the Chicago School considered the conception of the Harvard School that concentration consisted in a market flaw naive. For Chicago, market concentration was one more point to consider, but in no way could it be the core of competition law. Through scholars Robert Bork, Frank Easterbrook, Richard Posner, and Bowman Jr., the Chicago School consolidated the understanding that antitrust law should focus exclusively on economic welfare through efficiency, since, for them, competition is related to the ability to expand supply. Furthermore, it argued that antitrust policy would not need to concern itself with increasing purchasing power, as it would achieve this objective indirectly, by prohibiting cartels and monopolies, focusing solely on market efficiency.

In short, and unlike the structuralist school, the Chicago School relied on two main assumptions: (i) the best antitrust policy available in the real world to maximize efficiency was the one obtained from the neoclassical price theory; and (ii) economic efficiency whose results

⁷⁴ Its instability, on the other hand, is a consequence of the difficulties inherent in the prolonged maintenance of illicit schemes with collective participation and, above all, of the gains inherent in timely breaches and secret betrayals: if the illicit agreement exists and, for example, one of the participants offers the good to eventual consumers for a value lower than that agreed by the cartel, the latter can substantially increase its earnings, even above those obtained by core agreement member. These two factors represent the great difficulty and possibilities that open up to the leniency agreement. In order to obtain confessions, it is therefore necessary to create a complex system of incentives, which makes it more attractive for the offender to choose to confess and stop earning the gains he had been obtaining through the practice of the infraction. RUFINO (2015, 52)

are shared with the consumer would be the antitrust objective⁷⁵. And here is the catch of this school of thought: it sought to eliminate sociopolitical concepts from the analysis of competition law⁷⁶ and indicate that it should focus exclusively on an economic concept: *consumer welfare*:

If consumers lose from a practice, then it is counted as inefficient, or anticompetitive, even if producers gain more than consumers lose. The consumer-welfare model is fundamentally neoclassical in its understanding of markets, but it articulates the goal of antitrust as higher output, and thus lower prices. HOVENKAMP (2018, p. 89)

In other words, the Chicago scholars undermine the theoretical basis of the Harvard School, as it proposes that it was not the role of the state to maintain a plural market structure, but rather to encourage companies to be efficient and always seek to maximize consumer welfare⁷⁷, regardless of market structure: oligopoly, monopoly, or a perfectly competitive market⁷⁸. The main focus of this thought,

75 As explained by BORK (1978, P.91) [t]he whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.

76 According to FOX (2013, P.3) In 1980, American antitrust law had no “paradigm” in the sense of loss or gain that could be calculated. Antitrust was guided by principles. It was for diversity and access to markets; it was against high concentration and abuses of power. Powerful firms were assumed to have incentives to use their power. AAG Baxter introduced a new perspective and a paradigm. He did so most powerfully through merger guidelines.³ The perspective was that business acts are usually efficient (welfare increasing) and should be presumed so. The paradigm was that mergers and conduct are not anticompetitive in the eyes of the antitrust law unless they reduce consumer surplus.

77 According to BAKER (2017, P.19) Greater antitrust enforcement generally would improve the distribution of income and wealth by reducing the impact of market power, particularly if the agencies fully embrace the consumer welfare standard.

78 According to BOUSHEY (2021, P. 6) Basic economic theory demonstrates that when firms have to compete for customers, it leads to lower prices, higher quality goods and services, greater variety, and more innovation. (...) When there is insufficient competition, dominant firms can use their market power to charge higher prices,

therefore, was economic efficiency leading to consumer welfare⁷⁹. By pursuing consumer welfare, antitrust law would not need to look for any other objective.

Following this school, it came to be common sense that companies should compete vigorously for consumers, which would mean lowering the price of products, in addition to creating more innovative products. Efficiencies achieved would be passed on to consumers, which would imply an improvement in consumer welfare. In this sense, objectives such as income distribution, price reduction *per se*, among other socio-political objectives, would be unnecessary⁸⁰ and even undesirable, as they could give rise to legal uncertainties.

In this scenario, the Chicago School began to develop, based on liberal values, being a more permissive line of thought with vertical and unilateral practices. It is precisely this allegedly permissivity that has led to criticism of the Chicago School, as will be discussed throughout the next chapter.

5. A BRIEF OVERVIEW OF THE NEO-BRANDESIANISTS AND THE MIDLIFE CRISIS OF THE ANTITRUST GOALS

For decades, the use of the consumer welfare concept was the main target of the antitrust law⁸¹ and allegedly provided greater legal

offer decreased quality, and block potential competitors from entering the market—meaning entrepreneurs and small businesses cannot participate on a level playing field and new ideas cannot become new goods and services.

79 According to BUCHAIN (2014, P. 235): Thus, for the reasoning which underpins the economic approach, competition policy has the sole objective of maximizing economic efficiency. According to this view, public policies regarding competition do not admit the selection of sociopolitical objectives, such as the reduction of regional inequalities and others that were designated in the Brazilian Constitution, rejecting them as intrinsic to competition policy because they depend on the judgment of subjective values and, therefore, are impossible to consistently apply to competition law.

80 As brilliantly explained by ELZINGA (1977, p. 1194)

81 The adoption of the consumer welfare standard as antitrust's lodestar has come with numerous benefits that have reoriented antitrust jurisprudence over the last fifty years to more effectively protect competition. At its core, the consumer welfare standard

certainty for companies following state investigations⁸²⁻⁸³. It so happens that for the neo-Brandesianists, referred to as “antitrust hipsters”⁸⁴ or “romantics”⁸⁵, the use of a strictly economic concept made antitrust law very permissive, which caused – or at least contributed to – several problems, such as concentration of wealth, economic concentration, increased inequality, increased profit margins without passing on efficiencies to consumers, among others.⁸⁶

provides a coherent, workable, and objective framework to replace the multiple, and often contradictory, vague social and political goals that governed antitrust prior to the modern era. By providing a disciplined framework for antitrust analysis, unified under a singular objective, the consumer welfare model fosters the rule of law and helps prevent arbitrary or politically motivated enforcement decisions. Similarly, promoting the use of the consumer welfare approach by competition authorities worldwide reduces the opportunity for enforcers to use their domestic competition laws to pursue non-economic objectives, including a protectionist agenda that targets U.S. and other foreign businesses. By realigning antitrust under a singular objective grounded in economics, the consumer welfare standard heralded the advent of the modern antitrust revolution that squarely rejects populist desires to balance multiple non-economic factors in favor of a consistent and coherent framework focused on the straightforward, but elegant, question of whether a transaction or commercial arrangement makes consumers better off. WRIGHT (2019, P.11).

82 As shown by HOVENKAMP (2018, P. 93): But a strictly followed consumer-welfare approach, condemning a restraint or practice only when it realistically threatens an anticompetitive output reduction, has one additional advantage: properly followed, it gets antitrust out of the business of favoring particular special-interest constituencies other than consumers themselves.

83 Antitrust jurisprudence went from being confused and ineffective to the modern doctrine that can—and does—effectively protect consumers and prevent anticompetitive business practices while allowing practices that are a normal part of the competitive process and benefit consumers. (WRIGHT, Joshua D; et al, 2018, P.8)

84 As explained by SCHMIDT (2018, P.1) Hipster Antitrust is a terminology that was coined by attorney Konstantin Medvedovsky in June 2017, having been popularized with the help of former FTC advisor Joshua D. Wright.

85 As shown by SCHREPEL (2019, P.2): Romantics are taking over the antitrust law” (...) Overall, the effectiveness of antitrust authorities should be enhanced by applying reason to antitrust law rather than fears, feelings, or sentiments. The romance must be taken out of antitrust. (...) Antitrust law is the subject of numerous debates questioning its effectiveness in the digital age.

86 Como aponta SCHAPIRO (2018, P. 718 e 719): A number of progressive think tanks and advocates have issued reports over the past two years documenting the decline in competition in the American economy, linking that decline to increasing inequality, and offering policy proposals to reinvigorate competition policy. The American Antitrust Institute (2016), a respected organization long committed to more effective antitrust enforcement, published a report in June 2016 entitled “A National Competition Policy: Unpacking the Problem of Declining Competition and Setting Priorities

This “new” movement defends a return to the origins of antitrust, through which the authorities should stop using a single economic concept and should reorient antitrust towards other objectives, such as social and political objectives.⁸⁷ This “return to the origins”⁸⁸, ie, the birth of antitrust law, would turn competition policy to broader objectives, renouncing the principles of the Chicago School⁸⁹.

Moving Forward”. This report lists three main symptoms of declining competition: rising concentration, higher profits to a few big firms combined with slowing rates of start-up activity, and widening inequality gaps. The report rather boldly claims (p.7): “There is a growing consensus that inadequate antitrust policy has contributed to the concentration problem and associated inequality effects”.

87 The previous articles in this series showed the need for Antitrust Law to take into account other objectives than mere consumer protection, even more so when this purpose is considered by the restrictive bias of the consumer welfare standard, in the terms proposed by the Chicago School. (...) More than that, new approaches, insofar as they go beyond the single-pointed vision of Antitrust Law, not only do not ignore the need for consumer protection, but also seek to do so in an even broader and more comprehensive way. effective, overcoming a series of problems related to the restrictive criterion of maximizing consumer welfare. For this reason, criticisms are pertinent in the sense that consumer protection must (i) be expanded, seeking to redeem its commitments not only regarding lower prices, but also quality, diversity, and innovation; and (ii) be effective, no longer content with mere presumptions and conjectures, many of which depend on a series of variables in the long term, and must be based on the real assessment of the impacts of the actions of the agents holding economic power over consumers both in the short, medium, and long term. (FRAZÃO, 2018)

For this group of scholars, antitrust should concern itself not only with the effects of anticompetitive conduct and concentrated market structures, but also with the effects on social problems, which range from the effects of a more unequal society to the harmful effects of climate change, passing by themes of “national interest” (whatever that means). In this sense, the criticism made is that observing consumer welfare and economic efficiency (ideas concerning the old Chicago school) would no longer be sufficient antitrust policy objectives and these should change, in order to achieve the welfare of the society, in a holistic way, incorporating a series of issues, such as equity and worker welfare. (SCHMIDT, 2018)

88 According to KHAN (2018, P.6): Democrats, meanwhile, last year identified renewed antitrust as a key pillar of their economic agenda, promising to “revisit our antitrust laws to ensure that the economic freedom of all Americans—consumers, workers, and small businesses—come before big corporations that are getting even bigger.”

89 At its core, the Hipster Antitrust movement calls for a total rejection of the commitment to economic methodology and evidence-based policy that lies at the heart of modern antitrust enforcement. The Hipster Antitrust movement would reject Chicago School free marketers’ approach to antitrust just as readily as it would Post-Chicago interventions. (...) These include a return to “big-is-bad” antitrust enforcement based upon firm size without regard for effect on consumers, making presumptively unlawful broad categories of mergers and acquisitions outright (e.g., all mergers

Lina Khan, one of the main exponents of this movement, antitrust authorities should take into account other principles for the achievement of antitrust policy, choosing a holistic approach to identify the damage caused by dominant companies, recognizing that violations of competition law would harm workers, independent companies, and consumers⁹⁰. It so happens that antitrust objectives seem to be under a midlife crisis.

6. THE DISCUSSION IN THE BRAZILIAN PERSPECTIVE

Despite the vigorous debate regarding the objectives of the Antitrust Law, especially in the United States, the scenario seems different in the Brazilian jurisprudence.

The case law in Brazil and the Brazilian legislation seems to identify the existence of multiple objectives for the competition law. In this sense, both the Brazilian Constitution and antitrust law enumerate several social objectives for the economic order and antitrust policy. As we can see from the Brazilian Constitution⁹¹, the economic order is founded on several sociopolitical objectives, such as (i) national sovereignty; (ii) private property; (iii) social function of property; (iv) free competition; (v) consumer protection; (vi) environment

beyond a certain size threshold even in the absence of potential horizontal or vertical issues), and abandoning the consumer welfare standard to take into account effects on income inequality and wages. WRIGHT (2019, P. 5 e 8).

90 There are a few key principles that should animate the agency's approach across its work. First, we need to take a holistic approach to identifying harms, recognizing that antitrust and consumer protection violations harm workers and independent businesses as well as consumers. (KHAN, 2021, P.1)

91 Article 170. The economic order, founded on the appreciation of the value of human labor and on free enterprise, is intended to ensure everyone a dignified existence, according to the imperative of social justice, with due regard for the following principles: I - national sovereignty; II - private property; III - social function of property; IV - free competition; V - consumer protection; VI - environment protection, which may include differentiated treatment in accordance with the environmental impact of goods and services and of their respective production and delivery processes; (CA 42, 2003) VII - reduction in regional and social inequalities; VIII - pursuit of full employment; IX - preferential treatment for small-sized enterprises organized under Brazilian law and having their headquarter and management in Brazil. (CA 6, 1995)

protection, (vii) reduction in regional and social inequalities; (viii) pursuit of full employment; (ix) preferential treatment for small-sized enterprises.

In this scenario, once the Brazilian Constitution raised several sociopolitical objectives, it would be inaccurately to establish one single goal for the Competition Law in Brazil. Echoing this position, FRAZÃO (2020) explains that although the Constitution (art. 173 § 4) makes clear concerns regarding the abuse of economic power, the major law also establishes other objectives for the economic order (art. 170), as mentioned above. According to the author, the Constitution highlights other important principles that need to be equally considered while applying the Law. Therefore, the author explains that “from the constitutional point of view, the single-pointed view of Antitrust Law is not justified, only focused on consumer protection”.

Consequently, the antitrust law should be guided not only by the economic objective of consumer welfare but take into consideration other sociopolitical objectives. According to FIALHO (2020) in extensive research of the jurisprudence of acts of economic concentration from 1994 to 2008, the orientation of a single-point objective led to an exaggeration of efficiency-based antitrust objectives and blindness to non-efficiency-based antitrust objectives, which contributed to the generation of economic inequalities. Also, some economic studies have indicated that in the US markets have become more concentrated, companies have started to realize higher profits while employee salaries and working conditions have worsened, which has led to the current questioning of the antitrust *status quo*⁹².

92 Several economic studies emerged in this period. As an example, we quote BAKER and SALOP (2017, P.14 e 15): “To the contrary, median income and wealth both declined in real terms between 2010 and 2013. Over essentially the same period, the real income of the top 1% grew by 31.4%,⁴ and the income share of the top 1% increased from 17.2% to 19.8%. The fact that economic growth has effectively been appropriated by those already well off, leaving the median household less well off, raises serious economic, political, and moral issues.”

An example of this discussion was brought by journalist Catherine Rampell, in her article: Republicans Have Started to Care About Income Inequality, WASH. POST (Jan. 22, 2015), <https://www.washingtonpost.com/opinions/catherine-rampell-republicans->

Regarding case law in Brazil specifically, there are some precedents that mentioned the discussion about the objectives of antitrust. However, this matter has never been a real point of interest for our competition authority. The Brazilian author Eric Jasper (p. 2) mentions that the “Brazilian Competition Law presents diffuse objectives and jurisprudence of CADE was not able to expressly articulate an objective or set of objectives for the defense of competition in Brazil”. The author (p.12 to 16) has conducted a review of the jurisprudence and has analyzed 95 documents, such as cases, normative rules, technical notes, and concluded that the Brazilian Competition Policy fails to define adequately the objectives of the Law.

In these cases, the antitrust authority has defined the objective of the antitrust policy in several different scenarios, such as (i) the preservation of freedom of initiative, free competition, the social function of property, consumer protection, and repression of the abuse of economic power; (ii) economic well-being; (iii) consumer welfare; (iv) the protection the competition itself; (v) efficient allocation of resources in the economy; (vi) social policies and social effects; (vii) among others.

Also, in a recent case⁹³, CADE’s General Superintendence has issued a technical note suggesting that the three major telecom companies should be sanctioned for collusive behavior in a public bid in which they participated together. The judgment has not finished, but it was mentioned the fact the discount provided of approximately 20% should be relativized and could not be considered as an undisputed proof of efficiency.

The Federal Prosecutor has issued a Technical Note in which indicated that “[h]owever, the gains of efficiencies cannot be competition cost. There must be a balance between efficiency and broad competition, even despite the legal provision of the consortium

[have-started-to-care-about-income-inequality/2015/01/22/f1ee7686-a276-11e4-903f-9f2faf7cd9fe_story.html](https://www.cade.gov.br/pt-br/assessoria-comunicacao/comunicacao/2015/01/22/f1ee7686-a276-11e4-903f-9f2faf7cd9fe_story.html)

93 Brazil. Administrative Process n. 08700.011835/2015-02.

institute in public bids⁹⁴. It seems, by this position, that the achievement of efficiencies and consequently the price reduction for the consumer, which seems to be the foundation stone of the Chicago School has been relativized.

In this way, it is worth mentioning that also the Brazilian Antitrust Law fails to establish a single objective for our antitrust policy, when it defines on its first article that “[t]his Law structures the Brazilian System for Protection of Competition - SBDC and sets forth preventive measures and sanctions to the violations against the economic order, guided by the constitutional principles of free competition, freedom of initiative, social function of property, consumer protection and repression against the abuse of the economic power”. Since the existence of several different objectives, it is not a surprise, in the same way, that concluded Jasper, that our jurisprudence is not able to correctly articulate an objective or set of objectives for the defense of competition in Brazil.

Considering the midlife crisis of the antitrust goals in the United States, it is possible to assess that Brazil is under an adolescent crisis but has not become aware of that yet.

7. CONCLUSION

In conclusion, antitrust law was born to fight trusts. At the time, the means used to tackle the activities of these large conglomerates and cartels were irrelevant. What mattered was the purpose, which gave rise to a law based on multiple sociopolitical objectives. This fact was extremely important and enabled competition law to achieve its intended purpose at that time. It so happens that having different goals allowed competition law to be used to pursue different purposes. Supported by the Harvard School, antitrust authorities sought to deconcentrate markets.

Later the purpose of antitrust law became the maintenance of deconcentrated market structures with the greatest possible number

94 Technical note n. 05/2021/WA/MPF/CADE

of agents, preferably small ones. Mergers and acquisitions and vertical practices came to be considered illegal.

The Chicago School then began to advocate for the use of a single economic concept, that of consumer welfare, so that the state should only intervene if economic practices negatively impacted consumer welfare. After decades of being widely used, this vision came to be considered too permissive, as it opened the door for the resurgence of large corporations. This permissivity came to be questioned by neo-Brandesians.

The Neo-Brandesians claim a return to the origins of antitrust law, guided by the expansion of the objectives of competition law, which should be concerned with political, social, and economic issues. This vision, however, encountered enormous resistance, as it is believed that it would mean a return to legal uncertainty and economic disorganization which were the downfall of the Harvard School.

It is undeniable, however, that neo-Brandesians sought to debate highly relevant points, such as the reduction of inequalities, workers' wages, concerns about democracy, political systems, among others. Ignoring the school's criticisms and simply trying to dismiss them by calling them romantic or hipsters does not seem to be smart. Competition law will need to deal with new problems, such as access to data, income distribution, and workers' wages, in addition to other social and political issues.

This is a new reality that brings a new discussion and new problems. Ignoring this new perspective is just like a grown man ignoring adulthood problems. Just like in our lives, facing new dilemmas does not mean that we have to question the journey and rethink everything that we achieved. In this sense, the mere existence of sociopolitical problems and digital concerns does not necessarily mean that antitrust should go back to its origins and have more than a single economic objective.

This scenario about new dilemmas, new problems, and new perspectives for antitrust seems clear in the USA, in which especially the big techs obliged the antitrust doctrine to rethink the competition

police. Synthetizing this position NEWMAN (2022) mentions that the link between output and consumer welfare would break down once a variety of conduct would push output and welfare in opposite directions.

As examples of practices that could push consumer welfare and output in different directions the author mentions: (i) creating, exploiting, or alleviating Information asymmetries'; (ii) externalizing costs; (iii) coercion, contractual tying, technological tying, foreclosure strategies, (iv) Interbrand vertical restrain; (v) among others⁹⁵. Once output and consumer welfare might not be pointing at the same direction *“outputist analysis is often unworkable in markets—for labor, social networking, online search, and more— that are of particular interest to contemporary antitrust”⁹⁶*.

However, the discussion is well developed in USA, this scenario seems different in Brazil. This stem from the fact that most of the discussion of the “contemporary antitrust” comes from the big techs which created and established zero price markets in which the consumer welfare perspective based solely on price is maybe inapplicable.

As a teenager, Brazilians know the discussion, but stills without a clear definition of what are the objectives of antitrust, especially when considering the case laws judged by CADE. Although the Brazilian Competition Authority has issued some precedents that mentioned the discussion, this matter has never been a real point of interest for our competition authority.

Also, however the case laws usually mention economic parameters, it seems that in Brazil the discussion also should take into consideration the existence of other principles to guide the economic order besides a single economic orientation. Once those principles are indicated in the Brazilian Constitution and in the Brazilian

95 Although the possibility of some practices could lessen the competition, it is important to establish that most of the conducts mentioned by the author could be analyzed and condemned taking into consideration the consumer welfare objective.

96 NEWMAN (2022, p.1)

Competition Law, this debate about the objectives will probably emerge in the future, when we have become adults. Now, we can see Brazil is going through a quarter life crisis merely focusing on early discussions about Harvard, Chicago, and the New Brandesianists.

Amanda Athayde

CONCORRÊNCIA PARA ALÉM DAS AUTORIDADES ANTITRUSTE NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: HÁ ESPAÇO PARA UMA MOVIMENTAÇÃO DE TAL MAGNITUDE EM NOSSO PAÍS?

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 11/01/2022.*

Amanda Athayde

Angélica Vettorazzi

Muito se tem dito sobre uma famosa *Executive Order* publicada pelo Presidente dos Estados Unidos, Joe Biden, publicada em 9 de julho de 2021. Quais as suas repercussões ao direito antitruste?

A *Executive Order*, doravante denominada “decreto norte-americano”, endereçou uma série de políticas governamentais alinhadas ao direito da concorrência. Com o objetivo de promover o crescimento econômico, o decreto norte-americano estabeleceu mais de 70 iniciativas para lidar com a problemática da pressão anticompetitiva na economia. Foram visados os setores diversos setores, como de trabalho (1); médico-farmacêutico (2); transportes (3); tecnologia (4); internet (5); agricultura (6) e financeiro (7). Ainda, foi autorizada a revisão de operações anteriores de fusão e aquisição, como se detalhará abaixo.

Segundo o decreto norte-americano, o setor de trabalho (1) seria impactado por práticas de cartéis de fixação salarial (*wage-fixing cartels*), acordos de não contratação de trabalhadores (*no-poach agreements*) e os acordos de não competição (*non compete agreements*). Para conter tais práticas, o decreto norte-americano determina à Federal Trade Commission (FTC) (i) banir ou limitar *non-compete agreements*; e (ii) fortalecer guias antitruste para prevenir a colusão entre empregadores com a consequente redução de benefícios aos trabalhadores por meio do compartilhamento de informações entre eles.

Ademais, quanto ao setor médico-farmacêutico (2), o decreto norte-americano identifica quatro áreas onde a falta de competição aumentaria preços e reduziria a qualidade do atendimento, quais sejam: (2.i) prescrição de medicamentos; (2.ii) aparelhos auditivos; (2.iii) hospitais; (2.iv) plano de saúde.

Quanto à prescrição de medicamentos (2.i), o decreto norte-americano identifica que o alto preço dos remédios no país seria devido à falta de competição entre os fabricantes, cuja principal estratégia são acordos de *pay for delay*, pelos quais os fabricantes de medicamentos de marca pagam para os fabricantes de genéricos para permanecerem fora do mercado. Para mitigar tais, o decreto norte-americano determina que a FDA (Food and Drug Administration) importe medicamentos do Canadá; a HHS (Health and Human Services Administration) aumente o apoio aos medicamentos genéricos, que oferecem preços menores aos consumidores; a HHS enderece plano para combater o aumento de preços dos fármacos; e a FTC (Federal Trade Commission) proíba acordos como o *pay for delay*.

A problemática quanto aos aparelhos auditivos (2.ii), por sua vez, seria relevante dado que apenas 14% dos 48 milhões de americanos com perda de audição utilizam o aparelho. O equipamento custaria mais de cinco mil dólares e, na maior parte das vezes, não é abarcado pelo plano de saúde. Ainda, seria necessário que os consumidores apresentem receita prescrita por médico, fato esse considerado dispensável por especialistas, e que encarece o acesso ao aparelho. À vista disso, o decreto norte-americano determina que a HHS (Health and Human Services Administration) crie regras para autorizar a venda dos aparelhos sem prescrição médica.

No que tange à consolidação hospitalar (2.iii), o decreto norte-americano sinaliza que fusões não analisadas pelas autoridades governamentais ensejariam a saída de hospitais de inúmeras localidades, sobretudo de áreas rurais. Desde 2010, 138 hospitais rurais teriam fechado, incluindo 19 no ano de 2020, em meio a uma crise sanitária. O decreto norte-americano, dessa forma, autoriza que o DOJ (Department of Justice) revise as diretrizes de fusões para

assegurar que pacientes não sejam prejudicados por esse fenômeno de concentração econômica hospitalar.

O decreto norte-americano sinaliza que o consumidor também teria as suas opções de escolha escassas no que concerne aos planos de saúde (2.iv). Ainda, a comparação entre os atributos dos planos não é facilitada, dado que as empresas organizariam as suas informações de forma a dificultar o entendimento do cliente. A consolidação empresarial, mais uma vez, seria a preconizadora dessa adversidade. O decreto, desse modo, determina que a HHS padronize as opções de planos de saúde a nível nacional com vistas a facilitar a comparação.

Por sua vez, o cenário de preocupações concorrenciais norte-americano é similar no setor de transportes (3), com o domínio do mercado por grandes empresas nos mercados aéreo (3.i), ferroviário (3.ii) e marítimo (3.iii).

Especificamente no transporte aéreo (3.i), o decreto norte-americano sinaliza que as quatro maiores empresas controlariam $\frac{2}{3}$ do mercado doméstico. O arrefecimento da competição contribuiria, por seu turno, para o aumento das taxas de bagagem e de cancelamento indiscriminadamente. O decreto norte-americano então estabelece que o DOT (Department of Transportation) estabeleça regras claras acerca de reembolso por parte da companhia aérea quando do atraso na entrega de bagagem ou quando a prestação do serviço não for condizente com o acordado. Além dessas medidas, o decreto norte-americano determina que o DOT deve criar regras exigindo que as taxas de bagagem, cancelamento e alteração de voos sejam divulgadas ao cliente.

Quanto ao transporte ferroviário (3.ii), o decreto norte-americano afirma que, na década de 80, o mercado nos Estados Unidos possuía 33 empresas de frete, e hoje atuam apenas 7. Essas empresas poderiam privilegiar seu próprio tráfego de carga, dificultando a prestação de serviços das demais empresas de carga e passageiros. Sendo assim, o decreto norte-americano demanda que seja viabilizado o transporte de passageiros pelas empresas dominantes do setor, bem como se comprometam a tratar as demais companhias de forma justa.

No que concerne ao transporte marítimo (3.iii), as 10 maiores companhias marítimas teriam controlado, em 2000, 12% do setor, e em 2021 já controlariam mais de 80%. O monopólio do setor teria feito com que se viabilizasse a cobrança de taxas de detenção e sobrestadia, conforme o tempo de descarregamento ou carregamento das cargas. O decreto norte-americano então encoraja a FMC (Federal Maritime Commission) a garantir uma fiscalização rigorosa contra as empresas que cobram dos exportadores americanos taxas desproporcionais.

Por sua vez, no setor de tecnologia (4), o decreto norte-americano tem como foco quatro áreas nas quais empresas dominantes do ramo estariam minando a competição e reduzindo a inovação, tais quais: (i) compra de concorrentes em potencial por plataformas de *Big Tech*; (ii) retenção de grande quantidade de dados pessoais pelas *Big Techs*; (iii) competição injusta com pequenas empresas; (iv) bloqueio de oficinas de conserto independentes por parte dos fabricantes de celulares e equipamentos eletrônicos. Com vistas a conter essas condutas, anunciou-se uma política de mais pormenorizada análise sobre fusões, com atenção particular à aquisição de competidores nascentes, bem como regras que barram métodos injustos de competição no setor. Ainda, o decreto norte-americano instrui ao FTC o estabelecimento de regras de segurança e acúmulo de dados, como também de regras contra restrições anticompetitivas acerca do uso de lojas de conserto independentes.

Em relação aos serviços de internet (5), o decreto norte-americano esclarece que poderiam ser evidenciados os seguintes aspectos: (i) falta de competição entre os provedores de banda larga; (ii) falta de transparência no preço; (iii) altas taxas de rescisão; (iv) desaceleração discriminada do acesso à internet pelas empresas. Para conter essas práticas, o decreto norte-americano estabelece medidas para prevenir que provedores de internet pratiquem atos colusivos que limitam as escolhas dos clientes; requer que as empresas notifiquem os preços dos serviços à Federal Communications Commission (FCC); limita taxas de rescisão excessivas; e revive o programa chamado *Net*

Neutrality rules, cujo objetivo é determinar que as empresas tratem todos os serviços de internet equitativamente.

No âmbito da agricultura (6), o decreto norte-americano apresenta a visão de que um mercado menos competitivo impediria a plena atividade de agricultores de pequeno porte. Isso porque estes ganhariam menos quando vendem seus produtos, mesmo que os preços tivessem subido nos armazéns. Por exemplo, 4 empresas de processamento de carne dominariam 80% do mercado e, nos últimos cinco anos, a participação dos produtores de pequeno porte no preço da carne bovina teria caído em mais de um quarto, enquanto o preço da carne teria aumentado. Além disso, esse contexto afetaria a capacidade de os agricultores consertarem seus próprios equipamentos, como também de recorrerem a lojas de conserto independentes. Os fabricantes utilizariam mecanismos que impediriam o conserto por pessoas que não são distribuidores do produto, o que, por consequência, forçaria os fazendeiros a pagarem altas taxas para ter seu produto consertado. À vista disso, o decreto norte-americano instrui o United States Department of Agriculture (USDA) a desenvolver um plano para aumentar as oportunidades para os agricultores de acessar os mercados e receber um retorno justo. Ainda, incentiva a FTC a limitar a conduta pela qual os fabricantes de equipamentos agrícolas restringem a capacidade das pessoas de usar oficinas independentes e consertar seus próprios tratores.

Por fim, o decreto norte-americano aponta para preocupações no âmbito financeiro (7). Nas últimas quatro décadas, os Estados Unidos teriam perdido 70% dos bancos que outrora tiveram, com cerca de 10.000 fechamentos de bancos. Essa situação teria se dado muito em razão de fusões e aquisições. Apesar de existir revisão desses atos, as autoridades governamentais não negaram um processo de fusão de bancos em mais de 15 anos. O decreto norte-americano, dessa forma, instrui ao DOJ a atualizar as diretrizes na fusão de bancos para ensejar um escrutínio maior dessas operações.

Nesse sentido, o memorando de Lina Khan⁹⁷, atual presidente da FTC, espelha a nova diretriz antitruste do governo. Publicado em 22 de setembro de 2021, o memorando possui uma abordagem estratégica focada nos seguintes pontos: (i.a) identificar danos; (i.b) tratar a raiz de condutas colusivas; (i.c) utilizar uma abordagem empírica; (i.d) estar atento às novas práticas comerciais; (i.e) democratizar a instituição.

No que tange à identificação de danos (i.a), o memorando incentiva o enfoque nas assimetrias de poder e nas práticas ilegais que as disparidades de poder ensejam. A partir da análise das práticas anticompetitivas, seria possível enfrentar os danos significativos aos mercados.

Em segundo lugar, é incentivada a identificação da causa primária de condutas colusivas (i.b), de forma a endereçar políticas antitruste de forma facilitada, coibindo, assim, desdobramentos em potencial de outras práticas prejudiciais à concorrência. Dessa maneira, a concentração de esforços da autoridade antitruste direcionada à causa primeira da conduta anticompetitiva evitaria uma abordagem ineficiente, que imporá uma carga de fiscalização significativa com poucos benefícios a longo prazo.

Em terceiro lugar, o memorando indica a necessidade de utilização de uma abordagem empírica (i.c), para melhor entender as práticas comerciais. O documento destaca que uma abordagem interdisciplinar ajudaria a estreitar a lacuna entre a teoria e a prática.

Em quarto lugar, é desejado que as autoridades antitruste se antecipem ao mercado, bem como tomem ações rápidas diante de novas práticas comerciais (i.d.). Essa iniciativa tem por consequência o enfoque às novas tecnologias, inovações e indústrias nascentes entre os setores. A intervenção oportuna propiciaria a resolução da

97 KHAN, M. Lina. Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC. **Federal Trade Commission**. 22 set. 2021. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/public-statements/2021/09/memo-chair-lina-m-khan-commission-staff-commissioners-regarding-vision>>. Acesso em: 8 dez 2020.

prática anticompetitiva enquanto ainda é incipiente, limitando danos e salvando recursos a longo prazo.

Por fim, o memorando salienta que a FTC deveria ser democratizada (i.e.). Como consequência, a agência deveria ser reconhecida como órgão governamental cujo papel interfere diretamente na distribuição de poder na economia. Também deveria significar que a instituição está atenta com os problemas reais enfrentados pelos americanos na sua vida cotidiana, de forma a utilizar esse entendimento para guiar as políticas.

No que concerne às políticas prioritárias que vão guiar a atuação estratégica da agência, o memorando FTC de Lina Khan destaca três áreas de enfoque: (ii.a) consolidação empresarial; (ii.b) modelos extrativos de negócio; e (ii.c) termos contratuais que ensejam métodos injustos de competição.

Nesse sentido, a agência tem como intuito endereçar medidas que coibam a dominação do mercado possibilitadas por consolidações (ii.a). Serão reforçados os procedimentos de análise de fusões e aquisições como também o escrutínio de empresas dominantes, onde a falta de concorrência tornaria a conduta ilegal mais provável. Além disso, salienta-se a necessidade de alocar os recursos da agência de forma estratégica nos agentes mais significativos, onde as ações de fiscalização poderiam ser mais efetivas.

Em razão da crescente onda de fusões e aquisições, a agência anunciou projeto que revisitará as diretrizes deste instituto. As diretrizes anteriores demonstraram possuir uma estrutura desatualizada para coibir as práticas colusivas atuais a partir da fusão de empresas. Sendo assim, a revisão das diretrizes possibilitaria o fechamento de lacunas entre a teoria e a prática, estabelecendo o alicerce para um controle mais efetivo e empiricamente fundamentado.

Com efeito, reprimir modelos extrativos de negócio (ii.b) também está entre as prioridades da agência. É demonstrada preocupação com os intermediários dominantes do mercado, capazes de utilizar sua posição no mercado para alavancar taxas, ditar políticas anticompetitivas, e proteger e estender seu poder de mercado. Esse

tipo de modelo de negócio centralizaria controle e lucro, enquanto terceirizaria riscos e responsabilidades, de forma a propiciar relações assimétricas entre a firma controladora e suas dependentes. Entrementes, a crescente projeção de modelos de negócio como o *private equity* provoca questionamentos sobre como essa forma de negócio poderia facilitar métodos anticompetitivos.

A terceira área de enfoque pela FTC é a de termos contratuais que corroboram condutas não-competitivas (ii.c). As cláusulas contratuais unilaterais impostas por empresas poderiam ensejar abusos no poder de mercado, bem como levantariam preocupações consumeristas. Desse modo, consumidores, trabalhadores, franqueados e outros participantes do mercado estariam em desvantagem significativa quando são incapazes de negociar livremente os termos e condições.

Por fim, o memorando destacou os objetivos operacionais da agência reguladora, quais sejam: (iii.a) utilizar uma abordagem interdisciplinar, deixando de lado as estacas entre proteção ao consumidor e à concorrência; (iii.b) expandir o alcance de atuação da FTC; e (iii.c) ampliar as habilidades institucionais, com enfoque na multidisciplinaridade.

Nota-se, portanto, que a preocupação norte-americana com a competitividade no mercado é muito mais ampla do que simplesmente aquela política concorrencial implementada por suas agências antitruste, FTC e DOJ. Há uma preocupação ampla, que demanda a articulação entre diversas autoridades públicas, de modo a implementar a nova política pública.

Feita essa apresentação, resta-nos refletir: há espaço, no Brasil, para uma movimentação de tal magnitude, de modo a fomentar a competitividade dos mercados? Para além do que pode ser feito pelo Cade e pela Seae, com suas respectivas atribuições definidas pela Lei 12.529/2011, o que mais pode ser feito por outros órgãos governamentais brasileiros?

O AMBIENTE POLÍTICO COMO “MARKETPLACE” E O USO DO LOBBY COMO INSTRUMENTO ANTICOMPETITIVO

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 14/12/2021.*

Amanda Athayde

Isabella Accioly

Para o Direito Antitruste, a criação e a manutenção de vantagens competitivas são fatores importantes para a análise das ações dos agentes econômicos. As arenas políticas e os processos de tomada de decisões, porém, são frequentemente subestimados como meios em que se criam e se sustentam tais vantagens⁹⁸⁻⁹⁹. Como ressaltado por Gary Minda, as empresas competem por favores do governo tanto quanto pela escolha dos consumidores, de modo que o ambiente político se torna uma espécie de “*marketplace*” alternativo na era corporativa¹⁰⁰.

Diversos autores têm ressaltado como a concentração de poder econômico favorece a concentração de poder político, que pode até mesmo ultrapassar o próprio poder dos governos¹⁰¹. Estudo

98 Para reflexões mais amplas a respeito do tema, sugere-se a leitura de ACCIOLY, Isabella. “**SHAM LOBBY** no Brasil: uma análise sobre o possível enquadramento do lobby anticompetitivo como infração à ordem econômica nos termos da Lei n. 12.529/2011”. Monografia em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2021. Disponível em: https://drive.google.com/drive/folders/1LuddrjkudOykaG2rhwiTS_6ilysXYAXr.

99 RAJWANI, Tazeeb; MCGUIRE, Steven; LAWTON, Thomas. **Atividade política corporativa**: uma revisão da literatura e a agenda de pesquisa. 2012. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2370.2012.00337.x>. Acesso em: 20 jan. 2021.

100 MINDA, Gary. Interest Groups, Political Freedom, and Antitrust: a modern reassessment of the Noerr-Pennington Doctrine. **Hastings Law Journal**, v. 41, n. 4, 1990. Disponível em: [tory.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3008&context=hastings_law_journal](https://www.tory.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3008&context=hastings_law_journal). Acesso em: 11 jan. 2021. p. 907.

101 FRAZÃO, Ana. **Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados**: parte XIII. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/novas-perspectivas-para-a-regulacao-juridica-dos-mercados-parte-xiii-27052020>. Acesso em: 23 fev. 2021..

desenvolvido por Zaleski¹⁰² revelou que empresas com alto *market share* tendem a se beneficiar mais de processos políticos e de regulamentação, enquanto aquelas com baixa participação de mercado contribuem menos em tais processos. Nesse sentido, Zingales¹⁰³ destaca que a habilidade de exercer influências políticas cresce com o poder econômico da empresa, e na mesma proporção cresce a necessidade de tal exercício, com vistas a manter este poder. O autor apelidou esse processo de “*The Medici Vicious Circle*” – ou o “Ciclo Vicioso Medici” –, fazendo referência às ricas e poderosas famílias de banqueiros que comandavam a Florença da Itália Renascentista¹⁰⁴.

O relatório do Stigler Center de 2019¹⁰⁵ mostra que os maiores agentes políticos da atualidade podem ser o Google e o Facebook, agentes com grande poder econômico. Esse mesmo relatório, ao constatar o perigo que a concentração de poder representa para a democracia, propõe, dentre outras soluções, o fortalecimento do Direito Antitruste no que diz respeito ao controle de concentrações e à adoção de medidas que reduzam o poder político das plataformas. Essa pauta vem sendo inclusive destacada nos Estados Unidos, com as pesquisas acadêmicas e os discursos da recém nomeada presidente da *Federal Trade Commission*, Lina Khan.¹⁰⁶

Até mesmo Robert Bork, um dos maiores defensores de um menor escopo de intervenção do direito antitruste, reconhece que a predação política é um método particularmente perigoso em razão de

102 ZALESKI, Peter A. Contribuições de campanha de PACs corporativos. **Atlantic Economic Journal**, v. 20, n. 56, 1992. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02300172>. Acesso em: 20 abr. 2021.

103 ZINGALES, Luigi. Towards a Political Theory of the Firm. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 3, 2017. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.31.3.113>. Acesso em: 15 jan. 2021.

104 O autor define esse termo como o ciclo “no qual o dinheiro é usado para ganhar poder político e o poder político é assim utilizado para se ganhar mais dinheiro” (tradução livre).

105 STIGLER, Center. **Comitê Stigler de Plataformas Digitais**: relatório final, 16 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report>. Acesso em: 20 fev. 2021.

106 KHAN, Lina M. Amazon’s antitrust paradox. **Yale IJ**, v. 126, p. 710, 2016.

sua baixa visibilidade sob a análise concorrencial¹⁰⁷. O autor aduz que enquanto as autoridades estão preocupadas com os perigos de fusões e restrições verticais, muitas batalhas são travadas diante de instâncias governamentais locais e projetadas para impedir a entrada no mercado de concorrentes. Nesse sentido, destaca que a legislação concorrencial pode contribuir imensamente tanto para a livre concorrência quanto para a integridade de processos governamentais ao alcançar práticas predatórias nas instâncias políticas.

A legislação concorrencial brasileira prevê expressamente a competência da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) de acompanhar o processo legislativo e de regulamentação promovido por qualquer órgão ou entidade pública ou privada. Nesse sentido, pode-se dizer que há um aparato formal para a atuação *ex ante* no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para que atos normativos de natureza anticompetitiva não sejam aprovados. A pergunta é: há de fato uma preocupação, em termos materiais, com esse “caminho mais curto” para algumas empresas em detrimento de outras, que evite o prejuízo ao ambiente competitivo no Brasil?

A experiência brasileira tem mostrado que a atuação preventiva nem sempre é suficiente para frear práticas indevidas derivadas de um sistema negativamente institucionalizado no país. Diversos escândalos de corrupção, como os da operação Lava-Jato, revelaram que uma das mais frequentes e importantes influências que empresas buscam exercer na esfera pública é para garantir que seus interesses virem norma¹⁰⁸.

Esses exemplos são trazidos apenas para ressaltar como o processo legislativo pode ser desvirtuado para garantir interesses privados em detrimento do suposto “interesse público” que ele deveria atingir. Sendo essa uma prática que atinge o ambiente concorrencial ou ao menos representa uma distorção do processo democrático

107 BORK, Robert. **The antitrust Paradox**. New York: Free Press, 1993.

108 RIZZO, Alana de; VELASCO, Joel. As empresas conseguem migrar do crony capitalismo para práticas íntegras de interação com o governo? *In: Lobby desvendado: Democracia, Políticas Públicas e Corrupção no Brasil Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Record, 2018. p. 197.

em prol de um poder econômico concentrado, resta indagar se a autoridade antitruste brasileira, no âmbito de sua atuação repressiva, vem buscando reprimir ou mitigar esse tipo de conduta. Está o Cade pelo menos ciente desse risco ao ambiente competitivo no Brasil?

Casos questionando a prática de um “*lobby* anticoncorrencial” como conduta punível pela Lei 12.529/2011 já foram levados ao Cade, apesar de serem poucos os precedentes sobre a matéria. Nessa esteira, identificam-se dois julgados do Tribunal (Caso Sinpetro/DF¹⁰⁹ e caso Sindipostos/RN¹¹⁰) com objetos semelhantes – pressões por parte dos *players* dominantes sobre o legislativo local para obter uma legislação favorável de cunho supostamente anticompetitivo. As decisões, porém, são praticamente opostas por parte dos respectivos Conselhos do Cade, indicando uma alteração de entendimento ao longo dos anos com base em novos parâmetros de análise do direito antitruste.

No primeiro caso, do cartel de postos no Distrito Federal, o Conselheiro Relator considerou que os representados se utilizaram abusivamente do seu inegável poder econômico com o intuito de eliminar a possibilidade de uma concorrência potencial, configurando-se uma infração à ordem econômica.

Já no segundo caso, envolvendo postos de combustíveis no Rio Grande do Norte, o foco da discussão passou a ser sobre um suposto conflito principiológico existente entre o direito de petição e a livre concorrência. Nesse sentido, o Tribunal entendeu que o direito de petição garante uma espécie de “imunidade antitruste”, de modo que apenas se verificados determinados elementos no exercício abusivo desse direito é que se poderia abrir uma exceção a essa imunidade para se condenar a conduta.

Guardadas as devidas peculiaridades de cada caso e constatando-se não serem muitos os precedentes sobre a matéria, o que se verifica é que ainda há pouco debate sobre as formas de atuação das autoridades antitruste em face de práticas empreendidas na esfera política que afetem o ambiente concorrencial. A jurisprudência mais recente do

109 PA nº 08000.024581/1994-11

110 PA nº 08700.000625/2014-08

Cade, no entanto, revela uma espécie de “deferência” da autoridade concorrencial em face do direito de petição que pode prejudicar a ampla concorrência na tentativa de se garantir uma maior participação dos agentes econômicos nos processos legislativos.

Diante disso, questiona-se: qual seria a melhor forma de atuação antitruste diante do uso do *lobby* como instrumento anticompetitivo?

Esclarecemos desde já, o que já deve estar claro: consideramos mais do que legítimo que empresas defendam seus interesses e encaminhem demandas e projetos junto a órgãos e representantes públicos. Por outro lado, é igualmente legítimo que tais interesses não se sobreponham a interesses mais amplos da sociedade, como é a livre concorrência. O que se propõe aqui, portanto, não é que a autoridade concorrencial amplie seu escopo de competência, mas tão somente que se atente aos efeitos anticompetitivos de condutas exercidas no ambiente político, desenvolvendo uma estrutura de análise adequada para a consecução de objetivos intrínsecos ao antitruste em face de tais condutas.

Um possível ponto de partida, talvez, seja rever os parâmetros de exceção para a aplicação da imunidade antitruste conferida ao direito de petição. Nesse sentido, o debate no Cade, em casos de controle repressivo, poderia se expandir a ponto de contemplar com maior profundidade (i) o mérito das propostas legislativas/regulatórias – se excessivamente restritivas ou exclusivamente voltadas a determinados benefícios próprios, (ii) o mercado afetado e a eventual existência ou possibilidade de surgimento de barreiras à entrada, (iii) a consideração sobre medidas alternativas, menos lesivas à concorrência, e até mesmo (iv) a verificação do poder de mercado e de barganha concentrado pelo(s) agente(s) empenhados no lobby e por ele beneficiados. Tais critérios, não exaustivos, podem tornar a análise mais robusta e garantir um *enforcement* mais efetivo em face da matéria aqui contemplada.

Como destacado por Rizzo e Velasco, não existe remédio para acabar com o desvirtuamento da máquina pública em favor de interesses privados prejudiciais ao interesse público, mas o começo

para uma solução está no aperfeiçoamento e cumprimento das regras claras no jogo¹¹¹. A autoridade antitruste, ao se esquivar de importantes questões relacionadas aos desdobramentos políticos do poder econômico, ignora uma realidade que se impõe e que vem causando distorções e ineficiências para o desenvolvimento econômico nacional.

A política concorrencial e a atuação da Administração Pública devem guardar relação simbiótica com a realidade na qual se inserem e devem ser responsivas na medida adequada em relação aos problemas que se impõem. Para isso, é importante que cada instituição zele por seus objetivos e não abra brechas muito amplas para que desvirtuamentos sejam colocados em prática, o que, no âmbito do Cade, significa reprimir “atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, entre outros, o efeito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”¹¹².

Seja via SEAE, seja via Cade, é imperioso que o “*watchdog*” antitruste brasileiro mova suas lentes para essa – não tão nova – realidade do lobby anticompetitivo, que pode afetar, por debaixo dos panos, o ambiente de negócios no Brasil.

111 RIZZO, Alana de; VELASCO, Joel. As empresas conseguem migrar do crony capitalismo para práticas íntegras de interação com o governo? In: Lobby desvendado: Democracia, Políticas Públicas e Corrupção no Brasil Contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Record, 2018.

112 BRASIL. **Lei n. 12.259, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA
E INTERFACES JURÍDICAS**

Amanda Athayde

GÊNERO E ANTITRUSTE: O FENÔMENO POLIÉDRICO DA DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO E SEUS IMPACTOS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 25/02/2021.*

Amanda Athayde

Mariana Piccoli L. Cavalcanti

O direito da concorrência, geralmente pautado pela sua objetividade, argumenta ser uma política neutra para questões de gênero. Em 2017, porém, HUBBARD defendeu que o sexismo priva as mulheres de competir em condições de igualdade com os homens, causando impactos tão nefastos equiparáveis aos gerados por monopólios em relação a *startups* e pequenas empresas¹¹³. Em 2018, PIKE argumentou que vieses discriminatórios contra a participação econômica das mulheres podem gerar efeitos similares aos decorrentes da aplicação de regulações anticompetitivas¹¹⁴. Assim, em novembro de 2018, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) começou a levantar esse debate de modo sistemático, discutindo a viabilidade de uma “lente de gênero” (*gender lens*) identificar ferramentas adicionais nos mercados tradicionais, bem como comportamentos específicos dos consumidores e das empresas¹¹⁵.

113 HUBBARD, Sally. **How monopolies make gender inequality worse**. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/washingtonbytes/2017/12/20/how-monopolies-make-gender-inequality-worse-and-concentrated-economic-power-harms-women/?sh=5f119b3e1b11>>. Acesso em: 3 fev. 2021.

114 PIKE, Chris. **What's gender got to do with competition policy?** OECD On the Level. 02 March 2018. Disponível em: <<https://oecdonthellevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/>>. Acesso em: 3 fev. 2021.

115 Para maiores detalhes sobre os debates conduzidos em novembro de 2018, sugere-se: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Global forum on competition. Competition policy and gender**. 2018, November 29th. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/gender-and-competition.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

Esse debate se aprofundou nos últimos anos, com o surgimento de redes de engajamento feminino – como a *Women in Antitrust* (WIA)¹¹⁶ e a *Women Inside Trade* (WIT)¹¹⁷ no Brasil –, com a publicação de artigos acadêmicos sobre a interface entre antitruste e gênero, com a publicação de livros escritos exclusivamente por autoras da seara concorrencial¹¹⁸, com a realização de eventos sobre a disparidade de gênero na seara específica do direito da concorrência, dentre outras iniciativas. Esse parece ser, assim, um caminho sem volta, no qual novos debates trarão nova luz ao direito da concorrência, no Brasil e no mundo. Tanto é assim que em 25 de fevereiro de 2021 a OCDE realizará um dia inteiro de debates sobre as formas de se viabilizar uma política concorrencial mais inclusiva para questões de gênero.¹¹⁹

A nosso ver, as interfaces sobre gênero e concorrência podem ser vistas como um “fenômeno poliédrico”¹²⁰, já que possui não apenas um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. Neste artigo, pretende apresentar breves linhas, com pretensão exploratória e não exaustiva, sobre seis desses perfis de gênero e concorrência: (a) poder de mercado e gênero (“gênero

116 *Women in Antitrust* (WIA) Brasil. Disponível em: <<https://www.womeninantitrust.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

117 *Women Inside Trade* (WIT) Brasil. Disponível em: <<https://womeninsidetrade.com/>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

118 No Brasil, já foram publicados três livros exclusivamente escritos por autoras do direito da concorrência nacional. Disponível em: <<https://www.womeninantitrust.org/publicacoes>>. Acesso em: 15 fev. 2021. No exterior, a *Concurrences* já está em sua segunda edição de livro também escrito apenas por mulheres do antitruste internacional. Disponível em: <<https://www.concurrences.com/en/all-books/women-antitrust#:~:text=It%20celebrates%20women%20and%20their,private%20practitioners%2C%20economists%20or%20academics.&text=Congratulations%20on-%20the%20important%20initiative,Antitrust%3A%20Voices%20From%20the%20Field.>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

119 Nesse sentido, ver: Organização para a Cooperação e do Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Workshop on Gender inclusive Competition Policy*, 25 fev 2021. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/workshop-on-gender-inclusive-competition-policy-agenda-february-2021.pdf>>. Acesso em 17 fev. 2021.

120 A expressão “fenômeno poliédrico” advém da expressão “fenômeno econômico poliédrico”, utilizada por Alberto Asquini, ao explicar o conceito de empresa. ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, n. 104, p. 109-126, out/dez 1996. Tradução de Fabio Konder Comparato. *Profili dell'impresa*. *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 41, I, 1943.

pelo perfil social”); (b) posição das mulheres nas empresas (“gênero pelo perfil da oferta”); (c) mulheres e controle de condutas (“gênero pelo perfil dos ilícitos concorrenciais”); (d) mulheres como grupo de consumidoras (“gênero pelo perfil da compra”); (e) mulheres e controle de estruturas (“gênero pelo perfil da definição de mercado relevante”); (f) representatividade das mulheres no antitruste (“gênero pelo perfil da representatividade”).

A respeito da discussão de **gênero pelo perfil social (a)**, discutem-se os entraves culturais, comportamentais e sociais enfrentados pelas mulheres no acesso à educação, capital e mercado de trabalho. Estimativas mostram que as mulheres ainda participam menos que os homens do mercado de trabalho e, quando o fazem, recebem salários significativamente menores¹²¹. Nesse sentido, de forma ampla, a desigualdade de gênero é capaz de reduzir o padrão de vida de uma população a um custo global de US\$ 12 trilhões, ou 16% da renda mundial¹²².

Nessa linha, WEICHSELBAUMER sugere – em uma teoria que remonta a BECKER¹²³ – que reformas estruturais que promovem o desenvolvimento econômico (dentre elas as políticas de incentivo à promoção da concorrência) reduzem o nível de segregação entre os sexos numa sociedade¹²⁴. De maneira bastante resumida, essa teoria prega que existe certa tendência natural em algumas pessoas a se envolver em práticas discriminatórias na contratação de somente determinado “tipo” de pessoas. No entanto, as sociedades cujos

121 Nesse sentido, ver: Organização para a Cooperação e do Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Employment Outlook 2018*. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2018_empl_outlook-2018-en#page1>. Acesso em: 16 fev. 2021.

122 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Global forum on competition. Competition policy and gender*. 2018, November 29th. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/gender-and-competition.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

123 Becker, Gary Stanley. *The economics of discrimination*. Chicago: Chicago University Press, 1957.

124 Nesse sentido, ver: WEICHSELBAUMER, Doris. *What are the reasons for international gender wage gaps?* Disponível em: <<https://voxeu.org/article/why-international-difference-gender-wage-gap>>. Acesso em: 4 fev. 2021.

membros estão dispostos a não adotar essa tendência têm maior probabilidade de obter êxito econômico. Em tese, ao contratarem pessoas por seus méritos e atributos, e não por serem de um “tipo” ou de outro (como, por exemplo, serem de um sexo ou de outro), as empresas – e a economia como um todo – se tornam mais eficientes e a sociedade se torna menos discriminatória, inclusive em relação ao gênero.

Já a respeito da discussão de **gênero pelo perfil da oferta (b)**, debate-se o papel das mulheres como empreendedoras, membros de conselhos de administração, diretoras de empresas ou profissionais liberais¹²⁵. Em alguns mercados, empresárias podem encontrar obstáculos sociais e até mesmo legais para registrar uma empresa, possuir bens e propriedades ou acessar crédito para financiar a entrada ou a expansão de sua firma no mercado¹²⁶. Mulheres podem ainda enfrentar dificuldades para exercer determinadas profissões (como, por exemplo, motorista de táxi) ou funções (tais como conselheiras consultivas ou de administração¹²⁷). Além de desperdiçarem a potencial contribuição feminina à produtividade e ao desenvolvimento dos mercados, tais barreiras à participação econômica da mulher são prejudiciais à concorrência e à eficiência dos setores, podendo inclusive gerar preços mais altos aos consumidores.

Ainda, a respeito da discussão de **gênero pelo perfil dos ilícitos concorrenciais (c)**, debate-se, por exemplo, qual a razão de haver menos mulheres condenadas por infrações à ordem econômica. Seria decorrente de uma tendência maior destas em cumprir com as leis, ou

125 PIKE, Chris. **What's gender got to do with competition policy?** OECD On the Level. 02 March 2018. Disponível em: <<https://oecdonthellevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/>>. Acesso em: 3 fev. 2021.

126 Nesse sentido, ver: World Bank Group. **India development update: unlocking women's** potencial. 2017. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/27545>>. Acesso em: 4 fev. 2021.

127 Em relação ao tema, destaca-se a iniciativa *Women on Board*, a qual concede um selo de boas práticas em ambientes corporativos às empresas que tenham pelo menos 2 (duas) conselheiras efetivas em seus quadros, de forma a incentivar e reconhecer os benefícios desta diversidade ao mundo empresarial e à sociedade. Disponível em: <<https://wobwomenonboard.com/>>. Acesso em 16 fev. 2021.

tão somente refletiria a reduzida participação das mulheres em cargos de liderança? Há, ainda, correlação entre a existência de mulheres em cargos chave de compliance nas empresas e o fato de estas procurarem as autoridades públicas para colaborar em acordos de leniência ou outras formas de acordo subsequentes em casos de cartel? Este será um dos temas debatidos no seminário da OCDE a ser realizado em 25 de fevereiro de 2021.

Ademais, a respeito da discussão sobre **gênero pelo perfil da compra (d)**, debate-se o papel da discriminação de preços a clientes. Isso porque as empresas, ou seus algoritmos, tendem a enxergar os consumidores pela sua disposição em gastar dinheiro por um determinado produto ou serviço, e o fato de se tratar de uma mulher ou um grupo de mulheres pode levar a preços maiores ou menores. Apesar de, em um primeiro momento, soar injusta, a discriminação de preços pode apresentar benefícios econômicos, segundo alguns teóricos, na medida em que possibilita que um maior número de consumidores tenha acesso ao produto: aqueles dispostos a pagar um preço maior subsidiam o consumo dos que estão dispostos a pagar um preço menor¹²⁸. Por isso, atualmente, no Brasil – e em vários países-membros da OCDE –, a discriminação de preços somente é considerada ilegal se a autoridade antitruste concluir que a conduta decorre de abuso de poder de mercado, como já aconteceu na União Europeia¹²⁹.

Adicionalmente, a respeito da discussão de **gênero pelo perfil da definição de mercado relevante (e)**, debate-se a possibilidade de existirem dois mercados inteiramente distintos quando a diferença

128 REIS JÚNIOR, Carlos Roberto da Rocha. **Discriminação de preços por algoritmo:** preocupações concorrenciais. 2019. Monografia (curso de Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

129 Sobre o tema, destaca-se que, em 2011, o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu decisão, proibindo a análise de prêmios de seguro baseada em gênero, ocasionando um efeito econômico e concorrencial para o mercado. Nesse sentido, ver: VILLELA, Camilla Costa. Concorrência e gênero: o impacto negativo dos prêmios unissex no mercado de seguro sob a luz da experiência europeia. In: ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Paulo Burnier da (Orgs). **Comércio internacional e concorrência:** desafios e perspectivas atuais - Volume II. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2019.

de preços praticadas for sustentada, o que refletiria não uma discriminação de preços, mas sim uma necessidade de se mudar a própria definição do mercado relevante. Evidências sugerem que diferenciar – e precificar – uma vasta gama de produtos (que vão desde lâminas de barbear descartáveis até produtos de lavanderia) de acordo com o gênero do consumidor-alvo pode fazer sentido do ponto de vista econômico, já que as escolhas dos indivíduos dependem de sua percepção de identidade e tentar desviá-las dessa tendência é extremamente custoso¹³⁰. Assim, compreender como o gênero pode influenciar a substitutibilidade da demanda, e, portanto, permitir a segmentação de consumidores do sexo feminino, pode ser um fator importante para autoridades de concorrência na definição de mercados relevantes. Este será, também, um dos temas debatidos no seminário da OCDE a ser realizado em 25 de fevereiro de 2021.

Por fim, a respeito da discussão de **gênero pelo perfil da representatividade (f)**, debate-se a representatividade das mulheres que trabalham na seara da defesa da concorrência. Sobre esse tema, cumpre mencionar a extensa pesquisa realizada pela rede *Women in Antitrust* – WIA no Brasil, que destrinchou o perfil de representatividade das mulheres em consultorias, em escritórios de advocacia e no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹³¹. A este respeito, observou-se que, embora as mulheres sejam relativamente bem representadas percentualmente nos dados agregados de todos os espaços de atuação antitruste pesquisados, esse percentual é consistentemente menor em níveis hierárquicos superiores, o que

130 Nesse sentido, ver: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Global forum on competition. **Competition policy and gender**. 2018, November 29th. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/gender-and-competition.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

131 Women in Antitrust (WIA) Brasil. **Relatório de representatividade e inclusão feminina no antitruste**. 2018. Disponível em: <https://86de1a45-3985-40e4-865a-169edc125eb5.filesusr.com/ugd/3f79e1_57f1e6ca64b74d2f9cd90bf6973cfac6.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2021.

indica que o caminho para a liderança tem encontrado barreiras não desprezíveis¹³².

De tudo o que foi dito, e constatada a noção da interface sobre gênero e concorrência como um “fenômeno poliédrico”, cumpre finalmente retomar a lição de FOX, de que a noção de igualdade está presente nas leis antitruste desde seus primórdios. Assim, cientes de que a defesa da concorrência se concentra particularmente na igualdade de oportunidades, para que todos possam contestar os mercados com base em seus méritos¹³³, propugna-se pelo retorno de um antitruste mais consciente do seu papel, inclusive no que tange à igualdade de gênero.

132 No ano de 2018, o total de mulheres na área antitruste das consultorias e dos escritórios de advocacia foi de 35% e 52%, respectivamente. Verificou-se, por sua vez, que, no CADE, a representatividade de mulheres no total de servidores da área-meio foi de 54% e da área-fim, de 43%. No entanto, apesar de 64% das promoções serem de mulheres nos escritórios antitruste, apenas 50% delas são referentes aos cargos de advogados sênior e sócios. Na mesma linha, as promoções de mulheres foram minoria no CADE (33%) e sequer afetaram os cargos de liderança mais altos (DAS 5 em diante).

133 FOX, Eleanor. **Antitrust: tracing inequality**. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-tracing-inequality-from-the-united-states-to-south-africa/>>. Acesso em: 3 fev. 2021. Em tradução livre. No original: “A notion of equality has run through antitrust (or competition) law since the beginning of (antitrust) time. (...) It focuses particularly on equality of opportunity: keeping open pathways for outsiders to contest markets on the merits”.

Amanda Athayde

**NON-MONETARY ANTITRUST SANCTIONS: THE
BRAZILIAN EXPERIENCE BETWEEN 2012 AND
2022 AND SOME ADDITIONAL REFLECTIONS FOR
INTERNATIONAL ANTITRUST PRACTICE¹³⁴**

Publicado originalmente em: *SSRN em 13 de dezembro de 2022.*

Amanda Athayde

Renan Cruvinel

SUMMARY: The prominence of the application of antitrust fines may have come to a crossroad. Fines seem not to have achieved their ultimate goals, either to punish current and previous practices or to deter future antitrust violations. Are there unexplored boundaries for a more effective antitrust sanctions, specially taking into considerations the non-monetary sanctions? This paper presents three different groups of arguments to defend the applicability of non-monetary sanctions, notably, (i) overdeterrence, (ii) underdeterrence and (iii) general enforcement, which may result into new perspectives to strengthen the competition policy. With that general reflection for international antitrust practice, the paper follows to compare non-monetary sanctions provided for in foreign antitrust legislation around the globe with each of the items of article 38 of the Brazilian Competition Act in Brazil. It is also provided a quantitative perspective of an empirical research on the experience of the Brazilian Antitrust Authority (“CADE”) on the applicability of non-monetary sanctions.

134 A shorter version of this paper was prepared for the OECD Competition Committee held in 29 November 2022. <https://www.oecd.org/competition/director-disqualificationand-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>. This paper in English presents some of the results of a full study which results to a recently published book in Portuguese: ATHAYDE, Amanda et. al. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. In such research, each of the nine papers included in the book investigated the national and international experience regarding the enforcement of a specific type of penalty other than fines aiming at identifying the justification and rationale that led to the authorities to impose these non-monetary penalties in both contexts.

The research is intended not only to stimulate the search for more efficient mechanisms to prevent and punish anticompetitive conduct in Brazil, but also to establish a starting point so that legal scholars and law enforcers around the globe can define if, when how and with which nuances non-monetary sanctions can and/or should be imposed in the antitrust context.

KEY-WORDS: non-monetary sanctions; antitrust; director disqualification; company debarment.

INTRODUCTION

The prominence of the application of antitrust fines may have come to a crossroad. Monetary sanctions for individuals and legal entities responsible for antitrust violations are the ones mostly imposed by antitrust authorities around the world. That seems not to have achieved the ultimate goals of those fines, either to punish current and previous practices or to deter future antitrust violations. Recidivism, underdeterrence, overdeterrence, companies' payment of fines for their employees: those are some of the topics of concern that arise in the competition area.

Is the antitrust really contributing to a more compliance business environment? Or is it only turning a blind eye to the antitrust goal to improve the functioning of the markets? Which are the unexplored boundaries for a more effective antitrust sanctions, specially taking into considerations the non-monetary sanctions typically provided by the antitrust laws? Have them been overlooked or underestimated? Which are their risks to be assessed? Do they provide for a better outcome, or do they result in a more tormentors antitrust area, so we would continue to be better off without it? In summary: may the non-monetary sanctions contribute efficiently to the antitrust practice around the world?

All those questions have haunted these authors for the last years. That is the reason why this paper focus on non-monetary antitrust

sanctions that may be imposed separately or cumulatively to the fines when the severity of the facts or the general public interest so requires.

Section I presents a proposal for organizing the theoretical discussion. We propose three different groups of arguments to defend the applicability of non-monetary sanctions, notably, overdeterrence, underdeterrence and general enforcement, which does not refer to a specific case. That may result into new perspectives to strengthen the competition policy.

The paper follows to present in Section II a brief overview on the eight non-monetary sanctions available in the Brazilian Competition Act (“Law 12,529/2011”). It is also presented a benchmark, comparing those non-monetary sanctions in other jurisdictions. The summarized and schematized results are also presented in Annex I.

Section III presents the quantitative perspective of an empirical research¹³⁵ on the experience of the CADE on the applicability of non-monetary sanctions. Non-monetary sanctions have been applied in Brazil over the last year. In which circumstances? How are those sanctions applied? To whom, in terms of companies, individuals and class entities? Which is the current state of art? Is it a consistent enforcement? Are there bottlenecks? Are there challenges and improvements alternatives? To answer all those questions, it was necessary to proceed an empirical analysis. Are the non-monetary sanctions applied by CADE? In which circumstances? To whom, in terms of companies, individuals and trade associations? To answer this research question, it will be analyzed all the administrative proceedings judged by CADE between 2012 and 2020 which imposed non-monetary sanctions.

135 This paper presents some of the results of a full study which results to a recently published book: ATHAYDE, Amanda et. al. **Sanções não pecuniárias no antitruste** / organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. In such research, each of the nine papers included in the book investigated the national and international experience regarding the enforcement of a specific type of penalty other than fines aiming at identifying the justification and rationale that led to the authorities to impose these non-monetary penalties in both contexts.

Section IV follows to present the qualitative perspective of the empirical research on the experience of the CADE on the applicability of non-monetary sanctions. Does CADE follow a common understanding when applying non-monetary sanctions? Is there a standard of judgment by the antitrust authority? Are the decisions duly motivated? Based on it, it was possible to identify the barriers for imposing each of the items of article 38 of the Brazilian Competition Act and to propose suggestions for better enforcement of each legal provision of those non-monetary sanctions.

The research is intended not only to stimulate the search for more efficient mechanisms to prevent and punish anticompetitive conduct in Brazil, but also to establish a starting point so that legal scholars and law enforcers around the globe can define if, when, how and with which nuances non-monetary sanctions can and/or should be imposed in the antitrust context. The goal is to advance the discussion to identify material and procedural aspects that not only discourage the antitrust authorities to impose these non-monetary sanctions, but that can also make them less effective when applied, to the detriment of maximum deterrence with minimal negative social impacts. As a result, it will be addressed some of the barriers for imposing non-monetary sanctions already provided for by the laws.

1. A PROPOSAL FOR ORGANIZING THE THEORETICAL DISCUSSION: UNDERDETERRENCE, OVERDETERRENCE AND GENERAL PERSPECTIVE ON THE APPLICABILITY OF NON-MONETARY SANCTIONS

Fines have been, historically, the main sanction used by antitrust authorities globally. To further understand the potential deterrence power of non-monetary sanctions, this paper has a premise that it is

necessary to go beyond an economic perspective of antitrust sanctions and enforcement¹³⁶.

The approach currently taken by most legal scholars, influenced by BECKER and COASE¹³⁷, is centered on the adequate fines to be imposed by competition authorities. We assume¹³⁸ a diversion from that straight direction, that an optimal sanction should have not only the highest level of deterrence, but also the lowest social costs. Having that in mind, it would be possible to then investigate how authorities could apply different scopes, natures and types of sanctions to reach an optimal enforcement point.

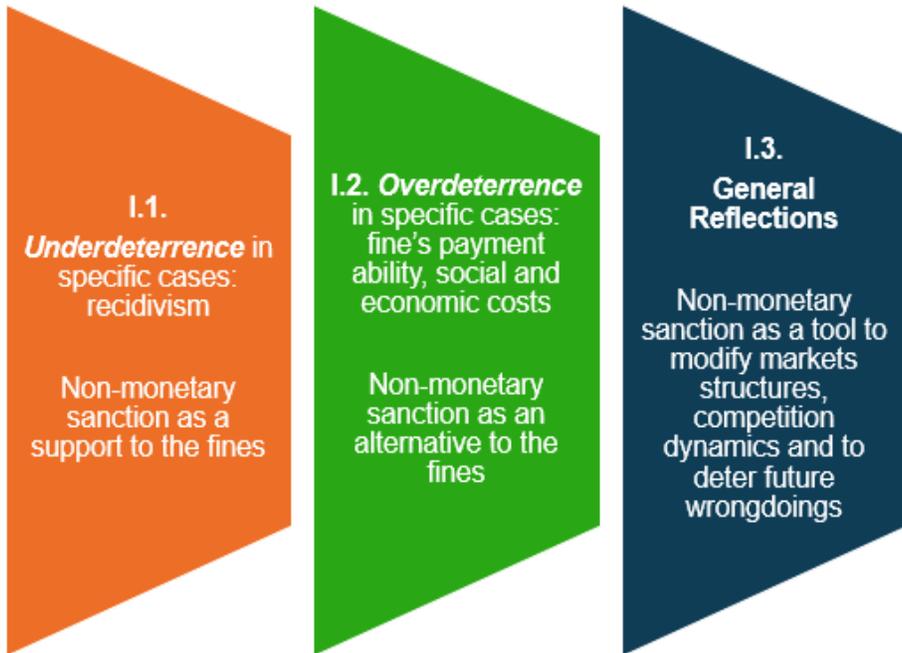
May the non-monetary sanctions contribute efficiently to the antitrust practice around the world? We propose three different groups of arguments to defend the applicability of non-monetary sanctions, notably: (I.1) underdeterrence; (I.2.) overdeterrence; (I.3.) general perspective. The image below illustrates the suggestions of how a non-monetary sanction can contribute to an optimal sanction:

136 In this regard, see: Posner, *Antitrust: cases, economic notes and Other materials* 545-572 (2d ed. 1981). Schwartz, *Private enforcement of the Antitrust laws* (1981); Landes, Posner e Easterbook, *Contribution Among Antitrust Defendants: A legal economic analysis*, e Fischel e Easterbrook, *The Economic Structure of Corporate Law* (1996), among other papers.

137 The papers that raised the discussion are: Becker, **Crime and Punishment: An Economic Approach**, 79 J. Pol.Econ. 169 (1968); Coase, **The Problem of Social Cost**, 3 J.L. & Econ. 1 (1960).

138 ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 11-74. The authors verified increases in monetary sanctions imposed by antitrust authorities, and assumed their insufficiency to deter anticompetitive practices, to reach different perspectives to analyze non-monetary sanctions as means to strengthen antitrust enforcement. The authors did not identify any studies that demonstrated a correlation between an increase in monetary sanctions and an actual decrease in the number of violations to the economic order.

Image 1 - Arguments to defend the applicability of non-monetary sanctions



Source: the authors.

1.1 UNDERDETERRENCE AS AN ARGUMENT TO DEFEND THE APPLICABILITY OF NON-MONETARY SANCTIONS

Fines are no longer the only alternative for antitrust authorities. course of action, so that sanctions cannot be undertaken by companies, considering the individual situation of the person responsible for the violation. Sanctions imposed to individuals should be adequately measured to withstand potential judicial questioning¹³⁹.

¹³⁹ In this regard, read, for example: MARTINS, Carlos Frederico Braga; SANTOS, Rodrigo Victor dos. Direito concorrencial sancionador: análise das alternativas à multa corporativa como forma de garantir o efeito dissuasório da pena. In: ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; BURNIER, Paulo (org.). **Comércio Internacional e Concorrência: desafios e perspectivas atuais**. Brasília: Universidade de Brasília Faculdade de Direito, 2019. v. 2.p.142-169. Available at: https://c91ba030-1e79-4eb0-b196-35407d130c35.filesusr.com/ugd/62c611_e9839ce5ebee4a28aa23c334d4023073.pdf

As for imprisonment sanctions, even though incarceration is a powerful disincentive for anticompetitive conducts perpetrated by businessmen,¹⁴⁰ the fact that criminal decisions naturally take more time to be handed down and are more costly than administrative decisions was not overlooked, considering that the criminal procedure has more safeguards to prevent abuses in the imposition of the imprisonment sanction, given its severity. However, recent evidence indicates that incarceration for cartel conducts is at a suboptimal level.¹⁴¹

The high levels of recidivism also indicate that imprisonment is not a sufficiently effective tool to prevent cartels¹⁴²⁻¹⁴³. Therefore, the

140 MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal**. 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. In Brazil, for example, few individuals are in fact subject to incarceration, even though engaging in cartel is a criminal felony.

141 In 2019, the OECD recommended that Brazil should foster of criminal investigations for violations against the economic order. From the international entity's point of view, the Brazilian legal system has filed few cases in which cartel practices are the exclusive focus of the government's intention to prosecute. In OCDE. Revisões por pares da OCDE sobre legislação política de concorrência: Brasil. 2019. Available at: < <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-da-ocde-com-analise-sobre-politica-concorrencial-brasileira/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil.pdf>>. Last Accessed on April 4, 2022.. P. 195-196. Empiric studies confirm that Cade's convictions are at a sub-optimal level. In this regard, read, for example: ROS, Luiz Guilherme. **Criando incentivos, a partir da Teoria dos Jogos, para celebração de Termos de Compromisso de Cessação por Pessoas Físicas: Uma análise das Ações Penais da Lava Jato** (Dissertação). Universidade de São Paulo. 2020. P. 87.

142 In this aspect, it is relevant to mention that there is no indication that the significative increase in the imposed fines or the increase in incarceration might have resulted in a significative decline of cartels in the United Kingdom OFFICE OF FAIR TRADING (OFT). **The deterrent effect of competition enforcement by the OFT**. London: OFT, 2007. Available at: . Last Accessed on : April 4, 2022.. http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf. Last Accessed on : April 4, 2022..

143 A study made by MARTINS and SANTOS demonstrates that the quantitative analysis of the penalties imposed by the European Commission between 2007 and 2017, with the aim of verifying if such punishments fulfilled their goal of reducing recidivism in antitrust violations, showed that even though the average amount of the fines imposed in each case has increased significantly in the last decades, recidivism was the most present aggravating circumstance in the monetary penalties imposed by the European Commission over businesses and corporations sued by the institution, and 25 cases of recidivism were identified in decisions regarding cartels and abuse of dominance since 2000. The authors also ensure that, reassuring the

increase in the amounts of the fines imposed together with the (real or theoretical) risk of incarceration of individuals involved in the conducts has not been enough to prevent violations against the economic order, which urges for the need to search for new non-monetary and no incarceration means of sanction¹⁴⁴ to ensure future deterrence.

1.2 OVERDETERRENCE AS AN ARGUMENT TO DEFEND THE APPLICABILITY OF NON-MONETARY SANCTIONS

Fines imposed have real-life consequences. Sanctions must not be greater than the social cost arising from the wrongdoing¹⁴⁵, considering that such costs might result in an increase in costs

apparent absence of correlation between the amount of fines and dissuasion, while in the time period between 1969 and 2009 only 24% of cartel decisions imposed by the Commission convicted at least one recidivistic defendant, in the period between 2006 and June 2011 the recidivism level was equally higher and was present in 40% of decisions, even though the penalties imposed by the Commission had a spiked increase in their amount. At last, the authors warn that the inefficacy of high-penalty model has been addressed by several critiques in the international arena, leading to an “increased international concern with the inefficacy of currently used antitrust sanctions, since, inside a notion of general prevention, they should not only avoid recidivism, but also discourage the commission of antitrust violations, vigorously” In: MARTINS, Carlos Frederico Braga; SANTOS, Rodrigo Victor dos. Direito concorrencial sancionador: análise das alternativas à multa corporativa como forma de garantir o efeito dissuasório da pena. In: ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; BURNIER, Paulo (org.). Comércio Internacional e Concorrência sobre GERADIN, Damien; SADRAK, Katarzyna. “The eu competition law fining system: a quantitative review of the commission decisions between 2000 and 2017”. Tilec discussion paper. 2017. desafios e perspectivas atuais. Brasília: Universidade de Brasília Faculdade de Direito, 2019. v. 2. p. 142-169. Available at: https://c91ba030-1e79-4eb0-b196-35407d130c35.filesusr.com/ugd/62c611_e9839ce5ebee4a28aa23c334d4023073.pdf sobre GERADIN, Damien; SADRAK, Katarzyna. “The eu competition law fining system: a quantitative review of the commission decisions between 2000 and 2017”. Tilec discussion paper. 2017.

144 OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. Definindo Sanções Ótimas a Práticas Anticompetitivas e Corruptas: a punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos. **Revista de Defesa da Concorrência - RDC**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 144-163, dez. 2020. Available at: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/493>. Last Accessed on : April 4, 2022..

145 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 469.

passed- on to consumers¹⁴⁶ or disproportionately burden companies' administrators, harming the economic environment¹⁴⁷. It is important to balance between sanctions imposed and negative social costs arising from such sanctions, potentially identified when excessively high fines are imposed, which may risk the continuity of the company's activities and harm its stakeholders.¹⁴⁸

Legal scholars defend that the imposition of excessively high fines may hinder licit, pro- competitive business decisions¹⁴⁹, which makes the joint imposition of both monetary and behavioral (obligations to

146 KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, agency, and amnesty: an economic analysis of the criminal enforcement of the antitrust laws against corporations. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, pps. 715-744, 2001.

147 Ginsburg and Wright, however, ensure that there are no empirical evidences suggesting that consumers anywhere are paying the costs of an overzealous cartel hunting. GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, Columbia, v. 6, n. 2, p. 3-39, 2010. Available at: https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1060AntitrustSanctions.pdf. Last Accessed on : 4 abril de 2022. p. No mesmo sentido, ver MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

148 In our view, this concern is in line with an institutionalist view of social interests. SALOMAO FILHO, Calixto. O novo Direito Societário. 4^ª Ed. São Paulo: Malheiros, Cap. 2 – “Interesse Social: a nova concepção”. SALOMÃO FILHO, Calixto. “Sociedades Comerciais. Contratualismo, institucionalismo e análise estruturalista do interesse social”, In **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial** – Obras Seleccionadas, São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 159-172. NEDER CEREZETTI, Sheila C. A lei de recuperação e falência e o princípio da preservação da empresa: Uma análise da proteção aos interesses envolvidos pela sociedade por ações em recuperação judicial 2009 (Tese de doutorado). Para maiores detalhes, recomenda-se ouvir o podcast Direito EmpresarialCafé com Leite.#EP9.Available at :https://open.spotify.com/episode/73wUWsZZsJCMwLRKfbmW0B?si=FhITWyAfSB01K0KUu3j_w. Last Accessed on : April 4, 2022.

149 According to Kobayashi, “*Under optimal penalties theory, excessive expected penalties must be avoided. The effects of higher than optimal penalties are collectively called overdeterrence. Overdeterrence can result when socially efficient behavior is deterred, e.g., when the benefits of the deterred crime would have outweighed the costs. In addition, socially efficient behavior can be deterred when there is a possibility of legal error, i.e., when the criminal law is erroneously applied to legal behavior. Finally, higher than optimal penalties induces corporations to make excessive expenditures on avoidance of sanctions, and detecting violations by their agents. This latter cost is especially relevant when considering corporate criminal liability*”. KOBAYASHI, Bruce H. Antitrust, agency, and amnesty: an economic analysis of the criminal enforcement of the antitrust laws against corporations. **George Washington Law Review**, v. 69, n. 5-6, 715-744, 2001.

do/refrain from doing) sanctions¹⁵⁰ more adequate, to the benefit of companies and their stakeholders.

1.3 GENERAL REFLECTIONS DEFEND THE APPLICABILITY OF NON-MONETARY SANCTIONS

According to a structuralist perspective, the Law has the purpose of defining market structures¹⁵¹, aiming at shaping such structures around centers of power that impart anticompetitive conducts and hinder markets. Non-monetary sanctions can also be viewed as tools to restructure markets, that point to the deterrence of future anticompetitive violations and to the withdrawal from market of companies and individuals that are non-compliant with the antitrust legislation.

Non-monetary sanctions may be able then to create structures that prevent new violations. Restructuring the markets' competitive dynamics could, therefore, consist in one of the purposes of non-monetary sanctions, fostering new entrances and, in consequence, raising the level of rivalry in the markets affected by the violations.¹⁵²

150 The concern over agency costs in the evaluation of optimal antitrust penalties also brings attention to the fact that there is a distinction between the level of penalties necessary for ideal dissuasion and the efficient allocation of such penalties over corporations and individuals. The simple optimal antitrust penalty standard ignores this distinction, and also many other complications, incorrectly, as it pushes an excess of punishment. GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. Antitrust Sanctions. **Competition Policy International**, Columbia, v. 6, n. 2, p. 3- 39, 2010. Available at: https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1060AntitrustSanctions.pdf. Last Accessed on : April 4, 2022

151 One of the greatest proponents of the aforementioned structuralist school of thought, in Brazil, is professor Calixto Salomão Filho. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Malheiros Editores, 2013. E SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário: eficácia e sustentabilidade**. Saraiva Educação SA, 2019. Para maiores detalhes, ouvindo o próprio Professor Calixto, sugere-se o podcast Direito Empresarial Café com Leite. #EP30. Available at: https://open.spotify.com/episode/0bntEZ8NvnhO6jGLHqf96i?si=7hQ5Hr_cT6mfrQ7poN7oVQ. Last Accessed on : April 4, 2022.

152 Forced controlling-interest alienation, for example, has been addressed by Ana Frazão as an efficient measure against economic wrongdoing, since it modifies the structure of the affected markets, by promoting the entrance of new players and

Some scholars defend that fighting the concentration of economic power is key to create new socioeconomic structures that prevent abuses and future violations¹⁵³, as well as implement a compliance culture, which would lead to effective deterrence, given that violations would no longer be considered “regular conducts”.¹⁵⁴ In this sense, enforcement would no longer be focused towards sanctioning isolated events, but could in fact be a tool to modify markets structures, competition dynamics and to deter future wrongdoings.

2. BRIEF OVERVIEW ON THE BRAZILIAN ANTITRUST NON-MONETARY SANCTIONS AND COMPARATIVE ANALYSIS OF OTHER JURISDICTIONS

Similarly, to the international experience, Brazil has also preferred to impose monetary sanctions to punish individuals and entities involved in anticompetitive conduct¹⁵⁵. For example, in 2020,

bringing fresh air into the market with new practices, at the same time, it ensures the corporate continuity and the fulfillment of the corporate social purpose. (Ana Frazao em FRAZÃO, Ana. **Arquitetura da corrupção e as relações de mercado**. JOTA. 2016). In this sense, Calixto Salomão and Fábio Comparato argue that controlling shareholders, whether formally or empirically, must be punished in situations in which the control is exerted disregarding the corporate social purpose, such as in cases regarding unlawful conducts, by being deprived of such control, which must be expropriated and granted to another businessperson. (COMPARATO, Fabio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6^a Ed. São Paulo. Forense. 2014. p. 478)

153 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 238.

154 According to Calixto Salomão, the economic theory acknowledges that players' rationality naturally leads them to abuse. Given that Law isn't able to discipline economic power, because it is based on rules of conduct (focused on sanctioning isolated actions, and also unable to discipline a continuous activity or a pattern of behavior), corporate structure must then be disciplined by dominance relations. In SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 241.

155 OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. Definindo Sanções Ótimas a Práticas Anticompetitivas e Corruptas: a punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos. **Revista de Defesa da Concorrência - RDC**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 144-163, December 2020. Available at: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/493>. Last access on April 4th, 2022.

CADE collected as fine payments and pecuniary contributions the total amount of BRL 355,277,506.95 (approximately USD 70.3M). The contributions paid within the scope of agreements entered by CADE with defendants amount to BRL 140,906,042.00 (approximately USD 27.9M). CADE's Tribunal also judged 11 administrative proceedings in 2020, which resulted in the conviction for payment of fines that amounts BRL 138,477,556.16 (approximately USD 27.4M). Most of the convictions in administrative proceedings refers to cartel practices¹⁵⁶.

The Brazilian Competition Act ("Law 12,529/2011") is the applicable legal framework for the prevention and repression of violations of the economic order in Brazil. Article 37 provides for pecuniary sanctions for individuals and legal entities responsible for the violations, which are the ones mostly imposed by the CADE. Moreover, Article 38 provides additional sanctions to fines to be imposed when necessary to punish certain anticompetitive behavior by companies and their representatives or to deter new wrongdoers.¹⁵⁷ This paper focuses on Article 38 of the Brazilian Competition Act, which is the legal basis for the non-monetary sanctions.

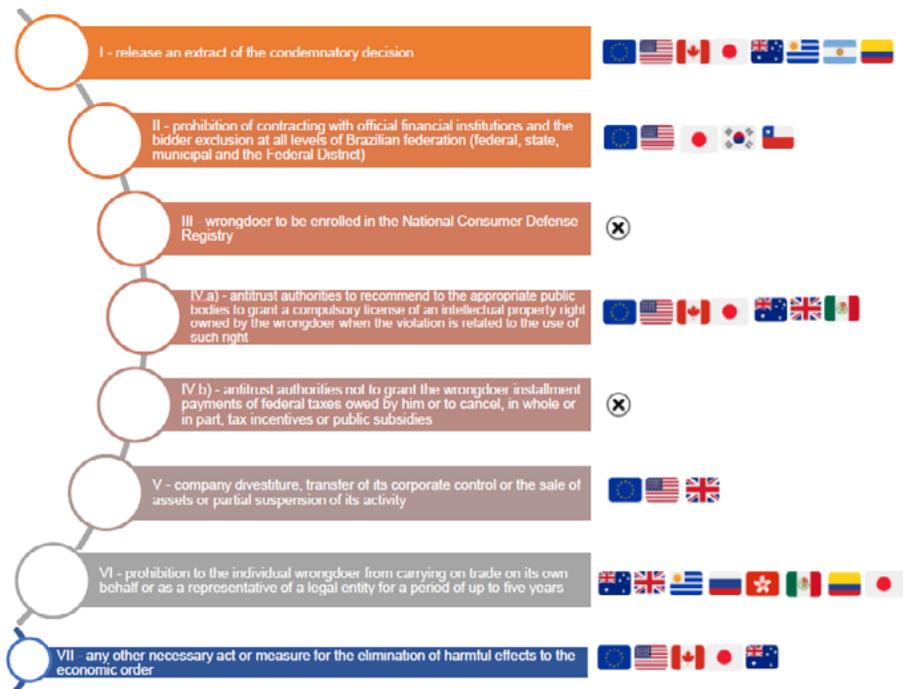
Comparing CADE's experience with international legislations, it is worth noting that, in certain scenarios, Brazil is aligned with the international best practices, but in others it may be different, either

156 BRASIL. Administrative Council for Economic Defense - CADE. **Relatório Integrado de Gestão 2020**. Summarized version. p. 11. Available at: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/auditorias/2020/Relatorio-Integrado-de-Gestao-2020-versao-resumida.pdf>>. Last access on April 4th, 2022.

157 Articles 39 to 43, in turn, provide for other measures to be taken in relation to the behavior of defendants (individuals and legal entities) in administrative proceedings when they jeopardize the progress of investigations or when they fail to comply with the order of CADE's Tribunal after the judgment of a conduct. Article 44 provides for a specific penalty for SBDC public servants and their service providers regarding the duty of confidentiality they have as a result of their activity. And, finally, article 45 points out the parameters to establish the dosimetry of the penalty. In addition, article 34 of Law 12,529/2011 allows the applicability of the disregard of legal personality incident. According to such provision, the legal personality of the party responsible for the violation to the economic order may be disregarded when there is abuse of right, excess of power, violation of law, fact or illegal act or violation of the companies' bylaws or articles of association. Moreover, the disregard of legal personality will also be applied when there is bankruptcy, state of insolvency, closure or inactivity of the legal entity caused by mismanagement, as set forth by the sole paragraph.

because CADE imposes unusual sanctions or because CADE fails to apply non-monetary sanctions usually imposed by other authorities. Annex I summarize the results of the comparative research.

Image 2 – Comparative analysis of the non-monetary antitrust sanctions in the Brazilian Competition Act and other jurisdictions



Source: the authors.¹⁵⁸

158 Item I of article 38 of the Brazilian Law 12,529/2011 establishes the obligation to release an extract of the condemnatory decision. That non-monetary penalty was also identified in the international experience: European Union, the United States, Canada, Japan, Australia, Uruguay, Argentina, and Colombia. Item II establishes two combined penalties for the defendants, notably, the prohibition of contracting with official financial institutions and the bidder exclusion at all levels of Brazilian federation (federal, state, municipal and the Federal District). That non-monetary penalty was also identified in the international experience: European Union (especially in Germany, Spain and Portugal), the United States, Japan, South Korea, Argentina and Chile. Item III provides for the possibility of the wrongdoer to be enrolled in the National Consumer Defense Registry (Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor). That non-monetary penalty was not identified in any other jurisdiction. Item IV “a” provides for the possibility of the antitrust authorities to recommend to

3. QUANTITATIVE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN ANTITRUST EXPERIENCE ON NON-MONETARY SANCTIONS BETWEEN 2012 AND 2020

Non-monetary sanctions have been applied in Brazil over the last year. In which circumstances? How are those sanctions applied? To whom, in terms of companies, individuals and class entities? Which is the current state of art? Is it a consistent enforcement? Are there bottlenecks? Are there challenges and improvements alternatives? To answer all those questions, it was necessary to proceed an empirical analysis. It was analyzed all the administrative proceedings judged by CADE between 2012 and 2020 which imposed non-monetary sanctions.

In quantitative terms, it was identified¹⁵⁹ a total of 274 antitrust administrative proceedings judged by CADE in Brazil concerning investigations of anticompetitive practices¹⁶⁰ between 2012 and 2020.

the appropriate public bodies to grant a compulsory license of an intellectual property right owned by the wrongdoer when the violation is related to the use of such right. That non-monetary penalty was identified in foreign countries, such as in the United States, European Union, United Kingdom, Canada, Japan, Australia, and Mexico. Item IV “b” provides for the possibility of the antitrust authorities not to grant the wrongdoer installment payments of federal taxes owed by him or to cancel, in whole or in part, tax incentives or public subsidies. That non-monetary penalty has no similar provisions in other jurisdictions. Item V allows CADE to impose the company divestiture, transfer of its corporate control or the sale of assets or partial suspension of its activity. That non-monetary penalty was identified in the following foreign jurisdictions: in the United States, the European Union, and the United Kingdom. Item VI authorizes CADE to prohibit the individual wrongdoer from carrying on trade on its own behalf or as a representative of a legal entity for a period of up to five years. That non-monetary penalty was also identified in the international experience, in the United Kingdom, Australia, Russia, Hong Kong, Argentina, Chile, Mexico, Sweden, Ireland, India, and Japan. Item VII extends the competence of the antitrust authorities to impose any other necessary act or measure for the elimination of harmful effects to the economic order. That broad non-monetary penalty applicable for cases not covered by the previous items, was also identified in foreign countries: in the United States, European Union, Canada, Japan, and Australia.

159 ATHAYDE, Amanda et. al. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. - São Paulo: Editora Singular, 2022.

160 It is worth mentioning that the investigation was restricted to antitrust administrative punishments, although other types of penalties, such as criminal, civil

In 36% (99 cases) of these cases, the antitrust authority imposed non-monetary sanctions.

Graph 1 – Number of administrative proceedings judged by CADE between 2012 and 2020 and number of cases in which non-monetary sanctions were imposed



Out of those, in **99** some of the **non-monetary sanctions** were applied.

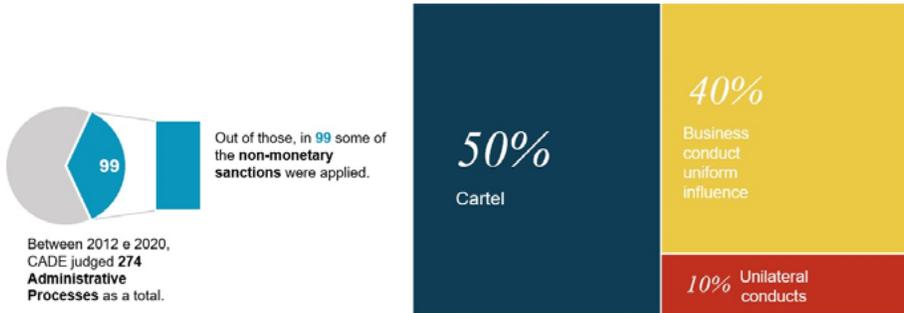
Source: the authors.

As for the type of conduct, most of the cases in which the non-monetary sanctions set forth are imposed refers to cartel practices (50% of the cases). After that is the practice of business conduct uniform influence (40% of the cases) and, finally, the unilateral conducts (10% of the cases).¹⁶¹

and administrative in other spheres, are briefly mentioned throughout the paper in order to deepen the debate.

161 It is worth noting that there are cases in which there was the analysis of two different anticompetitive practices, such as cartel and uniform commercial conduct, thus, the non-monetary sanctions were considered in both groups.

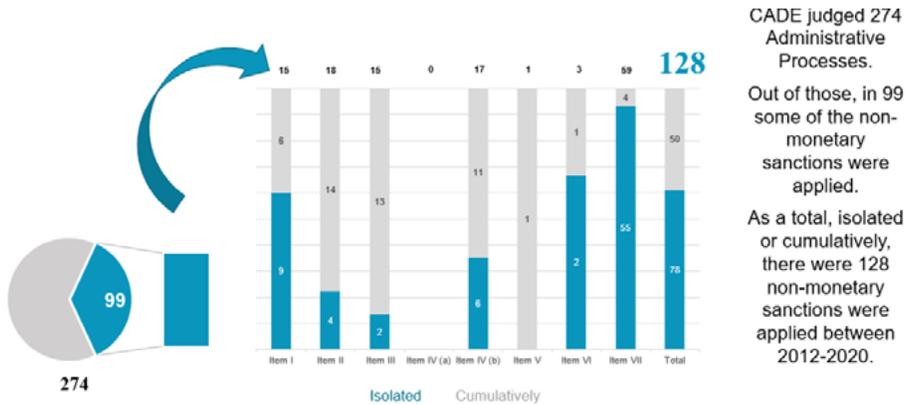
Graph 2 – Conducts investigated in administrative proceedings in which non-monetary sanctions based on article 38 of the Brazilian Competition Act were imposed



Source: the authors.

Those sanctions may be applied isolated or cumulatively, which meant that in those 99 processes in which non-monetary sanctions were applied, 128 sanctions were imposed, due to the application of more than one single non-monetary sanction per case. It appears that in 60% of the cases only the sanctions of one of the items were imposed and in 40% sanctions of more than one item were jointly applied. It is worth highlighting that the numbers are strongly affected by the data referring to the sanction set forth by item VII, which corresponds to roughly 70% of the cases in which the sanctions were separately applied, as shown in the following chart.

Graph 3 - Isolated or jointly applicability of non-monetary sanctions imposed in administrative proceedings between 2012 and 2020



Source: the authors.

Given these 99 cases in which the antitrust authority imposed non-monetary sanctions, in approximately 15% (15 cases) of these administrative proceedings, CADE imposed the sanction set forth by item I of article 38 of the Brazilian Competition Act, which only corresponds to 5% of the total number of administrative proceedings judged by the antitrust authority in the relevant period¹⁶². In approximately 18% (18 cases), which amounts approximately 6% of the total number of administrative proceedings judged by CADE, the sanction provided for in item II of the same article was imposed. There is no administrative proceeding in which the sanctions provided for in items III and IV, “a”, were imposed. Only in approximately 17% (17 cases), which amounts to less than 6% of the total number of administrative proceedings, CADE imposed the sanction provided for in item IV, “b”, of the same article. In less than 1% (1 case), which

¹⁶² In the Administrative Proceeding No. 08012.008224/1998-38, which is included in the total of 15 cases, the Reporting Commissioner did not request the publication of the decision extract in major newspapers, but on the website of the companies. We understand that the provision set forth by item I also applies to this case, due to its similarity and the goal of publicity and moral constraint related to such measure. Therefore, we understand that this case does not refer to the scenario provided for in item VII of article 38 (VII - any other act or measure necessary for the elimination of the harmful effects to the economic order).

amounts less than 0.33% of the total number of administrative proceedings, the sanction provided for in item V was imposed. Finally, in approximately 59% (59 cases), which amounts roughly 20% of the total number of administrative proceedings, the Brazilian authority imposed the sanction provided for in item VII.

Graph 4 – Non-monetary sanctions imposed by items of Article 38 of the Brazilian Competition Act



Source: the authors.

As for the application over time, the amount of non-monetary sanctions imposed by CADE was mostly concentrated between 2013 and 2015. In total, 6 non-monetary sanctions were imposed in 2012. The number jumps to 51 in 2013, rising to 54 in 2014 and reaching its peak in 2015 with 97 cases. From 2016 on, there is a reduction in the number of cases to 20, with a steady drop to 13 in 2017, 5 in 2018, reaching a low of 3 cases in 2019. In 2020, the number rises again to 6, which is still much lower than the number found between 2013 and 2015. As the following graph illustrates, the total number of non-monetary sanctions is insignificant over time if excluded sanctions imposed based on item IV, "b", and item VII, which largely corresponds to the

total number of cases. In addition, as the number of non-monetary sanctions imposed by CADE based on item VII decreased from 2015 onwards, there is also a vertiginous reduction in the total number of non-monetary sanctions over the last years.

Graph 5 – Number of non-monetary sanctions imposed by CADE for each of the items of Article 38 of the Brazilian Competition Act per year (2012-2020)

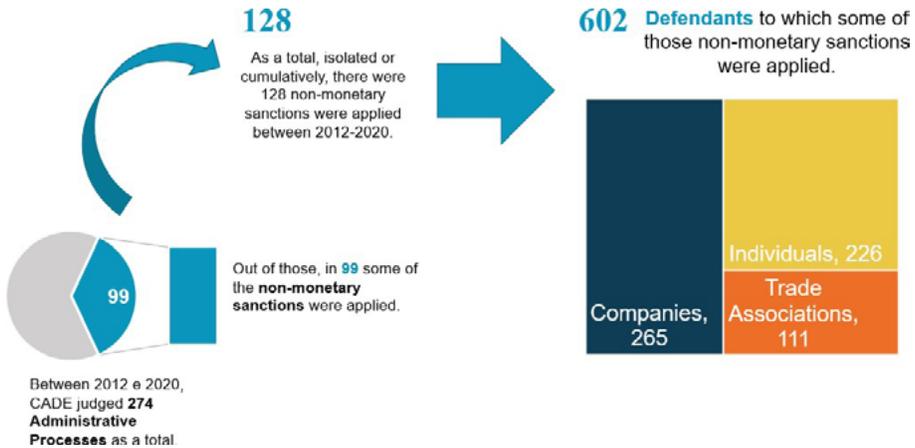
| | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | Total |
|--|------|------|------|------|------|------|------|------|------|-------|
| Item I - releasing an extract of the decision in newspapers | 2 | 5 | 3 | 2 | 1 | 2 | 1 | 0 | 0 | 15 |
| Item II - prohibiting entering into a contract with official financial institutions and prohibiting to participate in biddings (bidder exclusion) | 1 | 1 | 5 | 3 | 3 | 2 | 1 | 1 | 1 | 18 |
| Item III - enrolling the wrongdoer in the National Consumer Defense Registry | 2 | 2 | 2 | 5 | 4 | 0 | 0 | 0 | 0 | 15 |
| Item IV (a) - granting a compulsory license for intellectual property rights held by the wrongdoer | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Item IV (b) - not granting federal tax installments or canceling tax incentives or public subsidies | 1 | 5 | 2 | 7 | 1 | 1 | 0 | 0 | 1 | 17 |
| Item V - compulsory divestiture of assets | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| Item VI - prohibition to carry on trade on its own behalf or as a representative of a legal entity | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 | 1 | 3 |
| Item VII - any other necessary act or measure for the elimination of harmful effects to the economic order | 0 | 8 | 21 | 17 | 5 | 1 | 3 | 1 | 3 | 59 |
| TOTAL: | 6 | 21 | 34 | 35 | 14 | 6 | 5 | 3 | 6 | 128 |

Significant decrease after 2015 and little imposition after 2018

Source: the authors.

Out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions set forth by one of the items of article 38 of the Brazilian Competition Act, such sanctions were imposed against 602 defendants in total. Out of 602 defendants, 44% (265 defendants) were companies, 38% (226 defendants) were individuals and 18% (111 defendants) were class entities, unions, and associations.

Graph 6 – Defendants to whom non-monetary sanctions are imposed in administrative proceedings between 2012 and 2020



Source: the authors.

Splitting the data according to each item, out of the 265 companies penalized with an alternative sanction, 90 companies were punished based on item IV, “b”; 60 on item VII of article 38 of the Brazilian Competition Act; 38 companies on item III; 37 on item I; 29 companies were penalized based on item II; 1 on item V; none on items IV, “a”, and VI. Companies tend to be subjected to items IV “b” (not to grant the wrongdoer installment payments of federal taxes owed by him or to cancel, in whole or in part, tax incentives or public subsidies) and VII (to impose any other necessary act or measure for the elimination of harmful effects to the economic order), regarding non-monetary sanctions imposed by CADE over the years.

In relation to individuals subjected to only one of the non-monetary sanctions, 81 individuals were penalized based on item III of article 38 of the Brazilian Competition Act; 53 on item IV, “b”; 37 individuals convicted on item II; 25 on item VII; 20 individuals convicted based on item I; 10 on item VI; none on items IV, “a”, and V. CADE, then, tend to impose to individuals items III (wrongdoer to be enrolled in the National Consumer Defense Registry), IV “b” (not to grant the wrongdoer installment payments of federal taxes owed by

him or to cancel, in whole or in part, tax incentives or public subsidies), and II (prohibition of contracting with official financial institutions and the bidder exclusion), as non-monetary sanctions by CADE over the years.

Finally, concerning the trade associations, 93 were punished based on item VII of article 38 of the Brazilian Competition Act; 11 were penalized based on item I, 4 on item II, 3 on item III, none on items IV “a”, IV “b”, V or VI. Class entities are mostly tackled with non-monetary fines related to item VII (to impose any other necessary act or measure for the elimination of harmful effects to the economic order).

4. QUALITATIVE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN ANTITRUST EXPERIENCE ON NON-MONETARY SANCTIONS BETWEEN 2012 AND 2020

This Section follows to present the qualitative perspective of the empirical research on the experience of the CADE between 2012 and 2020 on the applicability of non-monetary sanctions. Does CADE follow a common understanding when applying non-monetary sanctions? Is there a standard of judgment by the antitrust authority? Are the decisions duly motivated? Based on it, it was possible to identify the barriers for imposing each of the items of article 38 of the Brazilian Competition Act and to propose suggestions for better enforcement of each legal provision of those non-monetary sanctions.

4.1 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE 38, ITEM I OF THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS FOR ENFORCING THE SANCTION OF RELEASING AN EXTRACT OF THE DECISION IN NEWSPAPERS

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, item I of article 38 of the Brazilian Competition Act (releasing an extract of the decision

in newspapers) was imposed in 15 cases. There was a decrease in the frequency this non-monetary sanction was imposed over the years by CADE, with a sharp drop after 2013.

As pointed out by ATHAYDE, SCHWARTZ and VERGARA¹⁶³, although there is legislation and precedents both in Brazil and in the international experience on the sanction concerning the release of an extract of the decision in large newspapers or similar, discussions by scholars and enforcers on the reasons for using this type of non-monetary sanction are still initial.

The authors identified a lack of reasoning in decisions that imposed item I sanction (releasing an extract of the decision in newspapers) in CADE's precedents, which weakens the sanctioning character of the sanction related to the public constraint of the convicted defendants, jeopardizing its effectiveness by allowing questioning about its validity. This is due to a failure to comply with the principle of motivation, a requirement of the state's *ius puniendi*, which gives floor for questioning the legitimacy of the sanction. Thus, it is suggested that CADE should pay attention to the need for motivation, as required by the Brazilian legal system when applying such sanction. Taking that into consideration, we understand that Article 38, item I, of the Brazilian Competition Act may be applied in cases where the underdeterrence is the main concern.

As a reflection for international antitrust practice, considering that jurisdictions such as United States, Canada, Japan, Australia, Uruguay, Argentina, and Colombia also have similar provisions, it is also relevant to reflect if the application of this non-monetary sanction of item I (releasing an extract of the decision in newspapers) should be reviewed or adapted, focusing on technology-intensive digital media in order to have the power of reach that large circulation newspapers had at the time of the rule's creation. In a society with developed

163 ATHAYDE, Amanda. SCHWARTZ, Debora. VERGARA, Sofia. Da pena não pecuniária de publicação de extrato da decisão em jornais - inciso I do art. 38 da lei n. 12.529/2011. In **Sanções não pecuniárias no antitruste**. Amanda Athayde (Org.). 1. ed. São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 75-118.

information technologies such as the one we live in, in which individuals get informed and communicate mainly through different ways, notably, through digital platforms, such as social networks and mobile devices, this sanctions' relevance may come to an end.

4.2 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE 38, ITEM II OF THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS FOR ENFORCING THE SANCTION OF PROHIBITING TO ENTER INTO A CONTRACT WITH OFFICIAL FINANCIAL INSTITUTIONS AND PROHIBITING TO PARTICIPATE IN BIDDINGS (BIDDER EXCLUSION)

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, item II of article 38 of the Brazilian Competition Act was imposed in 18 cases. There was a decrease in the frequency this non-monetary sanction was imposed over the years by CADE, with a sharp drop after 2014.

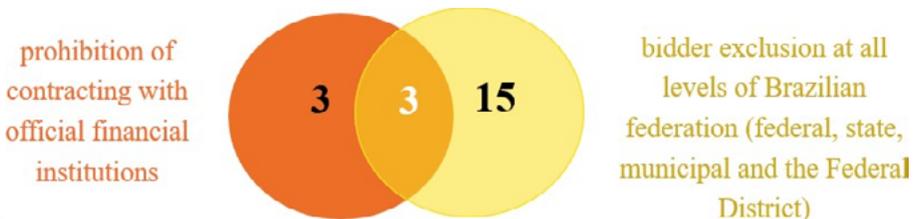
According to ATHAYDE, GURGEL, MENEZES and ABREU¹⁶⁴, that sanction is dual, since it may (i) prohibit to enter into a contract with official financial institutions and it may also (ii) prohibit to participate in biddings, applied isolated or cumulatively. Those sanctions typically refer to the relations between private agents and the Public Administration, in markets related to public services. The authors argue that, given the severity of such measure, CADE seems to be more careful when imposing it, sometimes replacing it by the sanction set forth by item VII of the Brazilian Competition Act (“any other necessary act or measure for the elimination of the harmful effects to the economic order”), or opting to only for one of the two sanctions, either isolated the (i) “prohibition to enter into contracts

164 ATHAYDE, Amanda; GURGEL, Gabriela Silva de C.B; MENEZES, Isabelle Albuquerque; ABREU, Thaianie Vieira Fernandes de. Da pena não pecuniária de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações com o poder público - inciso ii do art. 38 da lei n. 12.529/2011. *In Sanções não pecuniárias no antitruste* / organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 119-180.

with official financial institutions” or isolated the (ii) “prohibition to participate in a bidding”, such as provided by the image below.

Taking that into consideration, we understand that Article 38, item II, of the Brazilian Competition Act may be applied in cases where the underdeterrence is the main concern, when fines could be added with this non-monetary sanction, as well as in case of general perspective, since those sanctions could be implemented as a structural modification of the market. This sanction was imposed in most cartel cases, probably because cartels are, for their nature, the most severe anti-competitive conduct, which is why they fulfill at least one of the requirements established in article 38, *caput*, i.e., the severity of the circumstances. If a cartel affects a highly relevant market and a significant number of people, it also fulfills another requirement established under article 38, *caput*, the public interest. On the other hand, there is a concern about the previous evaluation of the decision’s impacts on the affected market, which should refrain from unduly interfering in the competitive aspects of such a market. In this sense, the authors noted that CADE has imposed this sanction, especially against cartel leaders, to punish the most severe conduct. At the same time, CADE warned other players about the risks of participating in anti-competitive behavior and avoid eliminating too many players from the market at once, which could lead to supply restrictions in some cases.

Image 3 – Dual application: prohibiting to enter into a contract with official financial institutions and prohibiting to participate in biddings (bidder exclusion)



Source: the authors

Moreover, interesting to note that the **(i)** sanction that provide for a suggestion from CADE to the official financial institutes prohibition of contracting is far beyond the antitrust field. That leads to the fact that other authorities are not bounded by its decision. Therefore, it is essential that any broad sanction that requires measures to be taken by other authorities must be previously aligned so that the sanction is enforceable.

As a reflection for international antitrust practice, considering that jurisdictions such as European Union (especially in Germany, Spain and Portugal), the United States, Japan, South Korea, Argentina and Chile also have similar provisions to the **(ii)** sanction that provides for the prohibition to participate in biddings (bidder exclusion), it is possible to recommend best practices for this sanction:

- Analyze the proportionality of the sanction, especially with regard to the impact on markets directly and indirectly affected by the decision of the antitrust authority, as well as its socioeconomic consequences.
- Previously to its application, doing a market analysis. By prohibiting certain companies from participating in biddings, there would not be enough companies left able to compete for the provision of services, which could generate adverse impacts on the sector and on the provision of the service itself.
- That sanction could be applied not to all the defendants, but only to the ones mainly involved, typically referred as the leaders of the cartel.
- The duration of the sanction could be designed according to the characteristics of the perpetrated conduct and should not have a standard application of the maximum time.
- Other obligations could be imposed simultaneously to deter such companies to perform new anticompetitive practices, such as

- an additional imposition to implementing an effective compliance program.
- Extension of the prohibition of participation in bids also to companies in which individuals involved in the previous wrongdoing have any type of shareholding, managerial role or *de facto* representatives, so as the penalty is not bypassed.

4.3 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE 38, ITEM III OF THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS FOR ENFORCING THE SANCTION OF ENROLLING THE WRONGDOER IN THE NATIONAL CONSUMER DEFENSE REGISTRY

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, item III of article 38 of the Brazilian Competition Act (sanction of enrolling the wrongdoer in the National Consumer Defense Registry) was imposed in 15 cases. There was a decrease in the frequency this non-monetary sanction was imposed over the years by CADE, with a sharp drop after 2016.

As identified by ATHAYDE, COSTA, DOMINGUES and MEDEIROS¹⁶⁵ the barrier for imposing the sanction in Brazil is formal. Such a register is not in operation up today due to the lack of bylaws regulating this official registry. The authors suggest the registry to be made operational through the regulation of the item or a new agreement with the consumer authority that must be involved on the matter, so that measure shall be effectively used as a deterrent tool in favor of the antitrust policy. Taking that into consideration, we understand that

165 ATHAYDE, Amanda; COSTA, Jéssica Coelho; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MEDEIROS, Patrícia Arantes de Paia Da pena não pecuniária de inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor - inciso III do Art. 38 da lei n. 12.529/2011. In: **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 181-200.

Article 38, item III, of the Brazilian Competition Act may be applied in cases where the underdeterrence is the main concern.

Although it is not the focus of the investigation here presented, practical issues not considered by CADE might also constitute a barrier to the imposition of the non-monetary sanction of bidder exclusion. Among these barriers, the antitrust authority should measure its impact on the incentives for the wrongdoer to apply for an antitrust leniency program. Also, the antitrust authorities should consider typical concerns related to the imposition of administrative sanctions, such as *bis in idem*, standard of proof, and conflict of competence, which might lead to judicial review of their decisions.

As a reflection for international antitrust practice, it is interesting noting that no other jurisdiction has similar provision. Despite being a pioneering tool from the competition point of view and promising for the fight against violations of the economic order, the absence of bylaws regulating this official registry suggests a lack of priority with respect to the registry to strengthen the enforcement of antitrust policy and may be a sign that this sanction is outdated.

4.4 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE 38, ITEM IV, “A”, OF THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS FOR ENFORCING THE SANCTION OF GRANTING COMPULSORY LICENSE FOR INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS HELD BY THE WRONGDOER.

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, there was no case in which the item IV, “a”, of article 38 of the Brazilian Competition Act was applied. The sanction of granting compulsory license of intellectual property rights held by the wrongdoer has never been imposed in Brazil, although there are precedents in other jurisdictions such as United States, European Union, United Kingdom, Canada, Japan, Australia, and Mexico.

As argued by ATHAYDE, SEGALOVICH and FERNANDES¹⁶⁶, in Brazil it is properly up to the National Institute of Industrial Property (*Instituto Nacional de Propriedade Intelectual* – “INPI”) “to draft, at the national level, the rules that regulate industrial property in view of its social, economic, legal and technical goals”, pursuant to article 2 of Law 5,648/1970. The decision handed down by CADE within the scope of an administrative proceeding, therefore, only recommends the compulsory licensing. To enforce that decision, its potential beneficiary shall file a request for compulsory license before INPI, so that the conditions and royalties set forth by intellectual property law are fulfilled¹⁶⁷. Therefore, the authors question the adequacy of this provision in Brazil and what can be done to make such sanction more appropriate and useful. One possible path, according to them, is the creation of a specific procedure, executed by CADE itself, to implement what it recommends to INPI. Another would be to ensure the coordination among both authorities, either by modifying the

166 ATHAYDE, Amanda; SEGALOVICH, Daniel; FERNANDES, Luana Graziela A. Da pena alternativa de recomendação de licença compulsória de direito de propriedade intelectual – inciso IV, a) do art. 38 da lei n. 12.529/2011. In: **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 201-240.

167 Therefore, it is worth noting that there is no provision for a specific procedure for the compulsory licensing of intellectual property rights due to abuse of economic power. The law is limited to giving CADE exclusive authority to judge the abusiveness of the exploitation of intellectual property rights, while INPI is only responsible for verifying the fulfillment of legal requirements by the party that, armed with an administrative decision issued by CADE, applies for compulsory licensing. Although CADE and INPI entered into a Technical Cooperation Agreement in 2018, its object is restricted to the exchange of technical subsidies and to the strengthen the relationship between the two agencies, without drawing the limits of competence of each one of them. Since the limits of action between the two agencies are unclear, it must be recognized that this is still a nebulous field for the application of Competition Act. Therefore, as much as provided for in the national legal system, the penalty of item IV, “a”, of article 38 of Law 12,529/2011 concerning the recommending of the compulsory licensing of the intellectual property right would still require that barriers to scientific development are overcome by CADE’s Tribunal for its effectiveness, as well as that the tribunal evaluate questions related to administrative nature on the willingness and ability of the agency to monitor its implementation and cooperate with other public entities. Therefore, the future of the discussions and its eventual implementation in Brazil should be monitored. ATHAYDE, Amanda et. al. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 201-240.

Brazilian Competition Act or by creating specific soft law on this specific subject.

Taking that into consideration, we understand that Article 38, item IV, “a”, of the Brazilian Competition Act may be applied in cases where the underdeterrence is the main concern, when fines could be added with this non-monetary sanction, as well as in case of general perspective, since those sanctions could be implemented as a structural modification of the market.

4.5 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE 38, ITEM IV, “B”, OF THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS FOR ENFORCING THE SANCTION OF NOT GRANTING FEDERAL TAX INSTALLMENTS OR CANCELING TAX INCENTIVES OR PUBLIC SUBSIDIES

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, item IV, “b” of Article 38 of the Brazilian Competition Act (not granting federal tax installments or canceling tax incentives or public subsidies), was imposed in 17 cases. There was a decrease in the frequency this non-monetary sanction was imposed over the years by CADE, with a sharp drop after 2015. As a reflection for international antitrust practice, it is interesting noting that no other jurisdiction has similar provision.

As argued by ATHAYDE, VIEIRA and DA ROCHA¹⁶⁸, such sanction is seen as a support to the fines, to better deter future anticompetitive practices, grounded on the underdeterrence perspective. In addition, given the severity of the circumstances and public interest, some of the decisions fundamented the imposition of the non-monetary sanction, jointly with and complimentary to fines, on the need to prevent public

168 ATHAYDE, Amanda; BIEIRA, Bruno Rodrigues; ROCHA, Camila Pires da. Da pena não pecuniária de não concessão de parcelamento de tributos federais ou de cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos – inciso IV b) do art. 38 da lei n. 12.529/2011. In: **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 241-270.

resources from being used for the wrongful conduct under analysis. Some of the conducts reviewed by CADE were considered particularly harmful due to advantages obtained from the violation in collusion with the Public Authorities, which affected other legal spheres and called for non-monetary sanctions.

In the Brazilian experience, it turns out that one of the main barriers imposed to the enforcement of such sanction is that the recommendation that can only be put in practice by the Federal Revenue of Brazil (*Receita Federal do Brasil* – “RFB”), a different authority, which similarly occurs regarding item II and item IV, “a” of article 38 of the Brazilian Competition Act, previously described.

The authors questioned RFB’s official understanding on CADE’s recommendation. The answer was that RFB does not consider CADE’s recommendation a sufficient reason for implementing such restrictions, which demonstrates a clear misalignment between the authorities. RFB informed that the law that grants the benefit of tax installment expressly provides for the sanctions arising from noncompliance with the precepts it establishes. In addition, it is understood that any recommendation by CADE, by itself, does not constitute grounds to reject requests for payment of tax debts in installments or for cancelling tax benefits granted to wrongdoers. In other words, as the authors conclude, the current wording of the Brazilian Competition Act cannot even be implemented when it comes to prohibiting the taxes payment in installments.

In this context, the authors suggest that CADE’s recommendation should have greater adherence to the case and not have its imposition justified by a generic objective of discouraging the adoption of anticompetitive practices. Thus, it would be more coherent that the imposition of this non-monetary sanction would be limited to situations in which direct damage to public resources is demonstrated, such as in situations involving bids carried out by public entities, for example. Moreover, it is understood necessary an institutional alignment¹⁶⁹

169 ATHAYDE, Amanda; GONÇALVES, Guilherme Antônio; TANUY, Isabella; SOUZA, Renata Gonsalez de Souza. Da pena não pecuniária de alienação de ativos – inciso V do

between CADE and the RFB, so that CADE's recommendation may be accepted and implemented.

4.6 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE 38, ITEM V OF THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS FOR THE ENFORCEMENT OF THE SANCTION CONCERNING THE COMPULSORY DIVESTITURE OF ASSETS

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, item V of article 38 of the Brazilian Competition Act (compulsory divestiture of assets) was imposed in only 1 case.

The barriers for CADE to impose the sanction of compulsory divestiture of assets refers to the difficulty of justifying the proportionality of such measure, so that the intervention of public authorities is legitimate and supports possible challenges before the Judiciary Branch. As stated by ATHAYDE, GONÇALVES, TANUY and SOUZA¹⁷⁰, the few cases in which CADE imposed this sanction is a result of the complexity of its imposition and enforcement. On one hand, these measures may involve lower costs (structural sanctions), given that they do not require continuous monitoring of compliance (compared to behavioral sanctions). On the other one, as it impacts in a more intensive way the competition concern, it is possible that it is imposed disproportionately, resulting in negative consequences, or even becoming unfeasible.

As a reflection for international antitrust practice, considering that jurisdictions such as United States, the European Union, and the United Kingdom also have similar provision, it is essential that

Art. 38 da lei n. 12.529/2011 *In: Sanções não pecuniárias no antitruste* /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 271- 308.

170 ATHAYDE, Amanda; GONÇALVES, Guilherme Antônio; TANUY, Isabella; SOUZA, Renata Gonsalez de Souza. Da pena não pecuniária de alienação de ativos - inciso V do Art. 38 da lei n. 12.529/2011 *In: Sanções não pecuniárias no antitruste* /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 271- 308.

objective criteria is defined for such sanction to be imposed, even if exceptional, and that they ensure predictability and legal security to the administrators so that the intervention is effective and legitimate. In line with this, abuses by authorities can also be restrained to protect the rights of the convicted defendants.

The reasoning behind the imposition of the sanctions established under article 38, V, of the Brazilian Competition Act, in the one case in which CADE carried out a substantive analysis about the imposition of non-monetary sanctions, relates both to the general perspective and the underdeterrence perspective. Regarding the former, the decision held that a fine would not be sufficient, considering that measures to ensure the entrance of new players were necessary. Moreover, it held that more than the entry of new players alone would be needed to increase competition, considering that, depending on their size, other players might exclude the entrants. Therefore, it would be necessary to divest enough tangible and intangible assets to allow effective competition, considering the throughput capacities of the affected markets. As a result of the divestments, CADE expected an increase in the number of players, a decrease in HHI, and an increase in price elasticity, increasing competition in the sector. The imposition of this exceptional measure is due to, e.g.: (i) the duration of the cartel; (ii) the stability of the cartel; (iii) the structure and level of refinement of the anti-competitive conduct; (iv) the effects of the cartel, evidenced in the course of the investigation; and (v) the impacts of the conduct on market structure. Therefore, the disruption of the markets would be the only measure able to hinder the continuity of the cartel by altering the dynamic of the affected markets. Because of its duration and stability, the cartel shaped how the affected markets worked. Therefore, the imposition of fines alone would be ineffective in deterring the collusive conduct, given that players would be able to pay and continue to perpetuate the same conduct in an unaltered market structure. In this sense, the only way to deter players from adopting anti-competitive practices would be to disrupt the market established throughout decades. According to CADE, that could be

achieved through divestments allowing new players to enter the market, altering its structure, and increasing rivalry.

**4.7 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE. 38, ITEM VI OF
THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS
FOR ENFORCING THE SANCTION OF PROHIBITION
TO CONDUCT BUSINESS ON ITS OWN BEHALF OR
AS A REPRESENTATIVE OF A LEGAL ENTITY**

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, item VI of article 38 of the Brazilian Competition Act was imposed in 3 cases. Initially it is important to understand that this is a sanction designed specifically to individuals. This can be understood as a dual sanction: (i) a secondary sanction, consistent of a consequence of another conviction applied by the judicial system; or (ii) a primary sanction, applied by the antitrust authority.

On one side, as a (i) a secondary sanction, an individual may be subject to a secondary sanction due to its prior conviction according to another legislation. That would be the case, for instance, of the Brazilian Civil Code (Art. 1,011), which provides that a conviction of a manager for insolvency crimes, prevarication, bribery, embezzlement, crimes against the financial system, against the competition, the consumers, would not be allowed to be companies' managers. Similarly, the Brazilian Corporation Act (Law No. 6,404/76) provides that individuals convicted for similar crimes would not be allowed to be managers in stock companies (Art. 147). Finally, the Brazil Solvency Act provides that one consequence of the conviction for its crimes would be the disqualification to conduct business activities, the impediment to be a board member and the impossibility to manage business.

By the other side, as a (ii) primary sanction, it would be applied by the authority itself, independently and as a direct consequence of the wrongdoing. Brazil's Competition Act is not the only legislation that

provides for such sanction in the country. The Brazilian Central Bank (“BC”) as well as the Brazilian Securities and Exchange Commission (“CVM”) may apply a sanction to disqualify an individual to act as manager or board member for up to 20 (twenty) years. Similarly, the Financial Activities Control Council (“COAF”) may apply disqualification sanctions to individual for up to 10 (ten) years. Also, it is possible that professional entities, based on sectoral private autoregulation applicable to the wrongdoer’s job, prohibit him from exercising exclusive activities of the relevant profession. The Brazilian Competition Authority CADE has the competence to apply this type of primary sanction, prohibiting individuals to conduct business on its own behalf or as a representative of a legal entity for up to 5 (five) years.

Image 4 – Primary and secondary effects of the sanction: prohibition to conduct business on its own behalf or as a representative of a legal entity

| Secondary sanction, consequence of another conviction | Primary sanction |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Applied by the judicial system and with effects in other areas • Focused only cartel is a crime in Brazil | <ul style="list-style-type: none"> • Applied by the antitrust authority itself • Also focused on unilateral or coordinated practices |

Source: the authors

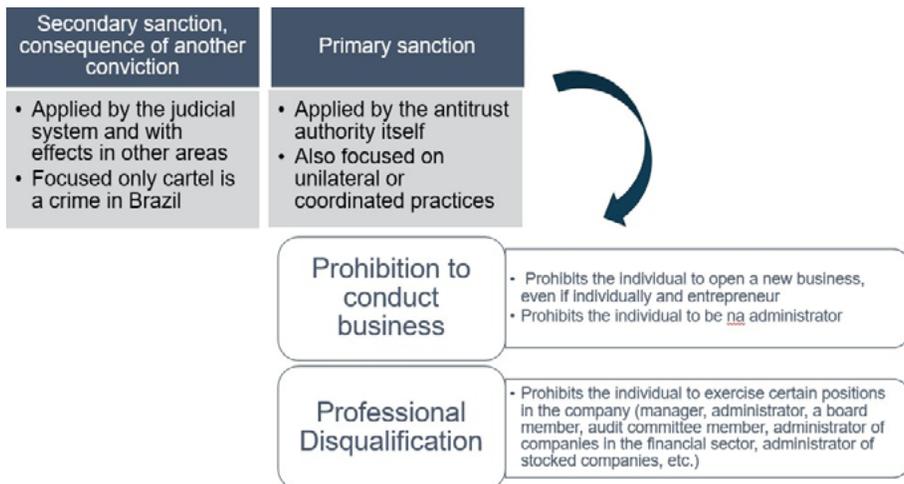
This (ii) primary sanction may face two possible interpretations. It can be applied as a (ii.1.) prohibition to conduct business, as well as (ii.2.) professional disqualification.

The (ii.1.) prohibition to conduct business has been interpreted by CADE as a prohibition to bean administrator as well as a prohibition even to be a shareholder. It is uncertain, however, the extension of this prohibition. Would it restrict acting as a representative of the company?

Would it prohibit the individual to open any other business, even individually as an entrepreneur? Due to the lack of effective application of this sanction by CADE and the Companies' Commercial Registry, those questions remain unanswered. That should not prevent, in our view, the possibility to hold shareholdings without having any business decision power, otherwise that could even undermine the companies' ability to attract capital to perform its activities. The question remains when it relates to a concentrated controller: could an individual prohibited to conduct business be allowed to be a shareholder with control power? The question also remains unanswered.

Additionally, the (ii.2.) professional disqualification sanction specifically relates to specific positions within a company, such as being administrator, a board member, audit committee member, director of companies in the financial sector, administrator of stocked companies, etc. This latest one seems to be narrowly applied, even though its impact may be even more powerful in the individual's sanctioned life.

Image 5 – Dual application: prohibition to conduct business on its own behalf or as a representative of a legal entity



Source: the authors

ATHAYDE, CAUHY and DE ASSIS¹⁷¹ discuss the difficult enforcement of the sanction of (ii.1.) prohibition to individuals to conduct business activities as a tool to deter anticompetitive conducts, for example in cases in which the wrongdoers are foreign, are not managers of companies in which they carried out the conduct or do not intend to conduct business in their own behalf. Given the peculiarities presented by the authors, a possible measure in cases in which the investigated individuals do not hold management positions or will not conduct business activities to ensure enforcement of the sanction, would be its extension to the professional disqualification. As argued by the authors, on one hand, the prohibition of carrying on trade would avoid the convicted individual from establishing a company in his own behalf and from occupying a manager position at companies. The authors of the paper, therefore, point out that the sanction and prohibition to conduct business is not common in foreign jurisdictions.

On the other one, the sanction of (ii.2.) professional disqualification would prevent the convicted individual from exercising certain positions or functions within the company, such as manager and member of the board of directors, or certain positions in specific markets, such as manager of financial institutions or of companies in the capital market, for example. Therefore, the sanctions result in different prohibitions, but both provides for the prohibition of the exercise of management activities. The authors identified in several jurisdictions the sanction of professional disqualification, such as United Kingdom, Australia, Russia, Hong Kong, Argentina, Chile, Mexico, Sweden, Ireland, India, and Japan. However, the authors highlight that the sanction, especially in cases where they extend over time, should be imposed with caution and only in severe cases,

171 ATHAYDE, Amanda; CAUHY, Bárbara De'Carli; ASSIS, Larrisa Salsano de. Da pena não pecuniária de proibição de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica - inciso vi art. 38 da lei n. 12.529/11. **Sanções não pecuniárias no antitruste**/organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 309-368.

given that many years out of the market could make the re-entry of a professional unfeasible.

Applying the disqualification sanction would be relevant on the underdeterrence perspective in as support to enforce antitrust rules to individuals, and it may be an alternative to overdeterrence of companies, whenever the circumstances of the case suggest that the company did all its best efforts to prevent the wrongdoing, but still the person performed it. As a reflection for international antitrust practice, considering that jurisdictions also have similar provisions to the (ii.2.) professional disqualification, it is possible to recommend best practices for this sanction:

- Analyze prior to the application the degree of participation of the individual.
- Analyze prior to the application the position occupied by the individual during the committed wrongdoing.
- Project the probability of recidivism by the individual, considering the evidence of the case.
- Preventing the application in cases where there are no positive outcomes of the sanction in the market, due to the risk of sounding disproportionate if questioned by the judicial system.
- Preventing the application when the professional disqualification may constitute a life penalty for the individual.
- Strengthening of the interconnections with class entities.

The substantive analysis carried out by CADE to explain the imposition of non-monetary sanctions established under article 38, VI, of the Brazilian Competition Act can be attributed to the underdeterrence perspective, which refers both to the public interest and the severity of the circumstances criteria. The decision handed down in the administrative proceeding explained only the grounds

related to the severity of the circumstances standard, showcased in the considerations about the very long duration of the cartel, with individual actions taken by the persons involved in the conducts, in the extensive period. As for the analysis of the grounds for the imposition of sanctions established under article 38, VI, two primary purposes can be identified: deterrence, concerning the effectiveness of the sanctions, and punitive, to severely punish the primary wrongdoers involved in the conduct. Additionally, this sanction could be intended to apply more severe sanctions to individuals instead of overenforcing companies, and in this sense this could be seen as an alternative to companies overenforcement as well.

4.8 BARRIERS FOR IMPOSING ARTICLE 38, ITEM VII OF THE BRAZILIAN COMPETITION ACT AND SUGGESTIONS FOR THE ENFORCEMENT OF THE SANCTION THAT IMPOSES ANY OTHER NECESSARY ACT OR MEASURE FOR THE ELIMINATION OF HARMFUL EFFECTS TO THE ECONOMIC ORDER

As described in Section III, out of 99 cases in which CADE imposed non-monetary sanctions between 2012 and 2022, item VII of article 38 of the Brazilian Competition Act was imposed in 59 cases. There was a decrease in the frequency this non-monetary sanction was imposed over the years by CADE, with a sharp drop after 2015.

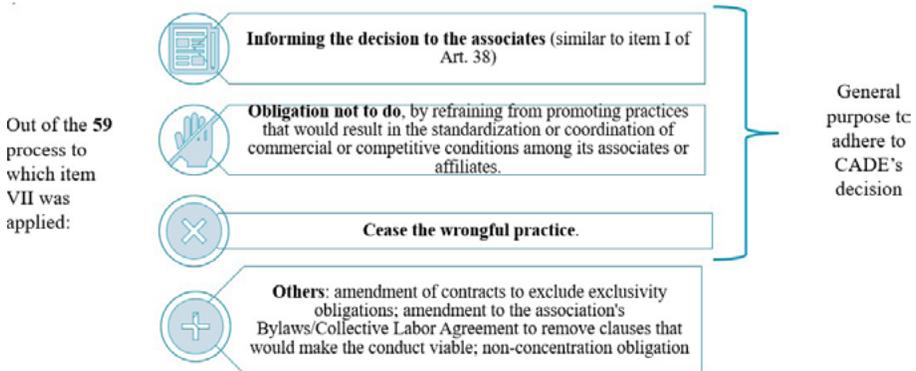
Despite the open language of the rule that allows the application of “any other necessary act or measure for the elimination of harmful effects to the economic order makes possible”, CADE has imposed it quite limitedly and focusing on certain conducts. As ATHAYDE and BINOTTO reveal¹⁷², the measures imposed based on this item VII are usually succedaneums of similar other non-monetary sanctions set

172 ATHAYDE, Amanda; BINOTTO, Anna. Da pena não pecuniária de imposição de qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica - inciso VII do art. 38 da lei n. 12.529/2011. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 369-407.

forth by article 38 of the Brazilian Competition Act. For example, in cases involving influence of uniform conduct, CADE has imposed the obligation to inform associates on the matter, which is very similar to the provision established in item I of article 38 of the Brazilian Competition Act. In other cases, CADE imposed an obligation to deter performing any acts which could result in uniformization or coordination of business conditions by associates of the trade associations, such as publishing a price table, collective bargain and other practices related to the hindering of rivalry by sectorial entities. Additionally, in other cases, CADE imposed the obligation to cease the practice. All those sanctions may be understood as succedaneums of the core sanction applied by CADE, designed to better implement the decision.

In a few cases there have been other behavioral sanctions, such as the obligation to amend the contract with its distribution network not to provide exclusivity anymore, to exclude a contractual clause that prevented associates to provide their services to other entities or the amend a Collective Labor Agreement. The only case that seems to have deviated from this tendency is the one that provided that the companies convicted in a long-term cartel would not be allowed to present future mergers and acquisitions, would also be consistent with the other divestiture sanction applied by CADE.

Image 6 – Any other necessary act or measure for the elimination of harmful effects to the economic order



Source: the authors.

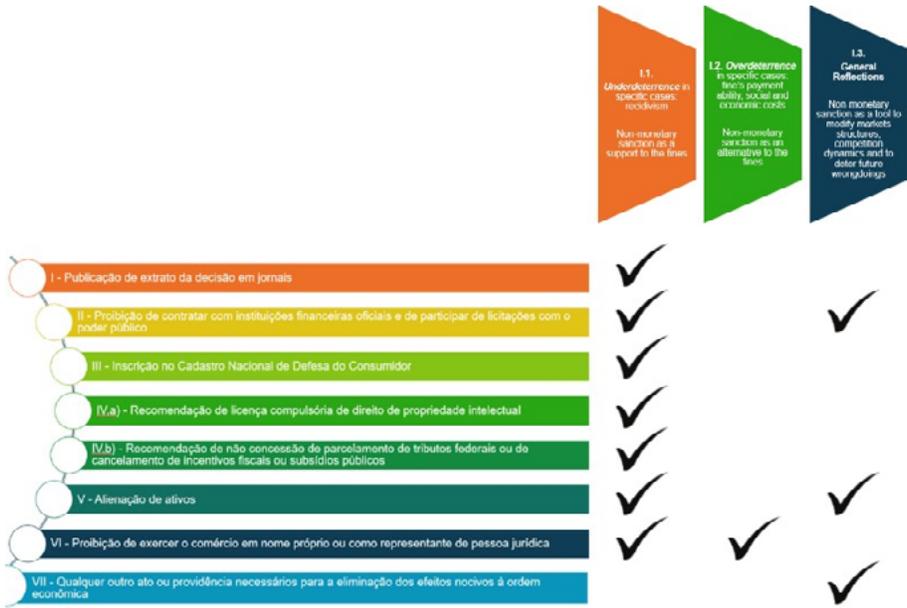
Those results suggest that, despite its broad wording, CADE has not been creative when imposing it, which may be a result of the lack of in-depth analysis of the impacts of possible measures on economic activities, to the detriment of their effectiveness. This differs from the experience in other jurisdictions, which effectively use a similar provision to tailor made the sanctions to the specificities to the case, as in the United States, European Union, Canada, Japan, and Australia.

It can be argued then that the general perspective grounds the imposition of sanctions established under item VII of Article 38 of the Brazilian Competition Act since, in the only decision that seems to have diverted from the general trend of only imposing that defendants cease the ongoing conducts, CADE banned future mergers and imposed divestment obligations. On that occasion, CADE held that the market structure, marked by cross-shareholdings between competitors and vertically related companies, fostered and enabled the maintenance of anti-competitive conduct. Therefore, the termination of those structural relations was a key point of CADE's decision.

5. SOME INTAKES REGARDING PERSPECTIVES FOR THE STRENGTHENING ANTITRUST ENFORCEMENT THROUGH NON-MONETARY SANCTIONS

Based on the three perspectives on underdeterrence, overdeterrence and general perspective on the applicability of non-monetary sanctions (Section I), the overview of the non-sanctions (Section II) and the quantitative and qualitative analyses of CADE's experience applying non-monetary sanctions from 2012 and 2020 provided in article 38 of the Brazilian Competition Act (Sections III and IV), it is possible to resume and understand that CADE's decisions are essentially based on the underdeterrence perspective, considering that their reasoning for the imposition of the sanctions consists of the severity of the circumstances and public interest. The findings point to the insufficiency of monetary sanctions to address the severity of the cases at hand, which demanded the imposition of alternative sanctions established under our legislation.

Image 6 – Non-monetary sanctions and underdeterrence, overdeterrence and general perspective on its applicability



Source: the authors

Considering the non-monetary sanctions established under Brazilian legislation, the investigation presented, as well as the suggestions to enhance their enforcement and effectiveness, the following section of this paper reviews some other types of sanctions, presenting its pros and cons, focused on individuals¹⁷³, which have

173 As argued by ATHAYDE and CRUVINEL, “such penalties, focused on individuals, increase the probability and the magnitude of reputational sanctions imposed by the labor market. The increase in reputational penalties not only might increase deterrence, but also reduce the amount of fines required, and the incarceration period required in order to obtain any level of deterrence. Replacing or dismissing managers in a company, also, might be an efficient alternative, regarding not only punishment, but also interrupting unlawful practices. Therefore, it is necessary to evaluate in which manner the imposition of penalties on individuals, with a strong reputational element, might be an appropriate alternative for such penalties. All those alternatives are quite severe and affect the life of those involved, in a manner in which there may be questionings regarding its exclusively punitive nature.” in ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 11-74. In this sense, also read: GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. Antitrust Sanctions.

never been imposed in antitrust context: forced divestment of controlling stakes (V.1.), piercing of the corporate veil (V.2.) and liability of administrators and controlling shareholders (V.3.). Such sanctions could be imposed based on article 38, VII, of the Brazilian Competition Act, and could deviate from the tendency previously mentioned to be preoccupied mainly with underdeterrence of the companies.

5.1 FORCED DIVESTMENT OF CONTROLLING STAKES

As previously mentioned, Article 38, item V of the Brazilian Competition Act establishes the possibility of imposing “transfer of corporate control” sanctions, sale of assets, or partial interruption of activity. CADE only imposed the divestment sanctions (cease of assets) on one occasion¹⁷⁴. On another occasion, determined, in the scope of a settlement agreement, the shared infrastructure management¹⁷⁵, even though it cannot be identified as a non-monetary sanction in this study, despite similarities between both sanctions. The challenges of imposing such sanctions are also fundamental in the scope of the Brazilian Anticorruption Act.

As discussed by ATHAYDE and CRUVINEL¹⁷⁶, on the one hand, the forced divestment of controlling stakes can be seen as an efficient tool to ensure structural modifications to markets affected by the conduct, contributing to the general perspective mentioned in Section I. It could foster changes in the players’ behavior, altering their internal structure of the company, bringing fresh air into the market

Competition Policy International, Columbia, v. 6, n. 2, p. 3-39, 2010. Available at: https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1060AntitrustSanctions.pdf. Last Accessed on : April 4, 2022..

174 In this regard, read the chapter that addresses item V, article 38 of the Brazilian Competition Act, in ATHAYDE, Amanda et. al. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022.

175 CADE. **Processo Administrativo 08012.004430/2002-43**. Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 25 mar. 2015.

176 ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 11-74.

with new practices, and ensuring the maintenance of companies' activities and the fulfillment of their social purpose. In this sense, when there is evidence that the company, the controlling shareholder, and the administrator may be the same entity, the transfer of control may deprive the wrongdoer of their means to perpetrate violations, the controlling interest. It also may hinder the individual of its influence on the company, which would force changes to the company's organizational culture, avoid recidivism of the violation, and, at the same time, prevent the conduct from happening again.

On the other hand, according to the authors, some arguments suggest that forced divestment of controlling stakes may be excessive state intervention in corporations. Some challenges relate to assessing the proportionality of this sanction and the severity of its effects that might be more burdensome than the circumstances require. At the very least, it may drive out investors, given potential discretionary interferences to public authorities not familiar to the business realities. Moreover, even if removing the wrongdoer from the company is fulfilled to protect its stakeholders, the company might only succeed with its former controller, due to its personal impact on the history and on the present contracts of the firms. Examples are corporations with few shareholders, e.g., family businesses, where the relations between shareholders, clients, and creditors are close. That is a different style of shareholding than that which is common in countries as the USA, where companies' shareholdings are dispersed. In countries where the capital is typically concentrated, this type of non-monetary sanctions may be effective and powerful, but could backlash the purpose of the company.

Even though this sanction might lead to market restructuring, another reason why forced divestment of controlling stakes demands caution is that it might undermine shareholders' trust in the company, which is necessary for them to invest in corporations. That might lead to even more concentration of capital, potentially causing an increase

in abuses of power that constitute wrongful conduct.¹⁷⁷ Still, it might decrease or discourage innovation, especially considering that such remedies might be susceptible to errors.

Forced divestment of controlling stakes might also result in relevant judicial or arbitration disputes regarding the amount correspondent of the divested shares, given that a “control prize”¹⁷⁸. There is a huge avenue then on the operational difficulties of its implementation in Corporate Law.

Finally, ATHAYDE and CRUVINEL¹⁷⁹ question whether forced divestment of controlling stakes could be imposed by CADE, given that the Brazilian Competition Act does not expressly provide it. Even though article 38, V, of the Brazilian Competition Act, includes the possibility of “transfer of corporate control”, which demonstrates that the legislator identified a connection between the use of corporate control and anticompetitive conduct, and also that it is an open provision, it would be desirable to have precise definitions in antitrust legislation about the applicability or not of this sanction. In this sense, it is essential to discuss its effectiveness, the pros and cons of this kind of sanction, and to consider if potential modifications to improve the current wording of the Brazilian Competition Act would be appropriate, in line with the discussions that have been raised about the Anticorruption Act.

177 According to Berle and Means, and later extended by other scholars, there was a division, inside the corporate structure, of ownership and control. According to them, due to the scattered nature of shareholding, at the beginning of the XX century, Corporate Law structured tools that would allow handling over corporate leadership, given that all shareholders could not exert leading power. In this regard, read BERLE, A., & MEANS, G. *The modern corporation & private property*. Hartcourt: Brace & World. 1932.

178 The “control prize” is an additional amount attributed to the controlling shareholder’s shares, given that they grant the right to exert corporate control, which is handed over to the buyer of the shares by the market. In such cases, there is an anticipation of the future benefits that the company’s controlling role will provide.

179 ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 11-74.

5.2 PIERCING OF THE CORPORATE VEIL

Article 34 of the Brazilian Competition Act established that, in addition to the financial sanctions provided under Article 37 and the non-monetary sanctions provided under Article 38, the corporate veil might also be pierced. Under the terms of article 34, the “corporate veil” of wrongdoers may be lifted for violations of the economic order upon abuse of rights, abuse of power, violations of the Law, illicit acts or facts, and/or violations of the bylaws or articles of association. In such cases, there would be an abuse of ownership unbundling between the corporation and its shareholders, which inappropriately transferred risks taken by shareholders to the company’s creditors.

Lifting the corporate veil could also be carried out, according to article 34, sole paragraph, in case of bankruptcy, insolvency, closure, or downtime triggered by corporate mismanagement. This hypothesis seems to be, in principle, aligned with the “minor piercing of the corporate veil” theory¹⁸⁰, which entails a waiver of the need to demonstrate the power abuse for this measure to be imposed and a release of the legal procedures established under article 50 of the Brazilian Civil Code and Articles 133 through 136 of the Brazilian Civil Procedure Code.

ATHAYDE and CRUVINEL¹⁸¹ argue that, on one hand, lifting the corporate veil directs the liability for violations to shareholders, which could be a tool to ensure the effectiveness of monetary sanctions under the underdeterrence perspective because it leads to sanctions for individuals. They also mention that some authors argue that piercing the corporate veil could be helpful to increase consumer welfare, which could be identified as one of the principles of antitrust, to the

180 In the “minor piercing of the corporate veil theory,” the companies’ assets’ autonomy is revoked, with the simple creditors’ losses. See: Fábio Ulhôa Coelho, **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 2, p. 74.

181 ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 11-74.

extent that it helps fulfill both the preventive and retributive purposes of antitrust sanctions.¹⁸²

On the other hand, however, the authors also argue that limiting shareholders' liability is undoubtedly an important tool to foster productive investment because it reduces business risks and legal uncertainty¹⁸³. In this sense, increasing the exposure of stakeholders' assets ultimately hinders incentives to investments and entrepreneurship, as well as reduces diversification of investments, given that investors would lean towards investing in companies in which decision-making could be monitored¹⁸⁴. The discretionary use of piercing the corporate veil threatens the principles of fairness and risk assessment, as well as justice itself, leading to an increase in transaction costs. A potential increase would probably be passed on to the final prices of goods and services¹⁸⁵.

In this sense, the potential use of piercing the corporate veil by CADE must be very cautious and exceptional, with extensive reasoning, when abuses of the corporate veil are detected, in line with Article 50 of the Brazilian Civil Code, altered by the Brazilian Economic Freedom Act. The mere possibility of lifting the corporate veil upon violations of the Law, violations of the bylaws, or articles of association is redundant, given that whenever there is an antitrust conviction, those criteria are automatically fulfilled. Besides, the mere incapacity to pay back creditors should not be sufficient grounds

182 BARELLI, Amanda Fabbri. **A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo**: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste. Universidade de São Paulo: dissertação (mestrado), 2015, p. 135.

183 FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 18.

184 BARELLI, Amanda Fabbri. **A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo**: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste. Universidade de São Paulo: dissertação (mestrado), 2015, p. 133.

185 FRAZÃO, Ana. **Responsabilidade limitada**: as distorções da sua (não) aplicação na realidade brasileira. JOTA, 2017. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/responsabilidade-limitada-18102017>. Last Accessed on: April 4, 2022.

for lifting the corporate veil. That is also true to raise questions about the sufficiency of bankruptcy or judicial reorganization for lifting the corporate veil. Indeed, if the *failing firm*¹⁸⁶ arguments do not generally apply to mitigate sanctions, and should not be applicable to allow the corporate veil to be lifted.

5.3 CIVIL LIABILITY OF CONTROLLING SHAREHOLDERS AND ADMINISTRATORS

Civil suits initiated by shareholders against controlling shareholders and administrators triggered by the disclosure to the public about antitrust claims, as well as about State prosecution of anti-competitive conduct,¹⁸⁷ are provided in the Brazilian Corporations Act (Law No. 6,404/76). The Brazilian Corporation Act provides the rights

186 Regarding the failing firm theory application in Antitrust, see, for example: OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio Alves de. A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência (mestrado). UnB. 2014. Available at: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>. Last Accessed on April 4, 2022.; e GURGEL, Gabriela Silva de C. Brasil. O incremento da Failing Firm Defense dentre os argumentos utilizados em julgamentos de operações econômicas pela autoridade antitruste na pandemia do COVID-19 (Projeto de Iniciação Científica). UnB. 2021. Available at: <https://www.amandaathayde.com.br/orientacoesdepesquisa>. Last Accessed on April 4, 2022..

187 For this paper, those appointed by the corporate bylaws as administrators will be seen as those responsible for conducting the company's day-to-day business. They are elected by the corporation's general assembly, as stated in article 122, II, of the CORPORATIONS ACT: "*The general meeting has exclusive authority: II - to elect or discharge corporation officers and auditors at any time, subject to the provisions of item II of Section 142;*" and article 132, III "*An annual general meeting of shareholders shall be held every year during the first four months after the closing of the fiscal year in order: III - to elect the officers and the members of the statutory audit committee, if any;*". They must act as representatives and administrators of a company and have an obligation to work with care, loyalty, good faith, and diligence in all acts performed for the company's sake. Administrators may or may not be shareholders, as it is prescribed by article 146: "*Individuals may be elected as members of the administrative bodies; the members of the administrative council must be shareholders, while the directors residing in Brazil may, or may not, be shareholders.*". Their nomination is ruled by article 149, as it follows: "*Council members and directors shall take up their appointments by signing an instrument of appointment in the book of minutes of administrative council meetings or of the board of directors' meetings, as the case may be.*".

and responsibilities of those individuals and establishes the cases in which they will be subject to private litigation.

Regarding administrators, the duties they are subject to are established under articles 153 through 157 of the Brazilian Corporations Act. Such responsibilities include the duty of diligence (article 153); the duty of loyalty towards the company, to act in its best interest and preserve confidentiality (article 155); the responsibility to, while performing the company's corporate purposes, pursue the fulfillment of the social meaning of the corporation (article 154); and the duty to disclose relevant information, in publicly held corporations (article 157). If an administrator fails to fulfill such duties, they will be subject to liability, as established under articles 158 through 160.

As for controlling shareholders, articles 115 and 116 of the Brazilian Corporations Act establish, respectively, the right to vote and the controlling shareholders' primary duties, which include the obligation to use its controlling power to help the corporation execute its purposes and perform its social function. Article 117 of the same legal diploma clarifies that the controlling shareholder will be liable when they misuse their rights by abusing their power.¹⁸⁸

ATHAYDE and CRUVINEL¹⁸⁹ mention that the two types of wrongdoers addressed by the Brazilian Corporations Act are administrators and controlling shareholders. Administrators and controlling shareholders are generally subject to private litigation, including subsidiary lawsuits¹⁹⁰, upon cases of violation of their

188 When referring to the possibilities of administrators and controllers' liabilities, the Law highlights the damage caused by the wrongdoer's actions. It is an instrument in the civil liability lawsuit that makes it more efficient in reassuring good corporate management and protecting the rights of the concerned parties, protected by the Brazilian Constitution. See, for example: FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 229.

189 ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. **Sanções não pecuniárias no antitruste** /organização Amanda Athayde. -- 1. ed. -- São Paulo: Editora Singular, 2022. Pp. 11-74.

190 The corporate litigation claim is filed by a shareholder on the company's behalf to execute a right or present claims in circumstances in which the company cannot act on its behalf. Given that the purpose of the claims is to reimburse costs that the

fiduciary duties of loyalty and diligence¹⁹¹. When administrators and controlling shareholders participate in the antitrust violation, claims can be filed. It is possible to file claims when administrators and controlling shareholders are complicit/aware of antitrust violations perpetrated by other administrators and/or controlling shareholders and do not take action. Finally, claims can be filed when administrators and controlling shareholders fail to prevent wrongdoings due to negligence – which can take various forms in different cases.

According to the authors, shareholders may file claims on behalf of companies when administrators and/or the controlling shareholders fulfill the liability requirements established under article 158, I, of the Brazilian Corporations Act, i.e., violating the Law or the company's bylaws by fault or willful misconduct. In this case, the conduct would violate Act. The authors also state that there are difficulties in identifying fault or willful misconduct in the conduct of the administrators and/or controlling shareholders. Under article 159, paragraph 6 of the Brazilian Corporations Act, the judge may excuse the administrator from liability when convinced that he acted in good faith and the corporation's best interests. However, the provision

corporation endured, it would be expected that the company would file such claims as a legal entity. However, the Law provides two possibilities in which an individual must represent the corporation in the litigation. The first hypothesis is called secondary replacement, which may happen when the corporation only files claims within three months after an assembly meeting. In this specific case, any shareholder may file claims. The second hypothesis is called original replacement. When the general assembly decides not to file claims, the shareholders who own at least 5% of the invested capital may file it. In antitrust, a company might refrain from filing lawsuits when, for example, the wrongdoer is someone dear to the company – such as current or former company administrators and controlling shareholders. Even if the liability claims filed by a shareholder (paragraph 3) or a group of shareholders (paragraph 4) are successful, the company's positive results will be collected, not by the shareholders who initiated the litigation. The plaintiff shareholders are only entitled to be reimbursed for the legal costs. That is clearly stated by article 159, paragraph 5, of the Corporations Act. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 2 (Direito de Empresa). São Paulo: Saraiva, 2007. P. 265.

191 FRAZÃO dedicates an important section of her book to the discussion about administrators' duties of loyalty and caution. FRAZÃO, ANA. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 332-404.

referred to as the Brazilian *business judgment rule* is subject to harsh criticism from legal scholars.

Even though the authors support the need to further discussions on corporate litigation, CADE's role in deterring antitrust violations through it would be indirect, since it is an instrument established under Brazilian Corporate Law and by the shareholders themselves.

CONCLUSION

Various conclusions may be drawn from the investigation carried out in this paper, which alludes to the book dedicated to this subject. Non-monetary sanctions are seen over the years as complementary to fines and, by default, applied cumulatively. This is related to the lack of concerns the competition authorities typically have with overdeterrence and to a significant focus on the underdeterrence perspective, which seldom meets the general aspect mentioned throughout this paper. Therefore, there is a need to question the need of such a punitive approach and whether it has to advance in proportionality and reasoning of the decisions.

Another conclusion intimately related to the focus on underdeterrence is that more attention is given to the severity of unlawful conduct rather than the effects that the sanctions imposed may have on the markets affected by the wrongdoing. In other words, there is no structured and organized concern regarding the consequences of the imposition of non-monetary sanctions. That is why a substantive analysis is needed, for example, to prevent the general perspective from being exclusively associated with recidivism, as the authors identified in some cases, in a way that allows decisions to reach their maximal deterrence power while causing minimal adverse impacts.

The authors remark that the sole imposition of non-monetary sanctions without the application of fines could also be possible and potentially an alternative in some cases to prevent overdeterrence and to effectively assess the core of the wrongdoing, although it could

eventually lead to questioning, either administratively or in the judicial system, if the non-monetary sanction would be too innovative.

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E SUPERMERCADOS: COMO ESSAS PLATAFORMAS DE DOIS LADOS PODEM TRAZER RISCOS AOS CONSUMIDORES?

Publicado originalmente em: *Revista de Direito FGV*, v. 16, n. 1, 2020.

Amanda Athayde

Resumo

O presente artigo propõe, à luz da evolução da tradicional visão antitruste dos supermercados varejistas, uma moderna análise antitruste do setor. Busca-se superar a ideia de que os supermercados figuram como agentes neutros de mercado, evidenciando que o poder de mercado no varejo supermercadista pode impactar negativamente na concorrência. Assim, o presente artigo estuda os supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência. Nos termos da teoria da plataforma de dois lados, propõe-se que os supermercados sejam analisados como prestadores de serviços para consumidores finais e para os fornecedores, ressaltando que esses dois grupos distintos dependem do supermercado para o intermédio de transações, o que faz com que existam externalidades indiretas entre os dois grupos e, conseqüentemente, confere poder de barganha à plataforma. Por sua vez, nos termos da teoria dos gargalos à concorrência, defende-se que o supermercado varejista detém um poder monopolista de prover ou não o acesso de um grupo a outro. Tal proposta, como este artigo busca demonstrar, traz consigo um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista, tanto em suas relações verticais quanto horizontais e diagonais.

Palavras-chave: Direito da concorrência; varejo supermercadista; plataforma de dois lados; teoria do gargalo à concorrência

Abstract

This article proposes, in the light of the evolution of the traditional vision of retail supermarkets, a modern antitrust analysis of this sector, seeking to overcome the idea that supermarkets appear as neutral agents of the market, hence the market power in supermarket retailer can impact on the competition field. Thus, this article studies the supermarkets as two-sided platforms with characteristics of the competitive bottleneck. According to the two-sided platform theory, the supermarkets should be analyzed as service providers for final consumers and suppliers, noting that these two distinct groups depend on the supermarket for the intermediation of transactions, which means that there are indirect externalities between the two groups and, consequently, confers bargaining power to the platform. Furthermore, according to the theory of bottlenecks to competition, it can be argued that the retail supermarket has a monopoly power to provide access to one group or another. This proposal, as this article seeks to demonstrate, brings with it a new way of understanding the possible legal relationships of the agents in the retail supermarket, in their vertical, horizontal and diagonal relations.

Keywords: Antitrust law; supermarket retailer; two-sided platform; competitive bottleneck model

INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2020, a rede varejista Walmart anunciou que passará não apenas a vender carnes em seus supermercados, mas também a atuar em toda a cadeia de processamento, desde o corte até a embalagem e a aposição da marca própria desses produtos. Trata-se de um movimento alinhado com outras experiências recentes nos Estados Unidos e em outros países do mundo, a partir do qual os supermercados saem de sua posição tradicional de revendedores e passam a assumir um papel mais ativo na cadeia de suprimentos de alimentos. Será que esse movimento traz benefícios

aos consumidores? E, se trouxer, será que tais benefícios superam os eventuais riscos tanto aos consumidores quanto à concorrência no varejo supermercadista? Para responder a essa pergunta, deve-se inicialmente superar a tradicional visão do varejo supermercadista, outrora visto como um agente neutro no mercado, que simplesmente transmite a demanda do consumidor final aos fabricantes da indústria, e adotar uma moderna visão do varejo supermercadista, atentando-se para suas relações verticais, horizontais e diagonais no mercado.

O pressuposto dessa moderna análise antitruste dos supermercados é que é necessário levar em conta, além de preços, fatores como inovação, qualidade e variedade, a fim de criar e preservar o ambiente concorrencial e proteger o interesse da coletividade. Uma concorrência qualitativa resulta na redistribuição dos efeitos concorrenciais para os consumidores e para a sociedade, atingindo o fim último da justiça social apregoada na Constituição brasileira.

A visão tradicional coloca o varejo supermercadista como um agente/representante dos consumidores quando decide adquirir mercadorias dos fornecedores. Nesse sentido, entende-se que o varejista não tem poder de mercado ou, se o tem, exerce esse poder para o estrito benefício do consumidor final. Sob tal prisma, o exercício desse poder resultaria em menores preços de compra, que seriam repassados na forma de menores preços de venda no varejo, o que aumentaria a demanda do consumidor final sem restrição de oferta. Eventual tensão entre os fabricantes e os varejistas teria um resultado final neutro ou positivo para os consumidores finais. Sustenta tal visão tradicional que as autoridades de defesa da concorrência deveriam, portanto, se preocupar menos com o exercício do poder de mercado pela ótica da compra do que da venda, presumindo-se que pela primeira o poder de mercado seria utilizado como um mecanismo compensatório.

A análise antitruste tradicional aplica uma visão benéfica sobre o poder de compra (“buyer power”), até mesmo em termos de

nomenclatura.¹⁹²No varejo supermercadista, essa análise tradicional pressupõe que os menores preços de compra resultantes do poder dos varejistas seriam totalmente repassados aos consumidores finais, significando maior *output* e bem-estar do consumidor. O poder de compra é visto como oriundo da habilidade de o varejista obter de seus fornecedores condições mais favoráveis do que aquelas disponíveis a outros compradores ou ao mercado em uma condição normal de competição. Esses termos mais favoráveis, por sua vez, dizem respeito tanto a preço quanto a condições contratuais que são relacionadas, por exemplo, a pagamento, qualidade, rotulagem, embalagem ou qualquer atividade de *marketing*/promoção.

Galbraith (1970) foi quem identificou pela primeira vez, ainda em 1952, as possibilidades de benefícios sociais associados ao poder compensatório.¹⁹³Para o autor, poder-se-ia gerar aumento de bem-estar por meio do poder compensatório, pois haveria o enfrentamento aos efeitos negativos do poder de mercado existente, bem como resultaria em ganhos que seriam repassados aos consumidores finais¹⁹⁴. Similarmente, **Maitland-Walker (2000)** sustenta que os grandes

192 Tem-se um tratamento diferenciado dado ao poder de mercado na compra (viés positivo) daquele na venda. Ao passo que o poder de mercado na venda é denominado genericamente poder de mercado (“*market power*”), o poder de mercado na compra é denominado especificamente poder de compra (“*buyer power*”), poder compensatório (“*countervailing power*”) ou poder de monopsonio (“*monopsony power*”). Essa diferença de nomenclatura é observada, por exemplo, na medida em que, por um lado, para avaliar o poder de mercado de um fabricante (vendedor) de produtos, a linguagem utilizada é simplesmente de poder de mercado, sem se definir que é o poder de mercado na venda. Por outro lado, para avaliar o poder de mercado de um distribuidor (atacadista/varejista) na compra, o termo utilizado não é o do poder de mercado, mas sim a nomenclatura específica do poder de compra ou do poder de barganha, em contraposição implícita ao poder dos fabricantes (poder compensatório). Essa diferenciação, por sua vez, leva a diversas tentativas de delimitação e aprofundamento sobre o conceito de poder de compra e sobre suas relações jurídicas, em contraposição à reconhecida - ainda que não necessariamente pacífica - definição do conceito de poder de mercado na venda.

193 Sob o prisma da demanda, a união de compradores, seja via associações de compra, seja via fusões, seria um novo mecanismo “autorregulador” do mercado, pois equilibraria forças com os fornecedores.

194 A tese de Galbraith foi e continua sendo contestada na definição de como os ganhos derivados do poder de compra seriam repassados para os consumidores. Um dos primeiros críticos a essa tese foi **Whitney (1953)**.

varejistas valer-se-iam do seu poder de compra para pressionar os fabricantes ao rebaixamento de preços ou a melhores condições de comercialização, que acabariam sendo revertidos ao consumidor.¹⁹⁵

Especificamente sobre o varejo supermercadista, a análise tradicional indica que os possíveis efeitos negativos do poder de compra ao bem-estar do consumidor surgiriam apenas em situações bastante restritas. No mercado varejista (“*output market*”),¹⁹⁶ tais efeitos negativos seriam observados unicamente se o menor preço de compra obtido por um varejista resultasse na saída de outros concorrentes do mercado ou no aumento de preços a outros varejistas. Por sua vez, no mercado de provisionamento (“*input market*”), os efeitos negativos apenas apareceriam nas hipóteses restritas de saída dos fabricantes do mercado ou de redução de seus investimentos a ponto de aumentar os preços de venda ao consumidor. É dada preferência, pela ótica tradicional, aos benefícios estáticos de curto prazo relacionados a preço, sem levar necessariamente em conta os efeitos dinâmicos de médio e longo prazo na concorrência no mercado, tais como os relacionados a qualidade, inovação e variedade.

Berasategi (2014) discute que esse tipo de análise negligencia evidências do exercício de poder de mercado pelos varejistas e que, com base nesses argumentos tradicionais, as autoridades de concorrência estariam restringindo sua atuação no setor do varejo supermercadista (por vezes denominado “varejo alimentar”) a atos de concentração econômica ou a tarefas de advocacia da concorrência, sem se adentrar na análise de eventuais condutas anticompetitivas praticadas nesse

195 Ainda, segundo o autor, o desenvolvimento de marcas próprias resultaria na comercialização de produtos a preços mais convenientes aos consumidores, e essa maior diversidade de produtos nas gôndolas representaria mais opções aos consumidores, que se beneficiariam da concorrência entre os produtos. Assim, a realização de guerras de preços e promoções entre os varejistas seria benéfica ao bem-estar do consumidor.

196 O termo “mercado varejista” será utilizado para referir-se ao mercado pela ótica da venda, cujas expressões em inglês são “*output market*” ou “*downstream market*”. Essa expressão é normalmente empregada como contraponto ao termo “mercado de provisionamento”, que se refere ao mercado pela ótica da compra dos supermercados - em que os fabricantes realizam suas vendas. Esse termo reflete as expressões em inglês “*input market*” e “*upstream market*”.

mercado. Tal restrição apontada pelo autor é realidade no Brasil. *A normativa*^{197,198} e a *jurisprudência administrativas brasileira a respeito do poder de compra (e, conseqüentemente, no poder de compra no varejo supermercadista) praticamente se restringem aos atos de concentração, e parecem se alinhar à visão tradicional*. Mesmo nas operações de concentração econômica nas quais se esboçou alguma preocupação em relação ao poder de compra no Brasil, a análise realizada não foi aprofundada.¹⁹⁹ Ademais, não há processo administrativo instaurado ou julgado pelo Plenário do Cade que avalie com profundidade as preocupações concorrenciais com as práticas comerciais horizontais ou verticais praticadas por supermercados.²⁰⁰ Em que pese terem

197 O Guia de Análise Econômica dos Atos de Concentração Horizontal das Secretarias de Acompanhamento Econômico (doravante “Seae”) e de Direito Econômico (doravante “SDE”) encampava a visão, ainda que implícita, de que o poder de compra, como poder compensatório, seria positivo para a concorrência, tratado como uma eficiência da operação (BRASIL, 2001). No parágrafo 74, que trata da análise das eficiências econômicas resultantes da operação, aponta-se que pode ser considerada eficiência específica da operação a geração de um poder de mercado compensatório. Esse posicionamento também parece ser adotado, por exemplo, nos Guias de Restrições Verticais e de Acordos Anticoncorrenciais da União Europeia, em que o poder de compra é sinalizado sob o viés positivo. O Guia de Análise de Restrições Verticais da União Europeia avança um pouco ao mencionar, no capítulo relativo aos acordos de gestão de categoria, a possibilidade de fechamento de mercado aos fabricantes detentores de marcas independentes em decorrência das práticas dos supermercados detentores de poder de compra relacionadas a acesso às lojas (**COMISSÃO EUROPEIA, 2010a**). Ainda na União Europeia, o Guia de Acordos Anticoncorrenciais da União Europeia associa o termo “consumidor” ao termo “distribuidor” (atacadista/varejista), implicitamente considerando-o como um intermediário neutro no mercado (**COMISSÃO EUROPEIA, 2004**).

198 O Guia de Análise dos Atos de Concentração Horizontal (“doravante Guia H”) ainda corrobora essa visão tradicional, em que pese dar um passo adiante e mostrar atenção ao tema do poder de compra, com um capítulo específico subdividido entre poder compensatório e poder de monopólio (BRASIL, 2016).

199 Os principais motivos para levarem essa constatação pelos autores seriam: foco das análises na oferta, em detrimento da avaliação sobre a demanda (compra); participação na compra era considerada insuficiente para causar danos sobre o mercado; desnecessidade de avaliação dos efeitos do poder de compra quando comprovado o cartel; e celebração de Termo de Cessação de Conduta que resulta no arquivamento do caso sem aprofundamento sobre o tema (**RAGAZZO e MACHADO, 2013**).

200 Essa informação também é corroborada pelas pesquisas de casos realizadas por **Berardo e Becker (2015, p. 95-106)**. “*In the grocery sector, however, there is no record of a decision or even an investigation for any type of horizontal conduct, such as collective*

sido realizadas algumas poucas investigações preliminares, estas não prosseguiram sob o argumento de supostamente serem relações privadas, que não caracterizariam infração à ordem econômica.

Ao contrário do que se observa no Brasil, no exterior a análise tradicional centrada nos efeitos estáticos de curto prazo relacionados a preço vem sendo superada por estudos de autoridades antitruste estrangeiras, organismos internacionais e acadêmicos, que aportam evidências práticas para a mudança de paradigma.

Propõe-se, nesse sentido, que os supermercados sejam analisados concorrencialmente como plataformas de dois lados, com características de gargalo à concorrência (“gatekeeper”), como prestadores de serviços para consumidores finais e para fornecedores. Essa proposta traz consigo um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista, tanto em suas relações verticais quanto horizontais, movimento necessário para alcançar a análise qualitativa da concorrência, superando a ultrapassada visão da concorrência apenas como disputa por preço.

A aplicação dessa nova compreensão do varejo supermercadista ao contexto brasileiro tem relevância jurídica ao propor uma análise que observe o varejista como um agente de mercado que pode influenciar nas variáveis preço, qualidade e quantidade ofertada dos

boycotts or price-fixing practices. No investigation of cases involving joint retaliation from suppliers, especially small-sized ones, has actually taken place, at least publicly”. “There have been no precedents recommended resale prices in the retail grocery sector. The CADE, however, has recently condemned a company for resale price fixing [SKF Brasil Ltda., Administrative Proceeding n. 08012.001271/2001-44]”. “The CADE has never, however, found an infringement of the competition law on the basis of an abuse of buying power. [...] In the past, several cases have dealt with dependency, but the CADE highlighted that dependency, i.e. one seller depending exclusively or almost exclusively on purchases made by one purchaser, does not in itself necessarily correspond to buying power, which obviously depends on aggregate market output and purchases. Nonetheless, there is no precedent regarding infringements involving buying power or dependency. There have been a number of dependency cases in the early 2000s that superficially discuss the manufacturer-distributor relationship. These cases discuss the extent to which the private relation should be governed by competition law and state that if the plaintiff cannot show harm or potential harm to competition (as opposed to private harm to a single distributor), it should not be subject to the CADE’s analysis. At the same time, there has been no case of ‘waterbed effect’ related to retailers in Brazil”.

produtos comercializados e, conseqüentemente, no bem-estar do consumidor.

Como forma de explicar essa proposta, o presente artigo se dividirá nos seguintes tópicos: (1) breve exposição da teoria da plataforma de dois lados, explicando a ideia das empresas que atendem, simultaneamente, dois grupos interdependentes de adquirentes para, a partir disso, (2) caracterizar os supermercados como plataformas de dois lados, visto que prestam serviços para consumidores finais e fornecedores, grupos interdependentes entre si. Após, analisaremos (3) a teoria do “gargalo à concorrência” e como ela se aplica ao supermercado como plataforma de dois lados, para, com base nesses estudos, verificarmos (4) as relações jurídicas do varejo supermercadista e os novos paradigmas dessas relações.

1. BREVE TEORIA DA PLATAFORMA DE DOIS LADOS

A teoria da plataforma de dois lados tem como alguns de seus principais autores **Rochet e Tirole (2002, 2003, 2004 e 2006)**, **Evans (2003a e 2003b)**, **Parker e Van Alstaying (2005)**, **Caillaud e Jullien (2001 e 2003)**, **Armstrong (2006)** e Schmalensee (2016). A expressão, oriunda do inglês “*two-sided platforms*”, foi usada inicialmente por Rochet e Tirole (2004) para se referir a situações em que as empresas atendem, simultaneamente, dois grupos interdependentes de adquirentes. Para os autores, a plataforma pode afetar o volume de transações ao cobrar mais de um lado do mercado e reduzir o preço pago do outro lado na mesma proporção. Ou seja, haveria uma adaptação da estrutura de preço (**LLANES e RUIZ-ALISEDA, 2015**), sob a presunção de manutenção do “*price level*” geral. Um dos lados da plataforma, portanto, subsidiaria o negócio do outro lado (“*loss leader*”) (**ROCHET e TIROLE, 2006**). Segundo os autores, a plataforma existiria, então, quando houvesse (i) dois grupos distintos que precisam interagir um com o outro e (ii) externalidades indiretas positivas entre esses dois grupos de consumidores.

Por sua vez, **Evans (2003a)** usa o conceito de plataforma de dois lados para se referir genericamente a situações em que existem dois grupos de consumidores que se beneficiam da interação e para quem a plataforma pode oferecer uma intermediação eficiente de serviços. Assim, seriam *condições para uma plataforma de dois lados*: (i) dois ou mais grupos distintos de consumidores; (ii) externalidades associadas ao fato de dois ou mais grupos estarem conectados ou coordenados de algum modo; e (iii) um intermediário que internalize as externalidades criadas por um grupo ao outro grupo.

Ainda, **Weyl (2008)** adota uma definição mais flexível, segundo a qual mercados de dois lados seriam modelos de comportamentos de empresas em que a interdependência entre eles se mostra uma importante ferramenta de análise. Em termos de interdependência, a plataforma precisa que os dois grupos estejam “a bordo” para propriamente operar, uma vez que, sem um lado da plataforma, o outro lado não aderiria. Em termos simples, um mercado de dois lados seria aquele em que uma empresa vende produtos ou presta serviços distintos a dois grupos diferentes de consumidores, e reconhece que vender mais para um grupo afeta a demanda do outro, e vice-versa (**FILISTRUCCHI, GERADIN e VAN DAMME, 2012**). Geralmente, esses grupos - ou um deles - não conseguem obter o mesmo valor, ou pelo menos não conseguem obtê-lo na mesma extensão, sem se utilizarem da plataforma. É nesse sentido que **Caillaud e Jullien (2003)** definem essa situação como o problema da “galinha e do ovo”, pois, para atrair compradores, o intermediário deve ter uma grande base de vendedores, porém, para que os vendedores possam aderir à plataforma, é necessário ter, no mínimo, expectativa de que há ou haverá compradores do outro lado.

Filistrucchi, Geradin e Van Damme (2012), após analisarem as definições da literatura, apontam para as seguintes características identificadoras dos mercados de dois lados: (i) a existência de uma empresa intermediadora que vende mais de um produto ou serviço; (ii) a presença de dois grupos distintos, cada um comprando diferentes produtos ou serviços; e (iii) a interdependência entre as demandas e

a ausência de completa transferência dos benefícios (“*pass-through*”) entre os grupos no caso de transações no mercado.

Finalmente, **Hagiu (2007)** alerta no sentido de que há uma miríade de cenários entre os dois extremos que caracterizam uma relação de compra e venda simples e uma plataforma de dois lados. A caracterização de um intermediário como plataforma de dois lados, portanto, estaria menos ligada à natureza da plataforma e mais ligada às decisões que são tomadas pelas empresas que dela fazem parte. É por esse motivo que **Rysman (2009)** propõe a utilização da expressão “estratégias de dois lados” em vez de “mercados de dois lados”.

A **Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2009)**, com fundamento na doutrina e na experiência das autoridades antitruste ao redor do mundo, realizou amplo estudo em 2009 sobre essa teoria e apontou que não há uma definição universalmente aceita para o conceito de “mercado de dois lados”. Existiria, porém, um consenso a respeito dos *três aspectos fundamentais que caracterizariam uma plataforma de dois lados*: (i) a existência de dois grupos distintos, que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles, sendo a plataforma o provedor de produtos e/ou serviços simultaneamente; (ii) a existência de externalidades indiretas²⁰¹ entre os grupos de adquirentes, de modo que o valor que

201 Segundo a **OCDE (2017, p. 3, tradução nossa)**, os efeitos de rede, quando considerados em mercados de vários lados, “são as externalidades entre plataformas ocorridas quando resultam das ações dos participantes em qualquer lado da plataforma, ou da plataforma em si mesma, afetando participantes dos outros lados da plataforma (ou da plataforma em funcionamento em si mesma). Essas externalidades podem ser diretas - como quando um aumento de provedores de conteúdo torna a plataforma mais cara aos consumidores de conteúdo -, ou indiretas - como quando uma melhora qualitativa aos usuários torna a plataforma mais atrativa aos provedores de conteúdo ou serviços e para anunciantes”. Assim como no *paper* da OCDE, este artigo tratará as externalidades entre plataformas simplesmente como “efeitos de rede”. A respeito da diferença entre externalidades diretas e indiretas: “*Direct Network effects arise when the value of a good to a consumer increases directly with the number of people using that good. Telephony services are more valuable for a given consumer, the larger the number of other consumers that also use them, because he can communicate with more people. Indirect Network effects arise when the value of a good to a consumer increases with the number of people using that good, but only indirectly*” (**OCDE, 2009**, p. 29). Nos termos de **LIM (2015)**, a diferença estaria no fato de que as externalidades diretas seriam

um dos lados da plataforma atribui a ela aumenta o número do outro lado da plataforma; e (iii) a não neutralidade da estrutura de preço, ou seja, a plataforma afeta o volume das transações - por exemplo, aumentando os preços de um lado para diminuir do outro e induzindo ambos a aderir à plataforma -, não sendo um intermediário neutro no mercado.

Ademais, a OCDE sinaliza a necessidade de se considerarem ambos os lados na definição e na análise concorrencial dos mercados relevantes. Sugere-se a superação dos métodos de análise tradicionais e das fórmulas aplicáveis a análises de mercados de um lado, como o teste do monopolista hipotético. Estes, segundo se indica, não se aplicariam aos mercados de dois lados, a não ser que fossem reformulados/adaptados (**WRIGHT, 2004**). Algumas condutas anticompetitivas que poderiam surgir no bojo de plataformas de dois lados, relacionadas a preço - como preços predatórios ou excessivos -, deveriam considerar os níveis de preços somando os praticados em ambos os lados da plataforma, e não os preços individuais ou a estrutura de preços separadamente. Por sua vez, condutas não relacionadas a preço - como acordos de exclusividade e venda casada - estariam no centro das discussões antitruste, pelos riscos de limitação da concorrência e do fechamento de mercado para rivais. Nesses casos, a análise deveria considerar como a conduta em um lado da plataforma afeta o outro lado do mercado, bem como o efeito geral da prática para o bem-estar da sociedade.

O compilado da OCDE também indica que algumas atividades econômicas foram consideradas plataformas de dois lados pelas autoridades antitruste ao redor do mundo, sendo objeto de análise concorrencial e/ou de remédios concorrenciais e/ou regulatórios por autoridades. Entre elas, citam-se as seguintes: sistemas operacionais de computador (intermedeiam desenvolvedores de *software* e usuários de computador); sistemas

encontradas dentro do grupo (“*within*”), ao passo que as externalidades indiretas seriam encontradas entre os grupos (“*between*”).

informatizados de reserva (“*computerized reservation systems*”);²⁰² cartões de crédito (intermedeiam possuidores de cartões e comerciantes) (“*card payment networks*”);²⁰³ corretagem imobiliária (intermedeia inquilinos e proprietários); provedores de serviço de internet (“*internet service providers*”);²⁰⁴ portais de internet e sistemas de busca (intermedeiam sites e internautas) (“*internet search engines*”);²⁰⁵ registro de nome de domínio na internet (“*internet domain name registration*”);²⁰⁶ plataformas de mídia (“*media platforms*”);²⁰⁷ redes de comunicação móveis (“*mobile communications*”).

202 Sobre o mercado de sistemas informatizados de reserva (“*computerized reservation systems*”) como plataforma de dois lados, ver: **Europa (1989, revogada em 2009)**. *Council Regulation 2299/1989*, de 24.07.1989, subsequentemente emendada pelas *Regulations 3089/1993* e *323/1999*. Essa regulamentação setorial foi recentemente revogada pela *Regulation 80/2009 of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on a Code of Conduct for computerized reservation systems*.

203 Sobre o mercado de redes de pagamento por cartão (“*card payment networks*”) como plataforma de dois lados, Europa e Estados Unidos intervieram para suprimir ou reduzir as restrições impostas. Na Europa (2012), inclusive, foi proposta uma regulamentação dos pagamentos nesse mercado na *Commission Green Paper, “Towards an integrated European market for card, internet and mobile payments”, COM/2011/0941 final, 11.01.2012, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions, COM/2013/5503, 24.07.2013*.

204 Sobre o mercado de provedores de serviço de internet (“*internet service providers*”) como plataforma de dois lados, observa-se a tentativa da Comissão Europeia de expressamente regular a denominada “neutralidade das redes” no *European Parliament Resolution of 17 November 2011 on the open internet and net neutrality in Europe, P7_TA-PROV(2011)0511 and Connected Continent legislative package*. Por sua vez, nos **Estados Unidos (2010)** também há a imposição da neutralidade das redes.

205 Sobre o mercado de sites de busca na internet (“*internet search engines*”) como plataforma de dois lados, existe investigação sobre práticas do Google na Europa (**COMISSÃO EUROPEIA, 2010b** e ^{2013a}) e também no Brasil (onde há três casos instaurados para investigar conduta anticompetitiva do Google nesse mercado: o Processo Administrativo 08700.009082/2013-03, que investiga conduta de *scraping*; o Processo Administrativo 08700.010483/2011-94, que investiga a conduta de *search bias* e de restrições de anúncios com foto, em detrimento de sites de comparação de preço; e o Processo Administrativo 08700.005694/2013-19, que investiga restrições à interoperabilidade entre plataformas de busca patrocinada que o Google teria imposto por meio dos Termos e Condições da API do AdWords).

206 Sobre o mercado de registro de nome de domínio na internet (“*internet domain name registration*”) como plataforma de dois lados, houve discussão nos Estados Unidos e na Europa sobre a eficiência ou não da proibição da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)* sobre os riscos concorrenciais da integração vertical das atividades de registro.

207 Sobre o mercado de plataformas de mídia (“*media platforms*”) como plataforma de dois lados, autoridades de concorrência consideram que as empresas que fazem

networks”),²⁰⁸ revistas (intermedeiam leitores e escritores); páginas amarelas (intermedeiam leitores e empresas); *shoppings* (intermedeiam lojas e compradores), *softwares* de publicação (intermedeiam autores e leitores), consoles de *videogame* (intermedeiam jogadores e desenvolvedores), mercados de reposição de peças (“*aftermarkets*”);²⁰⁹ bem como vários tipos de serviços de intermediação, como agências de correspondência e de emprego, casas de leilão, redes de *vouchers* de serviços, sistemas de pagamento, alguns sistemas de telecomunicações, publicações científicas, das redes de pagamento por cartão. **Evans e Schmalensee (2016)** indicam algumas das “*multisided platforms*” mais recentes, como Facebook, Visa, Open Table, Airbnb, Uber, etc., e descrevem seu modo de funcionamento e sucesso.

2. SUPERMERCADOS COMO PLATAFORMAS DE DOIS LADOS: PRESTADORES DE SERVIÇOS PARA CONSUMIDORES FINAIS E PARA FORNECEDORES

Acadêmicos como **Armstrong (2006 e 2007)** e **Berasategi (2014)**, bem como autoridades antitruste estrangeiras, como o **Tribunal Vasco de Defesa de la Competencia (2009)**, a Autoridade Russa de Concorrência (**OCDE, 2009**, p. 201), a **Comissão Europeia (2010c)**, o documento para discussão da **United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2014)** e o documento da **OCDE**

propaganda na plataforma de mídia estão em posição igualitária em comparação com os usuários que leem, escutam ou visualizam a plataforma. No Canadá, inclusive, para a aprovação da fusão entre *Carlton/Granada*, foram impostas regras de proteção contra práticas desleais e discriminatórias.

208 Sobre o mercado de redes de comunicação móveis (“*mobile communications networks*”) como plataforma de dois lados: Europa. *Regulation 531/2012 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012, on roaming on public mobile communication networks within the Union*, que revogou a legislação anterior, *Regulation 717/2007 of the European Parliament and of the Council of 27 June 2007, on public mobile telephone networks within the Community and amending Directive 2002/21/EC*.

209 Sobre os mercados de reposição de peças (“*aftermarkets*”) como plataforma de dois lados, na Europa já se determinou, no mercado automotivo especificamente, a obrigação de acesso não discriminatório a oficinas por parte das fabricantes de peças automotivas para reposição.

(2018), sinalizam no sentido de caracterizar os supermercados como plataformas de dois lados. Similarmente, propõe-se neste artigo que se tenham os supermercados como plataformas de dois lados nas análises concorrenciais, pois preenchem as três características fundamentais desse conceito: (i) a existência de dois grupos distintos que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles; (ii) a existência de externalidades indiretas entre os grupos de consumidores; e (iii) a não neutralidade da estrutura de preço.

Quanto à característica (i) de fornecer produtos e/ou serviços simultaneamente para dois grupos distintos que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles, verifica-se que os supermercados prestam serviços a dois grupos: os consumidores finais e os fornecedores de marcas independentes. Ambos precisam uns dos outros - os consumidores precisam dos produtos e os fabricantes precisam escoar sua produção de produtos de marca independente no mercado -, de modo que o supermercado intermedeia um e outro.

De um lado da plataforma, o supermercado presta serviços aos consumidores finais consistentes na disponibilização de produtos no modelo de negócios *one-stop shopping*. Esse modo de fazer compras influenciou a mudança no padrão de compra dos consumidores, pois permite realizá-las em um só local, com maior variedade de produtos. Também possibilita comparar preços, obter economias de custos e ganho de tempo (por exemplo, decorrente da intensificação do trânsito), evitar riscos com a inflação e usufruir de estacionamento gratuito, entre outras facilidades (FORGIONI, 2008, p. 573). A maior ou menor valorização do modelo *one-stop shopping* pelos consumidores varia de acordo com fatores como tempo, acesso a transporte e habilidade de estocar itens perecíveis até a próxima ida aos supermercados. Assim, mesmo oferecendo esse modelo *one-stop shopping*, nenhum supermercado disponibiliza aos consumidores exatamente a mesma experiência de compra, pois esta resulta da combinação de fatores como localização, preços, seleção (pluralidade de produtos), qualidade

e outras variáveis que afetam a escolha do consumidor (**BASKER e NOEL, 2013**).

Do outro lado da plataforma, o supermercado presta serviços aos fornecedores de marcas independentes. Essa prestação de serviços está relacionada ao acesso à loja e também aos serviços dentro desta, “*access to and competition within supermarket platform*” (**BERASATEGI, 2014**). O preço cobrado pelos supermercados de seus fornecedores é, então, uma tarifa bipartite, exigida não apenas por aderir à plataforma, mas também por usá-la, nos termos de **Filistrucchi, Geradin e Van Damme (2012)**. Esses fornecedores apenas atingirão os consumidores - ou apenas os alcançarão na mesma extensão - se intermediados pela plataforma dos supermercados.

Assim, essa intermediação de transações realizada pelos supermercados a ambos os lados da plataforma, com as demais características a seguir mencionadas, os qualifica como plataforma de dois lados, por seu papel de prestador de serviços *one-stop shopping* aos consumidores e também de prestador de serviços de acesso à e dentro da plataforma aos fornecedores.

Quanto à característica (ii) de existirem externalidades indiretas entre os grupos, tem-se que o valor que um grupo atribui à plataforma de um lado aumenta o número de consumidores do outro lado. Por um lado, verifica-se que os consumidores finais valorizam o supermercado pelo modelo de negócios *one-stop shopping*, que reúne variedade e conforto em uma única localidade, consistente em uma das explicações da emergência global dos supermercados (**RICHARDS e HAMILTON, 2012**). Por outro lado, os fabricantes fornecedores valorizam os supermercados pela habilidade de atrair a maior quantidade possível de clientes, e o maior número de consumidores finais em uma cadeia de supermercados tende a atrair o fornecimento por parte de mais fabricantes de produtos de marca independente (**VIANNINI, 2008**). Assim, quanto maior seu alcance junto aos consumidores finais, maior o poder dos supermercados perante seus fornecedores (**GORDILHO JR., 2012**, p. 51). Essas externalidades indiretas promovidas pelos varejistas, com as demais características supra e inframencionadas,

os qualificam como plataforma de dois lados, pelo valor dado ao *one-stop shopping* pelos consumidores e pelas repercussões geométricas de atração de fornecedores.

Finalmente, *quanto à característica (iii) da estrutura de preço da plataforma* afetar a dimensão das transações, os supermercados alteram a estrutura de preços dos fornecedores aos consumidores finais. Os varejistas tendem a cobrar dos consumidores finais menores preços para enfrentar a concorrência horizontal a jusante. Ao mesmo tempo, porém, tendem a cobrar dos fornecedores taxas e condições de acesso cada vez mais altas, bem como exigir o cumprimento de cláusulas/práticas que aumentam sua rentabilidade. O supermercado atua, então, como um intermediário não neutro no mercado, que altera a estrutura de preços ao longo da plataforma, possuindo a capacidade de defini-los em praticamente ambos os lados (**ARMSTRONG, 2007**). A análise passa a ter contornos ainda mais cinzentos ao se levar em conta o crescimento das marcas próprias, que concorrem com os produtos das marcas independentes dos fornecedores e que podem suscitar alterações ainda mais significativas na estrutura de preços na plataforma. Essa diferenciação na estrutura de preços realizada pelos supermercados a ambos os lados da plataforma, junto com as demais características supramencionadas, os qualifica como plataforma de dois lados, em que os preços menores obtidos pelos supermercados na compra de produtos nem sempre são repassados para os consumidores. Nesse sentido, quanto menor a taxa de transferência dos benefícios, mais importante é a natureza da plataforma como de dois lados (**FILISTRUCCHI, GERADIN e VAN DAMME, 2012**, p. 10).

A evidência de ser o supermercado uma plataforma de dois lados torna os instrumentos tradicionais da análise antitruste inválidos ou, no mínimo, demandantes de reformulação. A visão tradicional dos supermercados como agentes neutros de mercado evolui e dá lugar a um novo paradigma, em que os serviços oferecidos pelos

supermercados transcendem a uma relação comercial²¹⁰ e devem ser vistos sob a ótica dos dois mercados da plataforma.

3. PLATAFORMA DE DOIS LADOS COM CARACTERÍSTICAS DE “GARGALO À CONCORRÊNCIA”

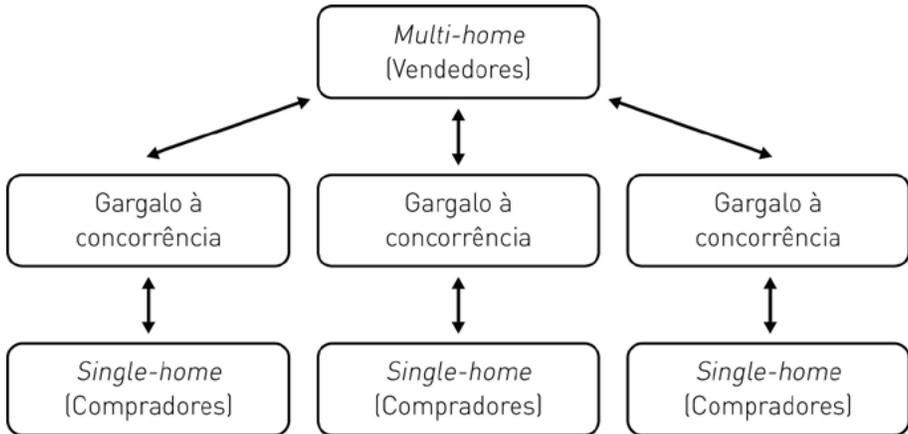
3.1. BREVE TEORIA DO “GARGALO À CONCORRÊNCIA” (“COMPETITIVE BOTTLENECK MODEL”/“GATEKEEPER”)

A teoria do gargalo à concorrência (*competitive bottleneck model*) foi desenvolvida inicialmente por **Armstrong (2006)** em seu artigo sobre plataformas de dois lados que servem a dois grupos diferentes de consumidores. Segundo essa teoria, enquanto um primeiro grupo tem acesso a diversas plataformas (*multi-home*), um segundo tem acesso apenas a uma plataforma (*single-home*). O primeiro grupo, que costuma ser dos vendedores, só consegue acessar o segundo grupo, que tende a ser dos compradores, por meio da plataforma escolhida pelo grupo *single-home*. A plataforma passa, então, a deter o poder monopolista de prover ou não acesso dos *multi-home* aos *single-home*. A plataforma se torna, dessa maneira, um *competitive bottleneck*, ou seja, um gargalo à concorrência, que pode cobrar e explorar o primeiro grupo (*multi-home*) para o benefício - ou não - do segundo grupo (*single-home*).

210 Alguns dos exemplos que justificam a afirmação de que a relação entre supermercados e fornecedores transcende a uma mera relação comercial e passa a ser de intermediação na base de uma plataforma de dois lados. Em um primeiro exemplo, os supermercados alugam espaço em gôndola para os fornecedores, sem necessariamente passar a deter a propriedade dos bens que distribuem. Em outro exemplo, os supermercados começam a alocar produtos de marca própria e de marcas independentes com base em fatores variados, que não apenas preço. Em um terceiro exemplo, os supermercados, além de comprarem os produtos dos fornecedores de marcas independentes após uma negociação bilateral, oferecem outros serviços remunerados, o que faz que a escolha do produto do fornecedor pelo supermercado vá além do preço de compra do produto, e leve em conta - principalmente, a nosso ver - os outros serviços que são por ele prestados e a ele remunerados (“serviços de acesso”, que podem incluir serviços logísticos, serviços de “listagem”, serviços dentro da loja).

A Figura 1, a seguir, ilustra um gargalo à concorrência.

FIGURA1: GARGALO À CONCORRÊNCIA



Nos termos de **Armstrong (2006)**, as plataformas de dois lados com gargalos à concorrência teriam três características principais: (i) operam em mercados concentrados e que possuem algum poder de mercado, ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante; (ii) possuem alto nível de fidelidade dos compradores de um lado da plataforma (*single-home*); e (iii) são capazes de explorar o grupo do outro lado da plataforma (*multi-home*), pois os vendedores precisam de acesso à plataforma para alcançar os consumidores finais de maneira economicamente viável.

O próprio autor alude que sua teoria do gargalo à concorrência é análoga ao chamado “*mixed equilibria*” (**CAILLAUD e JULLIEN, 2003**). Esses autores argumentam que o grupo *single-home* é beneficiado pela plataforma quanto a preços, ao passo que se extrai ao máximo o lucro do grupo *multi-home*, com o que Armstrong concorda. **Rochet e Tirole (2003)** também possuem argumentação semelhante - mesmo que específica para o mercado de cartão de crédito, mas que pode ser aplicada de modo mais abrangente - no sentido de que é característica da teoria do gargalo à concorrência a verificação de que o grupo *single-home* é privilegiado, enquanto os interesses do grupo *multi-home* são ignorados em uma situação de equilíbrio (**ARMSTRONG, 2006**).

Similarmente, Armstrong e Wright (2005) discorrem que, nesses casos de gargalo à concorrência, as plataformas competem agressivamente para atrair compradores (*single-home*). Estes, então, pagam pouco ou até mesmo nada para se registrarem à plataforma, e os lucros são advindos dos vendedores (*multi-home*), que, para acessarem tais compradores, precisam utilizar-se da plataforma. **Grimes (2005)** também denomina essa situação de *gatekeeper power* (**FTC, 2001**), em sintonia com as terminologias mencionadas por algumas autoridades antitruste estrangeiras. Certos mercados são identificados na literatura como gargalos à concorrência, entre eles jornais, agências de turismo (**ARMSTRONG, 2006**)²¹¹ e supermercados, como se passa a expor a seguir.

3.2. SUPERMERCADO COMO “GARGALO À CONCORRÊNCIA” PARA CONSUMIDORES FINAIS E PARA FORNECEDORES

Acadêmicos e autoridades de defesa da concorrência já destacaram a característica dos supermercados como gargalos à concorrência, utilizando para tanto a nomenclatura “*competitive bottleneck*” ou “*gatekeepers*”. Entre os acadêmicos mencionam-se, por exemplo, **Armstrong (2006)**, Savrin *apud* **FTC (2000)**²¹² e **Berasategi (2014)**. Entre as autoridades antitruste estrangeiras citam-se, por exemplo, a Australian Competition and Consumer Commission (**AUSTRÁLIA, 2008**), a Autoridade de Concorrência de Portugal

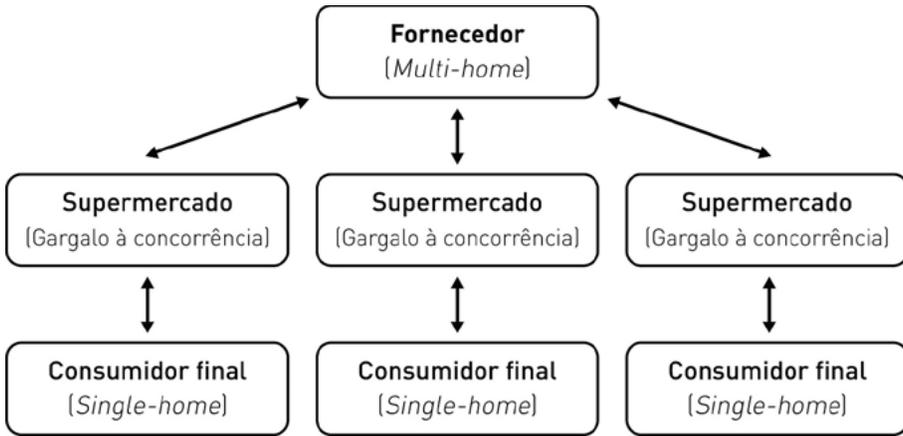
211 As agências de turismo seriam *competitive bottlenecks*, pois os agentes de turismo podem usar apenas um sistema aéreo de reserva (*single-home*), ao passo que as companhias aéreas são forçadas a transacionar com todas as plataformas possíveis para ter acesso aos clientes dos agentes de turismo (*multi-home*) (**ARMSTRONG, 2006**).

212 O autor, em evento organizado pela Federal Trade Commission, em 2000, mencionou a discussão do papel dos grandes varejistas como “*gatekeepers*”, pelo papel exercido tanto com os fornecedores no lado do aprovisionamento quanto com os consumidores do lado da venda. Para essa análise, apontou - mencionando a discussão na União Europeia envolvendo o caso Kesko/Tuko na Finlândia - que do lado do aprovisionamento havia sido realizada análise a respeito da existência de alternativas apropriadas para os fornecedores para as suas vendas aos varejistas.

(PORTUGAL, 2010), a **Finnish Competition Authority (2012, p. 23)**²¹³ e o documento para discussão da UNCTAD (2014).

Similarmente à Figura 1, identifica-se da seguinte maneira o supermercado como um gargalo à concorrência (Figura 2):

FIGURA 2: SUPERMERCADO COMO GARGALO À CONCORRÊNCIA



Propõe-se que os supermercados sejam analisados concorrencialmente como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência, pois preenchem as três características fundamentais desse conceito. Primeiro porque (i) operam em mercados concentrados e possuem poder de mercado, ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante. Segundo porque (ii) têm alto nível de fidelidade dos consumidores de um lado da plataforma (*single-home*). E terceiro porque (iii) são capazes de explorar os grupos do outro lado da plataforma (*multi-home*), pois vendedores precisam de acesso a esta para alcançarem os consumidores finais de maneira economicamente viável.

213 “It acts as a gatekeeper in managing shelfspace and selection and in deciding which products should be marketed”; “Private labels emphasize the role of the trade as a gatekeeper. The trade manages selection, pricing and display. The trade also obtains information on the cost structure of products through the private labels. Considering all these things it may be stated that private labels do not necessarily compete with branded products in a competition neutral way.”.

Quanto ao (i) *poder de mercado*, os supermercados operam em mercado com histórico e tendência de consolidação, cujas práticas comerciais evidenciam o poder destes tanto nos mercados varejistas (venda) quanto nos de aprovisionamento (compra), ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante. A concentração é um importante poder de mercado dos varejistas, mesmo que os percentuais de participação de mercado individualmente considerados sejam abaixo dos níveis de dominância tradicionais.

Quanto à (ii) *fidelidade dos consumidores de um lado da plataforma*, tem-se que os consumidores finais tendem a visitar apenas um supermercado (*single-home*) e tê-lo como um gargalo por diversos fatores cumulados. Os consumidores tendem a se fidelizar a um único varejista por diversos fatores, entre eles: (i) pela restrição das opções de supermercados, tendo em vista a concentração econômica e as barreiras à entrada e à expansão nos mercados locais; (ii) pela redução da percepção sobre diferenças de preços, decorrente da transparência das condições de mercado e também da entrada das marcas próprias; (iii) pela crescente tomada de decisões dentro da loja do supermercado e diante das gôndolas, o que aumenta a influência das práticas comerciais implementadas pelo varejista; e (iv) pela crescente aceitação das marcas próprias pelos consumidores finais.

Ainda, quanto à (iii) *capacidade de explorar o grupo do outro lado da plataforma*, tem-se que os supermercados conseguem estrangular os fornecedores (*multi-home*) que desejam inserir seus produtos nas gôndolas dos supermercados. O modelo exitoso de *one-stop shop* faz que os fornecedores de produtos de marcas independentes não consigam alcançar os consumidores finais senão por meio da plataforma do supermercado. Uma vez acessada a plataforma, diversas variáveis importantes para a competitividade de um produto (como preço, apresentação e *marketing*) são controladas pelos supermercados dentro da loja, que podem influenciar os consumidores finais a favor das marcas próprias, em detrimento das marcas independentes do fornecedor. Em que pese isso, há o risco de retaliações, que deixa os fornecedores sem alternativas razoáveis para escoamento dos seus

produtos senão pelos supermercados, em especial diante de um varejo *on-line* ainda incipiente (**FRIEDERISZICK e GŁOWICKA, 2015**).

Assim, sob a perspectiva dos fornecedores, **Berasategi (2014)** assevera que os produtos de marcas independentes precisam superar pelo menos duas dificuldades para alcançar sucesso no mercado: primeiro, o acesso aos supermercados, para em seguida passar ao segundo, que é a própria aceitação do produto pelos consumidores finais. O acesso a uma rede de distribuição é condição *sine qua non* para um negócio viável da indústria, para que, assim, possa alcançar um número suficiente de consumidores. A aceitação do produto pelos consumidores finais, porém, depende não apenas de suas características intrínsecas, mas também de diversas outras variáveis (como preço, apresentação e *marketing*), que são controladas pelos supermercados dentro da loja. Como já observado, esse mesmo supermercado é não apenas um simples comprador, mas sim um prestador de serviços para acesso à loja, com interesses possivelmente obtusos, em um cenário de marcas próprias. Assim, a superação de ambas as dificuldades depende do relacionamento dos fornecedores com os supermercados, o que dá a estes significativo poder e reforça seu papel de gargalo quase intransponível à concorrência entre produtos de marca. **Bell (2009)** alude que esse gargalo surge tanto em casos de novos produtos, que precisam de uma ampla rede de distribuição para serem capazes de alcançar os consumidores finais e crescer, quanto em casos de produtos existentes, quando qualquer perda repentina de acesso e/ou de vendas para um supermercado específico não é compensada por eventual aumento de vendas para outro supermercado, de modo que a rentabilidade é drasticamente reduzida.

Essa característica de gargalo à concorrência foi mencionada, por exemplo, no caso concreto da fusão entre as redes varejistas finlandesas Kesko/Tuko, analisada pela **Comissão Europeia (1996)**. Nessa análise, foi utilizada a expressão “*gatekeepers*” para representar o poder único que os supermercados, em um cenário pós-operação de concentração econômica, deteriam no mercado. O anúncio da fusão

entre as duas varejistas de alimentos da Finlândia foi realizado em maio de 1996, e, em novembro, a Comissão determinou sua reprovação. Em sua análise, apontou-se que a empresa resultante da fusão teria a habilidade de exercer seu poder de mercado para determinar a extensão do acesso que um fornecedor teria no mercado varejista e em quais termos esse acesso estaria disponível. Esse *gatekeeper effect* seria ainda maior diante da existência dos produtos de marca própria da Tuko, que poderiam ser utilizados como uma ferramenta de negociação em face dos fornecedores para conseguir concessões adicionais, o que poderia servir como uma barreira à entrada e permitiria à empresa adquirente Kesko atuar no mercado varejista sem preocupações com os demais concorrentes. A maioria dos fornecedores - com exceção de multinacionais, que têm marcas altamente reconhecidas dos seus produtos - estaria, então, dependente dos dois supermercados e não seria capaz de resistir ao poder de mercado das compradoras.

Na opinião de **Curtin, Goldberg e Savrin (1998)**, o modo pelo qual a Comissão Europeia analisou essa fusão superou a maneira tradicional - voltada para a perspectiva dos consumidores e dos competidores - e alcançou um novo paradigma, voltado para a perspectiva dos fornecedores das empresas em concentração econômica.

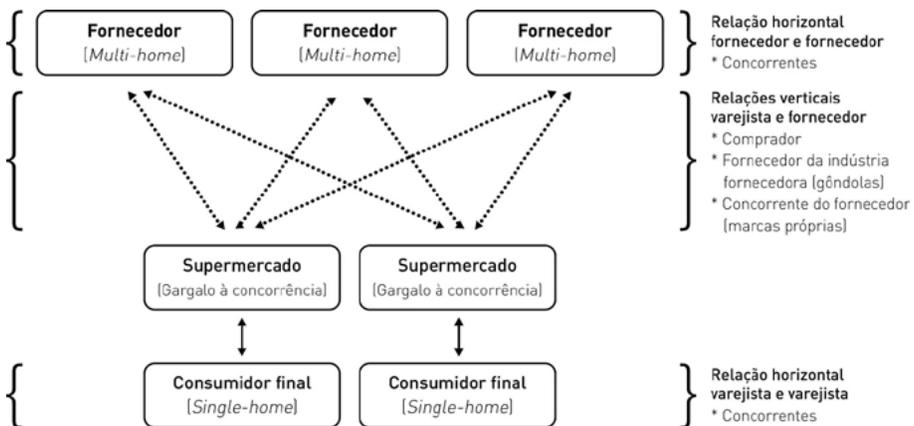
Considerando tanto a doutrina acadêmica quanto a experiência antitruste internacional, propõe-se neste artigo que o supermercado é uma plataforma de dois lados com características de gargalo à concorrência, e que as tradicionais funções por ele exercidas não refletem toda a sua extensão de relações jurídicas, pelo que se passa a expor a seguir.

4. AS RELAÇÕES JURÍDICAS DO VAREJO SUPERMERCADISTA

No contexto de uma moderna análise antitruste que visualiza os supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência, será proposto um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista.

Para além das tradicionais relações horizontais entre varejista e varejista (concorrentes) e fornecedor e fornecedor (concorrentes), e vertical entre varejista e fornecedor (comprador/prestador de serviços de acesso à plataforma), há também dois novos paradigmas “híbridos”²¹⁴ de relação vertical entre varejista e fornecedor que são pouco mencionados: primeiro do supermercado concorrente dos seus fornecedores (detentor de marcas próprias), e segundo do supermercado como fornecedor da indústria fornecedora (detentor do espaço nas gôndolas/prestador de serviços dentro da plataforma). Esses dois últimos paradigmas da relação vertical, por sua vez, podem também ter repercussões horizontais e diagonais. Esse emaranhado de relações jurídicas, possivelmente conflitantes, pode ser observado na [Figura 3](#), a seguir.

FIGURA 3: RELAÇÕES JURÍDICAS DO VAREJO SUPERMERCADISTA



214 Esse emaranhado “híbrido” de relações horizontais e verticais foi estudado por **Lianos (2009, p. 99-124)**. “*The competition assessment of hybrid commercial practices in distribution, such as dual distribution and private labels, unveils the conceptual weakness of the vertical/horizontal dichotomy and the risks of a formalistic approach in characterizing the restraints. The main reason for introducing this dichotomy was the shift towards an effects-based economic oriented approach. The labels, vertical and horizontal, do not, however, always correspond to clear presumptions of anti- or pro-competitive effects and are subject to manipulation. The risk is that competition authorities and courts focus on the vertical or horizontal character of the restriction, instead of examining the actual or potential anticompetitive effects and the economic context of the agreement*”. Outro autor que tratou do tema, especificamente sob a perspectiva da comunidade europeia, foi **Gilo (2009, p. 140-160)**.

4.1. AS RELAÇÕES JURÍDICAS DO VAREJO SUPERMERCADISTA NAS RELAÇÕES VERTICAIS

Diversos acadêmicos, como **Dobson (2005)** e **Gordilho Jr. (2012)**, e autoridades antitruste estrangeiras, como a **Comissão Europeia (2010c)**, apontam no sentido de que os supermercados não podem mais ser vistos como meros compradores no mercado, nos termos da tradicional análise do varejo supermercadista. Em uma moderna visão do setor, considerando o supermercado como plataforma de dois lados com características de gargalo à concorrência, observa-se que, *nas relações verticais entre varejista e fornecedor, o supermercado possui a capacidade de exercer, individual ou conjuntamente, pelo menos três relações jurídicas: comprador/prestador de serviços de acesso à plataforma, fornecedor da indústria fornecedora/prestador de serviços dentro da plataforma e concorrente/detentor de marcas próprias*. No exercício dessas três relações jurídicas, os objetivos do varejista podem não ser coincidentes - ou seja, podem ser conflitantes -, o que pode trazer questionamentos concorrenciais e reforça o papel não neutro desse agente no mercado. Essas três relações jurídicas do varejista com o fornecedor nas relações verticais serão detalhadas a seguir.

4.1.1 VAREJISTA COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS AO FORNECEDOR PARA ACESSO À PLATAFORMA (COMPRADOR DO FORNECEDOR)

A primeira relação jurídica do varejista na relação vertical com os fornecedores é a mais comumente mencionada pela visão tradicional, do supermercado como comprador de produtos de marca independente do fornecedor. Considerando o novo paradigma dos supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência, essa função dissocia-se apenas da sua visão como comprador e alia-se à visão do varejista como prestador de serviços para fornecedores e consumidores finais na plataforma. Isso significa que o supermercado não simplesmente compra o produto,

embute sua margem de lucro e revende, como um simples revendedor. Ele, sob essa moderna visão, tem uma atuação mais abrangente, *de prestador de serviços*, autorizando ou não, em cada caso e a partir do cumprimento ou não de determinadas exigências, que produtos entrem em sua plataforma - ou seja, em suas lojas.

No exercício dessa primeira relação jurídica, o varejista implementa práticas comerciais verticais possivelmente questionáveis em termos concorrenciais, como as transferências de custos e de riscos, a alteração de cláusulas contratuais de modo retroativo e a influência nos fornecedores dos fornecedores.

4.1.2 VAREJISTA COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS AO FORNECEDOR DENTRO DA PLATAFORMA (FORNECEDOR DA INDÚSTRIA FORNECEDORA)

Uma segunda relação jurídica do varejista na relação vertical com os fornecedores diz respeito à sua atuação ao comercializar espaços em gôndolas para a venda dos produtos de marca independente. O supermercado, ao ser o gargalo à concorrência que intermedeia consumidores finais e fornecedores, controla elementos essenciais para o sucesso de um produto (como preço, apresentação e *marketing*), e passa a ser um prestador de serviços dentro da plataforma, ou seja, dentro da loja.

No exercício dessa segunda relação jurídica, o varejista implementa práticas comerciais verticais possivelmente questionáveis em termos concorrenciais, genericamente denominadas pagamentos de taxas e condições de acesso ("*access fees and terms*") para espaço em gôndola, que incluem não apenas os efetivos pagamentos, mas também práticas como a gestão de categorias, relacionadas também ao modo de exposição dos produtos nas prateleiras de suas lojas ("*planogram*").²¹⁵

215 Por "*planogram*" entende-se a representação gráfica do *layout* dos produtos de uma categoria em determinada área (gôndola) da loja (ESPANHA, 2011, p. 93). Ademais,

4.1.3. VAREJISTA COMO CONCORRENTE DO FORNECEDOR (CONCORRENTE DO FORNECEDOR)

A terceira relação jurídica do varejista na relação vertical com os fornecedores surge com a criação das marcas próprias, por meio da qual os grandes supermercados se tornaram um dos concorrentes mais importantes da indústria fornecedora. O varejista deixa de ser um mero distribuidor de produtos aos consumidores e sua atuação como detentor de produtos de marcas próprias o leva, automaticamente, a ser concorrente dos fornecedores detentores de produtos de marca independente. Os incentivos do supermercado, portanto, evidenciam-se ainda mais conflitantes na medida em que, de uma relação vertical, passa-se a repercussões horizontais no mercado.

No exercício dessa terceira relação jurídica, o varejista implementa práticas comerciais verticais possivelmente questionáveis em termos concorrenciais, como aquelas que alteram a dinâmica de acesso à e dentro da plataforma aos fornecedores concorrentes das marcas próprias.

4.2. AS RELAÇÕES JURÍDICAS DO VAREJO SUPERMERCADISTA NAS RELAÇÕES HORIZONTAIS

Além das relações verticais entre varejista e fornecedor, existem no varejo supermercadista as tradicionais relações horizontais entre os agentes econômicos no mercado, que serão abordadas a seguir.

pode ser entendida como a diagramação ilustrativa da localização dos produtos nas gôndolas do varejista, a quantidade de espaço em que o produto será alocado e quantas faces/exposições cada produto vai ter na ilha da categoria (AUSTRÁLIA, 2008, p. 337).

4.2.1 VAREJISTA CONCORRENTE DO VAREJISTA

Uma quarta relação jurídica, na relação horizontal no mercado de varejista (venda), diz respeito ao fato de os supermercados se encontrarem em posição de concorrência horizontal com os demais supermercados. Nesse exercício, os varejistas são capazes de implementar práticas que podem prejudicar a concorrência horizontal.

4.2.2 FORNECEDOR CONCORRENTE DO FORNECEDOR

Uma quinta relação jurídica, na relação horizontal no mercado de provisionamento (compra), diz respeito aos fornecedores que se encontram em posição de concorrência horizontal com os demais fornecedores. A visão antitruste tradicional centra suas preocupações nessa área, considerando as eventuais restrições impostas pelos fabricantes no mercado em termos de oferta no mercado²¹⁶. No exercício dessa quinta relação jurídica os fornecedores são capazes de implementar práticas que podem prejudicar a concorrência horizontal.

CONCLUSÃO

A proposta de uma moderna análise antitruste do varejo supermercadista contempla os supermercados como plataformas de dois lados com características de gargalo à concorrência. Ao adotar essa nova visão, supera-se a análise tradicional segundo a qual os

216 **Borghesani, Cruz e Berry (1998)** apontam que, historicamente, as preocupações concorrenciais se concentravam nas discrepâncias causadas pelos fabricantes no mercado (“*manufacturer push market*”). Porém, de maneira crescente, estar-se-ia observando que a mudança de poder está tendendo sua balança para os varejistas (“*consumer pull market*”). Advertem, no entanto, que as políticas antitruste e seus casos julgados, no entanto, refletiriam apenas o poder dos fabricantes, sem se atentar para essa alteração no jogo de poder.

supermercados seriam agentes neutros no mercado que simplesmente transmitiriam a demanda dos consumidores para os fornecedores, com resultados nulos ou positivos para o mercado, privilegiando-se, portanto, os resultados dinâmicos no mercado de médio e longo prazo, especialmente em um mercado tão afeto ao consumidor, que atende às demandas mais básicas, como alimentação (produtos não duráveis) e bens (produtos duráveis).

Conforme a teoria do “*two-sided platforms*”, plataformas de dois lados possuem três características fundamentais: (i) a existência de dois grupos distintos que precisam um do outro de alguma maneira e que confiam na plataforma para intermediar as transações entre eles; (ii) a existência de externalidades indiretas entre os grupos de consumidores; e (iii) a não neutralidade da estrutura de preço. Por sua vez, essas plataformas de dois lados se configuram como gargalos à concorrência se: (iv) operam em mercados concentrados e que possuem algum poder de mercado, ainda que pela análise tradicional não tenham posição dominante; (v) possuem alto nível de fidelidade/*lock in* dos consumidores de um lado da plataforma (*single-home*); e (vi) são capazes de explorar o grupo do outro lado da plataforma (*multi-home*), pois esses vendedores precisam de acesso à plataforma para alcançar os consumidores finais de maneira economicamente viável.

A evolução da análise antitruste do varejo supermercadista se imbuí do novo paradigma dos supermercados como plataformas de dois lados. De um lado da plataforma, o supermercado presta serviços de *one-stop shopping* aos consumidores finais. Do outro, o supermercado também presta serviços de acesso à e dentro da loja aos fornecedores. A existência desses dois grupos distintos que precisam um do outro e que confiam na plataforma do supermercado para intermediar as transações entre eles marca uma das características fundamentais da plataforma de dois lados. Outro ponto marcante dessa plataforma dos supermercados é a existência de externalidades indiretas entre os dois grupos, uma vez que o valor dos supermercados para os consumidores finais aumenta o seu valor para os fornecedores, e vice-versa. Quanto à característica da não neutralidade da estrutura de preço das

plataformas de dois lados, foi possível notar que os supermercados alteram a estrutura de preços dos fornecedores aos consumidores finais e não são agentes neutros nesse mercado.

Os supermercados, como plataformas de dois lados, também têm características de gargalo à concorrência (“*gatekeepers*”). Estão em mercados concentrados, têm alto nível de fidelidade/*lock in* dos consumidores finais (*single-home*) e são capazes de explorar os fornecedores (*multi-home*).

Nesse contexto, propõe-se um novo modo de compreensão das possíveis relações jurídicas dos agentes no varejo supermercadista. Para além das tradicionais relações horizontais entre varejista e varejista (concorrentes) e fornecedor e fornecedor (concorrentes), e vertical entre varejista e fornecedor (comprador/prestador de serviços de acesso à plataforma), há também dois novos paradigmas “híbridos” de relação vertical entre varejista e fornecedor que são pouco mencionados: primeiro, o paradigma do supermercado concorrente dos seus fornecedores (detentor de marcas próprias), e, segundo, o do supermercado como fornecedor da indústria fornecedora (detentor do espaço nas gôndolas/prestador de serviços dentro da plataforma). A partir da compreensão desses novos paradigmas, o direito da concorrência pode desenvolver novas ferramentas e, assim, alcançar melhores resultados para garantir a concorrência qualitativa e, ao fim e ao cabo, a justiça social, fins constitucionais atribuídos a esse ramo do direito.

INTERFACES ENTRE SEGUROS D&O, ACORDOS DE LENIÊNCIA, TERMOS DE COMPROMISSO E GOVERNANÇA CORPORATIVA

Publicado originalmente em: *Temas atuais de Direito dos Seguros: Tomo II/ Coordenação Ilan Goldberg, Thiago Junqueira. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuteurs Brasil, 2020. Capítulo 15.*

Amanda Athayde

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues

Resumo: Os seguros *Directors and Officers Liability Insurance* (D&O) e os Acordos de Leniência se depararam com o mesmo catalisador na histórica brasileira: a Operação Lava-Jato. A operação aumentou a percepção de risco patrimonial pelos administradores e impactou o ramo D&O: as seguradoras se tornaram mais criteriosas, atualizaram as perdas com a elevada sinistralidade e limitaram coberturas. Por sua vez, a operação também foi o primeiro grande teste para os Acordos de Leniência Anticorrupção (Lei 12.846/2013), tendo se utilizado fortemente dos Acordos de Leniência Antitruste (Lei 12.529/2011). Nesse contexto, o presente artigo busca responder duas perguntas. A primeira delas é a seguinte: a existência de seguro D&O, notadamente aquele contratado pela empresa em benefício primário do administrador, é elemento relevante na tomada de decisão empresarial sobre a propositura de um Acordo de Leniência ou de um acordo subsequente, como um Termo de Compromisso (TC)? Já a segunda pergunta é a seguinte: a existência do seguro D&O pode ser elemento relevante para fortalecer os pilares de efetividade de um Programa de Leniência? Ao final, argumenta-se que o seguro D&O, além de ser capaz de contribuir com a finalidade reparatória e ressarcitória de um Programa de Leniência, é também instrumento relevante nas justificativas estatais de criação desses instrumentos consensuais no direito administrativo sancionador, porquanto atua

como um instrumento de gerenciamento de riscos e de governança corporativa, incrementando a possibilidade de autodenúncia de ilícitos de difícil detecção objeto dos Programas de Leniência.

Palavras-chave: Seguro D&O. Acordo de Leniência. Termo de Compromisso. Governança Corporativa.

Sumário: 1. Do encontro do Seguro D&O e dos Acordos de Leniência no âmbito da Operação Lava-Jato. 2. Da cobertura do Seguro D&O quanto às práticas objeto de Acordos de Leniência e TCs. 2.1. Da cobertura do Seguro D&O quanto às práticas objeto de Acordo de Leniência. 2.2 Da cobertura do Seguro D&O quanto às práticas objeto de TCs: proposta de requisitos 3. Da governança corporativa como elemento de convergência entre Acordos de Leniência e D&O. Considerações Finais

1. DO ENCONTRO DO SEGURO D&O E DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Seguros D&O (*Directors and Officers Liability Insurance*) são “apólices multirriscos de natureza mista”, destinadas à cobertura dos “riscos de administração” em uma sociedade empresarial²¹⁷. O principal efeito jurídico decorrente da contratação do seguro D&O é a transferência de um risco patrimonial a uma seguradora, mediante

217 A SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) classifica o seguro D&O como um ramo específico de seguro de responsabilidade civil, denominando-o como um seguro RC D&O. Não obstante, além de privilegiar a precisão terminológica, é importante diferenciá-los. O seguro D&O é mais amplo que um mero seguro de responsabilidade, prevendo (i) coberturas para a própria companhia tomadora (side C; *entity coverage*), (ii) coberturas atípicas a um seguro de responsabilidade civil (eg., gastos com publicidade, penhora online, indisponibilidade de bens do administrador e dos familiares, multas, extradição etc) e, ainda, coberturas a um amplo leque de responsabilidades (eg., trabalhista, antitruste, tributária, civil etc), assegurando, portanto, uma cobertura genérica ao risco de administrar uma sociedade empresarial. Nesse sentido: LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. **O seguro dos administradores no Brasil: o D&O Insurance brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2013.p. 106-110. Em recente obra, Ilan Goldberg também diferencia o Seguro D&O e o seguro de responsabilidade civil com fulcro na teoria pugliattiana da causa do negócio jurídico. (GOLDBERG, Ilan. **O contrato de seguro D&O**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 154).

uma contraprestação financeira (prêmio), em virtude de eventuais processos de responsabilização (eg., trabalhista, antitruste, tributária, societária, administrativa, civil etc.). O risco patrimonial transferido pode ser tanto dos administradores (*side a*) quanto da própria sociedade (*side b e*, possivelmente, *side c*)²¹⁸.

Acordos de Leniência são instrumentos celebrados entre uma autoridade pública investigadora e um agente privado (seja este uma pessoa jurídica ou física), por meio do qual aquela concede a extinção ou o abrandamento da penalidade aplicável ao agente, recebendo em troca provas e a colaboração material e processual ao longo das investigações²¹⁹. O Programa de Leniência, por sua vez, consiste no arcabouço jurídico que provê incentivos da autoridade pública investigadora para que os agentes privados a procurem para a negociação dos referidos Acordos de Leniência.

Em comum, verifica-se que esses instrumentos se depararam com o mesmo catalisador na história brasileira: a Operação Lava-Jato. Desde 2014²²⁰, essa investigação engendrou um contexto que transformou os arranjos regulatórios dos Acordos de Leniência e dos seguros D&O, que popularizou e iluminou o D&O como a principal garantia patrimonial dos administradores e que impulsionou a procura e a celebração dos Acordos de Leniência disponíveis na legislação brasileira.

218 Há, em síntese, duas coberturas básicas nas apólices D&O: (i) a cobertura A (*side a*), na qual a seguradora se compromete a pagar, em nome do segurado, os prejuízos financeiros resultante de determinado sinistro (art. 5º, *caput*, da Circular SUSEP nº 553/2017); e (ii) a cobertura B (*side b*), na qual a seguradora se compromete a reembolsar à sociedade tomadora os dispêndios realizados em benefício do segurado diante de determinado sinistro (art. 5º, §2º, inc. II, da Circular SUSEP nº 553/2017). Há, ainda, a cobertura C (*side c*), notadamente comercializada no mercado brasileiro como uma cobertura adicional destinada às reclamações relacionadas aos valores mobiliários.

219 ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordo de Leniência no Brasil: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 30

220 Segundo o Ministério Público Federal, a fase ostensiva da operação iniciou em 17 de março de 2014, quando se deflagrou a “primeira fase” da operação. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

Dessa maneira, apesar de permanecer em verdadeiro estado de latência por aproximadamente duas décadas²²¹, a partir da Operação Lava-Jato as apólices D&O se demonstraram imprescindíveis, sobretudo diante do aumento da percepção de risco patrimonial pelos administradores²²². Esse cenário é ilustrado pelos atuais números

221 Entre as razões que, paulatinamente, concorreram à popularização do seguro D&O, destacam-se: (i) a previsão da desconsideração da personalidade jurídica, no Código Civil de 2002, o que fez aumentar a procura dessas apólices por sociedades limitadas, sociedades sem fins lucrativos e instituições financeiras; (ii) a edição da Lei Complementar n. 126, de 15 de janeiro de 2007, que encerrou o monopólio da estatal IRB-Brasil Resseguros S.A.; (iii) a crise mundial de 2008, que aumentou a percepção de risco, por parte dos administradores, quanto à possibilidade de serem responsabilizados pessoal (vg., caso Aracruz S.A. e o Caso Sadia S.A.); e, por fim, (iv) os reflexos da operação Lava-Jato. (FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. **O seguro D&O e a proteção ao patrimônio dos administradores**. 2. ed. São Paulo: Almeida, 2015 p. 79-82).

222 O aumento do risco patrimonial dos administradores é consequência (i) da erosão dos filtros tradicionais de reparação, por um lado, e (ii) do surgimento/recrudescimento de novas hipóteses de responsabilização/penalidades dos administradores. O primeiro aspecto é reflexo, sobretudo, da “crise na responsabilidade civil”, que impacta, nas ações de responsabilidade ajuizadas contra os administradores, o direito societário e o mercado de capitais. Essa crise se notabiliza pela progressiva “erosão dos filtros tradicionais de reparação”, em um contexto de arrefecimento da importância da culpa (ocaso da culpa) e do nexo de causalidade na obrigação de indenizar (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11, 12). Em sentido análogo, Orlando Gomes descreve esse fenômeno como o “giro conceitual da responsabilidade civil” (GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293). Em relação às novas hipóteses de responsabilização/recrudescimento da responsabilidade societária dos administradores, ressaltam-se as alterações da Lei n. 13.506/2017. Esse recente estatuto é encarado pela ABRASCA (Associação Brasileira das Companhias Abertas) como um dos principais motivos pelos quais as seguradoras se tornaram mais criteriosas em novas subscrições de apólices, concorrendo como uma das causas ao período de *hard market* no ramo de D&O (PLOGER, Alfred. *Contrato de Indenidade para as Companhias Abertas*. **Revista RI – Relação com Investidores**, n. 217, 2017. Disponível em: <https://www.revistari.com.br/217/1290>>. Acesso em: 10 jun. 2020.). Além dos fenômenos já descritos, destacam-se, como fator capaz de reforçar o risco patrimonial e a complexidade da administração societária, (i) a ampliação dos destinatários do dever de lealdade (FRAZÃO, Ana. **Função social de empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 343, 345); (ii) o grau de incerteza, generalidade e fluidez do dever de diligência (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa [livro eletrônico]**. vol. 2, 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-9.4); e (iii) a insuficiência da *business judgment rule* no direito brasileiro (PARGENDLER, Mariana. *Responsabilidade Civil dos Administradores e*

no ramo D&O: a sinistralidade saltou de 32%, em 2013, para 152% em 2019, ao passo que os prêmios diretos auferidos pela seguradora aumentaram cerca de 51%²²³. Esses números exemplificam um período de *hard market*²²⁴ nesse ramo: as seguradoras se tornaram mais criteriosas, atualizaram as perdas com a elevada sinistralidade, limitaram e excluíram coberturas²²⁵.

Esse protagonismo do seguro D&O despertou a atenção dos órgãos reguladores. Em 2016²²⁶, a Superintendência de Seguros

Business Judgment Rule no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 953, 2015, p. 51-74). Nesse cenário, a administração de sociedades anônimas se torna um desafio complexo e com elevados riscos patrimoniais, mesmo diante de uma administração leal e diligente.

223 Dados retirados do SES (Sistema de Estatísticas da SUSEP). Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/premiosesinistros.aspx?id=54>. Acesso em: 09 jun. 2020.

224 O mercado de seguros, em geral, é cíclico; e os termos *hard maket* e *soft market* são usados para descrever esse fenômeno. O período de *hard market* é assim definido pelo *International Risk Management Institute*: “in the insurance industry, the upswing in a market cycle, when premiums increase and capacity for most types of insurance decreases. Can be caused by a number of factors, including falling investment returns for insurers, increases in frequency or severity of losses, and regulatory intervention deemed to be against the interests of insurers”. Disponível em: <https://www.irmi.com/term/insurance-definitions/hard-market>. Acesso em: 17 jun. 2020. Para descrever esse ciclo de subscrição de seguros no ramo D&O, destaca-se a seguinte leitura: BAKER, Tom; GRIFFITH, Sean J. Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors’ and Officers’ Liability Insurance Market. **Chicago Law Review**, vol. 74, p. 506, 507. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=909346. Acesso em: 09 jun. 2019.

225 Uma das principais transformações na comercialização dessas apólices, após as denúncias da Lava-Jato, foi a adoção de uma apólice com “riscos nomeados”, afastando-se a apólice “all risks”: “Até então, o que prevalecia no mercado era uma apólice na base ‘allrisks’. Isso significa que tudo aquilo que não está descrito explicitamente no contrato como coberturas excluídas ou ações excluídas é passível de cobertura. Só que com a explosão das denúncias da LavaJato e a recessão da economia, tudo começou a ser questionado, e a Susep passou a apólice de ‘all risks’ para ‘riscos nomeados’, determinando as coberturas.” BUENO, Denise. Lava-Jato provoca mudanças no D&O. **Jornal Valor Econômico**, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2017/03/21/lava-jato-provoca-mudancas-no-d-o.ghtml>. Acesso em: 12 jun. 2020.

226 No dia 14 de outubro de 2016, a SUSEP publicou a primeira diretriz aplicável aos seguros D&O, qual seja a Circular SUSEP n. 541. Não obstante, após diversas críticas das seguradoras, a SUSEP publicou, no dia 23 de fevereiro de 2017, a Circular n. 546, suspendendo por 90 (noventa) dias os efeitos da Circular n. 541. Desse modo, a Circular SUSEP n. 541 sequer chegou a ter eficácia, pois as regras outrora estabelecidas somente se aplicariam para a comercialização de apólices após o dia 01/06/2017 (art. 14).

Privados (SUSEP), ao consignar a necessidade de regulamentação específica desse ramo, publicou a Circular SUSEP n. 553, de 23 de maio de 2017, diferenciando-o dos demais seguros de responsabilidade civil geral. Em paralelo, a Operação Lava-Jato, que impulsionou uma agenda legislativa de combate à corrupção, também impactou profundamente o desenvolvimento dos Programas de Leniência já existentes no Brasil²²⁷.

Na área da defesa da concorrência, o Programa de Leniência Antitruste, existente desde os anos 2000, foi impactado pela Operação Lava-Jato nas negociações e nos acordos celebrados, sobretudo voltados a cartéis em licitações públicas. Segundo dados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), entre o período de 2003 a 2019, 31% de todos os Acordos de Leniência assinados decorreram dos ilícitos investigados no âmbito da Operação Lava-Jato²²⁸ (31 dentre 99 no total). Quando comparados no período de 2015 a 2019, constata-se que 52% dos Acordos de Leniência assinados decorrem desta operação (31 dentre 59).

Posteriormente, após alterações importantes, a SUSEP dispôs da Circular m° 553, em 23 de maio de 2017, que se tornou o principal regramento aplicável à comercialização dessas apólices atualmente.

227 Nesse sentido, ao destacar a importância da coexistência do regime antitruste, da lei anticorrupção e da lei de combate ao crime organizado na detecção e punição de ilícitos, Paulo Burnier e Victor Fernandes destacam que a Lava-Jato (i) ressignificou a importância, sobretudo, da Leniência Antitruste na detecção de cartéis, (ii) colaborou com a proliferação de programas de *compliance* e (iii) apontou desafios que devem ser observados na preservação dos incentivos às futuras propostas de leniência: “In conclusion, the ‘Car Wash’ investigations have transformed the way leniency agreements are perceived in Brazil. The investigations have also fostered significant support for the fight against cartels, in particular big rigging. Follow-up damages claims will also increase, which will require careful legal treatment of documents in order to preserve the proper incentives for future leniency applications. The full effect of these investigations is yet to be determined but certain benefits are already widely observed.” (DA SILVEIRA, Paulo Burnier; FERNANDES, Victor Oliveira. The ‘Car Wash Operation’ in Brazil: Challenges and Perspectives in the Fight against Big Rigging. In: DA SILVEIRA, Paulo Burnier; KOVACIC, William Evan (Coord.). **Global Competition Enforcement: New Players, New Challenges**. West Sussex: Wolters Kluwer, 2019, p. 154).

228 Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>. Acesso em 14 jun. 2020.

Ainda, a Lei n. 12.846/13, que passou a disciplinar o Programa de Leniência Anticorrupção, tornou possível à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública federal, estadual ou municipal celebrar Acordos de Leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pelas práticas dos ilícitos disciplinados nesta lei. Segundo dados da CGU (Controladoria-Geral da União), o programa de leniência foi impactado pela Operação Lava-Jato na medida em que 82% dos Acordos de Leniência celebrados pela CGU em conjunto com a Advocacia-Geral da União (AGU) foram firmados com empresas investigadas na Lava-Jato²²⁹ (9 dentre os 11 no total).

Os efeitos positivos para a sociedade brasileira decorrentes da existência dos Programas de Leniência fomentaram a inserção de novos instrumentos em outras áreas. A Lei n. 13.506/17 inaugurou a discussão dos Acordos de Leniência no Banco Central (BC) e na Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Mais recentemente, a Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), impactando o Programa de Leniência do Ministério Público, inseriu a possibilidade do “acordo de não persecução cível” em relação às infrações administrativas dispostas na Lei n. 8.429/92.

Estabelecida essa convergência entre a Operação Lava-Jato e os dois institutos —o seguro D&O e os Acordos de Leniência—, o presente artigo se propõe a apresentar duas interfaces entre esses instrumentos contratuais. A primeira pergunta que se pretende responder neste artigo é a seguinte: a existência de seguro D&O, notadamente aquele contratado pela empresa em benefício primário do administrador²³⁰, é elemento relevante na tomada de decisão empresarial sobre a propositura de um Acordo de Leniência ou de um acordo subsequente, como um TC? A hipótese seria de que, dadas as

229 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em 14 jun. 2020.

230 O advérbio “notadamente” não é um despropósito, tendo em vista que a Circular SUSEP nº 553/2017 possibilita que esta apólice seja contratada diretamente pelos administradores (pessoa física), conforme art. 4º, §3º. Em que pese essa facultatividade conferida pela SUSEP, cabe destacar que, após monitoramento de Ilan Goldberg, não existe até o momento esse mercado no Brasil (GOLDBERG, Ilan., Op. cit., p. 350).

coberturas dos seguros D&O (*eg.*, indenizações em consequência de processos judiciais e custos de defesa), as empresas se sentiriam mais seguras na propositura e celebração dos acordos.

Para tanto, em um primeiro momento, serão apresentados os limites e as possíveis coberturas do seguro D&O em relação às práticas inseridas nos Acordos de Leniência (Seção 2.1). Em seguida, será apresentada proposta de requisitos para os limites e as possíveis coberturas do seguro D&O em relação às práticas inseridas nos TCs, considerando a natureza das “contribuições pecuniárias” e das “indenizações” pactuadas neste instrumento (Seção 2.2).

A segunda pergunta que se pretende endereçar neste artigo, a partir da resposta anterior, é a seguinte: a existência do seguro D&O pode ser elemento relevante para fortalecer os pilares de efetividade de um Programa de Leniência? A hipótese seria de que os seguros D&O incrementariam a possibilidade de autodenúncia de ilícitos, beneficiando os pilares de eficiência de um Programa de Leniência. Para tanto, à luz da função preventiva da responsabilidade societária²³¹, apresentar-se-á o seguro D&O como um instrumento de gerenciamento de riscos e de governança corporativa, defendendo-se, por conseguinte, que esse instituto é capaz de reforçar a efetividade dos pilares de um Programa de Leniência (Seção 3)

231 O termo é utilizado em analogia à “responsabilidade civil preventiva”. Esse termo é utilizado, por exemplo, pelo professor Ilan Goldberg, a partir do qual ele descreve doutrinariamente a mudança de paradigma na responsabilidade civil (“giro conceitual” ou “erosão dos filtros tradicionais de reparação”), também fundada em uma responsabilidade alicerçada na presunção de causalidade (cf. também apresentado por essa obra na roda de rodapé 4). (GOLDBERG, Ilan., *Op. cit.*, p. 25-58). A finalidade preventiva da responsabilidade a partir da adoção de seguros é descrita também na doutrina norte-americana: TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. D&O insurance: a primer. **American University Business Law Review**, vol. 1, 2012.

2. DA COBERTURA DO SEGURO D&O QUANTO ÀS PRÁTICAS OBJETO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA E TCS

Conforme mencionado, a primeira pergunta que se pretende responder neste artigo é a seguinte: a existência de seguro D&O, notadamente aquele contratado pela empresa em benefício primário do administrador, é elemento relevante na tomada de decisão empresarial sobre a propositura de um Acordo de Leniência (2.1.) ou de um acordo subsequente, como um Termo de Compromisso (2.2.)?

2.1 DA COBERTURA DO SEGURO D&O QUANTO ÀS PRÁTICAS OBJETO DE ACORDO DE LENIÊNCIA

Inicialmente, é necessário o estabelecimento de duas premissas na interface entre o D&O e a finalidade repressiva de um Programa de Leniência. Por um lado, deve-se ressaltar que o debate se restringe apenas à análise das principais coberturas disponibilizadas nas apólices D&O (os custos de defesa e as indenizações)²³². Por outro, deve-se ressaltar que essa resposta perpassa, necessariamente, pela análise da exclusão causal do seguro D&O, uma vez que essas apólices não asseguram coberturas a atos de gestão praticados com dolo ou culpa grave na administração da companhia²³³. Desse modo, nessa interface

232 Notadamente o custo de defesa é a cobertura mais importante nas apólices D&O. Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a crítica de Ilan Goldberg relacionada à redação dessa cobertura na Circular SUSEP n. 553: “Crítica-se a posição adotada pela mesma [SUSEP] quando afirma que ‘a garantia poderá abranger os custos de defesa’. Ora, verificando-se que o custo de defesa é da essência do seguro D&O a norma deveria ter imposto uma obrigação às seguradoras, jamais uma mera faculdade.” (GOLDBERG, Ilan., Op. cit., p. 398).

233 A doutrina aponta que o seguro D&O possui 4 (quatro) tipos de exclusões. Em relação às (i) exclusões subjetivas, as apólices D&O somente asseguram os administradores e, eventualmente, as pessoas contratadas para a realização de atos de gestão; (ii) em relação às exclusões temporais, verifica-se o seguro D&O é uma apólice à base de reclamações, podendo estar sujeito, conforme a contratação, a cláusulas de notificação, a prazos complementares e a prazos suplementares; (iii) já no que tange às as exclusões causais, conforme disposto no texto, verifica-se que o seguro D&O não assegura cobertura a atos de gestão praticados com dolo ou culpa grave na

haverá um diálogo natural entre a exclusão causal nas apólices D&O e a natureza das indenizações e das contribuições pactuadas nos Acordos de Leniência e nos TCs.

Não obstante a Circular SUSEP n. 553 dispor expressamente sobre a exclusão das coberturas a atos dolosos e equiparados (art. 3, inc. XVII, Circular SUSEP n. 553), verifica-se que as próprias apólices se preocupam em exemplificar hipóteses dessa exclusão²³⁴. Dessa maneira, embora não exaustivamente, as apólices D&O dispõem que não asseguram os seguintes ilícitos e condutas: fraude, dolo, simulação, lavagem de dinheiro, evasão ou sonegação fiscal, enriquecimento ilícito, vantagens indevidas, crime contra a ordem tributária, evasão de divisas, peculato, falsidade ideológica, contrabando ou descaminho, falsificação de documentos ou de produtos.

Em respeito à presunção de inocência, as seguradoras, em regra, antecipam os desembolsos com os custos de defesa do segurado, ainda que diante de processos de responsabilização por atos dolosos ou equiparados. Ao final, diante superveniência de sentença definitiva (judicial, administrativa ou arbitral) ou diante da confissão desses ilícitos, os segurados e a sociedade tomadora são obrigados a ressarcir os valores adiantados pela seguradora. Após a Operação Lava-Jato, contudo, algumas seguradoras passaram a introduzir a chamada “cláusula de atos lesivos à Administração Pública”, que permitiu que,

administração da companhia; por fim, (iv) as exclusões geográficas destacam que o seguro D&O, na ausência de coberturas adicionais, não está destinado a assegurar os riscos decorrentes de sinistros em outros países. (GOLDBERG, Ilan., Op. cit., p. 452-517)

234 Nesse sentido, destaca-se cláusula de exclusão da apólice padrão da ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S.A: “5.1.1 Reclamações resultantes de, baseadas em, atribuíveis a, ou em consequência de atos intencionais ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo atribuídos ao Segurado, beneficiário ou representante, de um ou de outro, incluindo, porém não se limitando, à: fraude, dolo, simulação, lavagem de dinheiro, evasão ou sonegação fiscal, enriquecimento ilícito, vantagens indevidas, crime contra a ordem tributária, evasão de divisas, peculato, falsidade ideológica, contrabando ou descaminho, falsificação de documentos ou de produtos, bem como quaisquer outros atos ilícitos dolosos cometidos ou alegadamente cometidos pelo Segurado.”. Disponível em: <https://www.zurich.com.br/-/media/project/zwp/brazil/docs/do-cg/v-2.pdf?la=ptr&hash=50CC11235914EAB29ABF7275A4617BEF>. Acesso em 15 jun. 2020.

ao invés de antecipar os custos de defesa, as seguradoras passassem a reembolsar o segurado pelas despesas contraídas na superveniência de sentença definitiva que o inocente e/ou que afaste a prática de atos ilícitos dolosos ou equiparáveis²³⁵. Trata-se, portanto, de uma alteração na lógica securitária tradicional.

Além dessa condicionante, as seguradoras também se tornaram mais criteriosas, dispondo de cláusulas específicas para exclusão de reclamações decorrentes de ilícitos contra a Administração Pública. É possível mencionar os seguintes exemplos: (i) cláusula específica de exclusão de abuso de mercado; (ii) cláusula específica de exclusão de reclamações de órgãos oficiais (assim entendido como qualquer órgão ou agência governamental ou administrativa com poderes regulatórios, normativos e fiscalizatórios); (iii) cláusula específica de exclusão de coberturas referente a qualquer indenização disposta em Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) ou em Termos de Compromisso (TC); (iv) cláusula específica de exclusão de qualquer indenização decorrente de processos administrativos em Tribunais de Contas; (v) cláusula específica de exclusão de atos lesivos contra a administração pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive custos de defesa; e (vi) cláusula específica de exclusão de reclamações decorrentes de práticas anticoncorrenciais²³⁶.

Dessa maneira, a interface entre os eventuais benefícios administrativos e cíveis nos Programas de Leniência e as coberturas D&O será ontologicamente restrita. Isso porque as infrações inseridas nesses acordos, a depender dos requisitos do instrumento consensual

235 Nesse sentido: “Em vez de antecipar os custos de defesa e determinar o direito à repetição se, ao final, restar reconhecido o dolo do segurado, a cláusula determina a sistemática inversa: demonstrada a condição — inexistência de dolo do administrador por decisão final — a seguradora reembolsará os custos de defesa.” (GOLDBERG, Ilan., *Op. cit.*, p. 507). Esse autor ainda traz um exemplo ilustrativo dessa cláusula em uma apólice, na nota de rodapé 430. A legalidade dessa cláusula pode ser questionada à luz da eficácia irradiante da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal).

236 Para ilustrar os modelos de cláusulas específicas de exclusão, destacam-se as redações modelos da apólice padrão da ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S.A.. Disponível em: <https://www.zurich.com.br/-/media/project/zwp/brazil/docs/do-cg/v-2.pdf?la=ptr&hash=50CC11235914EAB29ABF7275A4617BEF>. Acesso em 15 jun. 2020.

celebrado (seja Acordo de Leniência, seja TC), poderão esbarrar justamente na exclusão causal dessas apólices D&O. Essa constatação se torna clarividente, *eg.*, na medida em que o Acordo de Leniência exige a confissão do signatário, ao passo que o TC demanda tão somente o reconhecimento de participação nos fatos.

Evidencia-se, portanto, que *a natureza do Acordo de Leniência (instrumento de investigação e meio de produção de prova) afasta as coberturas do D&O, uma vez que exige a confissão²³⁷, pelos signatários, da prática de ilícitos dolosos ou equiparáveis*. Essa natureza ontologicamente incompatível entre os institutos se reverbera mesmo no Acordo de Leniência total, na qual a autoridade estatal confere imunidade administrativa ao signatário. Nessa hipótese, a apólice D&O não irá assegurar os desembolsos com a defesa de advogados, ao longo do processo de negociação do instrumento, bem como não assegurará eventuais desembolsos com possíveis condenações de natureza cível subsequentes, dado que não há a quitação integral do dano nesse acordo²³⁸.

Por outro lado, em relação aos TCs atualmente existentes (no Sistema Financeiro Nacional e na Lei Antitruste), há caminho para eventual compatibilização entre os institutos, sobretudo diante da natureza desse instrumento, que é encerrar de forma eficaz e proporcional um processo de responsabilização em face do compromissário²³⁹. Esse diálogo pressupõe parcimônia e equilíbrio,

237 Vide nota de rodapé 28.

238 Nenhum Programa de Leniência confere quitação integração dos danos ao signatário/compromissário. A Leniência Antitruste, por exemplo, expressamente declara o direito de ação que eventuais prejudicados possuem, na defesa de interesses individuais ou individuais homogêneos, na persecução de indenizações em decorrência de perdas e danos suportados, independentemente de inquérito ou processo administrativo (art. 47, da Lei n. 12.529/2011). Em sentido semelhante a Leniência no Sistema Financeiro Nacional (art. 87, §7º, da Circular BC n. 3.857/2017 e o art. 101, §8º, da Instrução CVM n. 607/2019) Proposta de Instrução da CVM) e a Leniência Anticorrupção (art. 16, §3º, da Lei n. 12.846/2013).

239 Nesse sentido: “[...] é importante que se tenha clara a distinção de objetivos de ambos os acordos: os Acordos de Leniência são instrumentos de investigação, ao passo que os Termos de Compromisso são instrumentos de encerramento eficaz e proporcional dos processos em curso no BC e na CVM (à exceção dos casos de infração

capaz de compatibilizar o mutualismo nesse ramo securitário²⁴⁰ e a função repressiva (punitiva e reparatória) da responsabilidade. Para tanto, a seguir serão propostos requisitos para eventuais coberturas securitárias do D&O quanto às infrações objeto de TCs.

2.2 DA COBERTURA DO SEGURO D&O QUANTO ÀS PRÁTICAS OBJETO DE TCS: PROPOSTA DE REQUISITOS

Conforme supramencionado, *uma vez que o Acordo de Leniência exige a confissão, pelos signatários, da prática de ilícitos dolosos ou equiparáveis, afastam-se as coberturas do D&O. Isso não acontece de modo tão evidente nos TCs, ante a inexistência de confissão de ilícitos dolosos ou equiparáveis pelos administradores ou pelas sociedades beneficiárias.* Há, portanto, a possibilidade, em abstrato, de existir a cobertura securitária. Essa cobertura do seguro D&O a (i) multas administrativas (“contribuições pecuniárias”), a (ii) eventuais indenizações impostas (reparação de danos) e a (iii) custos de defesa, no processo de negociação desse instrumento, deve se submeter, porém, a requisitos minuciosos²⁴¹.

grave, nos quais não cabe celebração de Termos de Compromisso no BC).” (ATHAYDE, Amanda., Op. cit., p. 175)

240 Sobre a definição e importância do mutualismo no direito securitário, destaca-se: “Ao efetuar o pagamento do prêmio relacionado a determinado contrato de seguro, deve-se compreender que esta quantia será destinada a um fundo cuja administração deverá ficar a cargo da seguradora. É justamente trabalhando com milhares de pagamentos diferentes, classificados por ramos, grupos, entre outras diversas variantes que as seguradoras terão condições de administrar as suas carteiras, regulando e liquidando os sinistros cobertos. **O mutualismo, assim, relaciona-se diretamente com a chamada ‘Lei dos Grandes Números’, que remete ao cálculo atuarial. A operação técnica do contrato de seguro é examinada a partir de grandes grupos de segurados e de sinistros em série, o que permite ao subscritor do risco analisar, com certa margem de previsibilidade, os acontecimentos futuros, prevenindo, portanto, as chamadas taxas de sinistralidade.**” (GOLDBERG, Ilan. Reflexões a Respeito do Contrato de Seguro. In: CARVALHOSA, Modesto. **Contratos Mercantis [livro eletrônico]**. Coleção Tratado de Direito Empresarial, vol. IV. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, grifo nosso).

241 Art. 5º, da Circular SUSEP n. 553: “Art. 5º. [...] § 5º. A garantia poderá abranger cobertura de multas e penalidades cíveis e administrativas impostas aos segurados quando no exercício de suas funções, no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em

Em síntese, propõe-se no presente artigo que eventual cobertura do seguro D&O a práticas abarcadas por TCs deva pressupor, necessariamente, o seguinte cenário fático:

- i. os compromissários não tenham confessado a prática de atos ilícitos dolosos ou equiparáveis, inclusive em outros instrumentos contratuais sobre os mesmos fatos investigados²⁴²;
- ii. a apólice D&O não disponha de cláusulas específicas de exclusão das coberturas referentes aos “prejuízos financeiros” decorrentes de termos de compromisso;
- iii. o fato e os eventuais ilícitos inseridos no escopo de TCs estejam diretamente relacionados às responsabilidades societárias dos administradores;

suas coligadas”. Do outro lado, deve-se destacar que a Circular SUSEP n. 553 restou silente quanto à cobertura de multas criminais. Sobre a doutrina que busca suprimir essa lacuna, sugere-se a seguinte obra: GOLDBERG, Ilan., Op. cit., p. 444-452.

242 Os Termos de Compromisso no Sistema Financeiro Nacional e no CADE não exige a confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, conforme exegese do art. 11, §6º, da Lei n. 13.506/17 (BACEN); art. 11, §6º, da Lei n. 6.395/76 (CVM); e art. 183, do Regimento Interno do CADE. Nesse sentido, em consideração sobre esse requisito na Leniência Antitruste, destaca-se: “Primeiramente, cumpre ressaltar que a exigência contida no Regimento Interno do Cade do reconhecimento de participação na conduta investigada – exigência esta considerada legítima e confirmada pelos tribunais brasileiros – pode ser interpretada como não representativa, necessariamente, de confissão formal nos moldes criminais (prevista no artigo 64, III, ‘d’ do Código Penal e nos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal). Isso porque a confissão pressupõe o elemento subjetivo do agente (culpa e/ou dolo), com o reconhecimento da imputação legal que lhe é feita no crime, ao passo que o TCC exige simplesmente o reconhecimento de participação nos fatos, sem esse elemento subjetivo. Trata-se, portanto, de forma mais tênue de reconhecimento, que pode ser interpretada como resultante apenas em efeitos administrativos, sem repercussões criminais imediatas. O reconhecimento da participação na conduta investigada, em sede do TCC no processo administrativo, portanto, não poderia ser processualmente utilizado como se confissão formal fosse no processo criminal” (ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. 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 de concorrência**. 1 ed. São Paulo: Singular, 2015. v.1. p. 287-304)

- iv. os ilícitos inseridos no âmbito do TC não estejam relacionados a danos ambientais²⁴³; e,
- v. haja prévia anuência da sociedade seguradora ao termo.

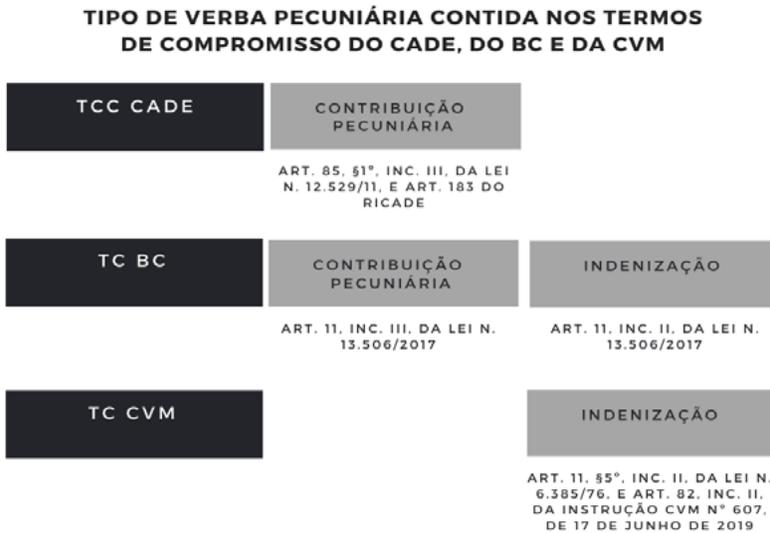
Uma vez disposto os requisitos gerais que, a nosso ver, são capazes de assegurar a observância ao mutualismo e à função social do contrato de seguro e, também, são capazes de colaborar com a efetividade da função reparatória e ressarcitória de Programas de Leniência, deve-se verificar a natureza jurídica das verbas pecuniárias assumidas pelos compromissários nos TCs. A inquirição da natureza jurídica de tais verbas não é importante ao direito administrativo sancionador, uma vez que estas pressupõem um acordo de vontade entre o compromissário e o órgão administrativo. No entanto, perquirir essa natureza jurídica é importante para a construção das “torres de proteção D&O” e dos eventuais (sub)limites de coberturas nessas apólices.

Na busca da natureza jurídica das verbas pecuniárias dispostas nos TCs existentes, deve-se ressaltar que esses acordos possuem nomenclaturas diferentes: (i) os TCs junto ao CADE dispõem apenas de verbas pecuniárias a título de “contribuições pecuniárias” (art. 85, §1º, inc. III, da Lei n. 12.529/11, e art. 183 do RICade); (ii) os TCs junto ao BC dispõem, simultaneamente, de verbas a título de “indenização” (art. 11, inc. II, da Lei n. 13.506/2017) e de verbas a título de “contribuições pecuniárias” (art. 11, inc. III, da Lei n. 13.506/2017); e (iii) os TCs junto ao CVM dispõem apenas de verbas a título de “indenização” (art. 11,

243 As condicionantes (iv) e (v) decorrem das exclusões do seguro D&O, conforme art. 6º, da Circular SUSEP n. 553: “Além de outras exclusões previstas em lei, o seguro de RC D&O não cobre os riscos de responsabilização civil dos segurados em decorrência de: I - danos causados a terceiros, pelos segurados, na qualidade de cidadãos, quando não estiverem no exercício de seus cargos no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, situação que se enquadra em outro ramo de seguro, o seguro de responsabilidade civil geral (RC Geral); II - danos causados a terceiros quando no exercício de profissões liberais, fora do exercício de seus cargos no tomador, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, que são enquadrados em outro ramo de seguro, o seguro de responsabilidade civil profissional (RC Profissional); III - danos ambientais, que são enquadrados em outro ramo de seguro, denominado seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais (RC Riscos Ambientais).”.

§5º, inc. II, da Lei n. 6.385/76, e art. 82, inc. II, da Instrução CVM nº 607, de 17 de junho de 2019). Dessa maneira, a partir das especificidades e das condições da apólice, as “contribuições pecuniárias” – presentes no TCCs junto ao CADE e no TCs junto ao BC – e as “indenizações” – presentes apenas no TCs junto ao BC e à CVM – podem ser inseridas em diferentes (sub)limites para fins de cobertura por parte da seguradora.

Imagem 1 – tipo de verba pecuniária contida nos termos de compromisso do CADE, do BC e da CVM



Fonte: elaboração pelos autores.

Dúvida não parece surgir sobre o enquadramento das indenizações pelos prejuízos provocados (natureza reparatória), no âmbito no âmbito do TC no BC (art. 11, inc. II, da Lei n. 13.506/17) e na CVM (art. 11, §5º, inc. II, da Lei n. 6.385/76). A indenização, no âmbito do processo administrativo sancionador, ainda que com eventual finalidade “intimidatória”, não se confunde com o elemento afitivo ou disciplinar que caracteriza a repressão punitiva das multas

administrativas²⁴⁴. Essas indenizações encontram cobertura expressa e genérica na Circular SUSEP n. 553 (“reembolso das indenizações que forem obrigados a pagar, a título de reparação, [...] por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da sociedade seguradora”) e se aproximam dos pressupostos da responsabilidade civil, sendo destinada, portanto, a reparar eventuais danos sociais ou difusos²⁴⁵ (vg., ao mercado mobiliário, aos direitos dos consumidores ou ao sistema financeiro nacional) e/ou danos patrimoniais individuais em decorrência dos ilícitos inseridos no escopo do termo de compromisso²⁴⁶. Há que se preencher, portanto, os cinco requisitos fáticos supramencionados.

244 Nesse sentido: “De fato, medidas ressarcitórias, ainda que dotadas de finalidades intimidatórias, não podem, pura e simplesmente, ser tratadas como sanções administrativas. Tal é o caso, por exemplo, de medidas fiscais gravosas e de tantas outras que eventualmente ostentem apenas a aparência sancionatória, carecendo, sempre, de algum de seus pressupostos, entre os quais assume vulto o elemento finalístico ou teleológico. **O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito afitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.**” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-2.1, grifo nosso)

245 Sobre a emergência de novos tipos de danos, na responsabilidade civil, dentre os quais o dano social ou difuso, destaca-se: “[...] a nossa tese é bem clara: a responsabilidade civil deve impor indenizações por danos individuais e por danos sociais. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro — danos emergentes e lucros cessantes —, e os morais — caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. **Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral — principalmente a respeito da segurança — quanto por diminuição de sua qualidade de vida.** Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem diminuição da qualidade de vida da população.” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 216, grifo nosso). Note-se, portanto, que os danos sociais são difusos, nos quais as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis (vg., art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor). Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. vol. 2, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 504-515.

246 A título exemplificativo, destaca-se a decisão do colegiado da CVM, de 05.05.2020, na Apreciação de Proposta de Termo de Compromisso, no Processo SEI

Por sua vez, em relação à “contribuição pecuniária” destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) — nos termos dos artigos 85, §1º, inc. III, da Lei n. 12.529/11, e art. 183 do RICade, aplicáveis ao TCC junto ao CADE —, verifica-se que essa verba possui a mesma finalidade e destinação de uma multa administrativa. Isso porque, em uma interpretação sistemática, essas contribuições são calculadas com base na multa esperada pela prática do ilícito (art. 85, §2º c/c art. 37, da Lei n. 12.529/11, e art. 186 do RICade), sendo destinadas ao FDD. O mesmo raciocínio se estende à natureza punitiva da “contribuição pecuniária” no âmbito do TC no BC, conforme exegese do art. 11, inc. III, da Lei n. 13.506/17.

As contribuições pecuniárias estão para as multas assim como as empresas colaboradoras estão para as empresas investigadas/condenadas. Trata-se apenas de nomenclaturas pelas quais o legislador busca afastar eventuais prejuízos à reputação dos compromissários, beneficiando-os pela colaboração com as autoridades administrativas. Dessa maneira, essas “contribuições” devem estar abarcadas no mesmo (sub)limite das multas administrativas nas apólices D&O e, por conseguinte, suscitam um sexto requisito específico para que o Seguro D&O assegure essa cobertura, qual seja a de que:

- i. a apólice D&O destine cobertura para multas e penalidades administrativas aplicadas às pessoas físicas (empregados ou administradores segurados) e às pessoas jurídicas (sociedade beneficiária).

Isto posto, didaticamente, a natureza jurídica das verbas pecuniárias assumidas pelos compromissários nos TCs pode ser exemplificada na tabela abaixo:

n. 19957.004471/2019-34, no qual se pode verificar claramente a reparação de um dano difuso e de um dano patrimonial individual no âmbito do TC junto à CVM. Isso porque, nesse TC analisado, os compromissários passariam a ressarcir, diretamente, (i) os fundos de investimento (dano individual) e, ainda, passariam a reparar os danos difusos ao mercado de valores mobiliário (dano social ou difuso). Disponível em: http://www.cvm.gov.br/decisoes/2020/20200505_R1/20200505_D1790.html. Acesso em: 23 jun. 2020.

Tabela 1 – verbas pecuniárias assumidas nos termos de compromissos

| TERMO DE COMPROMISSO | VERBAS PECUNIÁRIAS | PREVISÃO NORMATIVA | NATUREZA JURÍDICA | COBERTURA D&O |
|--|--|---|----------------------|-------------------------------------|
| Termo de Compromisso de Cessação (TCC) - CADE | “Contribuições pecuniárias” para o FDD | Art. 85, §1º, inc. III, da Lei n. 12.529/11 | Multa Administrativa | Cobertura Específica (6 requisitos) |
| Termo de Compromisso junto ao BC | “Contribuições pecuniárias” | Art. 11, inc. III da Lei n. 13.506/17 | Multa Administrativa | Cobertura Específica (6 requisitos) |
| | “Indenizações” | Art. 11, inc. II, da Lei n. 13.506/17 | Reparação de danos | Cobertura Genérica (5 requisitos) |
| Termo de Compromisso junto à CVM | “Indenizações” | Art. 11, §5º, inc. II, da Lei n. 6.385/76 | Reparação de danos | Cobertura Genérica (5 requisitos) |

Fonte: elaboração pelos autores.

Diante do exposto, ainda que seja bastante estreita a janela de interface entre a finalidade repressiva do Programa de Leniência e o seguro D&O (circunscrita, por conseguinte, apenas às indenizações e às multas eventualmente inseridas nos TCs), essas apólices, sobretudo diante dos receios da CVM em relação ao Contrato de Indenidade²⁴⁷,

247 Os contratos de indenidade invariavelmente são também denominados pela doutrina brasileira como “carta de conforto” (vg. FERNANDES, Jean Carlos; GUERRA, Ricardo Henrique e Silva. O seguro D&O como instrumento de proteção dos administradores de sociedades empresariais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 34, Belo Horizonte, 2018, p. 112-113), o que entendemos que deveria ser evitado, vez que esse instrumento não corresponde à *confort letter* nos EUA. O instrumento utilizado como proteção patrimonial dos administradores no Brasil corresponde, no direito norte-americano, aos *hold harmless letters* ou aos *indemnification agreements*. No Parecer de Orientação n. 38, a CVM define o contrato de indenidade como instrumentos: “[...] celebrados entre as companhias abertas e seus administradores, por meio dos quais as primeiras se comprometem a garantir o pagamento, reembolso ou adiantamento de recursos para fazer frente a determinadas despesas relacionadas a processos arbitrais, judiciais ou administrativos que envolvam atos praticados por seus administradores no exercício de suas atribuições ou poderes.” Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare038.html>. Acesso em 15 jun. 2020.

são importantes na proteção patrimonial dos administradores nos atos de gestão. Dessa forma, ao tempo que a CVM consigna a impossibilidade de a companhia tornar os administradores indenidos pelas despesas decorrentes de TCs²⁴⁸, as apólices D&O, uma vez respeitados os requisitos propostos nesse trabalho, representam um caminho potencialmente fértil para garantir essa proteção. Para deixar mais clara essa estreita janela, apresenta-se a imagem abaixo:

248 A CVM, conforme Parecer de Orientação n. 38, indica que entende que o Contrato de Indenidade não é capaz de assegurar as indenização e despesas decorrentes de atos dos administradores praticados: (i) fora do exercício das atribuições destes; (ii) com má-fé, dolo, culpa grave ou mediante fraude; ou (iii) em interesse próprio ou de terceiros, em detrimento do interesse social da companhia — incluindo neste aspecto as indenizações decorrentes das ações sociais previstas no art. 159 da LSA e ao ressarcimento do art. 11, § 5º, da Lei n. 6385/1976 (termo de compromisso com a CVM). Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare038.html>. Acesso em 15 jun. 2020.

Imagem 2 – coberturas do seguro D&O nos acordos de leniência e nos termos de compromisso: tipo de verba pecuniária e requisitos gerais e específicos



Fonte: elaboração pelos autores.

Portanto, verifica-se que essa interface acaba por infirmar parcialmente a primeira hipótese desta pesquisa. A hipótese inicial era de que, dadas as coberturas dos seguros D&O (eg., indenizações em consequência de processos judiciais e custos de defesa), as empresas se sentiriam mais seguras na propositura e celebração dos acordos. Após os fundamentos apresentados nesta Seção, nota-se que a existência do seguro D&O é um elemento potencialmente relevante à tomada de decisão empresarial de propor tão somente um TC, sendo ontologicamente incompatível com os Acordos de Leniência, uma vez que este exige a confissão de ilícitos dolosos e equiparáveis neste tipo de acordo.

Isto posto, o presente artigo passa a analisar a interface de cooperação entre elementos que justificam a criação de um Programa

de Leniência e as funções de gerenciamento de riscos e de governança corporativa do D&O.

3. DA GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO ELEMENTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE ACORDOS DE LENIÊNCIA E D&O

É inegável que há diversas peculiaridades em cada um dos Programas de Leniência previstos na legislação brasileira, sobretudo no que tange aos objetos jurídicos tutelados. Não obstante, quando o Estado dispõe de um Programa de Leniência, a finalidade precípua é apenas uma: criar um mecanismo capaz de induzir as empresas à conformidade legal, imediatamente após a (auto)descoberta de ilícitos de difícil persecução cível, administrativa e/ou penal²⁴⁹.

Implementar um Programa de Leniência efetivo é criar um arcabouço jurídico que faça com que a administração societária conclua, após detectar um ilícito, que há apenas uma única opção empresarial diligente e viável²⁵⁰: (i) a conformidade com a legislação

249 OCDE. **Use of markers in leniency programmes.** 2014, p. 4. Disponível em: http://www.cade.gov.br/cade_english/topics/leniency-program/publications/2014_ocde_use-of-markers-in-lenieny-programmes.pdf/view. Acesso em: 15 jun. 2016. Nesse sentido: “The main objective of these programmes is to uncover conspiracies that would otherwise go undetected. They elicit confessions, direct evidence about other participants, and leads that investigators can follow for other evidence too. The evidence is obtained more quickly, and at lower direct cost, compared to other methods of investigation, leading to prompt and efficient resolution of cases. To get this information, the parties who provide it are promised lower fines, shorter sentences, less restrictive orders, or even complete amnesty.”

250 Nesse sentido, não propor um Acordo de Leniência ou um acordo subsequente, após a descoberta e apuração dos ilícitos internamente, consubstancia-se, em regra, em uma decisão empresarial negligente (presumindo-se a violação ao dever de diligência disposto no art. 153, da Lei n. 6.404/1976). Por outro lado, se a não proposição desses acordos estiver fundada em interesses pessoais dos administradores (vg., a proteção do administrador envolvido nos ilícitos), evidenciando-se a conivência destes com o ilícito perpetrado pelo administrador faltoso, haverá a violação ao dever lealdade (art. 155, da Lei n. 6.404/1976), incorrendo em responsabilidade pessoal nos termos do art. 158, §1º, da Lei n. 6.404/1976. Em situação análoga, destacam-se as seguintes conclusões da coautora deste artigo: “Those corporate officers hence implicitly allowed an antitrust violation to develop and continue, which exposed the corporation to enormous legal liability. They violated the duty of loyalty established in Article 155 of the Brazilian Corporation Law, since they privileged the Commercial Director’

aplicável; e (ii) a propositura de um Acordo de Leniência ou acordo subsequente à autoridade competente, que terá o condão de arrefecer ou isentar as penas aplicáveis²⁵¹. A efetividade de um Programa de Leniência se consubstancia, ao fim, em uma indução empresarial irresistível à conformidade e à tentativa de a companhia, ao menos, propor um Acordo de Leniência ou um acordo subsequente²⁵².

and not the corporation's interests. In this context, those Financial Director and Vice President of the company A may exceptionally be liable for the unlawful acts of other officers because they acted in connivance with them, as provided in Article 158 paragraph 1st of the Brazilian Corporation Law. [...] This officer's corporate liability would be especially interesting if the Financial Director and the Vice President, learning the antitrust violation, fail to consider the application of the company for the Leniency or the Settlement Programs of the CADE. It is possible to understand that if those corporate officers had taken action immediately upon notice of the wrongdoing, company A could have reached CADE earlier and could have been granted full immunity in the Leniency Program or at least a significant file reduction depending on its arrival time to apply for a settlement." (ATHAYDE, Amanda. Shareholders' Damage Claims Against Company Directors for Antitrust Violations? The Japanese Experience and Possible Lessons to Brazil and Latin. In: DA SILVEIRA, Paulo Burnier (Coord.). **Competition Law and Policy in Latin America: Recent Developments**. West Sussex: Wolters Kluwer, 2017, p. 247, 248).

251 Em sentido semelhante, destaca-se o discurso do ex-procurador-geral adjunto da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ), Scott D. Hammond, em palestra sobre Programas de Leniência realizada pelo *International Competition Network* (ICN), no qual relata sobre os desafios na implementação de efetividade a esses programas: "Creating a program on paper is the easy part. However, implementing an effective leniency program — one that the business community and the private bar have confidence in and will rush to take advantage of — is much harder. Creating an effective leniency program is what I will talk about, and it is really, in essence, the theme of this entire Workshop. How do you build a leniency program that will cause a company to come forward and voluntarily report its participation in a cartel that has gone previously undetected? What inducements and concessions must a competition authority be willing to make to overcome the perceived risks and costs to the company of reporting the violation? How do you create an enforcement regime that causes management to conclude after it discovers a violation that it has but one viable option — the company must self-report and cooperate or face certain and severe penalties?" (HAMMOND, Scott D. Cornerstones of an effective leniency program. **Justice News**, Washington, D.C., nov. 22, 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-lenieny-program>. Acesso em: 14 jun. 2020).

252 Segundo *International Competition Network* (ICN), haveria um consenso entre as autoridades da concorrência de que há, ao menos, três requisitos para o sucesso/efetividade de um Programa de Leniência: (i) alto risco de detecção dos ilícitos pelas autoridades governamentais; (ii) o receio de punições severas e, por fim, (iii) a transparência e previsibilidade em relação à negociação e ao acordo (ICN. Drafting and Implementing an Effective Leniency Program. In: **Anti-Cartel Enforcement Manual**:

É diante da responsabilidade preventiva que se estabelece essa interface entre o seguro D&O e os Programas de Leniência, sobretudo no que tange a duas justificativas estatais para a criação destes: a descoberta de ilícitos de difícil detecção e a eficiência e efetividade na gestão da investigação²⁵³.

Dessa maneira, além de pressupor um equilíbrio entre requisitos legais (interesse público) e benefícios (interesse privado), a efetividade da leniência se condiciona ao desenvolvimento e ao amadurecimento dos parâmetros de governança corporativa. O interesse público na adoção do instrumento contratual aumenta na medida em que as companhias (auto)denunciem ilícitos complexos sequer conhecidos pelas autoridades, racionalizando a gestão administrativa a partir de uma persecução e investigação cada vez mais robusta e menos dispendiosa²⁵⁴. Por outro lado, o interesse público na adoção desses acordos arrefece (e, por vezes, até se torna inexistente) na medida em que as autoridades já detêm notável acervo probatório dos ilícitos cometidos pela companhia.

Drafting and implementing an effective leniency policy - Subgroup 2: Enforcement techniques. May 2009. Cap. 2. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/topics/leniency-program/publications/2009-icn-anti-cartel-enforcement-manual-drafting-and-implementing-an-effective-lenieny-program.pdf/view>. Acesso em: 13 jul. 2020. Esses requisitos para a efetividade de um Programa de Leniência se estendem a todos os demais, não se restringindo à Leniência Antitruste (ATHAYDE, Amanda., Op. cit., p. 63).

253 Didaticamente, esta coautora aponta sete justificativas para a instituição de um Programa de Leniência: (i) aumentar a chance de ilícitos (mormente ilícitos de difícil detecção); (ii) ser instrumento para a obtenção de provas para a investigação; (iii) aumentar a eficiência e efetividade investigativa; (iv) cessar imediatamente a conduta ilícita; (v) permitir, a partir das provas produzidas, a sanção aos demais infratores; (vi) permitir a reparação ou o ressarcimento dos danos decorrentes da prática delitiva; e, por fim, (vii) dissuadir prática ilícitas futuras (“elemento adicional de instabilidade”). Nesse sentido: ATHAYDE, Amanda., Op. cit., p. 29-62).

254 Nesse sentido, sobre o interesse público depositado na possibilidade de a Leniência aumentar a eficiência e efetividade investigativa: “[...] os Programas de Leniência resultam em maior eficiência na gestão administrativa, haja vista que viabilizam uma investigação mais robusta em tempo menor, com menos dispêndio de recursos — humanos e financeiros — e com maior efetividade, aumentando significativamente as chances de se obter melhores resultados na investigação da autoridade.” (ATHAYDE, Amanda., Op. cit., p. 45, 46).

Destaca-se, por exemplo, que, com fundamento nessa colaboração entre a governança corporativa e a efetividade de um Programa de Leniência, que a Leniência Anticorrupção (art. 37, inc. IV, do Decreto n. 8.420/2015) e a Leniência do Ministério Público condiciona a adesão aos acordos ao aperfeiçoamento e à criação de programas de *compliance*^{255,256}. Não há nenhuma autoridade que detenha mais recursos para detectar esses ilícitos do que a própria companhia. Isso requer, não obstante, o desenvolvimento e o amadurecimento da governança corporativa.

No atual desenvolvimento da governança corporativa, notadamente influenciado pela incorporação de mecanismos

255 Nesse sentido: “Este é um diferencial do Acordo de Leniência Anticorrupção [...] e do Acordo de Leniência do MP, uma vez que a adoção de Programas de Integridade não é um requisito obrigatório para os proponentes e signatários dos Acordos de Leniência Antitruste [...] e dos Acordos de Leniência do SFN [...]” (ATHAYDE, Amanda., Op. cit., p. 346).

256 Nesse sentido, o presente artigo adota a relação proposta pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) entre governança corporativa e *compliance*, na qual se aponta que este instrumento deve refletir os princípios básicos de governança corporativa (transparência, equidade, *accountability* e responsabilidade corporativa): “Dessa forma, o sistema de *compliance* deve ser entendido como um conjunto de processos interdependentes que contribuem para a efetividade do sistema de governança e que permeiam a organização, norteando as iniciativas e as ações dos agentes de governança no desempenho de suas funções. Em sua base, devem estar os princípios básicos de governança corporativa apoiados, por sua vez, na prática constante da deliberação ética. Em resumo: de acordo com as melhores práticas de governança corporativa, o *compliance* deve ser tratado sob o ponto de vista da deliberação ética, como mecanismo de cumprimento de leis, normas internas e externas, de proteção contra desvios de conduta e de preservação e geração de valor econômico.” (IBGC. **Compliance à luz da governança corporativa** (Série IBGC Orienta). São Paulo: IBGC, 2017, p. 10)

56 p. Doutrinariamente, destaca-se a definição da professora e advogada Ana Frazão (“[...] *compliance* diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade.” (FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun (Coord.). **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p.18); e o alerta de Alexandre da Cunha Serpa, no qual afirma que “programas de *compliance* não são sobre as leis, mas sim sobre querer seguir as leis” (SERPA, Alexandre da Cunha. **Guia descomplicado: um guia simples e direto sobre Programas de Compliance**. 2016. p. 12).

exigidos pelos segmentos de listagem da B3²⁵⁷, há uma correlação estatisticamente relevante entre as empresas com padrões mais rígidos de governança — listadas no segmento Novo Mercado — e a adoção do D&O (97%)²⁵⁸. Ademais, há uma correlação relevante entre as companhias mais importantes do mercado de capitais brasileiro (integrantes do Ibovespa) e a adoção dessas apólices D&O²⁵⁹. Além

257 Segundo Nelson Eizirik, a incorporação de mecanismos de governança corporativa por exigência dos segmentos de listagem seria uma terceira fase na evolução dos órgãos sociais: “Podemos reconhecer 3 (três) fases na evolução do conselho de administração, em nossa prática empresarial. Num primeiro momento, dada a dificuldade de compreensão de suas reais funções por parte do empresariado, sua composição abrigava predominantemente membros da família do acionista controlador e diretores, justificando as acerbas críticas doutrinárias que existiam no regime legal anterior. Num segundo momento, passou-se a convidar para o conselho também membros externos, ‘independentes, mas não tanto’, usualmente pessoas que já prestavam serviços à companhia, como advogados ou consultores econômicos e financeiros. Atualmente, podemos perceber uma terceira fase, bastante positiva, em que as companhias abertas, seja por imposição do Regulamento de listagem da BM&FBovespa, seja por seguirem as recomendações do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), chamam para integrar seus conselhos profissionais efetivamente independentes, sem qualquer vínculo com os controladores ou com a própria companhia.” (EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada: artigos 138 a 205**. vol. 3, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 23).

258 Segundo o monitoramento anual da KPMG, denominado “A governança corporativa e o mercado de capitais – 14ª edição (2019/2020)”, 97% (noventa e sete por cento) das companhias listadas no Novo Mercado aderem a alguma apólice D&O. Esses números caem para 95% (noventa e cinco por cento), 88% (oitenta e oito por cento) e 67% (sessenta e sete por cento), respectivamente, para as empresas listadas no segmento N2, N1 e no segmento Básico. Esse resultado possui uma margem de erro, visto que não foram todas as empresas que responderam ao questionário ou estão obrigadas a divulgarem essas informações no Formulário de Referência, conforme regulamento da IN n. 480 da CVM. Nesse sentido, das 128 empresas integrantes do NM, 25 empresas não divulgaram a informação (aproximadamente 19%); das 19 empresas que integram o Nível 2, 2 não divulgaram a informação (exatamente 10%); das 26 empresas que integram o Nível 1, 8 não divulgaram a informação (aproximadamente 30%); por fim, das 50 empresas mais negociadas no nível Básico, 24 delas não divulgaram a informação (exatamente 48%). Além disso, o estudo não analisou todas as empresas listadas na bolsa, restringindo-se a análise do Formulário de Referência às companhias que integram o Novo Mercado, N2, N1 e apenas àquelas companhias cujas ações estão entre as 50 mais negociadas no segmento Básico. Dessa maneira, analisaram-se apenas 223 empresas listadas na bolsa em um universo à época de 328 empresas. Disponível em: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2019/12/br-governan%C3%A7a-corporativa.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

259 A partir de consulta ao Formulário de Referência das companhias integrantes da carteira teórica do Ibovespa para o quadrimestre de maio à agosto de 2020, verificou-se que apenas a Bradespar S.A. não possui nenhuma apólice D&O. A carteira do índice

dessa constatação, deve-se ressaltar o potencial que essas apólices possuem em se tornarem verdadeiros mecanismos de gerenciamento de riscos e de governança.

Esse “potencial regulatório” do D&O decorre de elementos essenciais relacionados à empresarialidade das seguradoras, mormente no que tange ao processo de subscrição do contrato de seguro (*underwriting and risk assessment*)²⁶⁰. Esse processo, que caracteriza e qualifica juridicamente as seguradoras, se traduz em um instrumento regulatório capaz de gerenciar os riscos patrimoniais dos administradores e os riscos de violações societárias (traduzidas, ao fim e a cabo, na fixação do prêmio da apólice), tornando a seguradora uma importante gerenciadora de riscos (*insurance as a risk management tool*)²⁶¹. Nesse sentido, o próprio Código Civil brasileiro dispõe de

Ibovespa está disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/indices/indices-amplos/indice-ibovespa-ibovespa-composicao-da-carreira.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

260 Nesse sentido: “A definição de contrato de seguro acolhida pela norma comentada é construída a partir de cinco elementos: garantia, interesse, risco, prêmio e empresarialidade.”. Ainda dispondo sobre a fixação do prêmio e a interconexão com a empresarialidade e ao risco assegurável: “O prêmio é prestação essencial do segurado ou do estipulante. É o preço da garantia. Quem focar a indenização como elemento essencial do seguro – e não a garantia – deparará com absurda desproporção. Uma prestação ínfima (prêmio) e outra agigantada (indenização). Esse equívoco induz à ilusória aleatoriedade e a solução estranhas à comutatividade das relações negociais, ideia esta especialmente cara para o negócio securitário. [...] Com base no conhecimento da regularidade dos sinistros e da intensidade de seus efeitos, pelo estudo do risco, deve ser achado o valor adequado para fazer frente aos eventos (prêmio puro de risco). Tal só é possível por meio de massificação e homogeneização dos riscos, que depende, de forma inafastável, da empresarialidade, elemento adiante comentado.” (TZIRULNIK, Ernesto et al. **O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro**. 3. Ed. São Paulo: Editora Roncarati, 2016, p. 43, 60)

261 A doutrina aponta quatro funções principais ao Seguro D&O. A função econômica é descrita nesse trabalho, e consiste no custeio das indenizações e dos custos de defesa por eventuais ilícitos culposos dos administradores na gestão da companhia. Além de proteger também a companhia (*side c*), o Seguro D&O possibilita que a sociedade empresária invista patrimônio que estaria imobilizado em virtude de eventuais processuais judiciais. Há, ainda, a função desenvolvida neste artigo, qual seja a de gerenciar riscos. Há ainda a função de atrair gestores qualificados. E, por fim, importante doutrina estrangeira relaciona o Seguro D&O ao desenvolvimento da governança corporativa no ambiente empresarial. Essas quatro funções são descritas, por exemplo, em: MENDONÇA, Vinícius de Carvalho P., Op. cit., p. 86-92. Além disso, a doutrina securitária concebe três papéis ao contrato de seguro, o que também pode ser estendido às apólices D&O com alguma parcimônia: (i) o seguro proporcionaria

dispositivos destinados a regular essa ferramenta regulatória de subscrição do risco, com o escopo de possibilitar a fixação dos prêmios adequados (arts. 759, 765 e 766²⁶²).

Além disso, o Código Civil também dispõe de diversas hipóteses nas quais a seguradora pode rejeitar a concessão do seguro²⁶³ (arts.

ao segurado uma sensação de confiança sobre o futuro, arrefecendo a ansiedade sobre o desconhecido (função subjetiva); (ii) o seguro proporcionaria previsibilidade na atividade econômica, transformando riscos imprevisíveis em custos (prêmios) determinados (função objetiva); e, por fim, (iii) o seguro proporciona uma maior segurança social e econômica (função socioeconômica), sendo, ainda, um grande vetor no desenvolvimento econômico. Nesse sentido: “Insurance performs important functions in social life, with both objective and subjective aspects. Objectively it provides a mechanism for solving many of the problems inherent in the unpredictable character of human life. It ensures that if a home burns another will take its place, that if a breadwinner dies prematurely his children will not starve or go without an education, that if a ship sinks its owner and the owners of its cargo may continue in business without the traumatic experience of bankruptcy. In short, it provides a degree of objective certainty in an uncertain world, it converts unpredictable risk to predictable cost, it smooths the path of economic activity. Subjectively insurance gives the buyer confidence that if his home burns he can build another, that if he dies prematurely his children can go to college, or that if his ship sinks he will not need to go through bankruptcy proceedings. In short, insurance also provides the policyholder with a sense of security, a feeling of confidence about the future, a freedom from anxiety about parts of the unknown. The more perceptive spokesmen for the industry recognize this dual role of insurance.” (KIMBALL, Spencer L. *The Purpose of Insurance Regulation: A Preliminary Inquiry in the Theory of Insurance Law*. **Minnesota Law Review**, vol. 2324, 1961. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3323&context=mlr>. Acesso em: 20 out. 2019).

262 Artigos 759, 765 e 766, do Código Civil: “Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco. Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.”.

263 FILHO, Péricles Gonçalves. **Seguro e risco moral: o seguro de responsabilidade civil dos administradores (directors & officers liability insurance) e as ferramentas regulatórias para mitigar o risco moral no contexto corporativo**. 2018. 143f. Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV Direito Rio, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 62, 63.

762, 768 e 769²⁶⁴). Esse mecanismo regulatório de recusa ao seguro (*refusal to insure*) se manifesta por meio do cancelamento, rescisão ou recusa à renovação da apólice existente. Na atual prática empresarial demonstrada na introdução da presente pesquisa, contextualizada pela Operação Lava Jato, na qual a apólice D&O se tornou imprescindível na administração societária, as seguradoras se tornam verdadeiras sentinelas (*gatekeepers*)²⁶⁵. Nessa posição, elas podem determinar quem

264 Arts. 762, 768 e 769 do Código Civil: “Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro. Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato. Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.”

265 Em relação às ferramentas regulatórias dispostas à seguradora na regulação do risco, destaca-se a seguinte obra: BEN-SHAHAR, O.; LOGUE, K. D. *Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard*. **Law & Economics Working Papers**, paper 47, 2012. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1157&context=law_econ_current>. Acesso em 10 nov. 2019. Nesta os autores discorrem sobre algumas ferramentas regulatórias *ex ante* (i. *Underwriting Risk: Differentiated Premiums*; ii. *Deductibles and Copayments*; iii. *Refusal to Insure*; iv. *Coaching Safer Conduct*; v. *Implementing Private Safety Codes*; vi. *Research and Development of Safety Methods*; vii. *Motivating Government Regulation*) e *ex post regulation* (i. *Claims Management*; ii. *Mitigation of Loss*; iii. *Exclusions*; iv. *Ex post Underwriting*). O objetivo dessa obra é estabelecer um diálogo entre duas concepções inerentes ao seguro: por um lado, o conceito de *moral hazard*; por outro, a capacidade regulatória das seguradoras. Em relação, especificamente, à ferramenta regulatória da *refusal to insure*, os autores dispõem: “Some activities will not be undertaken without insurance, either because people are highly risk averse or because insurance is mandated by law or by contract. As a result, insurers have de facto control over access to some primary activities, and can leverage this power to induce safer behavior. For example, insurers often will not issue product liability coverage to a manufacturer who does not have a system in place for maintaining quality control with respect to safety issues, or does not have a program of safety testing its product. Likewise, liability insurers that cover ski resorts require insureds to have their lifts periodically inspected by the insurer’s safety experts as condition of obtaining a policy (which, it- self, is usually a condition for getting a license to operate). A common type of refusal to insure is the cancellation or rescission of, or the refusal to renew, an existing policy. For most property-casualty insurance policies, insurers under state law have 60 days to cancel a new policy for any reason not explicitly prohibited by law, and the right to cancel or rescind the policy anytime if the insured made a material misrepresentation on its application on which the insurer relied. In addition, even if there is no misrepresentation in the application process, insurers can cancel or decline to renew a policy if they determine that an insured has engaged in some activity (or failed to take some safety measure) that results in a material increase in the hazard insured. Finally, through the use of exclusions, insurers refuse to insure particular risks—e.g., intentional ones—for

exercerá as atividades de risco e quais são as atitudes obrigatórias da companhia e do segurado na minimização de riscos e perdas.

As seguradoras são verdadeiras interessadas na prevenção de sinistros (prevenção de violações societárias, no caso) e, por conseguinte, dispõem de ferramentas regulatórias para (i) controlar o risco moral dos administradores²⁶⁶; para (ii) impor obrigações como condições à adesão contratual (*gatekeepers*) e para (iii) cancelar, rescindir ou recusar a adesão/renovação dessas apólices (*refusal to insure*). As seguradoras nesse ramo possuirão vantagens competitivas na medida em que consigam reintroduzir a função dissuasória da legislação societária, subscrevendo adequadamente o risco dessas apólices e evitando a deflagração de sinistros.

Dessa maneira, o seguro D&O, além de atrair e manter profissionais qualificados, de proteger o patrimônio do administrador e de criar uma cultura de risco que permita a inovação empresarial²⁶⁷, torna-se um verdadeiro instrumento capaz de promover o monitoramento e a prevenção do risco e de promover a governança corporativa. A nosso ver, isto certamente aumenta as possibilidades de autodescoberta e, conseqüentemente, de autodenúncias de ilícitos, intensificando o interesse público na adesão de acordos consensuais

which coverage would destroy incentives for care.” (BEN-SHAHAR, O.; LOGUE, K. D., Op. cit., p. 110-112).

266 Sobre a análise da dissuasão do risco moral societário a partir das ferramentas do seguro D&O: AGUIAR RODRIGUES, Matheus Vinícius. **Seguro D&O e Contrato de Indenidade: o controle do risco moral na responsabilidade societária**. 2019. 170f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 101-139.

267 Nesse sentido, sobre a necessidade de proteger o patrimônio do administrador ao estimular uma cultura empresarial de inovação que admita o erro: “Há ainda um último tempero nesse caldeirão de dificuldades que é administrar uma sociedade anônima aberta: nas escolhas dos atos de gestão, o administrador deve ter uma boa dose de aptidão ao risco. **Empresa que não arrisca, não petisca. Diferenciar-se no mercado e inovar no mundo dos negócios requer uma cultura empresarial que admita o erro. Os administradores, na busca do que julgarem ser o melhor interesse da sociedade, não podem ter medo de errar.** Esse nível de aptidão de risco ao qual o administrador escolherá se expor em uma decisão empresarial possui relação direta com as garantias legais e facultativas que a sociedade e o ordenamento jurídico os concedem na gestão societária.” (AGUIAR RODRIGUES, Matheus Vinícius., Op. cit., p. 59)

que tenham por objeto práticas delitivas sequer conhecidas pelas autoridades.

Portanto, verifica-se que essa interface acaba por confirmar integralmente a segunda hipótese desta pesquisa. A hipótese inicial era de que os seguros D&O incrementariam a possibilidade de autodenúncia de ilícitos, beneficiando os pilares de eficiência de um Programa de Leniência. Após os fundamentos apresentados nesta seção, nota-se que há colaboração entre as funções do D&O e as justificativas estatais na criação de um Programa de Leniência efetivo, o que evidencia a convergência entre os interesses público e privado. A existência do seguro D&O, enquanto instrumento de governança corporativa, pode ser elemento relevante para os pilares de efetividade de Programas de Leniência, possuindo, portanto, o condão de concorrer ao incremento da autodenúncia de ilícitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa maneira, extraem-se as seguintes conclusões do presente estudo:

1. Inicialmente, o presente estudo destacou que os institutos analisados se depararam com o mesmo catalisador na história recente brasileira. A Operação Lava-Jato engendrou um contexto social e político que transformou os arranjos regulatórios dos Acordos de Leniência e dos seguros D&O; que iluminou o D&O como a principal garantia patrimonial dos administradores; e, por fim, que impulsionou a celebração dos Acordos de Leniência e acordos subsequentes disponíveis na legislação brasileira.

2. Posteriormente, o artigo demonstrou a interface restrita entre os Programas de Leniência e as coberturas D&O. As infrações inseridas nesses acordos invariavelmente esbarram nas exclusões causais do Seguro D&O. O Acordo de Leniência, por ser um instrumento de investigação (meio de produção probatória), exige a confissão dos signatários em relação aos ilícitos dolosos ou equiparáveis, o que afasta

a cobertura do D&O. Por outro lado, em relação aos TCs existentes (no Sistema Financeiro Nacional e na Leniência Antitruste), o artigo demonstrou que há uma possibilidade estreita para as coberturas D&O assegurarem os desembolsos com as multas administrativas (“contribuições pecuniárias”), indenizações e custos de defesa no processo de celebração desses acordos, desde que preenchidos alguns requisitos.

3.O artigo sugeriu cinco requisitos gerais para a cobertura do D&O assegurar os desembolsos nos TCs: (i) os compromissários não devem confessar a prática de atos ilícitos dolosos ou equiparáveis, inclusive em outros instrumentos contratuais que investigam os mesmos fatos; (ii) a apólice D&O não deve dispor de cláusulas específicas de exclusão das coberturas referentes aos “prejuízos financeiros” decorrentes de termos de compromisso; (iii) o fato e os eventuais ilícitos inseridos no escopo de TCs devem estar diretamente relacionados às responsabilidades societárias dos administradores; (iv) os ilícitos inseridos no âmbito do TC não devem se relacionar a danos ambientais; e, por fim, (v) a seguradora deve anuir previamente ao termo a ser aderido.

4.Em seguida, o artigo passou a perquirir a natureza jurídica das verbas pecuniárias inseridas no âmbito dos TCs existentes no Brasil, sobretudo diante da importância disso para a construção das torres de proteção na apólice D&O. Isso porque as “contribuições pecuniárias” e as “indenizações” podem ser inseridas em diferentes (sub)limites para fins de cobertura por parte da seguradora. Concluiu-se que as “indenizações” têm natureza jurídica de reparação de danos, e estariam cobertas pelo seguro D&O desde que preenchidos os cinco requisitos supramencionados. Por sua vez, as “indenizações” têm natureza de multa administrativa, razão pela qual só serão passíveis de cobertura se preenchido um sexto requisito adicional: (vi) a apólice D&O destine cobertura para multas e penalidades administrativas aplicadas às pessoas físicas (empregados ou administradores segurados) e às pessoas jurídicas (sociedade beneficiária).

5. Na última seção, o presente artigo defendeu que há uma interface potencialmente mais ampla entre o Seguro D&O e os Programas de Leniência. Apresentou-se o seguro D&O como um instrumento de gerenciamento de riscos e de governança corporativa, capaz de reforçar, ainda que indiretamente, a efetividade dos pilares de um Programa de Leniência. Dessa maneira, ressaltou-se que as seguradoras são verdadeiras interessadas na prevenção de sinistros (prevenção de violações societárias, no caso) e, por conseguinte, o Seguro D&O se torna um instrumento capaz de promover o monitoramento e a prevenção do risco e de promover a governança corporativa. Ao fim, defendeu-se que isso aumenta as possibilidades de autodescoberta e, conseqüentemente, de autodenúncias de ilícitos, intensificando o interesse público na adesão de acordos consensuais.

6. Em conclusão às hipóteses desta pesquisa, portanto, verificou-se que a primeira hipótese foi parcialmente infirmada: a existência do Seguro D&O é um elemento potencialmente relevante à tomada de decisão empresarial de propor tão somente um TC, sendo ontologicamente incompatível com os Acordos de Leniência, dada a exigência obrigatória de confissão de ilícitos dolosos e equiparáveis neste tipo de acordo. Em relação à segunda hipótese, o presente artigo apresentou arcabouço teórico capaz de corroborar a hipótese inicial: há uma colaboração entre as funções do D&O e as justificativas estatais na criação de um Programa de Leniência efetiva. A existência do seguro D&O, enquanto instrumento de governança corporativa, pode ser elemento relevante para os pilares de efetividade de Programas de Leniência, possuindo, portanto, o condão de incrementar a autodenúncia de ilícitos.

Amanda Athayde

BUMBLEBEE ANTITRUSTE? A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Publicado originalmente em: *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade / Coordenação: Ana Frazão e Caitlin Mulholland. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.*

Amanda Athayde

Marcelo Guimarães

Resumo: *Bumblebee* se consagrou no filme *Transformers* como um robô inteligente e gigante, capaz de se transformar em carro. Robôs semelhantes a este não em termos físicos, mas sim intelectuais, têm transformado a realidade da economia digital, alterando de forma substancial a vida humana. Muito embora haja inúmeros benefícios decorrentes da adoção da inteligência para a sociedade, seu emprego tem gerado uma série de preocupações, inclusive sob a ótica do antitruste. Nesse contexto, o presente artigo visa a apresentar nossas primeiras reflexões sobre os impactos da inteligência artificial para o Direito da Concorrência no Brasil. Para tanto, inicialmente será feita uma breve revisão de literatura. Em seguida, serão examinadas especificamente as repercussões da inteligência artificial nas condutas colusivas (colusão algorítmica) e unilaterais (discriminação comportamental de preços). Ao final, serão apontados alguns questionamentos, sobretudo sob a seguinte perspectiva: o emprego de máquinas irá realmente transformar as práticas anticompetitivas hoje conhecidas, bem como introduzir novas práticas lesivas à concorrência?

Palavras-chave: inteligência artificial; antitruste; algoritmos inteligentes; direito da concorrência; condutas colusivas; discriminação de preços.

Abstract: *Bumblebee* is an intelligent and giant robot from *Transformers* movie that can transform into a car or a truck. Robots similar to this one, in non-physical terms, but intellectual ones, have

been changing the reality of the digital economy and substantially altering human life. Although it brings countless benefits to society, the use of artificial intelligence has generated a number of concerns, including from an antitrust perspective. In this context, this article aims to present our initial thoughts on the impacts of artificial intelligence on Competition Law in Brazil. To this end, it will present a brief review of the literature on the matter. Then, it will examine the repercussions of artificial intelligence on collusive (algorithmic collusion) and unilateral (behavioral price discrimination) practices. In the end, the paper will indicate some questions, especially under the following perspective: will the use of machines really change the current anti-competitive behavior, as well as introduce new antitrust practices?

Keywords: artificial intelligence; antitrust; intelligent algorithms; competition law; collusive behavior; price discrimination.

INTRODUÇÃO

Quando da concepção do antitruste, há mais de 125 anos, a palavra “robô” sequer existia²⁶⁸. Toda a teoria do direito da concorrência (tanto seus conceitos como seus mecanismos de *enforcement*), portanto, foi fundada tendo como base a ação humana. Essa premissa se mostra evidente quando se pensa nos conceitos básicos do direito antitruste, como o acordo, a desconfiança e o receio de sanções.

Ocorre que as decisões empresariais não são mais, necessariamente, tomadas por seres humanos (ao menos de forma imediata). De fato, a emergência das novas tecnologias, dentre as quais a inteligência artificial, tem mudado de forma substancial a vida humana, encontrando aplicação em variadas esferas²⁶⁹. Assim, ainda

268 MCSWEENEY, Terrell; O’DEA, Brian. The Implications of Algorithmic Pricing for Coordinated Effects Analysis and Price Discrimination Markets in Antitrust Enforcement. *Antitrust*, Vol. 32, No. 1, Fall 2017. pp. 75.

269 MEHRA, Salil K. Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms. *Minnesota Law Review*. v. 100, n. 4, pp. 1323-1375, 2016. pp. 1331-1334.

que produza muitos benefícios sociais, o uso da inteligência artificial também traz preocupações, inclusive sob o prisma da concorrência.

Com os recentes aprimoramentos da inteligência artificial e do *machine learning*, os algoritmos são desenvolvidos para executar automaticamente tarefas repetitivas envolvendo cálculos complexos e processamento de dados que poderiam ser custosos para humanos realizarem²⁷⁰. Nesse sentido, alguns falam até mesmo no “fim da concorrência como conhecemos”²⁷¹, dado que a nova realidade da economia digital exige que certos paradigmas do antitruste sejam repensados²⁷². Isso porque o objetivo primordial da inteligência artificial é justamente ensinar os computadores a fazerem o que, atualmente, os seres humanos fazem melhor que as máquinas²⁷³. Para tanto, algoritmos sofisticados passam a adotar decisões autônomas e aprendem por meio da experiência²⁷⁴. Decisões passam a ser tomadas, então, por *robo-sellers* e algoritmos, de modo que a inteligência artificial parece representar um desafio para o antitruste do século XXI²⁷⁵.

Essa não é mais, portanto, uma discussão de ficção científica²⁷⁶. Se tradicionalmente a única forma de fazer um computador executar

270 ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Algorithms and Collusion* – Background Note by the Secretariat. 9 jun. 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf)>. Acesso em: 04 fev. 2018. p. 6.

271 EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 233.

272 De acordo com Stucke e Grunes, é um mito acreditar que as ferramentas de que dispõem as autoridades de defesa da concorrência atualmente podem endereçar completamente todas questões relacionadas ao *big data* (STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 4-5).

273 DOMINGOS, Pedro. *O Algoritmo Mestre: Como a Busca pelo Algoritmo de Machine Learning Definitivo Recriará Nosso Mundo*. São Paulo: Novatec, 2017. p. 31.

274 EZRACHI, *op. cit.*, p. 71.

275 MEHRA, *op. cit.*, 2016, pp. 1352-1361; WISKING, Stephen; HERRON, Molly. Algorithmic Pricing – The New Competition Law Frontier? *Digital Business Lawyer*, September 2017. Disponível em: <<https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/algorithmic-pricing-the-newcompetition-law-frontier>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

276 CAPOBIANCO, Antonio; GONZAGA, Pedro. Algorithms and Competition: Friends or Foes? *Competition Policy International*, 14 ago. 2017; GAL, Michal S.; ELKIN-KOREN,

uma operação era por meio da criação de um algoritmo²⁷⁷, essa realidade já mudou. Com o desenvolvimento tecnológico, têm emergido os chamados algoritmos de *machine learning* (“algoritmos aprendizes”), que criam por si só outros algoritmos²⁷⁸. Quanto mais dados possuem, mais eficientes os algoritmos aprendizes se tornam em descobrir tudo sozinhos. Dessa forma, os computadores passam a escrever seus próprios programas, sem a necessidade de humanos²⁷⁹. Essa realidade, como se pode imaginar, altera substancialmente a lógica antitruste, fundamentalmente baseada na tomada de decisão humana.

Tal reflexão não está adstrita à academia. Cada vez mais autoridades antitruste pelo mundo têm se dedicado ao estudo da matéria, como nos Estados Unidos²⁸⁰, União Europeia²⁸¹, França

Niva. Algorithmic Consumers. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 30, Number 2, Spring 2017. pp. 310.

277 Nos algoritmos tradicionais, desenvolvia-se um algoritmo com uma entrada e uma saída, de modo que os dados ingressavam no computador e o algoritmo fazia o que era preciso com eles, de modo que um resultado fosse produzido (DOMINGOS, *op. cit.*, pp. 13, 29).

278 Nos algoritmos aprendizes, os dados e o resultado desejado ingressam no computador, sendo criado o algoritmo que transforma um no outro (DOMINGOS, *op. cit.*, pp. 13, 29).

279 DOMINGOS, *op. cit.*, pp. 13, 29.

280 OHLHAUSEN, Maureen K. *Should We Fear The Things That Go Beep In the Night? Some Initial Thoughts on the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing*. Remarks da Acting Chairman da Federal Trade Commission na Antitrust in the Financial Sector Conference. New York, 23 mai. 2017. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220893/ohlhausen_-_concurrences_5-23-17.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

281 VESTAGER, Margrethe. *Algorithms and competition*. Discurso proferido no Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, em Berlin, 16 mar. 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-6-march-2017_en>. Acesso em 12 mai. 2018.

e Alemanha²⁸², Reino Unido²⁸³, Canadá²⁸⁴ e Japão²⁸⁵, além de organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁸⁶. Nesse cenário, o presente trabalho visa a apresentar nossas primeiras reflexões a respeito dos impactos da inteligência artificial para o antitruste.

Inicialmente será realizada uma breve revisão da literatura sobre o tema, (Seção I). Na sequência, serão apresentadas as principais questões levantadas sobre dois aspectos do antitruste: condutas colusivas (Seção II) e discriminação de preços (Seção III). Ao final, serão indicados alguns questionamentos, sobretudo sobre a seguinte perspectiva: o emprego de máquinas irá realmente transformar as práticas anticompetitivas hoje conhecidas, bem como introduzir novas práticas lesivas à concorrência?

282 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. 10 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>

. Acesso em: 15 mai. 2018; ARANZE, Janith. France and Germany team up to study algorithms. *Global Competition Review*, 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1170723/france-and-germany-team-up-to-study-algorithms>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

283 NEWMAN, Matthew. Artificial intelligence could catch antitrust laws flat-footed, CMA's Currie says. *Mlex, Market Insight*, 3 fev. 2017. Disponível em: <<https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/antitrust/europe/artificial-intelligence-could-catch-antitrust-laws-flat-footed-cmas-currie-says>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

284 COMPETITION BUREAU. *Big data and innovation: key themes for competition policy in Canada*. 19 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04342.html>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

285 JAPAN FAIR TRADE COM MISSION; COMPETITION POLICY RESEARCH CENTER. *Report of Study Group on Data and Competition Policy*. 6 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606.files/170606-4.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

286 ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Algorithms and Collusion* – Background Note by the Secretariat. 9 jun. 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf)>. Acesso em: 04 fev. 2018.

1. BREVE REVISÃO DE LITERATURA SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

As repercussões concorrenciais da inteligência artificial têm sido objeto de discussões pela doutrina especializada²⁸⁷. Trata-se de tema bastante recente na doutrina (não apenas nacional, como também internacional), como se passa a apresentar.

Mehra realizou um dos primeiros estudos sobre as implicações das máquinas para o antitruste²⁸⁸. Levando em consideração seu uso crescente pelas empresas de mecanismos de coleta de dados em massa, bem como o poder interconectivo impulsionado pela internet e as vendas mediante algoritmos automatizados, o autor descreve que as vendas tradicionais têm sido delegadas para *robo-sellers*. Essa situação potencializa, segundo Mehra, fragilidades já existentes do antitruste, além de criar novos problemas. O autor ressalta que os *robo-sellers* serão melhores que os humanos em alcançar preços supracompetitivos sem qualquer comunicação, de sorte a provocar, com maior probabilidade, danos aos consumidores. Ademais, os *robo-sellers* não apenas agravariam os problemas de oligopólios, potencialmente conferindo a firmas individuais o incentivo de aumentar preços mesmo na ausência de coordenação, como também permitiriam que os cartéis fossem mais prováveis de se formar e mais estáveis e duradouros.

287 Destaque-se que a presente revisão de literatura não é exaustiva, tendo-se centrado nos principais escritos sobre a temática, os quais têm servido de base para as pesquisas e reverberado nos demais escritos sobre a matéria. Além de consulta aos principais periódicos científicos, serviram como guia a lista de bibliografia desenvolvida por Ritter (RITTER, Cyril. *Bibliography on Antitrust and Algorithms*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2982397>>. Acesso em: 09 fev. 2019) e por Pohlmann e Schütte (POHLMANN, Petra; SCHÜTTE, David. *Algorithms As Cartel Infringements – A Bibliography*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3200004>>. Acesso em: 09 fev. 2019).

288 MEHRA, Salil K. De-Humanizing Antitrust: The Rise of the Machines and the Regulation of Competition. *Temple University Legal Studies Research Paper No. 2014-43*. Ago. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2490651>>. Acesso em: 09 fev. 2019. Posteriormente este estudo foi publicado como MEHRA, Salil K. Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms. *Minnesota Law Review*, Vol. 100, Issue 4, 2016. pp. 1323-1375.

Nesse contexto, Mehra apresenta uma reflexão sobre o direito da concorrência e sua habilidade em lidar com essas novas práticas, sobretudo tendo em vista que, de regra, o paralelismo consciente não é punível, o que impediria que as condutas das máquinas fossem controladas pelo antitruste. Após discutir uma série de possíveis soluções para o direito concorrencial se adaptar ao novo desafio dos *robo-sellers*, o autor conclui que uma opção sub-ótima, ou seja, um “*second-best*” talvez fosse a mais adequada. Trata-se da implementação da regulação jurídica do comportamento empresarial por meio dos programas regulatórios consumeristas já existentes a respeito da coleta de dados, da privacidade e da discriminação de preços.

Ezrachi e Stucke também adentraram na temática, e elaboraram um dos estudos mais relevantes sobre a matéria²⁸⁹. Os autores destacam que os mecanismos de preço, ao modificarem-se para “algoritmos de preço computacionais”, alteram substancialmente as formas de colusão até então conhecidas pelo direito da concorrência. Isso porque se passa de um mundo onde executivos expressamente coludem (ou seja, um mundo em que a premissa do “acordo” é necessária para o antitruste) para uma nova realidade, em que algoritmos de preço continuamente monitoram e ajustam-se aos preços dos concorrentes e dados do mercado²⁹⁰, ao melhor estilo *machine learning*.

Sob esse prisma, os autores apresentam sua proposta de como o *direito* antitruste pode ser, ainda assim, aplicado nesse novo ambiente empresarial computadorizado. Para tanto, são explorados quatro cenários nos quais a inteligência artificial pode fomentar práticas concertadas. Na primeira hipótese (*Messenger*), Ezrachi e Stucke

289 EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015*; *University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267*, posteriormente publicado como EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2017, No. 5, 2017. pp. 1775-1810. Este artigo também serviu de base para a seção respectiva do livro EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

290 Nas palavras de Ezrachi e Stucke, a colusão passa de “*smoke-filled hotel rooms*” para “*vapor-filled data centers*” (EZRACHI, *op. cit.*, 2016, p. 29)

explicam que há a utilização de algoritmos para implementar e/ou monitorar um acordo expresso entre concorrentes. Já no segundo cenário (*Hub and Spoke*), os autores indicam que se usa um mesmo algoritmo como *hub* para determinar os preços de mercado de agentes concorrentes. Por sua vez, no terceiro cenário, denominado *Predictable Agent*, Ezrachi e Stucke sinalizam que cada concorrente adota um algoritmo de preço independente, que é codificado para continuamente monitorar e ajustar preços com base em variações do mercado, levando a um paralelismo consciente sem qualquer acordo prévio entre os competidores. Finalmente, os autores apresentam o quarto cenário, chamado de *Digital Eye*, em que os algoritmos, com maior capacidade de processamento de dados e uso de inteligência artificial, passam a decidir autonomamente os meios de otimizar os lucros, levando a resultados anticompetitivos²⁹¹.

Ezrachi e Stucke explicam que as duas primeiras hipóteses (*Messenger* e *Hub and Spoke*), apesar de apresentarem particularidades, não desafiam de fato a lógica do direito da concorrência, eis que os algoritmos apenas funcionam como um meio para a realização do comportamento anticompetitivo humano. Por sua vez, as duas últimas hipóteses (*Predictable Agent* e *Digital Eye*) parecem não ser facilmente respondidas pelo atual *toolkit* do antitruste. Isso porque, segundo os autores, nesses casos inexistente qualquer acordo humano entre os concorrentes, de sorte que o paralelismo consciente pode fazer tais condutas não serem suscetíveis, *a priori* e sob a ótica tradicional, a contestação por autoridades concorrenciais. Além disso, em termos de *enforcement*, tais instrumentos de inteligência artificial não estariam sujeitos aos mecanismos tradicionais, como prisão e multas pecuniárias, o que poderia ter impactos em termos de dissuasão futura. Os autores ressaltam, ainda, que a separação entre as ações dos

291 Para interessante estudo acerca da aplicação desses quatro cenários no Brasil, veja COELHO, Maria Camilla Arnez Ribeiro. Algoritmos, colusão e “novos agentes”: os quatro cenários de Stucke e Ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira. In MACEDO, Agnes et al. (org.) *Mulheres no Antitruste* – Vol. I. São Paulo: Singular, 2018. pp. 117-131.

algoritmos e de seus designers e operadores pode acarretar problemas relevantes no que se refere à atribuição de eventual responsabilidade²⁹².

Ezarchi e Stucke adentram, outrossim, em outras possíveis repercussões concorrenciais da ascensão da internet, do *big data*, dos algoritmos computacionais, da inteligência artificial e do *machine learning*²⁹³. Nesse sentido, investigam a expansão da propaganda comportamental e o uso da tecnologia avançada para empreender discriminações comportamentais quase-perfeitas. Segundo os autores, é possível que a inteligência artificial faça uso das inúmeras informações que são coletadas das pessoas (*big data*) para cobrar preços diferentes a consumidores distintos, o que produz graves efeitos anticompetitivos.

Ballard e Naik²⁹⁴, por sua vez, também destacam a progressiva habilidade dos algoritmos e da inteligência artificial em monitorar e estabelecer preços, o que tem crescido em sofisticação, efetividade e independência do envolvimento humano. Segundo os autores, o aperfeiçoamento nessa seara tem sido tanto que nem mesmo os criadores dos algoritmos poderiam apreciar *ex ante* todas as capacidades da inteligência artificial.

Nesse sentido, Ballard e Naik destacam que os algoritmos de preço já são hábeis para adotar comportamentos que, caso praticados por humanos, seriam considerados condutas paralelas ilícitas. Seria possível, assim, identificar uma colusão entre os algoritmos de preço de empresas concorrentes, o que não seria muito diferente de um cartel praticado por humanos. Os autores ressaltam, porém, que os

292 Vejam-se algumas reflexões iniciais sobre a questão, com foco no direito brasileiro, em: 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: 17 mai. 2018.

293 EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

294 BALLARD, Dylan I.; NAIK, Amar S. Algorithms, Artificial Intelligence, and Joint Conduct. *Competition Policy International, Antitrust Chronicle*, Volume 2, Spring 2017. pp. 29-35.

casos antitruste envolvendo algoritmos de preço investigados até o presente momento trataram de casos envolvendo seres humanos efetuando tradicionais acordos de fixação de preço e implementando-os por meio de algoritmos. Não teria havido ainda discussão a respeito de um comportamento coordenado de robôs. Apesar de tais casos não terem apresentado problemas a respeito da detecção e do material probatório, Ballard e Naik sinalizam que tal situação deve vir a se modificar no futuro, já que condutas conjuntas de robôs serão possivelmente distintas, mais difíceis de detecção, mais efetivas e mais estáveis. Logo, concluem os autores que essas mudanças tecnológicas podem exigir atualizações do ponto de vista do direito antitruste, tanto material como processual.

Capobianco e Gonzaga, a seu turno, asseveram que o desenvolvimento do *machine learning* e dos algoritmos de preço tem levado as empresas a adotarem novas e sofisticadas estratégias para implementar acordos anticompetitivos fora do “radar” das agências antitruste. Embora acreditem que seja exagerado afirmar que os algoritmos computacionais irão mudar dramaticamente tudo o que se conhece sobre a concorrência, os autores demonstram que não se pode ignorar os sinais claros de que os mercados estão mudando, com consequências imediatas para a política de defesa da concorrência.

Os autores concluem que a situação dos elaboradores de políticas públicas é bastante delicada, tendo em vista que, apesar de a inação apresentar riscos, também a intervenção excessiva pode ser perigosa. Isso porque o desenvolvimento da economia digital tem resultado em ganhos extraordinários para os consumidores, de modo que uma atuação regulatória incisiva sobre a inteligência artificial pode representar barreiras substanciais à concorrência, permitindo substituir a colusão por formas ainda mais lesivas ao processo competitivo. Assim, Capobianco e Gonzaga entendem que é preciso alcançar uma abordagem balanceada a respeito da inteligência artificial, que permita, de fato, proteger a concorrência em mercados digitais.

McSweeney e O’Dea²⁹⁵, por sua vez, destacam que os “criadores” do direito antitruste ficariam surpresos pelas tecnologias cada vez mais poderosas e autônomas. Algoritmos, *machine learning* e inteligência artificial têm tido um papel de destaque nos comportamentos competitivos das empresas, de modo que podem aportar benefícios significativos aos consumidores, em que pese também poderem apresentar novos desafios para as autoridades de defesa da concorrência. Ressaltam, por exemplo, os riscos de os algoritmos facilitarem colusões expressas, bem como levarem a colusões tácitas entre concorrentes. Visto que as novas tecnologias tornam mais provável a interação coordenada, os autores defendem que os aplicadores do antitruste tenham um foco especial nos efeitos coordenados quando da análise de atos de concentração. Ademais, asseveram que pode ser necessário repensar os conceitos focados no ato humano, como a ideia de “acordo” do antitruste. Os autores realçam que essas novas tecnologias podem produzir formas cada vez mais sofisticadas de discriminação de preços, o que também pode ensejar mudanças no método usado no controle de concentrações, eis que tendem a reduzir o escopo do mercado relevante sob a ótica do produto.

Já Petit²⁹⁶ sintetiza as três principais afirmações do que chama de “literatura sobre antitruste e inteligência artificial”, quais sejam: (i) os algoritmos ampliam as instâncias em que formas já conhecidas de condutas anticompetitivas ocorrem, como colusão expressa e tácita e discriminação comportamental; (ii) os algoritmos vão acarretar novas formas de comportamentos anticoncorrenciais referentes a dimensões distintas do preço, como captura de dados e coopetição entre superplataformas, as quais vão desafiar a doutrina já estabelecida do antitruste; e (iii) por trás da fachada de concorrência dos algoritmos, os consumidores estão imersos em transações explorativas.

295 MCSWEENEY, *op. cit.*, pp. 75-81.

296 PETIT, Nicolas. Antitrust and Artificial Intelligence: A Research Agenda. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, No. 6. pp. 361-362.

Nesse contexto, o autor faz um alerta para o exagero das conclusões das pesquisas acadêmicas até então desenvolvidas, sugerindo que os estudos não consideram os potenciais efeitos desestabilizadores dos algoritmos nas condutas anticoncorrenciais. Petit também aduz que os escritos fazem previsões com base em suposições estritas, sendo preciso uma pesquisa mais ampla para entender se elas são, de fato, robustas. Dessa forma, segundo o autor, antes de os cenários descritos pela literatura sobre inteligência artificial serem integrados às políticas públicas, é preciso uma maior discussão, com a realização de testes para provar se aquelas afirmações merecem efetiva preocupação.

Nesse mesmo sentido, Schwalbe²⁹⁷ afirma que a literatura da ciência da computação sobre cooperação entre algoritmos, bem como pesquisas da economia sobre colusão em oligopólios indicam que a coordenação (e, mais especificamente, a colusão tácita) entre robôs é mais difícil de ocorrer do que a literatura jurídica costuma pressupor. O autor aponta estudos demonstrativos de que algoritmos aprendem a se comunicar apenas de modo muito limitado, de sorte que as máquinas ainda estariam longe de serem capazes de alcançar um resultado colusivo. Desse modo, o autor aduz que os problemas associados à colusão algorítmica residem ainda no domínio da ficção científica, de modo que não é uma preocupação relevante para o antitruste. Assim, Schwalbe defende que os recursos escassos das autoridades de defesa da concorrência sejam aplicados em problemas mais relevantes, como o abuso de posição dominante por grandes plataformas *online*.

Diante de posições acadêmicas tão fortes e conflitantes, o tema foi considerado prioritário e, em 2017, o Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) organizou uma *roundtable* para discutir os benefícios e riscos do crescente uso de algoritmos pelas empresas para aperfeiçoar seus modelos de precificação, personalizar seus serviços, prever

297 SCHWALBE, Ulrich. *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*. Junho de 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232631>. Acesso em: 07 fev. 2019.

tendências de mercado e otimizar processos²⁹⁸. No debate realizado, foram destacados que os algoritmos e a inteligência artificial aportam ganhos relevantes para a sociedade (tanto para as empresas como para os consumidores), apesar de em algumas circunstâncias poderem acarretar preocupações concorrenciais.

A OCDE identificou dois riscos principais: (i) os algoritmos poderiam tornar os mercados mais propenso à colusão, ao modificarem características estruturais como transparência e frequência das interações; e (ii) os algoritmos poderiam substituir a colusão expressa pela coordenação tácita, ao fornecer às empresas ferramentas automáticas para implementar acordos colusivos sem qualquer comunicação direta. Diante dessas preocupações, constatou-se que apesar de o direito da concorrência poder endereçar o cenário da colusão explícita, as regras atuais encontrariam maior dificuldade de utilização para lidar com as formas de colusão tácita pura, de modo que alguns dos conceitos fundamentais do antitruste podem ter de ser repensados.

Nesse contexto, a OCDE asseverou que as autoridades de defesa da concorrência devem agir com cautela, sem que sejam obstaculizados os investimentos e as inovações nos mercados digitais, independentemente de adaptarem as ferramentas já existentes do antitruste ou desenvolverem novas medidas alternativas para lidarem com os desafios impostos pelos algoritmos e pela inteligência artificial.

Diante de todo o exposto, constata-se que os algoritmos trazem, em princípio, inúmeros efeitos pró-competitivos, tanto no âmbito da oferta como no da demanda. Em relação à oferta, o uso de algoritmos permite que as empresas otimizem suas estratégias econômicas de forma instantânea. Já no lado da demanda, eles possibilitam o incremento da qualidade das escolhas, que podem ser tomadas de forma mais rápida, sofisticada e menos custosa e tendenciosa²⁹⁹.

298 Todos os documentos que serviram de apoio para a discussão encontram-se disponíveis em: <<http://www.oecd.org/competition/algorithms-and-collusion.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

299 GAL, *op. cit.*, pp. 318-322; OECD, *op. cit.*, pp. 12-16; ŠMEJKAL, Václav. Cartels by Robots – Current Antitrust Law in Search of an Answer. *InterEULawEast: Journal for*

Nessa perspectiva, com base na abundante coleta e análise de dados, os algoritmos, de forma autônoma e em tempo real, efetuam decisões referentes a preços e produção com base nas condições de mercado (inclusive a flutuação de preços dos concorrentes e as preferências dos consumidores), funcionando como verdadeiros *robo-sellers*³⁰⁰. Desse modo, o crescimento do uso de algoritmos para fixação de preços, sobretudo com o incremento e aperfeiçoamento da inteligência artificial, pode melhorar o mercado, criando novas formas de comércio e concorrência. Ora, com algoritmos de preço analisando e respondendo em tempo real a um volume de dados outrora inimaginável, o mercado se tornaria mais dinâmico, transparente e com menos barreiras à entrada, de sorte que os problemas concorrenciais tradicionais (como colusão, monopólio e discriminação de preços) seriam raros na economia digital³⁰¹.

Todavia, embora os benefícios dos algoritmos sejam indiscutíveis, os riscos concorrenciais (dentre inúmeros outros possíveis efeitos perniciosos) que eles podem trazer podem ser mais sérios e reais do que muitos imaginam³⁰². Nesse sentido, a sequência deste trabalho analisará especificamente duas possíveis repercussões concorrenciais da inteligência artificial: a colusão algorítmica (Seção II) e a discriminação comportamental de preços (Seção III).

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CONDUTAS COLUSIVAS: A COLUSÃO ALGORÍTMICA

No que concerne a condutas conclusivas empreendidas por algoritmos inteligentes, este tem sido o principal foco das pesquisas acadêmicas envolvendo concorrência e inteligência artificial, sendo

the International and European Law, Economics and Market Integrations, Vol. IV, Issue 2, Dec. 2017. p. 6.

300 MEHRA, *op. cit.*, 2016, pp. 1334-1337; OECD, *op. cit.* p. 14.

301 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, p. 23.

302 Idem. pp. 83-143.

indicadas como problemas sérios a serem enfrentados pelo antitruste na nova realidade.

Tal como assentado na doutrina antitruste tradicional, a maior transparência do mercado e a frequência de interações são consideradas elementos facilitadores de cartéis. Na economia digital, considerando que o mercado é mais transparente não apenas pela quantidade de informações disponíveis, como também pela capacidade dos algoritmos de realizarem previsões e reduzirem incertezas estratégicas, nota-se que os mecanismos de monitoramento e retaliação a eventuais deserções de acordos colusivos são mais facilmente executáveis, ocorrendo, inclusive, de forma autônoma³⁰³.

Outrossim, ao fornecer às empresas ferramentas para monitorar preços, implementar políticas comuns e enviar sinais ao mercado ou otimizar lucros conjuntos, os algoritmos podem permitir que os agentes econômicos alcancem os mesmos resultados de cartéis *hard core* tradicionais, mas por meio da colusão tácita. Nesse sentido, os algoritmos de preço podem aumentar o poder de oligopolistas de cobrarem preços supracompetitivos, sem que haja qualquer interação formal entre os concorrentes³⁰⁴. Diante disso, tendo em vista que a fixação de preços passa a ser realizada por computadores, e não mais por humanos, as condutas colusivas também se alteram. Como visto, vive-se um período de transição, em que se passa de um mundo onde executivos expressamente concertam-se para um no qual os algoritmos facilitam a colusão³⁰⁵.

A inteligência artificial, conjugando sua grande capacidade de obter e processar volumes de dados em tempo real e sendo capaz de possuir uma visão ainda mais ampla e detalhada do mercado, com

303 OECD, *op. cit.*, pp. 18-22; ŠMEJKAL, *op. cit.*, pp. 3-4. Vale ressaltar, contudo, que o impacto dos algoritmos sobre outros elementos facilitadores de cartéis, como o número de agentes no mercado e as barreiras à entrada, ainda é ambíguo (CAPOBIANCO, *op. cit.*).

304 SALCEDO, Bruno. Pricing Algorithms and Tacit Collusion. *Pennsylvania State University Working Paper*, 2015. Disponível em: <<http://brunosalcedo.com/docs/collusion.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018; MEHRA, *op. cit.*, 2016, pp. 1339-1351; OECD, *op. cit.* pp. 33-35; ŠMEJKAL, Václav. *op. cit.* pp. 4-5.

305 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 29-30.

reações imediatas a iniciativas competitivas e implementação de estratégias dinâmicas, pode expandir a colusão tácita para além do preço, de mercados oligopolísticos e de fácil detecção. Trata-se do já comentado cenário do *Digital Eye* dos autores Ezechachi e Stucke, em que os algoritmos passam a decidir autonomamente os meios de otimizar os lucros, levando a resultados anticompetitivos. Os algoritmos não mais operam por meio de sequências lineares, portanto, mas como supostas *black boxes*³⁰⁶.

Sob esse prisma, um *robo-seller*, que atua por meio de uma profunda coleta de dados, *machine learning* e algoritmos de preço, não terá a habilidade de comunicar-se diretamente com outro *robo-seller* da mesma forma que as pessoas fazem³⁰⁷. Nesse cenário, os humanos podem se descolar das decisões estratégicas dos algoritmos (inclusive aqueles que eventualmente criaram os algoritmos), não tendo conhecimento se, como ou durante quanto tempo os algoritmos têm coludido tacitamente, de sorte a inexistir qualquer prova de um *animus* anticoncorrencial³⁰⁸. Assim, a inteligência artificial pode vir a causar danos à concorrência de uma forma muito mais eficiente que qualquer humano jamais aspirou fazer³⁰⁹.

Caso implementada tal colusão, questiona-se a efetividade do antitruste. Isso porque, tradicionalmente, os diversos ordenamentos jurídicos exigem prova, ainda que indireta, de alguma comunicação entre concorrentes (humanos) para que se considere existir um cartel. Essa comunicação tem como base a premissa já mencionada do “acordo” entre competidores, não se considerando ilícita a colusão tácita se inexistir um *plus fator*³¹⁰.

Nesse sentido, muitos defendem que o *toolkit* de que as autoridades de defesa da concorrência dispõem não é hábil para lidar com as condutas coordenadas pela inteligência artificial. Com efeito,

306 Idem. p. 71.

307 MEHRA, *op. cit.*, 2016, pp. 1359-1360.

308 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, p. 78.

309 CAPOBIANCO, *op. cit.*

310 MEHRA, *op. cit.*, 2016, pp. 1359-1360.

várias podem ser as dificuldades enfrentadas para tratar desse tipo de conduta colusiva sem o contato humano, tanto no que se refere à prevenção quanto à detecção e ao *enforcement*³¹¹.

Apesar do relativo consenso sobre a gravidade dos problemas concorrenciais que podem surgir no enfrentamento aos cartéis empreendidos pela inteligência artificial³¹², não existe qualquer unanimidade sobre qual seria a melhor solução para combater tais práticas. Pelo menos quatro são as alternativas apresentadas pela doutrina especializada para endereçar esses riscos concorrenciais.

Primeiramente, há alternativa drástica de sustentar que os *robosellers* deveriam ser proibidos de operar, devendo-se aplicar a regra de análise de uma ilicitude *per se*³¹³. Todavia, essa solução mostra-se, a nosso ver, inadequada pelo seu excesso. Isso porque a automatização de decisões empresariais pode ser bastante eficiente, produzindo inúmeros benefícios concorrenciais ao auxiliar empresários a tomarem decisões de forma melhor e mais rápida, com uma grande redução de custos, bem como ao permitir a inovação com utilidade aos consumidores³¹⁴.

Uma segunda alternativa, menos drástica do que a primeira, seria instituir pequenas alterações na legislação, como a proibição de ajustes automáticos de preço pelos agentes econômicos mais de uma vez em menos de 24 horas ou a criação de uma nova conduta anticompetitiva para enquadramento de práticas abusivas dos *robosellers* (como, por exemplo, um abuso de excessiva transparência de

311 SCHWALBE, *op. cit.* p. 24.

312 Ressalte-se, entretanto, que a questão está longe de ser pacificada, havendo discussões acaloradas sobre a matéria. Nesta linha, como já aduzido quando da revisão de literatura, parcela dos estudiosos defendem que a colusão algorítmica é muito mais difícil de ser alcançada do que tem sido imaginado, de sorte que não se trata de uma preocupação concorrencial relevante (SCHWALBE, Ulrich. *op. cit.*).

313 Sobre as distinções entre a regra da razão e a ilicitude *per se*, veja-se MENDES, Francisco Schertel. *O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades*. 2012. 109 fls. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14731/1/2013_FranciscoSchertelMendes.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2018. pp. 60 e ss.

314 MEHRA, *op. cit.*, 2016, pp. 1361-1363.

mercado ou um paralelismo algorítmico anticoncorrencial)³¹⁵. A nosso ver, porém, trata-se ainda de intervenção excessiva do Estado na esfera da tomada de decisão privada.

Uma terceira alternativa seria considerar o uso de determinados algoritmos como *plus factors*. Dessa forma, caso sejam detectados movimentos coordenados de preço em um dado mercado por empresas que se utilizam dos mesmos algoritmos ou de um mesmo centro de processamento de dados de terceiro, restará caracterizado um ilícito antitruste³¹⁶. Contudo, essa postura parece ser restrita, pois se concentra unicamente naqueles casos (menos problemáticos) em que os algoritmos são apenas um instrumento nas mãos de humanos (notadamente os dois primeiros cenários descritos por Ezechachi e Stucke: *Messenger e Hub and Spoke*)³¹⁷. A nosso ver, portanto, seria uma alternativa ineficaz para os casos de efetiva ação da inteligência artificial.

Por fim, uma quarta alternativa, menos interventiva, tende a se centrar na advocacia da concorrência, incentivando os agentes econômicos a adotarem “melhores práticas” na codificação das máquinas, isto é, no sentido de que o *design* dos algoritmos fosse desenvolvido para impedi-los de praticar condutas que produzam efeitos anticompetitivos. A nosso ver, porém, trata-se de hipótese de baixo índice provável de eficácia, e até mesmo de difícil execução técnica, notadamente levando em conta o *machine learning*, que permite que a máquina aja de forma não necessariamente idealizada inicialmente pelo seu criador³¹⁸.

Como se pode notar, portanto, o endereçamento às práticas colusivas, em que pese as alternativas existentes, não parece consensual, o que evidencia a necessidade imperiosa de aprofundar o exame para refletir se de fato alguma ou um conjunto delas

315 ŠMEJKAL, *op. cit.*, p. 12.

316 CAPOBIANCO, *op. cit.*

317 ŠMEJKAL, *op. cit.*, pp. 11-12.

318 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 79-80; MEHRA, *op. cit.*, 2016, p. 1371; ŠMEJKAL, *op. cit.* p. 13; GAL, *op. cit.* p. 351.

pode representar uma modelagem adequada para a preocupação concorrencial ora examinada.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CONDUTAS UNILATERAIS: A DISCRIMINAÇÃO COMPORTAMENTAL DE PREÇOS

No que concerne a condutas unilaterais, as inquietações da doutrina antitruste centram primordialmente na discriminação comportamental de preços. A discriminação de preços ocorre quando produtos ou serviços similares, que possuem o mesmo custo marginal de produção, são vendidos por um agente econômico a preços diferentes para compradores (ou grupos de compradores) distintos, com base no *quantum* que cada um deles está disposto a pagar por cada produto ou serviço (o denominado “preço de reserva”)³¹⁹.

A discriminação de preços costuma ser classificada pela literatura especializada em discriminação de primeiro grau/perfeita e discriminação de terceiro grau/imperfeita³²⁰. Na discriminação perfeita, a empresa cobra de cada cliente o preço máximo que ele está disposto a pagar. Nesse caso, o vendedor maximiza seus lucros pela captura de todo o excedente do consumidor. Já na discriminação imperfeita, o agente econômico segmenta os consumidores em categorias mais amplas (conforme características comuns daqueles), às quais são cobrados preços diferentes. Nessa hipótese, ainda que o agente econômico não se apodere de todo o excedente do consumidor, o vendedor detém quantia maior àquela que capturaria caso o preço fosse fixo³²¹.

319 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Price Discrimination - Background note by the Secretariat. 13 out. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf)>; Acesso em: 25 jul. 2018. p. 6; EZRACHI, *op. cit.*, 2016, p. 85.

320 Por sua vez, a discriminação de segundo grau é aquela por meio da qual uma empresa estabelece preços distintos para versões diferentes do produto. Nesse caso, a discriminação é indireta, visto que é o próprio comprador quem realiza a escolha da versão e não o vendedor (OECD, *op. cit.*, 2016, p. 7).

321 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 85-88; OECD, *op. cit.*, 2016, p. 7.

Nesse contexto, com o aperfeiçoamento dos algoritmos inteligentes, sobretudo em decorrência da intensificação do *big data* e do *data mining*, os agentes econômicos passam a ser capazes de melhor prever as preferências e os comportamentos dos consumidores³²². Desse modo, as empresas ficam cada vez mais próximas do “preço de reserva”³²³ dos indivíduos, sendo capazes de segregá-los em grupos cada vez menores, com base em sensibilidade ao preço e comportamento de compra similares³²⁴.

Logo, a implementação de formas de discriminação de preços mais sofisticadas, muito mais próximas daquele cenário inicialmente teórico da discriminação perfeita, já é uma realidade³²⁵. Trata-se da discriminação comportamental de preços, pela qual a inteligência artificial combina o *big data* com a economia comportamental, cujos postulados estabelecem que a vontade humana é imperfeita e suas decisões são variáveis e até imprevisíveis³²⁶. Por meio do rastreamento dos dados pessoais dos consumidores, portanto, são identificados os vieses, sensibilidades, hábitos e desejos dos indivíduos. A seu turno, tais informações podem ser utilizadas pela inteligência artificial para manipular as pessoas por meio dos seus vieses cognitivos e tendências

322 Ressalte-se que a obtenção dos dados dos consumidores ocorre por variadas formas (como por meio de cartões de fidelidade, registros de compra, wi-fi, reconhecimento facial, sinais emitidos por smartphones), frequentemente sem o conhecimento das pessoas (EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 94-96).

323 Relembre-se que “preço de reserva” refere-se ao *quantum* que cada um dos consumidores está disposto a pagar por cada produto ou serviço.

324 Invoca-se, nesse sentido, o surpreendente caso da Target, que rastreia os consumidores por meio de programas de fidelidade, tendo descoberto em 2012 que uma adolescente estava grávida antes de seu pai, com base em uma fórmula que levava em consideração cerca de 25 produtos adquiridos (EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 92-93).

325 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 90-96. Os autores ressaltam, porém, que a discriminação perfeita não parece provável de ser implementada mesmo num futuro próximo. Ora, para a determinação do preço de reserva seria necessário não apenas o acesso a uma infinidade de dados das pessoas, mas também a previsão das decisões das pessoas, que muitas vezes são variáveis e imprevisíveis. Assim, questiona-se se um computador, por mais sofisticado que seja, será de fato capaz de determinar o preço de reserva das pessoas.

326 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. pp. 513-515; THALER, Richard H. *Misbehaving: The Making of Behavioural Economics*. London: Penguin Books, 2016. pp. 257-260.

psicológicas, cobrando de cada consumidor um preço mais próximo do que ele está disposto a pagar, bem como levando-o a adquirir produtos de que não necessita ou que não deseja³²⁷. Assim, há um aumento do lucro dos agentes econômicos, com o incremento do consumo (modificando a curva da demanda para a direita e discriminando os adquirentes) e a conseqüente redução do excedente do consumidor³²⁸, pelo menos em termos econômicos.

Sob esse prisma, a prática de discriminação comportamental de preços pode configurar, segundo a doutrina do direito da concorrência, um ilícito antitruste. Para tanto, é preciso examinar, por meio da regra da razão³²⁹, se os efeitos anticompetitivos (efetivos ou potenciais) produzidos no mercado por aquelas condutas superam as eventuais eficiências geradas. Ocorre que os efeitos da discriminação comportamental de preços são ambíguos e variáveis de acordo as condições específicas de cada mercado³³⁰.

Por um lado, a discriminação comportamental de preços pode ser pró-competitiva, com a produção de eficiências e ganhos de bem-estar social. Por exemplo, tal comportamento pode ser uma resposta “racional” das máquinas para o aumento do *output*, facilitando a recuperação de altos custos fixos, de modo a assegurar que os agentes econômicos operem lucrativamente e tenham incentivos para investir em inovação³³¹.

Por outro lado, pode acarretar inúmeros efeitos anticoncorrenciais. Com efeito, discriminações em geral podem ser lesivas quando levam à exploração dos consumidores (cobrando preços maiores e provocando o aumento do consumo), à exclusão de concorrentes, ao aumento de barreias à entrada ou à expansão e à manutenção de outras práticas abusivas ou exclusionárias, o que

327 AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Pescando Tolos: A Economia da Manipulação e Fraude*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. pp. 7, 45-53.

328 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 101-105.

329 Remete-se, para essa análise, a MENDES, *op. cit.*, pp. 60 e ss.

330 OECD, *op. cit.*, 2016, p. 12; EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 117-118.

331 OECD, *op. cit.*, 2016, pp. 9-12; EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 117-118.

pode levar à monopolização. Tais riscos são mais suscetíveis de se concretizarem quando a conduta é praticada por um monopolista, de forma muito complexa e/ou ignorada pelos consumidores³³². Tais efeitos concorrencialmente negativos podem ser ainda mais lesivos quando a discriminação é praticada pela inteligência artificial, com o uso do *big data* e das técnicas da economia comportamental. Como visto, nesse cenário são empreendidas formas mais sofisticadas de discriminação, com a utilização de dados pessoais dos consumidores, muitas vezes sem a sua ciência ou autorização informada, visando à manipulação da demanda para se alcançar objetivos estritamente econômicos³³³.

Nesse sentido, os agentes econômicos podem fazer uso das inúmeras assimetrias informacionais existentes entre as empresas e os consumidores na economia digital para potencializar seu respectivo poder de mercado. De fato, se de um lado os agentes econômicos coletam dados e utilizam algoritmos, tendo consciência de que eles são utilizados para uma melhor discriminação de preços (ainda que de forma indireta – por meio da inteligência artificial), de outro, os consumidores estão “no escuro”, muitas vezes nem tendo conhecimento de que estão sendo discriminados³³⁴. Sob essa perspectiva, uma vez verificada a produção de efeitos anticompetitivos irrazoáveis (isto é, não justificados por eficiências), a discriminação comportamental de preços poderá configurar um ilícito anticoncorrencial. Nesse sentido, é fundamental que seja perquirido se distorções da demanda por meio da utilização do *big data* e de algoritmos inteligentes configuram um abuso de poder de mercado, lesando o ambiente competitivo e aumentando os lucros das empresas dominantes, com a redução do bem-estar dos consumidores³³⁵.

Para a análise concorrencial, pela regra da razão, da conduta de discriminação comportamental de preços, deve ser considerado

332 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 118-119.

333 Idem, pp. 119-120.

334 Idem, p. 113.

335 OECD, *op. cit.*, 2016, p. 15.

se a prática discriminatória tem o objetivo unicamente de capturar o máximo de riquezas dos consumidores (não gerando uma melhoria na qualidade do produto ou serviço, nem fomentando objetivos sociais) e se ela é exercida de forma não-transparente e pela manipulação dos vieses cognitivos dos indivíduos, com impactos negativos no ambiente competitivo e social, na confiança nas empresas, na privacidade, na autonomia e até mesmo na liberdade das pessoas³³⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inteligência artificial é uma realidade incontornável. Apesar dos inúmeros benefícios que traz para a sociedade, tal tecnologia também tem gerado preocupações relevantes no antitruste.

O principal foco das reflexões da doutrina especializada tem sido no impacto dos algoritmos inteligentes nas condutas colusivas, não só como instrumento para acordos anticompetitivos expressos entre concorrentes, mas também como um operador de colusão tácita. Neste ponto, uma questão que necessita ser melhor estudada diz respeito ao regime de responsabilidade antitruste aplicável, nos termos do art. 36, §3º, inciso I, da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). De fato, ainda que ultrapassada a primeira barreira (licitude-ilicitude) e se considere um ilícito concorrencial determinada conduta, o problema da responsabilização emerge. Ora, em caso de atos praticados pela inteligência artificial, quem seria o responsável pela conduta? Seria estabelecida uma personalidade jurídica para a inteligência artificial, como um centro autônomo de imputação, o que permitiria responsabilizar os robôs por atos ilícitos por eles praticados³³⁷? Seria

336 EZRACHI, *op. cit.*, 2016, pp. 129-130.

337 Essa discussão tem sido travada na União Europeia, destacando-se a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2018, que contém recomendações à Comissão Europeia sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. Nesse sentido, é afirmado no documento que devem ser analisadas e exploradas, na avaliação de impacto que fizer do futuro instrumento legislativo, as implicações de todas as soluções jurídicas possíveis, dentre as quais a criação de “um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs

necessário adaptar os critérios de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas atualmente vigentes³³⁸?

Quanto à implementação possível de conduta unilateral, sinalizamos a possível discriminação comportamental de preços, viabilizada pela associação da inteligência artificial, do *big data* e dos postulados da economia comportamental. A própria legislação antitruste brasileira já prevê a referida conduta em seu art. 36, § 3º, inciso X, referente à discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços. Ainda não se tem, porém, estudos (ao menos robustos) sobre os impactos da inteligência artificial em outras condutas unilaterais.

Da mesma forma, notamos que ainda é incipiente o exame das consequências da inteligência artificial para a análise de atos de concentração. De que modo os algoritmos e os dados detidos pelas empresas virão a se tornar seus principais ativos, responsáveis pelas concentrações econômicas futuras? Em que medida a privacidade dos dados pode ser considerada um elemento decisivo para a tomada de decisão da autoridade antitruste? É preciso pensar em novos critérios de notificação para concentrações econômicas que envolvam empresas detentoras de tecnologias de inteligência artificial?

Por fim, um último questionamento diz respeito aos remédios a serem aplicados a eventuais ilícitos anticompetitivos praticados com base em inteligência artificial. Isso porque as sanções tradicionais referem-se sobretudo a multas (no caso da responsabilização administrativa e civil) e a penas privativas de liberdade (na hipótese de responsabilização penal, também combinadas com multa), as quais visam sobretudo à dissuasão da prática ilícita. Contudo, tendo em vista

autônomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrônicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrônica a casos em que os robôs tomam decisões autônomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente”.

338 Como aduzido, esta questão já vem sendo estudada no Brasil, com destaque para: FRAZÃO, *op. cit.*

que as decisões que acarretam comportamentos anticompetitivos passam a ser “tomadas” por algoritmos e não por humanos (ao menos de forma imediata), questiona-se se as comentadas sanções podem produzir um resultado efetivamente dissuasório. Ora, as máquinas não respondem a tais elementos intimidatórios, fundados sobretudo no temor de prisão ou de perda patrimonial. Logo, é preciso refletir se sanções comportamentais, como obrigação de fazer para conformar o *design* dos algoritmos ao antitruste, podem se mostrar mais adequadas para garantir um ambiente concorrencialmente sã no mundo digital.

Pelo que se pode notar, a relação entre antitruste e inteligência artificial é um campo novo e promissor, em que há mais perguntas do que respostas. Sem dúvidas, a identificação dos questionamentos é um primeiro passo para a evolução do tema. Nesse sentido, se o *Bumblebee* do filme *Transformers* inicialmente causou estranhamento ao se transformar em carro, acreditamos que a inteligência artificial deverá ser objeto de aprofundamento das pesquisas antitruste, preferencialmente associando-se as expertises do direito, da economia e da ciência da computação, para que se transforme o estranhamento inicial com o tema em propostas de endereçamento eficaz aos possíveis riscos concorrenciais.

O questionamento que fica, ao final, é o seguinte: o emprego de máquinas irá realmente transformar as práticas anticompetitivas hoje conhecidas, bem como introduzir novas práticas lesivas à concorrência? Se sim, qual a maneira que os agentes econômicos podem se precaver de eventuais riscos concorrenciais, sem deixar de aproveitar das vantagens que a inteligência artificial pode trazer para a empresa e para a sociedade? Se não, como reinterpretar a legislação antitruste vigente a fim de permitir a responsabilização dos agentes econômicos que implementarem condutas que tenham por objeto ou efeitos anticompetitivos?

Amanda Athayde

O QUE O VIDEOGAME TEM A VER COM O CADE? OPERAÇÕES NA INDÚSTRIA DE JOGOS ELETRÔNICOS E ANÁLISES ANTITRUSTE

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 25/02/2023.*

Amanda Athayde

Leonardo Rocha e Silva

Igor Marques Caldas Machado

De acordo com estudo da Deloitte Global³³⁹, o número de fusões e aquisições (M&A) de empresas envolvidas na indústria de jogos eletrônicos (**games**) deve aumentar cerca de 25% em 2023. Ainda de acordo com tal estudo, além de um crescimento superdinâmico baseado em investimentos em inovação, há um movimento de consolidação que engloba não só as empresas que desenvolvem os *games*, mas também as *publishers*, ou publicadoras, as distribuidoras e as fornecedoras de serviços para o ecossistema dos *games*. Tal movimento também deverá envolver empresas de mídia e entretenimento que estão procurando expandir seus portfólios para manter as gerações mais jovens como seus clientes.

Movimentos de consolidação entre empresas concorrentes ou verticalmente relacionadas, principalmente quando afetam consumidores hipossuficientes, geram preocupações das autoridades de defesa da concorrência. Tais autoridades passam a examinar com muito mais cuidado não só as operações de M&A em si, visando a evitar o aumento do poder de mercado que poderia facilitar a implementação de condutas abusivas das empresas resultantes das fusões, mas também outras práticas comerciais potencialmente exclusionárias,

339 Disponível em <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/technology-media-telecommunications/deloitte-tendencias-midias-digitais-2022-16-ed.pdf>>.

como, contratos de exclusividade, cláusulas de paridade³⁴⁰, recusa de contratar, discriminação, entre outras.

A autoridade brasileira de defesa da concorrência, o Cade, parece estar acompanhando esse movimento. Ainda que não tenha iniciado investigações a respeito de condutas específicas de empresas da indústria dos jogos eletrônicos, o Cade já analisou operações de aquisição no setor e emitiu pareceres que indicam algumas balizas para as suas análises futuras, no contexto das peculiaridades da economia brasileira, permitindo aos *players* antecipar preocupações.³⁴¹

Essas análises recentes do Cade foram feitas porque os grupos econômicos envolvidos nessas operações faturaram, de um lado, mais do que R\$ 750 milhões e, de outro, mais de R\$ 75 milhões, no ano anterior à assinatura dos contratos. Por terem envolvido grupos com esses portes econômicos, as operações foram consideradas de notificação obrigatória ao Cade. Mas vale observar que é possível que operações envolvendo desenvolvedoras de menor porte, que não preencham esse critério de notificação obrigatória, sejam analisadas pelo Cade, se a autoridade entender que tem interesse na análise, determinando a sua notificação para exame em até um ano da sua consumação.

Recentemente, sem fixar ainda definições de mercados relevantes precisas, o Cade fez um exame dos cenários de concentração horizontal e integração vertical envolvidos no segmento de comercialização dos jogos eletrônicos em todas as plataformas (PCs, dispositivos móveis e consoles como PlayStation e Xbox)³⁴². O quadro abaixo indica os jogos

340 ATHAYDE, Amanda. Novos rumos para as Cláusulas de Paridade-MFN no Brasil? Disponível em: <<https://www.amandaathayde.com.br/single-post/2018/04/06/novos-rumos-para-as-cl%C3%A1usulas-de-paridade-mfn-clauses-no-brasil>>

341 Atos de Concentração nº 08700.003361/2022-46 (Requerentes: Microsoft Corporation e Activision Blizzard, Inc.), nº 08700.006064/2020-91 (Requerentes: Microsoft Corporation e Zenimax Media Inc.) e nº 08700.005843/2016-92 (Requerentes: Ubisoft Entertainment S.A. e Vivendi S.A.).

342 “De todo modo, esta SG/Cade entende que a análise da Operação em tela prescinde de uma definição exata do mercado relevante, uma vez que as informações apresentadas pelas Requerentes e coletadas ao longo da instrução permitem o exame tanto de um cenário mais amplo – considerando a publicação de jogos para todos os dispositivos, sem segmentação – quanto de recortes mais específicos –

mais populares para uso em computadores pessoais e nos principais consoles disponíveis no mercado brasileiro:

| PC | PlayStation 5 | Xbox Series X S |
|--|--|--|
| Minecraft (Microsoft) | Fornite (Epic) | Fornite (Epic) |
| The Sims 4 (EA) | Grand Theft Auto V (Take Two) | Call of Duty: MW / Warzone (Activision Blizzard) |
| Fortnite (Epic) | Call of Duty: MW / Warzone (Activision Blizzard) | Grand Theft Auto V (Take Two) |
| Counter-Strike: Global Offensive (Valve) | FIFA 22 (EA) | Fall Guys (Epic) |
| League of Legends (Riot) | Fall Guys (Epic) | MultiVersus (Warner) |
| Roblox (Roblox) | MultiVersus (Warner) | Minecraft (Microsoft) |
| Valorant (Riot) | Apex Legends (EA) | Apex Legends (EA) |
| Grand Theft Auto V (Take Two) | NBA 2K22 (Take-Two) | Roblox (Roblox) |
| Fall Guys (Epic) | Minecraft (Microsoft) | Forza Horizon 5 (Microsoft) |
| Call of Duty: MW / Warzone (Activision Blizzard) | Tony Hawk's Pro Skater 1+2 (Activision Blizzard) | Tom Clancy's Rainbow Six: Siege (Ubisoft) |

Fonte: Elaboração própria com base na tabela da SG/
Cade nos autos do AC 08700.003361/2022-46

Em seu exame dos mercados relevantes afetados pelas operações que lhes foram submetidas, o Cade não considerou necessário examinar um cenário de definição de um “mercado de atenção”³⁴³ mais

publicação de jogos para (i) PCs, (ii) consoles e (iii) dispositivos móveis. Além disso, como se verá adiante, as conclusões da análise concorrencial seriam as mesmas independentemente do cenário adotado.” Ato de Concentração nº 08700.003361/2022-46 (Requerentes: Microsoft Corporation e Activision Blizzard, Inc.).

343 NEWMAN, John M. Antitrust in Attention Markets: Definition, Power, Harm. University of Miami Legal Studies Research Paper No. 3745839. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3745839

amplo (em que seriam reunidas como concorrentes diretas todas as empresas que disputam a atenção dos usuários dos jogos eletrônicos) apesar de existir, em tese, a possibilidade de substituição dos jogos eletrônicos por outros produtos de entretenimento, do ponto de vista dos usuários³⁴⁴.

Ademais, o Cade não fez distinção entre jogos eletrônicos “AAA” e “indie”³⁴⁵. Sobre o tema, cabe mencionar que os jogos “indie” normalmente demandam, para sua produção, um orçamento significativamente menor do que os jogos “AAA”, que são famosos por suas produções gráficas sofisticadas, dependentes de investimentos elevados em questões técnicas e em marketing.

Assim, vale acompanhar a atuação futura do Cade em relação a definições de mercados relevantes afetados por eventuais novas operações envolvendo desenvolvedoras e distribuidoras de jogos eletrônicos, principalmente levando em consideração as diferenças entre serviços de jogos em nuvem e consoles.

Quanto a preocupações a respeito de fechamento de mercado, no caso de operações com integrações verticais, como aquelas envolvendo, por exemplo, desenvolvedoras, *publishers* e distribuidoras,

344^[6] “As Requerentes sustentam que, no mercado de licenciamento, os publicadores de jogos competem não apenas com outros *players* da indústria de videogames, mas “*com quaisquer detentores de direitos de conteúdo de entretenimento licenciável – como, filmes, programas de TV, desenhos animados, direitos de imagem de celebridades, times esportivos, etc. – que poderiam ser usados para produzir produtos licenciados, como, roupas, acessórios, livros, itens para casa, etc.*”. Nessa senda, defendem que o licenciamento de direitos para produtos de consumo constituiria um mercado relevante único, independentemente do tipo de produto ou de conteúdo licenciado. [...] O que se observa, portanto, é que a definição de mercado produto sugerida pelas Requerentes – e não contestada por nenhum dos agentes oficiados ao longo da instrução processual – vai ao encontro daquela considerada pelo Cade nos precedentes *Disney/Fox* e *Microsoft/Zenimax*, não havendo, por ora, qualquer razão apta a justificar a adoção de posicionamento distinto. Dessa forma, **define-se o mercado de licenciamento para produtos de consumo sob a dimensão produto.**” Ato de Concentração nº 08700.003361/2022-46 (Requerentes: Microsoft Corporation e Activision Blizzard, Inc.).

345 A classificação “AAA” “é utilizada pela indústria de videogames para designar os jogos com maiores orçamentos e valores de produção e promoção.” (AC 08700.003361/2022-46). Os jogos “indie” são aqueles produzidos por desenvolvedores/estúdios independentes, normalmente sem o subsídio financeiro elevado.

o Cade tem se mostrado cauteloso, avaliando, corretamente, a nosso ver, vários cenários de mercados relevantes.

Seguindo os parâmetros da Resolução Cade 33/2022 (artigos 6º e 8º, inciso IV) e do Guia de Análise de Atos de Concentração, o Conselho tem decidido que as concentrações envolvendo partes verticalmente relacionadas que não detenham participações nos mercados relevantes de sua atuação superiores a 30% não suscitam preocupações concorrenciais, decidindo pela aprovação de tais concentrações.

Daí a importância de o Cade se dedicar ainda mais a entender as peculiaridades do setor de jogos eletrônicos e se debruçar sobre as definições de mercados relevantes a serem usadas em suas análises, dado que as condições de concorrência podem mudar muito rapidamente, sobretudo em decorrência dos níveis crescentes de investimentos para a atração de usuários dos jogos eletrônicos para suas plataformas de distribuição e os rendimentos gerados nessas relações de distribuição.

Em outra análise recente, o Cade manifestou-se no sentido de que as características da indústria de jogos eletrônicos no Brasil dificultam que uma desenvolvedora tenha incentivos econômicos para disponibilizar seus jogos a apenas uma distribuidora, mitigando os riscos de exclusividade.³⁴⁶ O Cade considerou um contexto em que os usuários estão cada vez mais interessados em conteúdos digitais e menos interessados nas mídias físicas dos jogos eletrônicos.

Dada essa constatação, a autarquia não reconheceu como plausível a ideia de que haveria a adoção de exclusividade na distribuição de determinados jogos eletrônicos, a partir da operação de aquisição da distribuidora pela desenvolvedora. Muito relevante, portanto, foi a capacidade das empresas de demonstrar as características da indústria

³⁴⁶ “Com efeito, os resultados da investigação de mercado conduzida pela SG/Cade sugerem que o catálogo de jogos disponíveis para cada plataforma, considerado em termos de qualidade e quantidade, é um dos fatores que exercem maior influência sobre a escolha do consumidor por um determinado *hardware* de jogos”. Ato de Concentração nº 08700.003361/2022-46 (Requerentes: Microsoft Corporation e Activision Blizzard, Inc.).

de jogos eletrônicos no Brasil e os incentivos econômicos relacionados à manutenção, ou não, de cláusulas de exclusividade.

Nesse diapasão, vale observar que operações de M&A envolvendo produção e distribuição de jogos eletrônicos também trazem discussões importantes e sofisticadas sobre o incentivo à inovação, não só nos enredos e artes visuais aplicadas no desenvolvimento dos produtos, mas também no uso de novas tecnologias.

Se por um lado, a aquisição de uma desenvolvedora por uma empresa (seja desenvolvedora, seja distribuidora) que não tenha o compromisso em manter os incentivos adequados para a produção de novos títulos pode afetar a variedade dos jogos eletrônicos à disposição dos usuários, prejudicando tais consumidores, por outro, aquisições de desenvolvedoras de jogos podem gerar apropriação de investimentos relevantes e efeitos positivos no que tange à garantia de produção de novos e melhores jogos, ainda mais diferenciados e apreciados pelos consumidores. Há estudos, inclusive, que indicam que a qualidade dos jogos tende a aumentar após a aquisição das desenvolvedoras, impactando a performance de vendas.³⁴⁷

Faz sentido, assim, que as empresas da indústria dos jogos eletrônicos se preocupem em se aproximar das autoridades de defesa da concorrência com o objetivo de explicar, com detalhes, as características do setor, para que tais autoridades tenham os elementos necessários para cumprir o papel de proteger a livre concorrência, de modo a gerar ainda mais escolhas para os consumidores, sem, no entanto, interferir demasiadamente nos incentivos à inovação.

347 “We further find that publishers fail to leverage developers’ capabilities for ongoing innovation as product innovativeness decreased post-acquisition. Lastly, acquisitions create value through enhanced inter-firm coordination resulting in higher quality products and increased sales performance.” Ishihara, Masakazu and Rietveld, Joost, *The Effect of Acquisitions on Product Innovativeness, Quality, and Sales Performance: Evidence from the Console Video Game Industry (2002-2010)* (January 10, 2017). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2897264> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2897264>

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA: INTERFACES ENTRE ANTITRUSTE E DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E NOS EUA

Amanda Athayde

Manuela Mendes Prata

André Peyneau Cúrcio

Em grandes linhas, cláusulas de não concorrência (também conhecidas como “*non-competé*” na nomenclatura estrangeira) são aquelas que estabelecem que um indivíduo ou uma empresa não poderá concorrer com outra por um determinado período, sob um determinado escopo e em um determinado local. As cláusulas de não concorrência são tipicamente utilizadas em dois principais contextos, (i) contratos empresariais e em (ii) contratos de trabalho. Este artigo trará breves reflexões sobre essas cláusulas pela ótica antitruste, tanto no Brasil quanto nos desenvolvimentos recentes sobre o tema nos EUA.

Quando envolvem **(i) contratos empresariais**, as cláusulas de não concorrência são tipicamente utilizadas para impedir que o alienante de estabelecimento comercial faça concorrência com o adquirente nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência. O próprio Código Civil brasileiro já estabelece o impedimento à concorrência quando há alienação de estabelecimentos comerciais em seu art. 1.147³⁴⁸. O objetivo principal desse tipo cláusula é a proteção do investimento realizado pelo adquirente. Ou seja, busca preservar o valor do bem alienado a partir do impedimento da concorrência desleal entre alienante e adquirente.

348 Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

O entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acerca das regras de não concorrência em contratos empresariais é no sentido de que elas devem ter: (i) limitação do escopo: apenas abranger os mercados em que o alienante atuava; (ii) limitação geográfica: incluir apenas o espaço de atuação do alienante; e (iii) limitação temporal: não podem, também, via de regra, ultrapassar 5 anos (em casos de joint-venture, os 5 anos são contados a partir do término da joint-venture).

Contudo, há exceções a esse entendimento. O CADE, em caso julgado em 1998, aprovou operação que continha cláusula de não concorrência com duração de 10 anos.³⁴⁹ O caso envolvia o mercado petroquímico, sobre o qual o CADE entendeu que havia uma dinâmica que exigia altos investimentos, planejamento de longo prazo e uma maturação mais lenta, e, por isso, a cláusula de dez anos seria justificável. Ademais, no setor hospitalar, o CADE³⁵⁰ já entendeu que as cláusulas de não concorrência deveriam ser limitadas a dois anos, pelo fato do mercado ser suficientemente dinâmico. Há também outros casos relevantes do CADE que envolveram cláusulas de não concorrência, como aquele³⁵¹ em a cláusula foi reduzida de dez para cinco anos, pois não visava “a simples proteção da viabilidade do negócio, mas sim a restrição indevida da concorrência no mercado”,

349 BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.005349/1997-16 (anteriormente, Ato de Concentração nº 177/97). Requerentes: Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda (Monsanto do Brasil Ltda) e Companhia Brasileira de Estireno. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1TUu08mg6wxLt0JzW5

350 BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.011602/2011-26. Requerentes: Hospital e Maternidade São Luiz S.A. Centro Hospitalar São Marcos S.A. MAIS-Multi Assistência Incorporada à Saúde Ltda. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTifRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFACnRH5cAve2QX0GVq5zQGmb4B4-76gAj_Yyz02W7Vt7Wyp

351 BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.002921/2000-98. Requerentes: Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda. e TGV - Transportadora de Valores e Vigilância Ltda. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcfMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaD34qx-rhhF6dfvyVaBİx_Y3oxmO41Z_SL3s9fFd220

e também outro³⁵² em que se entendeu que *joint ventures* podem ter cláusulas de não concorrência com prazos maiores.

Interessante mencionar que esse tema também já chegou ao judiciário. Em novembro de 2022, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP³⁵³ reconheceu a validade de uma cláusula de não concorrência de dez anos. Tal dispositivo contratual impedia que, pelo prazo estipulado, os cedentes e a interveniente anuente concorressem, direta ou indiretamente, no ramo de salas cofre e salas seguras para determinados segmentos, sob pena de multa de R\$ 15 milhões. Na decisão, o TJSP considerou a experiência das partes no momento da alocação de riscos, para garantir a validade de tal cláusula.

Por sua vez, quando as cláusulas envolvem **(ii) contratos de trabalho**, as cláusulas de não concorrência podem ser usadas tanto para reforçar a obrigação de não concorrência durante a vigência dos contratos, como para impossibilitar que um funcionário migre para um concorrente por determinado período após a sua saída de uma empresa.

Em termos trabalhistas, durante a relação de emprego, há vedação ao ato de concorrência, que pode inclusive caracterizar hipótese de rescisão do contrato de trabalho por justa causa (artigo 482, alínea “c”, da CLT).

Após a relação de emprego, as cláusulas podem impedir que o ex-empregado inicie um novo negócio naquele mesmo mercado, com certas delimitações geográficas e temporais. Nesses casos, o objetivo principal da cláusula é impedir que um funcionário transfira a um concorrente os conhecimentos específicos e inteligência de mercado da empresa da qual era empregado. A doutrina e a jurisprudência admitem

352 BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.008850/2006-22. Requerentes: CHS Inc. e Multigrain Comercio, Exportação e Importação S.A. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1BcQCA2nVVtd3_WKLCrwH_uargISKNFb8GhYXgx8x7_vn

353 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0034036-35.2018.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: Sparch Tecnologia, Segurança Em Engenharia Térmica Ltda. Apelada: Aceco Ti S.A. Relator: Azuma Nishi. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI006DA7W0000>

a inclusão de cláusula de não concorrência no contrato de trabalho após a relação de emprego, ainda que não exista previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Os requisitos para determinar a validade das cláusulas após o término da relação empregatícia visam a garantir que a restrição da liberdade de trabalho do empregado esteja dentro da razoabilidade. Para tanto, os seguintes requisitos devem ser observados: legítimo interesse, delimitação material, razoabilidade temporal, compensação adequada e delimitação territorial.

Diante da possível discussão sobre o momento de negociação e inclusão da cláusula de não concorrência aos contratos de trabalho, o mais seguro juridicamente é a inclusão da cláusula de não concorrência desde o início dos contratos de trabalho, com previsão de validade pós término do contrato, sendo possível a previsão de cláusula de desistência da obrigação, a critério do empregador.

Todavia, muitas vezes, a cláusula é negociada apenas no momento de rescisão do contrato, o que pode dificultar sua aceitação pelos tribunais trabalhistas, na hipótese de discussão judicial. Esse risco é minimizado na hipótese dos chamados trabalhadores hipersuficientes (art. 444, parágrafo único, da CLT), e do cumprimento dos requisitos acima mencionados, sendo recomendável que o empregado esteja assistido por advogado e tenha prazo para análise e negociação.

Diferentemente do que acontece nos casos de cláusula de não concorrência envolvendo contratos empresariais, o CADE não possui precedentes específicos no que se refere aos efeitos de cláusulas não concorrência envolvendo contratos com trabalhadores. Reconhece-se que há precedentes relacionados à cláusula de *non solicitation*, cujo escopo é diferente da cláusula de *non compete*.³⁵⁴ Nesses precedentes

354 A cláusula de *non solicitation*, assim como a de *non compete*, possui dois escopos: (i) contratos empresariais: meio de garantir que o alienante de determinada empresa ou ativo operacional não irá recrutar os empregados da empresa alienada, ou aliciar os clientes dela; e (ii) contratos de trabalho: meio de garantir que um ex-funcionário não irá contratar empregados ou clientes ao sair da empresa.

de *non solicitation*, o entendimento do CADE³⁵⁵⁻³⁵⁶ segue na linha de que boa reputação individual do empregado não pode ser considerada como parte do fundo de comércio da empresa, por isso a cláusula deve ser restrita a funcionários que detenham segredos de negócio e/ou informações sigilosas.

Se no Brasil o tema das cláusulas de não concorrência envolvendo contratos de trabalho encontra-se relativamente calmo, nos Estados Unidos a discussão está em franco debate público.

Em janeiro de 2023, a Federal Trade Commission (“FTC”) iniciou uma consulta pública, em janeiro de 2023, para ouvir comentários acerca de uma proposta de legislação que passaria a pressupor que as cláusulas de *non compete* para trabalhadores seriam anticompetitivas. Como contexto, a FTC sinalizou entendimento de que aproximadamente 30 milhões de trabalhadores americanos (em torno de 20% do total de trabalhadores do país) possuíam cláusulas de *non-compet* em seus contratos de trabalho.³⁵⁷ Essas cláusulas de *non compete* causariam os seguintes danos: (a) diminuição da inovação e do dinamismo empresarial; (b) impedimentos para que os trabalhadores busquem melhores oportunidades; e (c) impedimentos para que os empregadores contratem os melhores talentos disponíveis. Com essa proposta, o FTC previu aumentar em USD 300 bilhões os ganhos dos empregados, por ano; possibilitar que os consumidores economizem um total de USD 148 bilhões em custos de saúde, por ano; e dobrar o número de empresas abertas na mesma indústria, fundadas por um ex-empregado.

A proposta da nova legislação foi, portanto, tornar todas as cláusulas de *non compete* ilegais, com uma exceção envolvendo

355 BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.013200/2010-85. Requerentes: Hospital das Clínicas De Niterói Ltda., Clínica Médico Cirúrgica Botafogo S.A. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/>

356 BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.004902/2010-78. Requerentes: Empresa de Serviços Hospitalares Ltda. e Hospital Pró-Cardíaco S.A. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_

357 Vide: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-proposes-rule-ban-noncompete-clauses-which-hurt-workers-harm-competition>

pessoas que venderam o ativo operacional, mas que continuam trabalhando na empresa. Além disso, a proposta previu que as cláusulas existentes deveriam ser rescindidas pelos empregadores e os empregados deveriam ser avisados da rescisão; que a regra se aplicaria a empregados, contratados de forma independente, e qualquer pessoa que trabalhe para o empregador, de forma remunerada ou não; e que seguiriam autorizadas cláusulas de *non disclosure* (não divulgação de informações) e *non solicitation* (não se utilizar de contatos/clientes após o desligamento), uma vez que não impediriam que o empregado trabalhasse para outro empregador ou iniciasse um negócio próprio.

A consulta ocorreu até 20.4.2023 e recebeu 26.813 comentário, sendo que o FTC buscava entender as possíveis alternativas para o que foi estabelecido na proposta, como por exemplo:

- A aplicação de diferentes parâmetros para a proibição das cláusulas *non compete* em relação diferentes categorias de trabalhadores;
 - Possibilidade de aplicação de regras diferentes baseadas no (i) valor da remuneração; (ii) funções desempenhadas; (iii) ocupações; e/ou (iv) outros fatores.
- Aplicação de parâmetros diferenciados em relação a executivos sêniores
- Aplicação da regra em relação a franqueadores e franqueados;
- Abordagens alternativas, como:
 - Obrigação do empregador de divulgar a existência de cláusulas *non compete* ao empregado; e
 - Obrigação do empregador de reportar a existência de cláusulas ao FTC.

O Departamento de Justiça (“DOJ”) dos Estados Unidos também se manifestou sobre o tema da consulta pública, indicando que entende que as cláusulas de *non compete* causariam danos ao mercado de trabalho por promover a redução da mobilidade dos trabalhadores e que também prejudicam as empresas.

Mais adiante, evidenciando como o tema do antitruste e sua interface com o direito do trabalho seguem no cerne do debate norte-americano, o *final Merger Guidelines*³⁵⁸ elaborado em parceria pelo FTC e o DOJ, publicado em dezembro de 2023, indicou que os mercados de trabalho são importantes mercados de compradores e que deveriam ser analisados: “*When a merger involves competing buyers, the agencies examine whether it may substantially lessen competition for workers, creators, suppliers, or other providers.*” De acordo com o Guia, um ato de concentração entre compradores teria, entre outros, o potencial de: (i) eliminar a concorrência entre os players na contratação de determinada categoria de trabalhadores; (ii) elevar os riscos de coordenação entre os players do mercado; e (iii) incrementar a posição dominante de um agente econômico em determinado mercado relevante. Mais detalhadamente, o prejuízo à concorrência nos mercados de trabalho pode levar a diversos danos ao trabalhador, como salários mais baixos, progressão salarial mais lenta e piora nos benefícios ou na qualidade do local de trabalho

O Guia do FTC com o DOJ ainda indica que o nível de concentração necessário para que preocupações concorrenciais surjam nos mercados de trabalho podem ser menores do que em mercados de produtos, em razão das características únicas de alguns mercados de trabalho. Por fim, cabe ressaltar que o Guia deixa claro que os a concorrência nos mercados de trabalho será analisada caso a caso.

Diante disso, apesar da estrutura e dos objetivos serem parecidos entre as cláusulas de não concorrência em contratos empresariais e de contratos trabalhistas, podemos perceber uma diferenciação no entendimento das consequências e da aceitação das cláusulas. Enquanto as cláusulas em contratos empresariais são mais aceitas, incluindo a possibilidade de longos períodos de não concorrência, como visto nos precedentes acima, as cláusulas em contratos

358 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. Merger Guidelines. Disponível em: <https://www.justice.gov/d9/2023-12/2023%20Merger%20Guidelines.pdf>

trabalhistas vêm sendo objeto de análise internacionalmente com discussões inclusive para proibi-las, como é o caso da consulta do FTC.

Portanto, é importante ficar atento aos próximos passos do CADE em relação a tais cláusulas, para entender qual será o posicionamento da autoridade brasileira sobre o tema, e se o CADE se alinhará ao entendimento do FTC ou formará um entendimento próprio. Apesar de a consulta pública do FTC ou o Guia de Atos de Concentração não serem aplicáveis ao Brasil, é possível antecipar algumas repercussões, como: (i) possível influência na opinião do CADE, que pode vir a alterar a direção das decisões, daqui para frente; (ii) possíveis efeitos sobre contratos com trabalhadores no Estados Unidos, vinculados a empresas brasileiras; e (iii) possível reforço à inclusão de cláusulas com conteúdo semelhante como remédios não comportamental em Acordos em Controle de Concentrações (ACCs).

É preciso ter cautela, portanto, na análise dessas cláusulas. Isso porque pode haver racionalidade econômica na imposição de obrigações de não concorrência em contratos de trabalho. Proibir uma cláusula contratual que possui racionalidade econômica, objetivo legítimo e razoabilidade, pode impactar negativamente o desenvolvimento dos negócios no Brasil e representar um transplante açodado de discussões estrangeiras, cujos efeitos ainda são ambíguos.

CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS (ATOS DE CONCENTRAÇÃO)

Amanda Athayde

FUSÕES VERTICAIS E CONGLOMERAIIS NO BRASIL: LIÇÕES DO PASSADO PARA CONSTRUIR O FUTURO

Publicado originalmente em: *Revista IBRAC, 2023.*

Amanda Athayde

RESUMO: Historicamente, fusões verticais e conglomeradas têm recebido menos escrutínio antitruste em comparação com suas contrapartes horizontais. No entanto, nos tempos recentes, tanto a comunidade acadêmica quanto algumas autoridades antitruste têm expressado crescentes preocupações em relação às implicações concorrenciais dessas fusões. Para obter uma perspectiva mais clara sobre o futuro, é imperativo investigar o passado. Este artigo busca explorar as principais teorias do dano em fusões verticais e conglomeradas, conforme delineado na versão preliminar do “Guia V+” da Cade. Essas teorias abrangem fechamento de mercado de insumos e clientes, aumento do custo de rivais, acesso a informações concorrenciaismente sensíveis, efeitos coordenados. Além disso, este artigo explora os desafios e considerações específicas que as fusões conglomeradas apresentam, lançando luz sobre suas características distintivas e implicações para a competição. Esse quadro teórico é ainda fortalecido por exemplos concretos que ilustram como tais preocupações têm sido avaliadas no contexto do Brasil. Em conclusão, a análise desde artigo conta com uma breve evolução histórica da prática antitruste no Brasil em fusões verticais e conglomeradas, mas também oferece insights sobre a perspectiva prospectiva de como abordar este tema em constante evolução.

ABSTRACT: *Historically, vertical and conglomerate mergers have received less antitrust scrutiny than their horizontal counterparts. However, in recent times, both the academic community and some antitrust authorities have begun to express heightened concerns regarding the potential competitive implications of such mergers. To gain a clearer perspective on*

the future, it is imperative to delve into the past. This article seeks to provide a framework of the predominant theories of harm surrounding the vertical and conglomerate mergers, as outlined in the preliminary version of Cade's "V+ Guidelines" These theories encompass a range of aspects, including the impact on input suppliers and customers, the potential to raise rivals' costs, and the implications for access to competitive information, along with the examination of coordinated effects. This theoretical framework is further bolstered by concrete examples illustrating how such concerns have been assessed in the context of Brazil. Moreover, this article delves into the specific challenges and considerations that conglomerate mergers pose, shedding light on their distinctive characteristics and implications for competition. In conclusion, this comprehensive analysis not only presents the historical evolution of antitrust scrutiny in Brazil but also offers valuable insights into the prospective outlook for addressing vertical and conglomerate mergers in the country's evolving regulatory landscape.

PALAVRAS-CHAVE: fusão vertical – fusão conglomeral – teoria do dano – jurisprudência – Cade – Brasil.

KEY-WORDS: vertical merger – conglomerate merger – theory of harm – case law – Brazilian Antitrust Authority – Cade.

INTRODUÇÃO

Em 20 de julho de 2023, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) publicou, para consulta pública, versão preliminar do chamado “Guia V+”, documento consolidado com melhores práticas e procedimentos usualmente adotados na análise prévia de operações de fusão, aquisição e *joint-venture* que envolvem empresas com atuação em distintos elos da cadeia produtiva. A publicação da versão preliminar do Guia V+ vem a consolidar a experiência nacional na análise de atos de concentração verticais e conglomerais indo ao encontro das melhores práticas internacionais.

Trata-se de Guia longamente esperado pela comunidade antitruste brasileira, já que, até então, o Brasil contava apenas com o Guia de Concentrações Horizontais (Guia H)³⁵⁹ – envolvendo empresas que concorrem diretamente – e com o Manual Interno da Superintendência-Geral para atos de concentração apresentados sob o rito ordinário³⁶⁰ – aquelas operações que tendem a gerar impactos significativos nos mercados de atuação das empresas envolvidas nas operações de fusão, aquisição e *joint-venture*. Durante o período de consulta pública, em agosto de 2023, o DEE/Cade também publicou Documento de Trabalho sobre “Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022”³⁶¹.

Como evidência da atualidade do Guia V+ do Cade, vale observar que, também em julho de 2023, o Departamento de Justiça (DOJ) e a Federal Trade Commission (FTC) dos Estados Unidos publicaram o *Merger Guidelines*, que visa a consolidar os guias de análise de concentrações horizontais e de integrações verticais atualmente existentes naquele país.³⁶² Interessante notar que a escolha realizada nos Estados Unidos foi diferente da realizada no Brasil. Explico.

Relevante notar, de pronto, que diferentemente do Brasil, que optou por ter dois Guias, um voltado para concentrações horizontais e outro para concentrações verticais e conglomerais, no *Merger Guidelines* dos Estados Unidos as operações não são mais apresentadas de modo segmentado. O *Merger Guidelines* norte-americano apresenta

359 As concentrações horizontais já são objeto de Guia específico do Cade. Cade. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizantal.pdf>.

360 Manual Interno da Superintendência-Geral para atos de concentração apresentados sob o rito ordinário. 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-interno-da-sg-para-casos-ordinarios.pdf>.

361 CADE. Documento de Trabalho n. 006/2023. Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2023/Documento-de-Trabalho-Fusoes-Conglomerais.pdf>

362 DOJ e FTC. *Merger Guidelines*. 19.7.2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-ftc-announce-draft-merger-guidelines>

treze orientações gerais, aplicáveis a todos os tipos de operações, independentemente da forma de sua implementação. Em termos de estrutura, é dividido em quatro seções: 1) visão geral a respeito das principais preocupações concorrenciais com as fusões, 2) aplicação detalhada das treze orientações gerais, 3) ferramentas que FTC e DOJ possuem para a definição de mercados relevantes, 4) possíveis defesas passíveis de apresentação durante a instrução antitruste nestas autoridades norte-americanas.

Mas o que são fusões³⁶³ (tecnicamente mais bem denominadas como “integrações”) verticais e conglomerais?

Uma **integração vertical** envolve o segmento (atividade) a montante (*upstream*) e o segmento a jusante (*downstream*) de uma determinada cadeia produtiva. Assim, pode-se dizer que uma integração vertical ocorre quando, em decorrência de uma dada operação de concentração econômica, uma organização produtiva passa a atuar em níveis diferentes de uma mesma cadeia produtiva de modo interligado, de maneira que a concorrência em um mercado pode ser diretamente afetada pelos resultados do outro. Uma relação empresarial vertical possui um conceito abrangente, compreendendo não apenas os elos diferentes da cadeia produtiva de um bem tangível, mas também a prestação de serviços, a transação de fatores de produção (*know-how*, direitos de propriedade etc.) entre diferentes agentes econômicos, desde que os elos envolvidos na operação possuam uma relação de interdependência.

Por sua vez, as **concentrações conglomerais** tendem a ser definidas por exclusão, ou seja, aquelas que não abarcam relações horizontais (entre concorrentes diretos), verticais ou quase verticais entre si. Hovenkamp, “*a merger that is neither horizontal nor vertical*

363 De acordo com o artigo 90 da Lei 12.529/2011, os atos de concentração representam fusões, aquisições, incorporações, a celebração de contrato associativo, consórcio ou joint venture entre duas ou mais empresas. Apenas não são considerados atos de concentração, para os efeitos legais, os consórcios ou associações destinadas às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

is generally called ‘conglomerate’³⁶⁴. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define atos de concentração conglomerados como aqueles que envolvem empresas que não são concorrentes no mercado relevante de produto e que também não possuem uma relação de fornecimento – ou seja, um produto não é insumo do outro.³⁶⁵ A Comissão Europeia, por seu lado, trata os atos de concentração conglomerados no documento *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings*.³⁶⁶

São, assim, operações nas quais as atividades das empresas envolvidas estão de alguma forma relacionadas (e.g., destinam-se aos mesmos clientes intermediários ou consumidores finais; envolvem produtos utilizados ou consumidos em conjunto ou envolvem produtos de processos produtivos similares). Church, por exemplo, classifica as operações conglomeradas em (1) complementares, (2) vizinhos (*neighboring*) ou (3) não relacionados.³⁶⁷ A OCDE, por sua vez, sinaliza que a relação entre os produtos, nesse tipo de fusão, pode acontecer de três maneiras: (i) complementar, na qual os produtos podem ou devem ser usados de maneira conjunta, adquirindo um maior valor agregado; (ii) substitutos fracos, em que os produtos possuem algumas semelhanças, porém não o suficiente para constituírem o mesmo nicho de consumo; (iii) ou sem relação alguma entre os produtos, sem

364 HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law Of Competition And Its Practice*. 3. ed. West Group, 2005, p. 551.

365 “Conglomerate mergers involve firms that are not product market competitors, and which are not in a supply relationship” (OECD. Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers – Background Note. 2020, p. 6).

366 “3. Two broad types of non-horizontal mergers can be distinguished: vertical mergers and conglomerate mergers. [...] 5. Conglomerate mergers are mergers between firms that are in a relationship in which is neither horizontal (as competitors in the same relevant market) nor vertical (as suppliers or customers)”. (EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings*. Official Journal of the European Union, 18 out. 2008.).

367 CHURCH, Jeffrey. *Conglomerate Mergers*. Issues In Competition Law and Policy. ABA Section of Antitrust Law, v. 2, 2008, p. 1503.

possibilidade de serem substitutos ou complementarem, porém em alguns casos podem ter a mesma base para sua produção.³⁶⁸

Pode-se dizer, assim, que uma integração conglomeral ou com efeito conglomeral ocorre quando, em decorrência de uma dada operação de concentração econômica, uma organização produtiva passa a estar, de alguma forma, relacionada em sua cadeia produtiva, mas que não atua em níveis diferentes da cadeia produtiva (ou seja, uma empresa a montante e uma empresa a jusante). É por essa dificuldade que, nos termos do Documento de Trabalho sobre “Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022”³⁶⁹, o termo “fusões conglomerais” geralmente é usado para se referir a fusões que podem ser puramente conglomerais (ou seja, sem vínculos horizontais ou verticais), bem como ao elemento conglomeral de fusões mais complexas. Interessante mencionar que, nos termos do Documento de Trabalho sobre “Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022”³⁷⁰, as autoridades antitruste norte-americanas passaram a enxergar com preocupação a emergência de conglomerados empresariais sobretudo nas décadas de 1960 e 1970. Apesar disso, teóricos da escola de Chicago ao analisarem o risco de dano ao consumidor (em oposição ao concorrente) nessas situações, argumentaram que esse dano era improvável e que as eficiências dessas fusões poderiam ser substanciais.

Uma vez compreendidas o que são as concentrações verticais e conglomerais, é possível notar que, caso empresas que preencham os critérios de faturamento para fins de notificação de atos de concentração no Brasil estejam realizando operações que envolvam outras relações que não um concorrente, devem estar atentas às

368 OECD. Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers – Background Note. 2020.

369 CADE. Documento de Trabalho n. 006/2023. Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2023/Documento-de-Trabalho-Fusoes-Conglomerais.pdf>

370 CADE. Documento de Trabalho n. 006/2023. Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2023/Documento-de-Trabalho-Fusoes-Conglomerais.pdf>

preocupações que o Cade aponta na minuta do Guia V+. Diante disso, o presente artigo será estruturado da seguinte forma: o **Capítulo 2** detalhará as principais teorias do dano em integrações verticais e conglomerais, sempre cotejado pela experiência brasileira no tema. Ao final, o **Capítulo 3** apresentará primeiras conclusões.

1. TEORIAS DO DANO EM FUSÕES VERTICAIS E CONGLOMERAIS

O fluxo de análise de uma operação vertical ou conglomeral segue basicamente o mesmo passo a passo de análise já previsto anteriormente no Guia H e consolidado na experiência, mas com relevantes peculiaridades. São basicamente 5 etapas a serem percorridas: Etapa 1: Definição do(s) mercado(s) relevante(s); Etapa 2: Determinação da participação no mercado e dos Índices de Concentração; Etapa 3: Análise do potencial lesivo à concorrência; Etapa 4: Análise dos benefícios econômicos líquidos decorrentes da operação e Etapa 5: Remédios antitruste. Neste artigo, destacaremos justamente as peculiaridades. Quando da Etapa 3, cada uma dessas teorias do dano será detalhadamente analisada em artigos posteriores desta série. Uma segunda peculiaridade decorre do fato de que a análise dessas teorias do dano passa pelos seguintes passos: (1) capacidade, (2) incentivo e (3) efeitos.

Na análise de (1) capacidade, a pergunta que se faz é a seguinte: existe capacidade de implementação de estratégias anticoncorrenciais por parte da empresa integrada? Por sua vez, na análise de (2) incentivos, a pergunta que se faz é a seguinte: a integração gera alterações na estrutura de incentivos para a prática de estratégias anticoncorrenciais? Ainda que as requerentes possuam capacidade (vide tópico anterior), há geração de incentivos para implementação de tais estratégias? Por fim, na análise de (3) efeitos, a pergunta é: caso haja capacidade e incentivos, a implementação de tais práticas gera impactos efetivos à concorrência, com prejuízos aos consumidores

finalis? Há efeitos anticoncorrenciais? Assim, para o exame de todas as teorias do dano, sempre será seguido esse tripé de análise.

Imagem 1 – Os três elementos para a análise do potencial lesivo à concorrência a jusante e a montante em fusões verticais e conglomerais



As preocupações com atos de concentração verticais e conglomerais circunscrevem-se a duas principais espécies de possíveis efeitos anticompetitivos, a saber: os **(3.1.)** efeitos não coordenados/unilaterais e os **(3.2.)** coordenados. Retoma-se, aqui, uma explicação rápida sobre o que seriam efeitos unilaterais e coordenados.

Porumlado, entre os **(3.1) efeitos não coordenados/unilaterais**³⁷¹ estão aqueles que podem ser decorrentes da atuação de uma única empresa, individual e unilateralmente. Seria o caso de analisar se a empresa resultante da operação, com posição dominante³⁷², poderia implementar determinadas práticas comerciais que teriam o efeito de prejudicar o mercado. Recorda-se, como exemplo de práticas unilaterais, a exigência de exclusividade, a recusa de contratar, a discriminação, a criação de dificuldades à atividade de concorrentes, entre outros.

Pesquisa empírica de Ianelli sinaliza que, entre 2014 e 2018, o Cade apontou a existência dos seguintes principais tipos de efeitos

371 Efeitos não coordenados/unilaterais das integrações verticais podem ocorrer quando as empresas exercem poder de mercado, aumentando de forma lucrativa e sustentável os preços (ou diminuindo quantidades, qualidade ou inovação) sem depender necessariamente do comportamento das demais. A autoridade antitruste deve avaliar se a operação diminui as pressões concorrenciais enfrentadas pelas requerentes no mercado (e.g., eliminação de concorrente), de modo que as requerentes teriam incentivos para aumentar os preços (ou diminuir a oferta, qualidade ou inovação) dos produtos após a operação.

372 Nos termos do §2º do art. 36, §2o da Lei 12.529/2011, 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.

unilaterais no voto vencedor dos casos de integração vertical analisados pelo Tribunal: (i) discriminação a montante, (ii) discriminação a jusante; (iii) aumento de custo a montante; (iv) aumento de custo a jusante, (v) acordo de exclusividade.³⁷³

Por sua vez, quanto aos efeitos não coordenados/unilaterais das integrações conglomeradas, Binotto aponta que quatro teorias do dano são usadas para identificar os danos potenciais decorrentes de operações com efeitos conglomerados, que até hoje, têm sido chamadas a responder às preocupações com efeitos conglomerados, são elas: (i) atuação transversal (*reciprocity dealings*); (ii) fortalecimento do poder econômico (*entrenchment doctrine*); (iii) redução substancial da concorrência (*substantial lessening of competition*); e (iv) aumento da concentração agregada.³⁷⁴ O Documento de Trabalho sobre “Fusões conglomeradas: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022”³⁷⁵ inclusive reconhece que, até o momento, o Cade tem se valido principalmente da teoria da atuação transversal (*reciprocity dealings*) para avaliar os riscos concorrenciais associados ao aumento de poder de portfólio em fusões que unem empresas com produtos complementares.

Exemplos identificados pela literatura são o *bundling* puro ou misto, a venda casada técnica ou a vinculação contratual. Para além da estratégia de exclusão dos concorrentes em integrações conglomeradas, outras práticas mais sutis podem ser adotadas. Práticas como, celebração de acordos de reciprocidade entre concorrentes, venda

373 IANELLI, Vívian Salomão. Análise empírica dos atos de concentrações verticais: como o Cade tem endereçado os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados?. 2019. 74 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 41.

374 BINOTTO, Anna. Efeitos conglomerados em concentrações econômicas: caracterização e desdobramento. In: JESUS, Agnes M. et al. (Org.). Mulheres no antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2018. pp. 48 a 65.

375 CADE. Documento de Trabalho n. 006/2023. Fusões conglomeradas: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2023/Documento-de-Trabalho-Fusoes-Conglomeradas.pdf>

casada, preço predatório e exercício de poder de portfólio costumam ser objeto de análise nestes casos.

Pesquisa de Renzetti sinaliza, a partir da análise qualitativa de operações de integração conglomeral examinadas pelo Tribunal do Cade entre 2017 e 2022, que a possibilidade de fechamento de mercado é recorrente nos votos e pareceres divulgados pela autoridade. O fechamento de mercado está, segundo o autor, intrinsecamente ligado à preocupação relacionada ao aumento de poder de portfólio das empresas requerentes, capazes de alavancar o poder de mercado de um agente econômico para outro segmento pouco relacionado.³⁷⁶

Por sua vez, entre os **(3.2) efeitos coordenados**³⁷⁷ estão as preocupações de que, ao aprovar uma determinada operação, os agentes econômicos teriam maiores incentivos para atuarem de modo coordenado, ou seja, em conjunto, em um arranjo colusivo. Como exemplo de condutas coordenadas estão, por exemplo, o cartel e a influência de conduta comercial uniforme. Portanto, diferentemente dos efeitos unilaterais, os efeitos coordenados dependem necessariamente do comportamento das demais empresas do mercado.

Pesquisa empírica de Ianelli sinaliza que, entre 2014 e 2018, o Cade apontou a existência dos seguintes principais tipos de efeitos unilaterais no voto vencedor dos casos de integração vertical analisados pelo Tribunal: (i) verificação de desvios, (ii) mecanismos de dissuasão; (iii) reação de empresas terceiras.³⁷⁸

376 RENZETTI, Bruno Polonio. Atos de concentração conglomerados e ecossistemas digitais: Nova teoria para o controle de estruturas no Brasil./ Bruno Polonio Renzetti; orientador, José Marcelo Martins Proença - São Paulo, 2023. 247 f. p. 126.

377 Efeitos coordenados das integrações verticais podem advir do favorecimento à colusão, uma vez que (i) em função da redução de número de concorrentes no mercado a integração pode facilitar a coordenação entre as empresas; (ii) aumentam a possibilidade de mecanismos de dissuasão por parte da empresa integrada e (iii) reduzem a possibilidade de reação de empresas que não participam da coordenação e não são integradas, entre outros fatores.

378 IANELLI, Vívian Salomão. Análise empírica dos atos de concentrações verticais: como o Cade tem endereçado os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados?. 2019. 74 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 41.

Entre os efeitos coordenados das integrações conglomeradas, a preocupação surge com o risco de a operação influenciar a probabilidade de um comportamento coordenado em um determinado mercado ao reduzir o número de concorrentes efetivos a ponto de que a coordenação tácita passe a ser uma possibilidade. Além disso, os concorrentes não excluídos do mercado podem ter menos propensão à contestabilidade do conglomerado, preferindo a proteção que lhes é proporcionada por preços mais elevados. Uma concentração conglomerada poderia aumentar o âmbito e a importância da concorrência multimercados, dado que a interação concorrencial em diversos mercados poderia aumentar a gama e a eficácia dos mecanismos disciplinadores para garantir o respeito às condições de coordenação.

Entre as operações de integração conglomerada analisadas pelo Cade, as principais teorias do dano por efeitos coordenados em integrações verticais e conglomeradas são:

- criação/favorecimento das condições da coordenação;
- possibilidade de monitoramento/verificação de desvios;
- existência de mecanismos de dissuasão e
- probabilidade de reação das empresas não participantes.

A tabela a seguir apresenta uma síntese didática das principais teorias do dano em integrações verticais e conglomeradas.

| Teorias do dano | | Integração Vertical ou Conglomerar |
|---|--|--|
| (3.1.) Efeitos não coordenados/ unilaterais | Efeitos não coordenados - fechamento | Fechamento de insumos (<i>input foreclosure</i>) |
| | | Fechamento de clientes (<i>customer foreclosure</i>) |
| | Outros efeitos não coordenados (para além do fechamento) | Elevação de custos de rivais |
| | | Acesso a informações sensíveis |
| (3.2.) Efeitos coordenados | | Condições da coordenação |
| | | Possibilidade de monitoramento/verificação de desvios |
| | | Existência de mecanismos de dissuasão |
| | | Probabilidade de reação das empresas não participantes |

Além dessas, há outras teorias do dano possíveis, ainda que menos estruturadas e recorrentes, como: (i) menores incentivos à concorrência, redução de incentivos à inovação ou a melhores preços e produtos dos serviços; (ii) riscos concorrenciais potenciais e dinâmicos se, por conta da operação, as empresas deixarem de lançar produtos concorrentes ou se a operação visar a eliminar um agente de mercado disruptivo ou inovador; (iii) circunvenção de normas regulatórias (*evading regulation*) ou de acordos privados de longo prazo; (iv) impedimento à interoperabilidade e *multi-homing* e (v) alterações em parâmetros concorrenciais não relacionados a preços (especialmente relevantes em mercados em que os consumidores não pagam um valor monetário para adquirir ou utilizar determinado

serviço ou em mercados nos quais os preços são regulados); entre outras.

Ao se realizar uma análise quantitativa da experiência nacional quanto a atos de concentração não horizontais, com base em 242 processos de concentração econômica não horizontais analisados pelo CADE (tanto SG/Cade quanto Tribunal) entre 2012 e julho 2022³⁷⁹, houve a identificação das principais preocupações em casos de concentrações não horizontais: (1) fechamento de mercado; (2) aumento de custos de rivais; (3) discriminação; (4) alavancagem de posição de mercado; (5) acesso a informações sensíveis de rivais; (6) efeitos coordenados; (7) efeitos de portfólio ou conglomerados; (8) potenciais reações de empresas terceiras.

O gráfico abaixo resume os dados encontrados a partir das respostas preenchidas na tabela em Excel.



Fonte: elaboração própria, a partir de dados consolidados pela SG/Cade.

Ademais, de acordo com o Documento de Trabalho sobre “Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade

³⁷⁹ Dentre os 242 processos consolidados, todos foram analisados pelo rito ordinário, sendo que apenas 13 foram declarados complexos.

entre 2012 e 2022”³⁸⁰, o Cade tem se valido principalmente da teoria da atuação transversal (*reciprocity dealings*) para avaliar os riscos concorrenciais associados ao aumento de poder de portfólio em fusões que unem empresas com produtos complementares, tendo como base três principais casos que foram analisados em maiores detalhes no documento: (i) Stone/Linx³⁸¹, (ii) Magalu/Hub³⁸² e (iii) Microsoft/Activision Blizzard³⁸³. Interessante pontuar que, segundo o documento, apenas os anos de 2021 e 2022 representaram cerca de 33% dos casos analisados desde 2012.

Passa-se, a seguir, às preocupações com atos de concentração verticais e conglomerais quanto aos efeitos não coordenados/unilaterais.

3.1.EFEITOS NÃO COORDENADOS/UNILATERAIS TEORIAS DO DANO EM FUSÕES VERTICAIS E CONGLOMERAIS

Ao se realizar uma análise quantitativa da experiência nacional quanto a atos de concentração não horizontais, com base em 242 processos de concentração econômica não horizontais analisados pelo CADE (tanto SG/Cade quanto Tribunal) entre 2012 e julho 2022³⁸⁴, já apresentamos no Capítulo anterior que houve 180 casos da em que se identificou o risco de fechamento de mercado. As preocupações

380 CADE. Documento de Trabalho n. 006/2023. Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2023/Documento-de-Trabalho-Fusoes-Conglomerais.pdf>

381 Cade. Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17 - STNE Participações S.A. (“STONE”) e a Linx S.A. (“LINX”)

382 Cade. Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55 – Magalu Pagamentos Ltda. e Hub Prepaid Participações S.A.

383 Cade. Ato de Concentração nº 08700.003361/2022-46 – Microsoft Corporation e Activision Blizzard, Inc.

384 Dentre os 242 processos consolidados, todos foram analisados pelo rito ordinário, sendo que apenas 13 foram declarados complexos.

foram tanto isoladamente com o fechamento (i) *upstream*^{385_386_387_388} quanto isoladamente com o (ii) *downstream*^{389_390_391}, mas também com o fechamento concomitante em (iii) ambos os mercados^{392_393_394_395}.

385 08700.007114/2014-09

386 “Com relação ao mercado upstream, eventuais preocupações de fechamento de mercado podem ser mitigadas por alguns fatores (...) de modo que é improvável que haja fechamento do mercado upstream em decorrência desta operação.”. 08700.003502/2016-82

387 “A participação da Patheon nos três mercados à jusante em que a empresa registra faturamento no Brasil é extremamente baixa, sendo menor que 1% nos três segmentos considerados. Tal cenário torna altamente improvável a possibilidade de que as Requerentes tenham condições de efetuar o fechamento de mercado à jusante, num cenário pós-operação, dada a pouca relevância da Patheon nos segmentos downstream no Brasil.”. 08700.004128/2017-13

388 Hipótese de fechamento do mercado de insumos (upstream). 08700.004955/2019-79.

389 “a presente operação poderá acarretar dificuldades de acesso aos serviços de transporte de carga aérea para concorrentes da ECT no mercado de encomenda e se eixariam de ter empresas de encomendas demandando-lhes serviços, resultando em um fechamento do mercado downstream.”. 08700.003530/2014-38

390 “fechamento do mercado downstream para concorrentes da Mexichem”. 08700.000756/2016-49

391 Risco de fechamento do mercado à jusante, de varejo de materiais de construção. 08700.006291/2016-30

392 “possibilidade de fechamento do mercado à montante (upstream): quando a empresa à jusante detém poder de mercado, esse agente tem incentivos para adquirir insumos apenas da empresa verticalizada, acarretando prejuízos aos demais agentes do mercado à montante; possibilidade de fechamento do mercado à jusante (downstream): quando a empresa à montante possui poder de mercado, esse agente tem incentivos para direcionar sua produção para a empresa verticalizada, ou ainda, praticar condutas tendentes ao fechamento de mercado, tal como a discriminação de preços.”. 08700.012652/2015-04

393 “i. possibilidade de fechamento do mercado à montante/upstream: quando a empresa à jusante detém poder de mercado, esse agente tem incentivos para adquirir insumos apenas da empresa verticalizada, acarretando prejuízos aos demais agentes do mercado à montante; ii. possibilidade de fechamento do mercado à jusante/downstream: quando a empresa à montante possui poder de mercado, esse agente tem incentivos para direcionar sua produção para a empresa verticalizada, ou ainda, praticar condutas tendentes ao fechamento de mercado, tal como a discriminação de preços.” 08700.000266/2016-42

394 “fechamento do mercado upstream (mercado de direitos creditórios) e refere ao mercado a jusante” 08700.000374/2016-15

395 “De fato, a larga oferta do produto (ACESSO RESTRITO) em face da demanda mundial da DCC de apenas ACESSO RESTRITO afasta preocupação com estratégias de elevação do custo de rivais ou fechamento de mercado, tanto no sentido downstream, como no sentido upstream.”. 08700.000958/2016-91

^{396_397}. Além disso, as análises sobre fechamento tendem a concentrar sobretudo nos riscos do fechamento a concorrentes^{398_399_400_401_402_}

396 “De todo modo, apesar da relevância da Cryptera, a operação não é capaz de gerar fechamento de mercado upstream ou downstream.”. 08700.003045/2016-26

397 “ I – possibilidade de fechamento do mercado de exames de medicina laboratorial (downstream) para os demais prestadores de serviços de apoio a outros laboratórios, impedindo ou dificultando a concorrentes não verticalizados o acesso a clientes; II – possibilidade de fechamento do mercado de serviços de apoio a outros laboratórios (upstream) para estabelecimentos de medicina diagnóstica concorrentes da empresa verticalizada (ofertantes de exames de medicina laboratorial que não tenham capacidade de processamento desses exames), impedindo ou dificultando o acesso dos estabelecimentos independentes aos laboratórios de grande porte que oferecem o serviço de processamento de exames.”. 08700.005609/2019-16

398 “se a Odontoprev, operadora de plano odontológico e detentora de empresas de radiologia, fosse capaz, após a operação, de direcionar seus beneficiários para prestadores próprios (a Clidec e a Papaiz), fechando o seu plano odontológico (e seus respectivos beneficiários) para prestadores de serviços de radiologia concorrentes da Clidec e da Papaiz”. 08700.010125/2012-12

399 “De toda forma, as Requerentes destacaram que não há previsão de exclusividade no fornecimento de aço pela CSN à Armco, não havendo impedimentos para que a Armco adquira o aço de outros fornecedores.” 08700.006539/2015-81

400 “fechamento do mercado downstream para concorrentes da Mexichem”. 08700.000756/2016-49

401 “Com base no exposto nessa seção, considerando a instrução realizada junto a clientes e concorrentes, bem como a análise das informações disponíveis sobre o mercado, é pouco provável que a entidade resultante da presente operação tenha o incentivo de adotar uma estratégia de fechamento de mercado ou mesmo de discriminação de concorrentes da Dell no mercado de servidores.”. 08700.003054/2016-17

402 “Ao longo da instrução, alguns concorrentes oficiados levantaram preocupações relacionadas ao reforço de poder de portfólio, que poderia, segundo arguido, levar a um fechamento de canais de distribuição para outros concorrentes das Requerentes.”. 08700.006269/2016-90

^{403_404_405}, de modo que não foram identificadas análises detidas nos possíveis efeitos de fechamento aos clientes⁴⁰⁶.

As principais teorias do dano por efeitos não coordenados/unilaterais em integrações verticais e conglomerais são as seguintes: (3.1.1.) Fechamento de insumos (*input foreclosure*); (3.1.2.) Fechamento de clientes (*costumer foreclosure*); (3.1.3.) Elevação de custos de rivais e (3.1.4.) Acesso a informações concorrencialmente sensíveis.

Quanto ao (3.1.1.) Fechamento de insumos (*input foreclosure*) e ao **(3.1.2.) Fechamento de clientes** (*costumer foreclosure*), recentemente, por exemplo, quando da análise do Ato de Concentração envolvendo a formação de uma *joint-venture* entre HLAG e Starnav no mercado de transportes marítimos⁴⁰⁷, nem se alcançou a análise de incentivos para dois mercados relevantes. A SG/Cade indicou que, no mercado relevante de serviços de transporte marítimo de contêineres de longo curso e de agenciamento de frete bem como no mercado de cabotagem

403 “A possibilidade de fechamento de mercado para concorrentes tanto no mercado à jusante (downstream), quanto no mercado à montante (upstream), pode vir a resultar na exclusão ou prejuízo de competidores e, assim, na redução da oferta e degradação de qualidade de produtos e serviços, bem como nas condições de preço dos mesmos.”. 08700.005455/2017-92

404 “Fechamento de mercado para os demais concorrentes da JDB, no tocante a fornecimento de peças originais para colhedoras; Fechamento de mercado para os demais concorrentes da Unimil, no tocante ao acesso a clientes de peças genuínas para colhedoras; Fechamento de mercado para outros concorrentes da Unimil no mercado de peças de reposição, caso os clientes da JDB passem a adquirir peças de reposição apenas da Unimil; Fechamento de mercado para outros concorrentes da JDB no mercado de colhedoras, diante da eventual indisponibilidade de peças de reposição Unimil;”. 08700.005767/2019-68

405 “Hipótese de a Microsoft passar a distribuir apenas os jogos da Zenimax e os por ela própria publicados, fechando, por consequência, o mercado de distribuição para outros publicadores.”. 08700.006064/2020-91

406 “Portanto, conclui-se que a operação não tem o condão de possibilitar o fechamento de mercado, seja do acesso a insumos do mercado de licenciamento de eventos de milho a concorrentes no mercado downstream de melhoramento genético de milho, seja o fechamento do acesso a clientes no mercado de melhoramento genético de milho a concorrentes no mercado upstream de licenciamento de eventos transgênicos de milho.”. 08700.002495/2018-63

407 Ato de Concentração HLAG/Starnav. 08700.002769/2023-81. “Integrações verticais envolvendo, de um lado, o mercado de cabotagem de contêineres e cabotagem *feeder* de contêineres, e de outro, os mercados de (i) transporte marítimo regular de contêineres de longo curso; (ii) serviços de reboque portuário; e (iii) agenciamento de frete”.

e cabotagem *feeder* de contêineres, a participação das empresas “*não supera a referência de 30% em termos de participação de mercado. Assim sendo, nos termos do inciso IV, do art. 8º da Resolução Cade nº 33/2022, tem-se por desnecessário aprofundar as investigações sobre tais mercados, posto que, com base na participação de mercado detida [pelas empresas], entende-se que tais Partes não seriam capazes de fechá-los.*”

Quando há, portanto, capacidade, e passa-se à análise de incentivos, deve-se analisar uma série de fatores, entre os quais se destaca: o grau de rentabilidade nos elos a montante e a jusante e o aumento de vendas a jusante, a taxa de desvio para a empresa integrada, e o aumento de vendas a jusante assim como a perda de vendas a montante. Neste mesmo caso mencionado, envolvendo o mercado de transportes marítimos, a SG/Cade entendeu que, no mercado relevante de reboque portuário, “*os dados mostraram que um possível direcionamento dos serviços de apoio portuário [...] apenas para a JV (em prejuízo aos demais players no segmento de cabotagem e cabotagem feeder de contêineres, concorrentes da JV) não constituiria uma estratégia economicamente vantajosa [...] no pós-Operação, [...]. Assim, conclui-se pela ausência de incentivos e de racionalidade econômica em eventual tentativa nesse sentido, o que torna improvável tal possibilidade.*”

Ademais, no Ato de Concentração Magalu/Hub⁴⁰⁸, considerado como um dos exemplos de análise de fusão conglomeral pelo Cade, o caso suscitou preocupações concorrenciais não-horizontais que poderiam advir da operação, especialmente em relação às atividades de comércio varejista online e *marketplace* prestadas pelo Magazine Luiza e às atividades de gestão de meios de pagamento prestadas pelas empresas do grupo Hub. O principal risco concorrencial discutido consistia no fechamento de mercado decorrente da integração entre as atividades de comércio varejista online e *marketplace* prestadas pelo Magazine Luiza e as atividades de gestão de meios de pagamento prestadas pelas empresas do grupo Hub. Ao final, o risco de fechamento de mercado foi afastado no caso concreto principalmente por conta da

408 Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55 – Magalu Pagamentos Ltda. e Hub Prepaid Participações S.A.

baixa participação de mercado das empresas nos mercados relevantes afetados pela operação, que possuíam estruturas significativamente pulverizadas.

Em resumo, pode-se apresentar o seguinte quadro consolidado com os principais elementos de análise quando do aprofundamento das teorias do dano:

Tabela 1 – Efeitos não coordenados/unilaterais – Fechamento de insumos (*input foreclosure*).

| | | | CAPACIDADE | INCENTIVOS | EFEITOS |
|---|---|--|--|--|------------------------|
| (3.1.) Efeitos não coordenados/unilaterais | Efeitos não coordenados - fechamento | (3.1.1.) Fechamento de insumos (<i>input foreclosure</i>) | <ul style="list-style-type: none"> • a importância do insumo • o poder de mercado a montante • o realinhamento dos padrões de compra • o reforço do poder de mercado de terceiros a montante | <ul style="list-style-type: none"> • o grau de rentabilidade nos elos a montante e a jusante • a taxa de desvio para a empresa integrada • o aumento de vendas a jusante e a perda de vendas a montante | Fatores de compensação |

| | | | | | |
|--|--|---|--|---|-------------------------------|
| <p>(3.1.) Efeitos não coordenados</p> | <p>Efeitos não coordenados - fechamento</p> | <p>(3.1.2.) Fechamento de clientes (<i>customer foreclosure</i>)</p> | <ul style="list-style-type: none"> • poder de mercado a jusante • importância da escala e dos efeitos de rede • alternativas no mercado a jusante | <ul style="list-style-type: none"> • o grau de rentabilidade nos elos a jusante e montante • o aumento de vendas a montante e redução de compras junto a fornecedores concorrentes a montante • o aumento de preços a montante | <p>Fatores de compensação</p> |
|--|--|---|--|---|-------------------------------|

Fonte: elaboração própria.

Tabela 2 – Efeitos não coordenados/unilaterais – Fechamento de clientes (*costumer foreclosure*).

| | | | CAPACIDADE | INCENTIVOS | EFEITOS |
|---|---|--|--|---|-------------------------------------|
| (3.1.) Efeitos não coor- de- nados | Efei- tos não coorden- ados - fecha- mento | (3.1.2.) Fecha- mento de clientes (<i>costumer foreclo- sure</i>) | <ul style="list-style-type: none"> • poder de mercado a jusante • importância da escala e dos efeitos de rede • alternativas no mercado a jusante | <ul style="list-style-type: none"> • o grau de rentabilidade nos elos a jusante e montante • o aumento de vendas a montante e redução de compras junto a fornecedores concorrentes a montante • o aumento de preços a montante | Fato- res de compen- sação |

Fonte: elaboração própria.

3.1.3.ELEVAÇÃO DE CUSTO DE RIVAIS COMO EFEITO NÃO COORDENADO/UNILATERAL TEORIAS DO DANO EM FUSÕES VERTICAIS E CONGLOMERAIS

A elevação do custo de rivais é uma das hipóteses possíveis de fechamento de mercado, classificado na categoria de teorias do dano de efeitos não coordenados/unilaterais.⁴⁰⁹ A análise dessa

⁴⁰⁹ Entre os (1) efeitos não coordenados/unilaterais estão aqueles que podem ser decorrentes da atuação de uma única empresa, individual e unilateralmente. Seria o caso de analisar se a empresa resultante da operação, com posição dominante, poderia implementar determinadas práticas comerciais que teriam o efeito de prejudicar o mercado. Recordar-se, como exemplo de práticas unilaterais, a exigência

teoria do dano concentra-se na atuação dos demais fornecedores não integrados verticalmente que, em decorrência da operação, podem ter capacidade de elevar seu poder de mercado e, com isso, pressionar os custos dos competidores a jusante.

Steven Salop é um dos teóricos mais importantes para essa análise. Segundo o autor, algumas condutas empresariais poderiam ser mais bem explicadas pela elevação de custos de rivais, e não necessariamente por suas condutas de fechamento de mercado de insumos ou clientes. *“A firm can induce its rivals to exit the industry by raising their costs. Some non-price predatory conduct can best be understood as action that raises competitors’ costs”*.⁴¹⁰

Com o objetivo de avaliar os riscos de a operação resultar em aumento de custos de rivais, o Guia V+ sinaliza que se deve considerar alguns pontos, tais como: número de empresas remanescentes nos mercados afetados pela operação; número de concorrentes verticalmente integrados nos mercados afetados (quanto maior o número, maior a probabilidade de que um entrante tenha que iniciar suas operações nos dois mercados verticalmente integrados ao mesmo tempo); homogeneidade dos produtos; rivalidade nos mercados afetados antes da operação e histórico dos preços dos concorrentes, entre outros. Para essa análise, devem ser percorridos os mesmos passos já conhecidos: (1) capacidade⁴¹¹, (2) incentivo⁴¹² e (3) efeitos⁴¹³.

de exclusividade, a recusa de contratar, a discriminação, a criação de dificuldades à atividade de concorrentes, entre outros.

410 SALOP, Steven C., and David T. Scheffman. “Raising rivals’ costs.” *The American economic review* 73, no. 2 (1983): 267-271. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/raising-rivals-costs/wp081.pdf>

411 Na análise de (1) capacidade, a pergunta que se faz é a seguinte: existe capacidade de implementação de estratégias anticoncorrenciais por parte da empresa integrada? Existe capacidade para isso?

412 Na análise de (2) incentivos, a pergunta que se faz é a seguinte: a integração gera alterações na estrutura de incentivos para a prática de estratégias anticoncorrenciais? Ainda que as requerentes possuam capacidade (vide tópico anterior), há geração de incentivos para implementação de tais estratégias?

413 Na análise de (3) efeitos, a pergunta que se faz é a seguinte: em caso de existência de capacidade e de incentivos, a implementação de tais práticas gera impactos efetivos à concorrência, com prejuízos aos consumidores finais? Há efeitos anticoncorrenciais? Assim, para todas as teorias do dano, sempre será seguido esse tripé de análise.

Ao se realizar uma análise quantitativa da experiência nacional quanto a atos de concentração não horizontais, com base em 242 processos de concentração econômica não horizontais analisados pelo CADE (tanto SG/Cade quanto Tribunal) entre 2012 e julho 2022⁴¹⁴, já apresentamos que houve 27 casos em que se identificou o risco de aumento de custos de rivais. Tais casos foram assim classificados pela existência de análises de rivalidade ou por menções a reduções de custos resultantes da operação, mas não necessariamente específica sobre aumento de custos de rivais. Em um dos casos em que a preocupação com o aumento de custos de rivais foi específica, esta foi centrada nos mercados *downstream* da operação.⁴¹⁵

No caso do Ato de Concentração MWM e Tupy, entendeu-se que o “*risco associado à integração vertical no presente caso refere-se ao fechamento de mercado a jusante (elo downstream). Ou seja, o risco ocorreria na situação de criação de dificuldades [...] ao acesso de concorrentes [...] a i) blocos e ii) cabeçotes de motores de ferro a diesel para aplicações médias, pesadas e off road ou aumentos dos custos de competidores para acessar esses insumos*”⁴¹⁶.

Similarmente, no caso envolvendo Dow Chemicals e Dow Corning, a SG/Cade concluiu que era reduzida a probabilidade de elevação do custo dos rivais decorrente das relações verticais como resultado da operação envolvendo o segmento de produtos à base de silicone. Segundo seus termos, “*a larga oferta do produto (ACESSO RESTRITO) em face da demanda mundial [...] afasta preocupação com estratégias de elevação do custo de rivais ou fechamento de mercado, tanto no sentido downstream como no sentido upstream.*”. Isso, porque “*ainda que [...] passe a comprar apenas da [empresa verticalmente integrada...], a demanda direcionada para esta seria irrelevante em termos de efeito ao*

414 Dentre os 242 processos consolidados, todos foram analisados pelo rito ordinário, sendo que apenas 13 foram declarados complexos.

415 “ainda que a DCC passe a comprar apenas da Dow, a demanda direcionada para esta seria irrelevante em termos de efeito ao mercado upstream e sem qualquer incentivo para a Dow no sentido de elevar custos dos rivais da DCC no mercado downstream.”. 08700.000958/2016-91

416 Ato de Concentração MWM e Tupy. 08700.005611/2022-82.

mercado upstream e sem qualquer incentivo [...] no sentido de elevar custos dos rivais [...] no mercado downstream".⁴¹⁷

Nota-se, portanto, que apesar de ser mencionada como uma teoria do dano adicional, tende a ser vista como uma forma mais sutil da implementação de uma estratégia de fechamento. Tipicamente, estratégias de fechamento parcial podem acabar resultando em aumento de custos de rivais, de modo que, por vezes, nas análises antitruste, as teorias do dano acabam se sobrepondo. Essa lógica indireta de que o aumento de custos de rivais seria uma variável mais sutil da estratégia de fechamento de mercado fica evidente na análise do Ato de Concentração Mafra e Flexicotton. Segundo a SG/Cade, *"quanto a esta possibilidade, esta SG entende não ser necessário maior aprofundamento na análise, haja vista que, como dito neste parecer, as atuações da Mafra e da Flexicotton no mercado de algodão são complementares, pois atendem a nichos diferentes de mercado. Ademais, como visto anteriormente, há rivalidade suficiente para mitigar uma eventual probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado pela Mafra nos mercados de fabricação de algodão e hastes flexíveis pós-operação, havendo, ainda, a possibilidade de novas entradas e até mesmo o desvio da demanda para importações. Por fim, como as participações da Mafra nos três mercados downstream assinalados acima são relativamente reduzidas (sempre abaixo de 30%), não haveria sequer racionalidade econômica para uma eventual tentativa de aumento do custo dos rivais da Mafra naqueles mercados, muito menos fechamento de mercado, por conta da participação adquirida no mercado upstream de fabricação de algodão, em que as partes teriam participação ligeiramente superior a 30%. Tentativas nesse sentido levariam a perda de lucratividade da Mafra neste mercado de fornecimento de algodão, por todas as razões expostas neste parecer"*.⁴¹⁸

A mesma lógica apresentada sob a lente das integrações verticais aplica-se às integrações conglomeradas. Ou seja, práticas como, celebração de acordos de reciprocidade entre concorrentes, venda

417 Ato de Concentração Dow Chemical e Dow Corning. 08700.000958/2016-91.

418 Ato de Concentração Mafra e Flexicotton. 08700.003018/2020-30.

casada, preço predatório e exercício de poder de portfólio costumam ser objeto de análise nestes casos.

Em resumo, pode-se apresentar o seguinte quadro consolidado com os principais elementos de análise quando do aprofundamento da teoria do dano de efeitos não coordenados/unilaterais de elevação de custo de rivais:

Tabela 3 – Efeitos não coordenados/unilaterais – Elevação de custos de rivais

| | | | CAPACIDADE | INCEN- TIVOS | EFEITOS |
|---------------------------------------|---|--|--|-----------------|---------|
| (3.1.) Efeitos não coordenados | Efeitos não coordenados - fechamento | (3.1.3.) Elevação de custos de rivais | Fatores a considerar: <ul style="list-style-type: none"> • Número de empresas remanescentes nos mercados afetados pela operação • Número de concorrentes verticalmente integrados nos mercados afetados. Quanto maior o número, maior a probabilidade de que um entrante tenha que iniciar suas operações nos dois mercados verticalmente integrados ao mesmo tempo • Homogeneidade dos produtos • Rivalidade nos mercados afetados antes da operação • Histórico dos preços dos concorrentes, entre outros | | |

Fonte: elaboração própria.

3.1.4.ACESSO A INFORMAÇÕES CONCORRENCIALMENTE SENSÍVEIS COMO EFEITO NÃO COORDENADO/UNILATERAL TEORIAS DO DANO EM FUSÕES VERTICAIS E CONGLOMERAIS

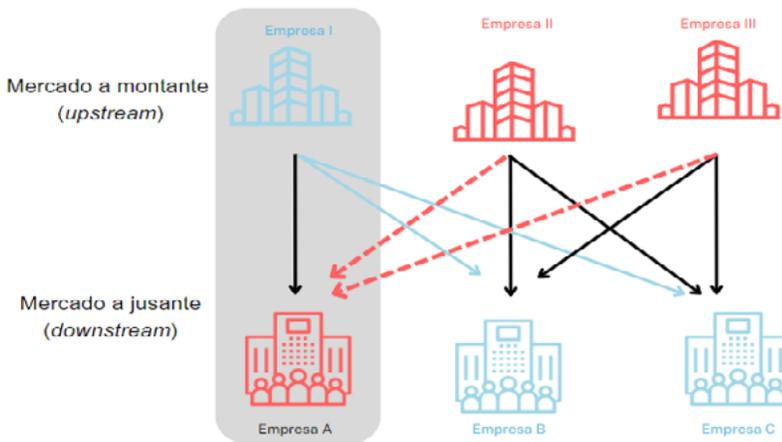
O acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis é uma das hipóteses possíveis de fechamento de mercado, classificado na categoria de teorias do dano de efeitos não coordenados/unilaterais.⁴¹⁹

⁴¹⁹ Dentre os (1) efeitos não coordenados/unilaterais estão aqueles que podem ser decorrentes da atuação de uma única empresa, individual e unilateralmente. Seria

A análise dessa teoria do dano compreende a verificação se a entidade resultante da concentração pode, através de uma integração vertical, obter acesso a informações concorrencialmente sensíveis relativas às atividades a montante ou a jusante dos seus concorrentes que não estavam disponíveis para pelo menos uma das partes antes da operação. Isso porque, após uma operação vertical, a empresa integrada/verticalizada passa a ter acesso a informações de seus concorrentes (ao menos daqueles que já eram clientes/fornecedores de uma das partes antes da operação).

Imagem 3 – Acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis de rivais

Acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis de rivais



Fonte: Guia V+, elaboração Consultoria PNUD.

Essa é também a preocupação da autoridade antitruste do Reino Unido, para quem a obtenção pelas Requerentes de informações sensíveis sobre rivais (e.g., preços; vendas específicas; ofertas;

o caso de analisar se a empresa resultante da operação, com posição dominante, poderia implementar determinadas práticas comerciais que teriam o efeito de prejudicar o mercado. Recordar-se, como exemplo de práticas unilaterais, a exigência de exclusividade, a recusa de contratar, a discriminação, a criação de dificuldades à atividade de concorrentes, dentre outros.

especificações técnicas de produtos; planos de inovação) pode permitir que elas compitam de forma menos acirrada no mercado (e.g., podem cobrar preços apenas marginalmente mais atrativos que seus rivais, ao invés de preços bem mais baixos). Similarmente a Comissão Europeia, que acrescenta que o acesso a informações concorrencialmente sensíveis pelas requerentes pode colocar os concorrentes em desvantagem competitiva, inibindo sua expansão ou até mesmo entrada no mercado.

O Guia V+ sinaliza que a análise que visa identificar as situações em que o compartilhamento poderá ser prejudicial à concorrência deve ser pautada por parâmetros como: (i) Estrutura do mercado; (ii) O tipo de informação compartilhada e sua relevância concorrencial;⁴²⁰ (iii) Seu nível de desagregação; (iv) Sua contemporaneidade/historicidade; (v) Se a fonte da informação é pública ou privada; (vi) Se a disponibilização da informação é ou não compartilhada; e (vii) A frequência/periodicidade do acesso/uso da informação.

Ao se realizar uma análise quantitativa da experiência nacional quanto a atos de concentração não horizontais, com base em 242 processos de concentração econômica não horizontais analisados pelo CADE (tanto SG/Cade quanto Tribunal) entre 2012 e julho 2022⁴²¹, já apresentamos que houve 7 casos em que se identificou o risco de acesso a informações sensíveis de rivais, em 2 deles houve a

420 De acordo com o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica do Cade as informações concorrencialmente sensíveis são informações específicas (por exemplo, não agregadas) e que versam diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes econômicos. Conforme o referido Guia, essas informações englobam dados específicos sobre: custos das empresas envolvidas; nível de capacidade e planos de expansão; estratégias de marketing; precificação de produtos (preços e descontos); principais clientes e descontos assegurados; salários de funcionários; principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); planos de aquisições futuras; estratégias concorrenciais, etc. CADE. Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica do Cade. 2015. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>

421 Dentre os 242 processos consolidados, todos foram analisados pelo rito ordinário, sendo que apenas 13 foram declarados complexos.

identificação de salvaguardas/políticas comerciais e contratuais que mitigavam tais preocupações.⁴²²⁻⁴²³

Esse tipo de análise ocorreu, por exemplo, no Ato de Concentração de formação da joint-venture “Juntos Somos Mais”, envolvendo Tigre, Gerdau e Votorantim. A SG/Cade verificou, porém, que desde o início da Operação foi apresentado o “Acordo de Investimento e Outras Avenças”, em que as Requerentes “*preocuparam-se em estabelecer parâmetros que visam impedir a troca de qualquer informação concorrencialmente sensível entre elas por meio da NewCo, já que, acima de tudo, a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas é punível pelo Cade nos termos da Lei Federal nº 12.529/2011. A partir do exposto, a constituição da NewCo, por ora, não suscita preocupação concorrencial no que tange à troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as Requerentes.*”⁴²⁴

No mesmo sentido, a SG/Cade também afastou preocupações com o acesso e o uso de informações concorrencialmente sensíveis no âmbito do Ato de Concentração envolvendo Axionlog / BFFC / CiaTC / Giraffas / Halipar / Outback / Bramex / Rei do Mate / 4all, referente à criação de joint-venture para a criação de plataforma de pedidos online de comida e operações de foodservice. Novamente, as medidas tomadas pelas Requerentes previamente à Operação foram consideradas relevantes para a SG/Cade: “*Além disso, a própria plataforma a ser desenvolvida pela 4All, continuam as Requerentes, será construída com tecnologia que impedirá que acionistas e futuros contratantes tenham acesso às informações concorrencialmente sensíveis uns dos outros. De acordo com as informações apresentadas, o sistema adotado pela plataforma permitirá a implementação de restrições de acesso e controle sobre o fluxo de dados, por meio da autenticação de usuários, criptografia e anonimização dos dados. A plataforma ainda contará com*

422 “A esse respeito, a conclusão a que se chegou foi de que esse aspecto parece já ser objeto de tratamento adequado pelo das políticas comerciais e contratuais das Requerentes.” 08700.005611/2022-82

423 Existência de salvaguardas contra a troca de informações concorrencialmente sensíveis. 08700.001462/2022-82

424 Ato de Concentração Juntos Somos Mais – Tigre, Gerdau e Votorantim. 08700.002327/2018-78.

*mecanismos de monitoramento, que registrarão todos os dados acessados pelos usuários. Por fim, as Requerentes estabeleceram uma política de portas abertas ao CADE, para que esta Autarquia possa monitorar as atividades da joint venture sempre que julgar necessário.”.*⁴²⁵

O caso mais recente do Cade que enfrentou, de modo central, esse tema do acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis no âmbito de integrações verticais foi em sede do Ato de Concentração envolvendo Sulamérica e Rede D’Or. Em seu parecer, a SG/Cade relatou a manifestação de diversos terceiros interessados, preocupados com o acesso às informações sensíveis de concorrentes, mas sinalizou que as informações poderiam ser descaracterizadas como sensíveis e, mesmo se o fossem, não “há evidências que indiquem tais agentes mitigaram a capacidade de competir de grupos não verticalizados que não teriam acesso a esse conjunto de informações.”. Já no Tribunal do Cade, essa teoria do dano foi detalhadamente analisada pelos Conselheiros, tendo-se, ao final, aprovado a operação.⁴²⁶ Não obstante, a título de advocacia da concorrência, foi recomendada à ANS a edição de norma específica sobre o tema de fluxo de informações entre agentes verticalizados

425 Ato de Concentração Axionlog / BFFC / CiaTC / Giraffas / Halipar / Outback / Bramex / Rei do Mate / 4all. 08700.006662/2020-60.

426 Ato de Concentração Sulamérica e Rede D’Or. 08700.003959/2022-35. Voto Gab 6, Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann. “Ante o exposto, considerando as teorias de dano ventiladas e sopesando as argumentações das Recorrentes vis-à-vis os demais aspectos pertinentes, ao meu ver, não há elementos que justifiquem uma intervenção do CADE neste momento sobre este ponto, sob pena até mesmo de inviabilizar possíveis eficiências decorrentes da operação que seriam benéficas ao consumidor, tendo em vista: (i) a padronização das rubricas e informações que devem ser trocadas entre OPS e estabelecimentos médico-hospitalares e os esforços de reduzir a assimetria de informação, em observância ao Padrão TISS, da ANS; (ii) haver parâmetros amplamente disponíveis a todos players do mercado que norteiam a precificação de componentes importantes do mercado (e.g., Brasíndice; SIMPRO); (iii) as dificuldades práticas de replicação de condições comerciais para outros agentes econômicos; (iv) o fato de haver diversos agentes verticalizados no setor que já possuem informações de diferentes OPS e hospitais, mitigando o potencial do uso pelas Requerentes das informações adicionais obtidas como instrumento para obtenção de vantagem anticompetitiva para prejudicar rivais; (v) os desenvolvimentos nas modalidades de contratação entre OPS e prestadores de serviços médico-hospitalares, com aumento de modalidades menos sujeitas à troca de informações sensíveis; e (vi) o risco de se prejudicar ou inviabilizar eficiências resultantes das integrações verticais ora examinadas.”.

no setor de saúde suplementar, a exemplo do que já aconteceria em outros mercados regulados.

A mesma lógica apresentada sobre a lente das integrações verticais segue quanto às integrações conglomeradas. No Ato de Concentração envolvendo Stone e Linx⁴²⁷, uma das teorias do dano estava relacionada à obtenção de acesso privilegiado, por parte da Stone, de dados estratégicos e informações sensíveis dos clientes da Linx, o que poderia gerar vantagens competitivas indevidas no mercado de meios de pagamento. A SG e o Tribunal do CADE avaliaram que diversas particularidades do setor afastavam a eventual obtenção de vantagem competitiva. Primeiro, as informações gerenciais eram relativamente limitadas, envolvendo dados como: lista de adquirentes que prestam serviço a um cliente; o volume transacionado e os recebíveis nessa adquirente; e as taxas cobradas, como MDR e antecipação. Foi verificado que essas informações, além de outras, são disponibilizadas para todos os agentes do mercado pelo Open Banking, mediante autorização do estabelecimento. Além disso, o acesso a esses dados via Open Banking tem o potencial de melhorar a eficiência e competitividade nos mercados de produtos financeiros. Dessa forma, o CADE concluiu não ser necessário a aplicação de remédios que limitassem o uso e acesso dessas informações.

Ainda, no Ato de Concentração Magalu/Hub⁴²⁸, havia preocupação destacada sobre a possibilidade de a Magalu Pagamentos obter acesso à base de dados bancários da Hub, configurando um exemplo de “data-driven merger”, e assim extrair vantagens competitivas indevidas em relação a seus concorrentes, incluindo o Mercado Pago. O Tribunal considerou que havia robustas salvaguardas de natureza contratual, legal e regulatória que impediam o compartilhamento de dados de rivais entre Hub e Magalu Pagamentos. O voto observou que o compartilhamento desses dados configuraria descumprimento

427 Ato de Concentração n° 08700.003969/2020-17 - STNE Participações S.A. (“STONE”) e a Linx S.A. (“LINX”)

428 Ato de Concentração n° 08700.000059/2021-55 – Magalu Pagamentos Ltda. e Hub Prepaid Participações S.A.

das obrigações impostas pela regulamentação do Banco Central às instituições financeiras e de pagamento, como a Hub, assim como violação de cláusulas contratuais de confidencialidade e dos princípios e regras estabelecidos pela Lei Geral de Proteção de Dados. Portanto, ainda que não tenha havido investigação aprofundada da relevância competitiva dos dados, restou evidenciado que sua transferência para a Magalu Pagamentos encontraria barreiras legais e contratuais difíceis de serem contornadas pelas requerentes.

Importante mencionar que, para além da existência de mecanismos de prevenção ao acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis no contexto do próprio acordo da Operação, o Cade já aprovou atos de concentração com fundamento no fato de que havia legislação específica que vedava a troca de informações sensíveis no setor.⁴²⁹

Em resumo, pode-se apresentar o seguinte quadro consolidado com os principais elementos de análise quando do aprofundamento da teoria do dano de efeitos não coordenados/unilaterais de acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis:

429 Por exemplo, no Ato de Concentração SBF e Centauro/Nike. 08700.000627/2020-37 e no Ato de Concentração Compass e Petrobrás/Gaspetro. 08700.004540/2021-10.

Tabela 4 – Efeitos não coordenados/unilaterais – Acesso a informações concorrencialmente sensíveis

| | | | CAPACIDADE | INCENTIVOS | EFEITOS |
|---|---|--|---|------------|---------|
| (3.1.) Efeitos não coordenados | Efeitos não coordenados - fechamento | (3.1.4.) Acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis | Parâmetros de análise: <ul style="list-style-type: none"> • A possibilidade e a probabilidade de obtenção de vantagem competitiva em decorrência do compartilhamento dessa informação; • A dimensão da vantagem competitiva que pode ser obtida em decorrência do compartilhamento dessa informação, dado que demais agentes não dispõem do mesmo conjunto informacional; • A possibilidade de se evitar ou restringir a abrangência do compartilhamento, tanto por meio da redução da quantidade de informação compartilhada, quanto em termos de estabelecimento de mecanismos internos de restrição de acesso a esse tipo de informação | | |

Fonte: elaboração própria.

Passa-se, a seguir, às preocupações com atos de concentração verticais e conglomerais quanto aos efeitos coordenados.

3.2.EFEITOS COORDENADOS TEORIAS DO DANO EM FUSÕES VERTICAIS E CONGLOMERAIS

Diferentemente do que vínhamos apresentando até aqui, sobre teorias do dano de efeitos não coordenados/unilaterais⁴³⁰, passa-se a descrever as preocupações concorrenciais resultantes de possíveis

430 Dentre os (1) efeitos não coordenados/unilaterais estão aqueles que podem ser decorrentes da atuação de uma única empresa, individual e unilateralmente. Seria o caso de analisar se a empresa resultante da operação, com posição dominante, poderia implementar determinadas práticas comerciais que teriam o efeito de prejudicar o mercado. Recordar-se, como exemplo de práticas unilaterais, a exigência de exclusividade, a recusa de contratar, a discriminação, a criação de dificuldades à atividade de concorrentes, dentre outros.

efeitos coordenados. Isso porque as integrações verticais podem elevar a probabilidade de coordenação explícita ou tácita entre concorrentes, ou intensificar ou facilitar a coordenação de estratégias colusivas que já existiam no mercado antes da operação. Como ações coordenadas entre concorrentes podem afetar negativamente o bem-estar dos consumidores, a autoridade antitruste avalia eventuais riscos de coordenação decorrentes da operação.

De acordo com o Guia de concentrações não-horizontais da União Europeia⁴³¹, uma operação vertical gera redução do número de concorrentes no mercado, e por isso, pode haver um aumento do grau de simetria entre as empresas atuantes no mercado. Além disso, integrar-se verticalmente com uma empresa contrária a uma coordenação já existente no mercado possibilita a imposição a ela desse modelo de mercado acordado entre concorrentes.

Ou seja, além de verificar as atuais características do mercado antes da operação, o Guia V+ sinaliza que se deve analisar se e como a operação afetará tais condições de mercado, tornando eventual colusão mais propensa a ocorrer. Argumenta-se que integrações verticais podem favorecer a colusão, uma vez que (i) em função da redução de número de concorrentes no mercado, podem facilitar a coordenação entre as empresas; (ii) aumentam a possibilidade de mecanismos de dissuasão por parte da empresa integrada; e (iii) reduzem a possibilidade de reação de empresas que não participam da coordenação e não são integradas, dentre outros fatores. As hipóteses de efeitos anticoncorrenciais coordenados decorrentes de atos de concentração verticais são variadas, dentre as quais, destacam-se os seguintes: condições da coordenação, possibilidade de monitoramento/verificação de desvios, existência de mecanismos de dissuasão e probabilidade de reação das empresas não participantes.

431 Guia da Comissão Europeia para Concentrações Não Horizontais. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03))

Ianelli⁴³² identificou, em sua pesquisa empírica envolvendo atos de concentração verticais julgados pelo Tribunal do Cade entre 2014 e 2018, que o Tribunal tende a ser mais relutante em declarar preocupações de efeitos coordenados quando comparado com efeitos unilaterais. Isso porque a possibilidade de comprovação de que a operação seria capaz de facilitar ou incentivar um conluio entre concorrentes seria muito baixa. Essa análise dependeria das condições do mercado, das empresas envolvidas, da atividade praticada, ou seja, de fatores específicos ao caso concreto e à situação mercadológica do momento.

No ato de concentração JBJ/Mataboi, por exemplo, uma preocupação concorrencial poderia ser levantada pela existência de vínculos familiares. A relação de parentesco motivou o Tribunal do Cade a reprovar a operação pois, um aumento do poder de mercado da empresa poderia influenciar significativamente o poder de mercado da outra empresa, de forma a diminuir a concorrência no mercado. Essa diminuição ocorreria devido à possibilidade de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas com considerável atuação no mercado. A consequência dessa troca de informações seria a capacidade de verificação dos desvios das empresas coordenadas. As empresas teriam informações que ampliariam a possibilidade de controlar a oferta e os preços de forma que os consumidores sairiam prejudicados.⁴³³

Outro caso que trouxe a preocupação de coordenação em sede de um ato de concentração vertical foi na operação conhecida como “AC das editoras”.⁴³⁴ O Conselheiro, em sua análise, apontou a

432 IANELLI, Vivian Salomão. Análise empírica dos atos de concentrações verticais: como o CADE tem endereçado os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados?. 2019. 74 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 48.

433 Ato de Concentração JBJ/Mataboi. 08700.007553/2016-83.

434 Ato de Concentração Editora Objetiva Ltda. (“Objetiva”); Editora Arqueiro Ltda. (“Arqueiro”); Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A. (“Record”); Editora Planeta do Brasil Ltda. (“Planeta”); Editora Rocco Ltda. (“Rocco”) e Ublibook Livros e Papéis S.A. (“LP&M”) – e a DLD Distribuidora de Livros Digitais S.A. (“DLD”). 08700.004872/2013-94.

real possibilidade de ocorrência de uma coordenação, mas concluiu no sentido de que não havia encontrado indícios suficientes para comprovar a probabilidade do acontecimento.

A mesma lógica apresentada sobre a lente das integrações verticais segue quanto às integrações conglomeradas.

Em resumo, pode-se apresentar o seguinte quadro consolidado com os principais elementos de análise quando do aprofundamento da teoria do dano de efeitos coordenados:

Tabela 5 – Efeitos coordenados

| | CAPACIDADE | INCENTIVOS | EFEITOS |
|----------------------------|--|------------|---------|
| (3.2.) Efeitos coordenados | Condições da coordenação | | |
| | Possibilidade de monitoramento/verificação de desvios | | |
| | Existência de mecanismos de dissuasão | | |
| | Probabilidade de reação das empresas não participantes | | |

Fonte: elaboração própria.

4. CONCLUSÕES

Neste artigo foi possível avançar na apresentação das principais teorias do dano oriundas de fusões verticais e conglomeradas, cotejado pela apresentação de dados consolidados da experiência do Cade e de exemplos concretos de análises realizadas em Atos de Concentração.

O “aprimoramento incremental em relação à análise antitruste tradicional”⁴³⁵ do Cade fica claro quando se passa ao operacional, ou

435 CADE. Documento de Trabalho n. 006/2023. Fusões conglomeradas: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022. p. 27.

seja, à identificação de qual o ferramental analítico utilizado para que se verifique (ou não) cada um desses riscos concorrenciais. Ao se realizar uma análise quantitativa da experiência nacional quanto a atos de concentração não horizontais, com base em 242 processos de concentração econômica não horizontais analisados pelo CADE (tanto SG/Cade quanto Tribunal) entre 2012 e julho 2022⁴³⁶, foi possível consolidar certa preponderância nas seguintes respostas: (1) possibilidade de exercício de poder de mercado; (2) probabilidade de exercício de poder de mercado; (3) análise de entrada; (4) análise de rivalidade; (5) poder de compra; (5) possibilidade de fechamento de mercado; (6) existência de cláusula de não concorrência; (7) estrutura de governança; (8) eficiências. Não houve estruturação, na tabela em Excel, da ordem de uso desse ferramental analítico pelo CADE.



Fonte: elaboração própria, a partir de dados consolidados pela SG/Cade.

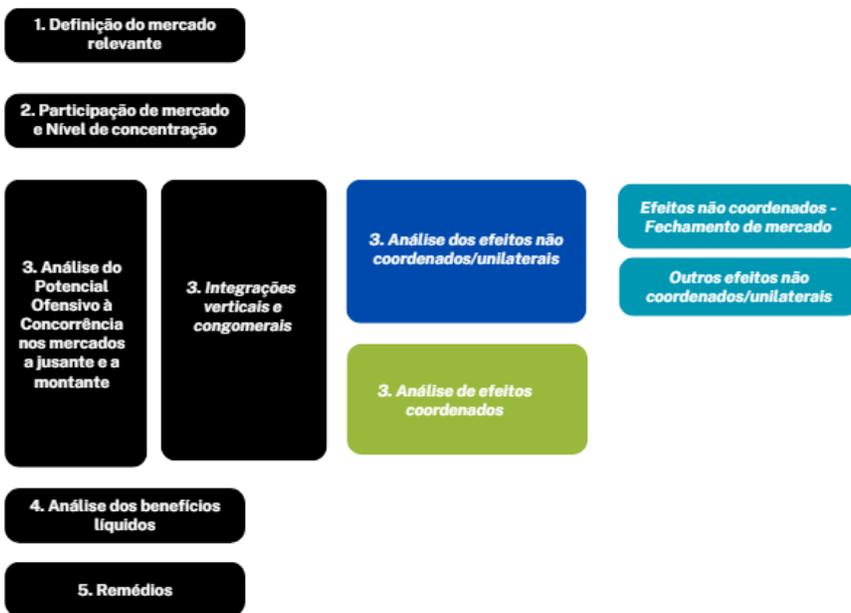
Assim, é possível inferir certa confusão entre as teorias do dano a serem identificadas e endereçadas no parecer com o ferramental analítico utilizado justamente para se avaliar o risco de implementação

⁴³⁶ Dentre os 242 processos consolidados, todos foram analisados pelo rito ordinário, sendo que apenas 13 foram declarados complexos.

dessas teorias do dano. Isso é possível notar, por exemplo, na medida em que o “fechamento de mercado” é mencionado em ambas as seções, praticamente como sinônimos.

Para concluirmos sobre o passado e pensarmos sobre o futuro, sugere-se, em termos metodológicos, a adoção do seguinte passo a passo analítico para fusões verticais e conglomerais:

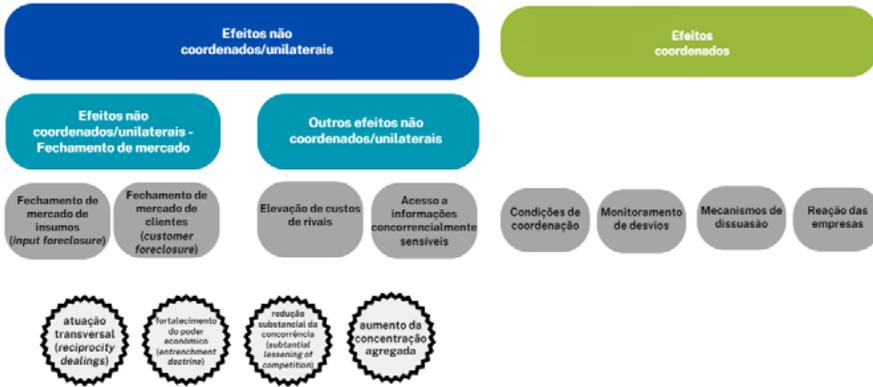
Imagem 4 – Resumo da proposta de passo a passo analítico para concentrações não horizontais



Fonte: elaboração própria.

Ainda, especificamente sobre a análise dos efeitos não coordenados/unilaterais e dos efeitos coordenados, apresenta-se imagem para evidenciar as principais teorias do dano que tendem a ser levantadas na análise, adicionada às novas teorias aportadas sobretudo em fusões conglomerais:

Imagem 5 – Resumo das principais teorias do dano em concentrações não horizontais (verticais e conglomerais)

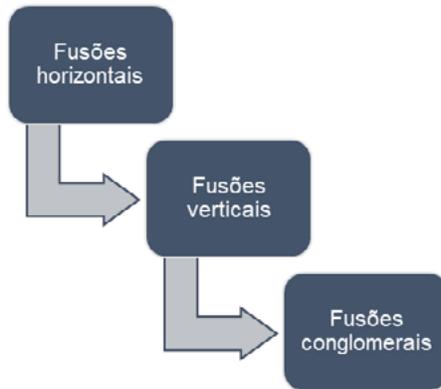


Fonte: elaboração própria.

A partir do exposto, foi possível notar que a tentativa brasileira de avanço no tema das fusões verticais e conglomerais – explicitado pela publicação da versão preliminar do Guia V+, em julho de 2023, e do Documento de Trabalho sobre Fusões conglomerais, em agosto de 2023 – decorre justamente pela atuação tímida da autoridade antitruste brasileira neste tema. Esse fato é reconhecido por integrantes do próprio Cade, para quem “a autoridade antitruste brasileira parece ter adotado uma postura cautelosa na avaliação dos riscos concorrenciais de fusões conglomerais, inclusive nos mercados digitais”.⁴³⁷ Parece-nos, assim, que em termos de maturidade institucional em análises de fusões, com base no que o Cade já julgou no passado, seria possível traçar a seguinte conclusão:

437 CADE. Documento de Trabalho n. 006/2023. Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022. p. 27.

Imagem 6 – Nível de maturidade do Cade na análise de fusões



Amanda Athayde

FUSÕES VERTICAIS E CONGLOMERAIS PELA PERSPECTIVA DO MERCADO DE TRABALHO

Publicado originalmente em: *Portal Migalhas em 16/10/2023.*

Amanda Athayde

Julia Braga

Conforme mencionado nos oito artigos anteriores,⁴³⁸ a versão preliminar do chamado “Guia V+” do Cade consolida os procedimentos e as melhores práticas usualmente adotados pela autarquia na análise de efeitos não horizontais em atos de concentração. Como evidência da atualidade do Guia V+ do Cade, vale observar que, também em julho de 2023, o Departamento de Justiça (DOJ) e a Federal

438 (1) ATHAYDE, Amanda. Fusões verticais e conglomerais: O que são e como isso pode impactar a atuação das empresas no Brasil? Portal Migalhas, 22.8.2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/392130/fusoes-verticais-e-conglomerais-o-que-sao-e-como-impacta-as-empresas>>. (2) ATHAYDE, Amanda. Fluxo de análise concorrencial de fusões verticais e conglomerais: o que muda? Portal Migalhas, 28.8.2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/392490/fluxo-de-analise-concorrencial-de-fusoes-verticais-e-conglomerais>>. (3) ATHAYDE, Amanda. Teorias do dano concorrencial em integrações verticais e conglomerais: quais os riscos? Portal Migalhas, 4.9.2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/392957/teorias-do-dano-concorrencial-em-integracoes-verticais-e-conglomerais>. (4) Fechamento de mercado de insumos como teoria do dano concorrencial em integrações verticais e conglomerais: o que analisar? Portal Migalhas, 11.9.2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/393212/fechamento-de-mercado-de-insumos-teorias>. ATHAYDE, Amanda. (5) Fechamento de mercado de clientes como teoria do dano concorrencial em integrações verticais e conglomerais: o que analisar? Portal Migalhas, 18.9.2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/393687/teoria-do-dano-concorrencial-em-integracoes-verticais-e-conglomerais> (6) Elevação de custo de rivais como teoria do dano concorrencial em integrações verticais e conglomerais: o que analisar? Portal Migalhas, 25.9.2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/394061/elevacao-de-custo-de-rivais-como-teoria-do-dano-concorrencial> (7) Acesso e uso de informações concorrencialmente sensíveis como teoria do dano concorrencial em integrações verticais e conglomerais: o que analisar? Portal Migalhas, 2.10.2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/394483/acesso-e-uso-de-informacoes-concorrencialmente-sensiveis> (8) Colusão futura como teoria do dano concorrencial em integrações verticais e conglomerais: o que analisar? Portal Migalhas, 9.10.2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/394942/colusao-futura-como-teoria-do-dano-concorrencial>.

Trade Commission (FTC) dos Estados Unidos publicaram o Merger Guidelines, que visa a consolidar os guias de análise de concentrações horizontais e de integrações verticais atualmente existentes naquele país.⁴³⁹ Interessante notar que a escolha realizada nos Estados Unidos foi diferente da realizada no Brasil. Explicamos.

Percebe-se, de pronto, que diferentemente do Brasil – que optou por ter dois Guias, um voltado para concentrações horizontais e outro para concentrações verticais e conglomerais –, no Merger Guidelines dos Estados Unidos, as *guidelines* não são apresentadas de modo segmentado. O Merger Guidelines norte-americano apresenta treze orientações gerais, aplicáveis a todos os tipos de operações, independentemente da forma de sua implementação. Em relação à estrutura, é dividido em quatro seções: 1) visão geral a respeito das principais preocupações concorrenciais com as fusões; 2) aplicação detalhada das treze orientações gerais; 3) ferramentas que o FTC e o DOJ possuem para a definição de mercados relevantes e 4) potenciais defesas passíveis de apresentação durante a instrução antitruste nestas autoridades norte-americanas. Nesse documento, deixou-se claro, ainda, pela primeira vez, que a proteção da concorrência nos mercados de trabalho é prioridade para a política antitruste.

O guia surge, justamente, em um contexto em que diversos doutrinadores sustentam que o exame dos efeitos de uma operação também deve abranger mercados de trabalho e que a autoridade antitruste deve atuar preventivamente diante da formação de monopólio (i.e., poder de mercado do *player* empregador com relação à contratação de mão de obra)⁴⁴⁰. Estudos recentes apontam,

439 DOJ e FTC. Merger Guidelines. 19.7.2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-ftc-announce-comment-draft-merger-guidelines>

440 Em documento da OCDE sobre o tema, publicado em 2020, discute-se o fato de que a ausência de atenção a mercados de trabalho pode ter encorajado empresas a se coordenar ou a se concentrar no sentido de reduzir salários. (OECD. Competition in Labour Markets. 2020). A título de exemplo, outros doutrinadores relevantes publicaram *papers* com a mesma posição: NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, v. 132, 2018; HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019; MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Law Failed Workers? Social Science Research Network, 2019;

por exemplo, que a forte atuação do DOJ tende a gerar aumento nos níveis de emprego e na folha de pagamento de funcionários⁴⁴¹.

Nos termos da nova proposta de guia estadunidense, mercados de trabalho são importantes mercados de compra (“*important buyer markets*”), tendo um ato de concentração o potencial de, entre outros, (i) eliminar a concorrência entre os *players* na contratação de determinada categoria de trabalhadores; (ii) elevar os riscos de coordenação entre os *players* do mercado de trabalho e (iii) incrementar a posição dominante de um agente econômico.

Mais detalhadamente, o guia aponta que mercados de trabalho frequentemente apresentam elevados custos de troca e atritos de busca (*search frictions*), especialmente em razão do esforço que um trabalhador deve fazer para encontrar, candidatar-se e adaptar-se a um novo emprego. Além disso, há necessidades pessoais que podem limitar ainda mais a mobilidade dos trabalhadores, tanto com relação à ocupação desempenhada quanto à localização geográfica do trabalho. É nessa linha que o guia aponta que mercados de trabalho tendem a ser estreitos e, como resultado da limitada concorrência, diversos danos ao trabalhador podem ser verificados – como, remunerações mais baixas, progressão salarial mais lenta ao longo dos anos e piora nos benefícios ou na qualidade do local de trabalho⁴⁴².

Além disso, a proposta de atualização do guia vem depois de a Corte do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, bloquear

DOMINGUES, Juliana O.; RIVERA, Amanda A. L. M.; SOUZA, Nayara. M. S. O Improvável Encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste. Revista do IBRAC, Volume 24 - Número 2 - 201, 2019; AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data. Labour Economics, v. 66, 2020; HAFIZ, Hiba M.; Interagency Merger Review in Labor Markets. Boston College Law School Faculty Papers, 2020; e MARQUES, Verônica do Nascimento. Concorrência nos mercados de trabalho: os desafios na delimitação do mercado relevante antitruste. Mulheres no Antitruste, Volume 4, pp. 241-268, 2021. 441 BABINA, Tania et. al. Antitrust Enforcement Increases Economic Activity. National Bureau of Economic Research, Agosto de 2023. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w31597>.

442 DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Draft Merger Guidelines. Washington, D.C., Estados Unidos da América, 2023, p. 26. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p859910draftmergerguidelines2023.pdf.

uma operação em razão de potenciais efeitos anticompetitivos especificamente voltados ao mercado de trabalho, em agosto de 2022⁴⁴³. A operação proposta entre a Simon & Schuster (S&S) e a Penguin Random House (PRH), avaliada em USD 2,175 bilhões, envolvia a fusão de duas das maiores editoras de livros do mundo e foi proibida após longa instrução e julgamento, com fundamento na Seção 7 do Clayton Act. Após doze dias de discussão (incluindo depoimentos de autores, *experts* econômicos, agentes literários e executivos do setor), concluiu-se que esta operação levaria a significativo incremento no poder de monopólio das requerentes em relação ao mercado mundial de aquisição de direitos de publicação dos autores mais vendidos (*relevant market for the acquisition of U.S. publishing rights to anticipated top-selling books*). Entendeu-se que a operação aumentaria a concentração de mercado na indústria editorial, permitindo que as grandes editoras pagassem menores valores a determinados autores pela aquisição dos direitos de publicação de seus livros.

Na linha das principais preocupações de concentrações econômicas destacadas na nova proposta de Merger Guidelines, a Corte estadunidense concluiu que a operação resultaria em uma “empresa capaz de controlar uma indevida parcela do mercado relevante e em um aumento significativo da concentração dos *players* atuantes”⁴⁴⁴. Somado a isso, entendeu-se que a maior concentração do mercado no cenário pós-operação elevaria o risco de práticas anticompetitivas e de coordenação pelas grandes editoras, arrefeceria a concorrência entre os *players* e, em última instância, prejudicaria os leitores (i.e., consumidores finais) ao reduzir a quantidade e a variedade de livros publicados. Nessa esteira, verifica-se que – apesar de constar de forma

443 A ação apresentada pelo DOJ centra-se nas alegações de poder de monopólio, isto é, no poder de compra da entidade combinada em relação aos direitos de publicação de *best sellers* – e não em eventual poder de mercado relacionado à venda de livros ao público. A ação visa a proteger principalmente os autores de livros *best sellers*, embora também aponte para o fato de que a operação, em última instância, também prejudica os leitores (i.e., consumidores) ao reduzir a “quantidade e variedade de livros publicados”.

444 Vide Memorandum Opinion do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al.

inédita em guia publicado por autoridades de defesa da concorrência – as preocupações identificadas em relação a impactos de operações em mercados de trabalho já foram consideradas, em 2022, em caso concreto analisado pela agência e Corte estadunidense.

No Brasil, o debate ainda deve começar⁴⁴⁵. Não há, até o momento, caso em que impactos concorrenciais especialmente voltados a trabalhadores tenham sido detidamente analisados pelo Cade em atos de concentração⁴⁴⁶. Além disso, a autoridade não disponibilizou quaisquer orientações voltadas a mercados de trabalho em seu Guia de Concentrações Horizontais (Guia H)⁴⁴⁷, no Manual Interno da Superintendência-Geral para atos de concentração apresentados sob o rito ordinário⁴⁴⁸ ou no recente Guia V+. Recorde-se, porém, que houve menção, em 2019, ao fato de que o Cade estaria elaborando guia sobre o assunto (*Labor Antitrust Guideline*)⁴⁴⁹. Nesse contexto, não se nega que precedentes são importantes pontos de partida para qualquer discussão, mas igualmente (ou mais) importante é o desenvolvimento

445 BRAGA, Júlia. Mercados de trabalho no controle de estruturas do Cade: O Direito da Concorrência na consecução da valorização do trabalho humano. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF, p. 48, 2023.

446 Até o momento, (i) as medidas adotadas pelo Cade relacionadas a políticas de emprego incluídas em TCDs são antigas e datam da época de vigência da Lei nº 8.884/1994, cuja redação expressamente previa que alterações no nível de emprego deveriam ser consideradas na análise e (ii) remédios mais recentes que mencionam questões de emprego visam essencialmente a garantir a efetividade de um desinvestimento (i.e., remédio estrutural) (Atos de Concentração nº 08012.004423/2009-18; nº 08012.002259/2012-18; e nº 08700.004150/2012-59) ou a implementação de programas de treinamento profissional (Atos de Concentração nº 24/1995; nº 27/1995; nº 08700.001642/2017-05; e 08700.010790/2015-41).

447 As concentrações horizontais já são objeto de Guia específico do Cade. Cade. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizantal.pdf>.

448 Manual Interno da Superintendência-Geral para atos de concentração apresentados sob o rito ordinário. 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-interno-da-sg-para-casos-ordinarios.pdf>.

449 Em junho de 2019, a OCDE publicou contribuições fornecidas pela autoridade brasileira em relação ao enfrentamento do poder de monopólio no mercado de trabalho, no qual há indicativo de que o Cade estaria trabalhando em um guia sobre o tema (OECD. Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil, 2019, p. 2).

de guias visando à promoção de orientações e esclarecimentos a respeito do tema, sendo, portanto, de grande relevância a recente iniciativa estadunidense.

INTERLOCKING DIRECTORATES IN BRAZIL: IS THERE AN ANTITRUST CONCERN IN LIGHT OF THE RECENT DISCUSSIONS IN THE USA?

Publicado originalmente em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/interlocking-directorates-e-as-novas-perspectivas-do-direito-concorrencial-02062023> em 02/06/2023.

Renê Guilherme S. Medrado

Amanda Athayde

Catarina Lobo Cordão

By the end of 2022, much was said about the proactive approach of the United States Department of Justice (DoJ)⁴⁵⁰ involving interlocking directorates.⁴⁵¹ That resulted in the unprecedented resignation of seven directors of five US companies from different sectors.⁴⁵²

This DoJ action was grounded on Section 8 of the Clayton Act. According to its terms, interlocking directorates constitutes a *per se* violation in the United States, except for three situations deemed to be less risky, i.e., *de minimis*.⁴⁵³ After many years without intervention

450 See the United States Department of Justice (DoJ) official statement of October 19, 2022, available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/directors-resign-boards-five-companies-response-justice-department-concerns-about-potentially>. Accessed on February 12, 2023.

451 Also known in Portuguese as “conselhos entrelaçados” (intertwined boards), according to the definition adopted by Sérgio G. Lazzarini in LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

452 About discussions on interlocking directorates in Europe, see: THÉPOT, Florence. *Interlocking Directorates in Europe – An Enforcement Gap?* In: CORRADI, Marco; NOWAG, Julian (org.), *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

453 “(1) No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are (a) engaged in whole or in part in commerce; and (b) by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws (...)

in this area, the issue has caught the antitrust world's eye again as interlocking directorates was included as one of the eight priority antitrust enforcement areas by the Federal Trade Commission (FTC) in 2021,⁴⁵⁴ within a wider sphere of action attributed to the Neo-Brandeisians, attributed to FTC chair, Lina Khan.

According to the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), interlocking directorates can be harmful to competition by facilitating the exchange of sensitive information and the collusion/coordination between competitors explicitly or implicitly (in case of horizontal interlocking), and causing market foreclosure (in case of vertical interlocking).⁴⁵⁵

In order to shed light on the matter, we must first understand the concept of interlocking directorates in the antitrust context **(I)**. It will be then possible to analyze the Brazilian context on this matter **(II)**.

Conceptually speaking **(I)**, under competition law, interlocking directorate occurs when a person - or persons with direct kinship

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), simultaneous service as a director or officer in any two corporations shall not be prohibited by this section if (a) the competitive sales of either corporation are less than \$1,000,000, as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection; (b) the competitive sales of either corporation are less than 2 per centum of that corporation's total sales; or (c) the competitive sales of each corporation are less than 4 per centum of that corporation's total sales." (ABA. Interlocking Directorates: Handbook on Section 8 of the Clayton Act, 2011, p. 3) This rule was a legislative response to competition concerns raised from investigations that revealed a large number of interlocking directorates between the country's banking, rail and industrial sectors. .

454 FTC disclosed the priority antitrust enforcement areas over the next ten years in 2021: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/09/ftc-streamlines-consumer-protection-competition-investigations-eight-key-enforcement-areas-enable>. Accessed on February 12, 2023.

455 OCDE. Antitrust issues involving minority shareholdings and interlocking directorates. Competition Committee Policy Roundtables, 2008, pp. 11-12. "In particular, the concerns are that interlocking directorates could lead to horizontal coordination of the business conduct of competing firms through the exchanges of information, parallel behavior, or a number of other activities that might affect competition adversely to the detriment of consumers' welfare. Interlocking directorates can also be vertical. Vertical interlocks traditionally have been criticized on the ground that they can lead to preferential treatment and foreclose rivals, by facilitating reciprocal or exclusive dealing, tying arrangements, and vertical integration."

- serves on the boards of directors⁴⁵⁶ of more than one company, and these companies have horizontally or vertically related activities.⁴⁵⁷

In general, interlocking directorates may (i) be a natural consequence of the scarcity of qualified labor; (ii) be the result of the director's own interest; (iii) arise from third-party actions; or (iv) arise from the direct actions of one or more companies involved.⁴⁵⁸

Interlocking directorates may be classified into several types. Firstly, it is possible to differentiate between horizontal or vertical interlocking, depending on the relationship between the interlocking companies, i.e., whether it is a horizontal relationship (competing companies) or a vertical relationship (companies that are suppliers/customers of each other).⁴⁵⁹

Moreover, interlocking directorates can be classified as direct or indirect. Interlocking will be direct when the same person simultaneously holds management positions in vertically or horizontally related companies. On the other hand, indirect interlocking occurs when there is a bond between executives of distinct companies, such as, for example, a family relationship.⁴⁶⁰

456 For Ana Paula Martinez and Mariana Tavares: "historically, the competition authorities' concern has focused on the occurrence of the phenomenon within the Board of Directors, but it can also involve members of the Fiscal Board (Conselho Fiscal) and Executive Office (Diretoria)." MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. Aquisição de participações minoritárias em concorrentes e interlocking directorates: aspectos concorrenciais. In MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2012, p. 18.

457 Thiago Reis further defines: "It is argued, for competition purposes, that interlocking directorates refers to situations in which competitively related market players have their management or supervisory bodies linked because of the accumulation of positions, whether coincident or not, by the same person - or related persons - or due to the unilateral or reciprocal representation in these bodies." REIS, Thiago Nascimento dos. *Interligação decisória e o controle das estruturas no Direito Brasileiro*. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - IBRAC, v. 26, pp. 53 - 71, 2014, p. 2.

458 RODRIGUES, Fernanda Sá. *Análise dos Interlocking Directorates segundo a legislação concorrencial brasileira*. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015, p. 20.

459 In general, the per se rule of Section 8 of the Clayton Act is only applicable to horizontal interlocking.

460 About indirect interlocking, see MENDONÇA, Elvino de Carvalho et al. *Interlocking directorates e o Direito da Concorrência no Brasil: a prática entre rivais e seus aspectos*

It is important to note that in the United States, most investigations into interlocking directorates have arisen from information provided in merger notifications.⁴⁶¹ In Brazil, the Administrative Council for Economic Defense (CADE) requires that applicants provide, upon notification of the transaction, “*a list of members of their management bodies who are also members of the management or supervisory bodies of any other companies engaged in the same economic activities*”.⁴⁶² Thus, the question is: could CADE analyze the information it already has to begin investigations into interlocking directorates, following the American stand?

However, unlike the United States, there is no provision in the Brazilian competition law that prohibits interlocking directorates.⁴⁶³ In this context, it is interesting to mention the recent prohibition imposed in the Law on Football Corporations (*Sociedades Anônimas do Futebol* - SAFs) that a member of a board of directors, fiscal board (*conselho fiscal*) or executive office (*diretoria*) of an SAF cannot be a member of any management, decision-making or supervisory body, as well as of an executive body (I) of another SAF or (II) of the original

anticompetitivos. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho et al (orgs.). *Compêndio de Direito da Concorrência: temas de fronteira*. São Paulo: Migalhas, 2015.

461 WILBERFORCE, Nana; GREENFIELD, Leon B.; ALONSO, Álvaro Mateo. Interlocking Directorates under Section 8 of the Clayton Act: driving a 100-year old statute past its limits? *Antitrust Chronicle*, v. 3, n. 1, 2023, p. 24.

462 Item II.11 of a Notification Form, pursuant to CADE Resolution 33/2022.

463 In corporate terms, there are two provisions that may address this discussion. Firstly, Law 1,521/1951 (which deals with crimes against the public welfare) provides, in its article 3, VIII, that “to hold office in the directorate, board or management of more than one company or firm in the same branch of industry or commerce with the purpose of preventing or hindering competition” is a crime against the public welfare. However, such provision requires specific malice on the part of the agent and there is no record of a criminal investigation into such conduct. Secondly, article 147, paragraph 3 of Law 6,404/1976 (known as “Corporation Law”) prohibits the appointment of a director who also holds office in a competing company as a member of the company’s board of directors, except when expressly permitted by the shareholders’ meeting. On the one hand, the rule demonstrates the lawmaker’s recognition of the potential conflicts involving interlocking directorates and, on the other hand, it evidences the focus of the restriction on the shareholders’ interests, rather than on the defense of competition.

club or legal entity, except the one that originated or set up the SAF (article 5, paragraph I of Law 14,193/2021).

Once the concept is understood, we move on to analyze the Brazilian context on this matter **(II)**.

Although interlocking directorates are quite common in Brazil,⁴⁶⁴ CADE has few decisions on this matter. Moreover, interlocking directorates are more often investigated in the structural control - a trend also found in other jurisdictions.⁴⁶⁵

In general, in the structural control, the existence of interlocking directorates is seen as a feature that facilitates the exchange of sensitive information between companies and is subject to specific competition remedies.

The negotiation of remedies to mitigate competition concerns involving interlocking directorates occurred in the following concentration acts (merger deals): Case No. 08012.002335/00-43 (**TAM /**

464 Rafael Liza Santos and Alexandre Di Miceli da Silveira analyzed 320 companies listed on Bovespa between 2003 and 2005 and concluded that 40% of the cases analyzed involved some kind of interlocking (see SANTOS, Rafael Liza; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Board Interlocking no Brasil: A participação de conselheiros em múltiplas companhias e seu efeito sobre o valor das empresas. *Revista Brasileira de Finanças*, v. 5, n. 2, pp. 125–163, 2007, p. 17). Sérgio G. Lazzarini demonstrated, in its research, that 69% of Brazilian companies have one or more directors who also hold management positions in other companies (see LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 104).

465 OECD. Antitrust issues involving minority shareholdings and interlocking directorates. Competition Committee Policy Roundtables, 2008, p. 12.

Varig case),⁴⁶⁶ Case No. 53500.012487/2007 (**Telefónica / Telecom Italia case**),⁴⁶⁷ and Case No. 08700.005719/2014-65 (**Rumo / ALL case**).⁴⁶⁸

On reviewing Case No. 08700.008532/2013-32 (**FI-FGTS / VLI case**), CADE's General Superintendence (**SG/CADE**) indicated as barriers to market coordination the corporate legislation prohibiting interlocking directorates and Brazilian Securities Commission Ruling 367, which provides for conflicts of interest.⁴⁶⁹

In Case No. 08700.000658/2014-40 (**Minerva / BRF case**), SG/CADE reported that the absence of clear rules prohibiting interlocking directorates made the incentives and possibility of coordination in the post-merger scenario considerably greater than in the pre-merger scenario.⁴⁷⁰

More recently, in Case No. 08700.004540/2021-10 (**Petrobrás / Compass case**), CADE decided not to negotiate competition remedies

466 Applicants: Varig S/A – Viação Aérea Rio Grandense and TAM – Transportes Aéreos Meridionais S/A. Reporting Commissioner Celso Fernandes Campilongo. Clearance with conditions on May 2, 2001. CADE approved the transaction on the condition of execution of a behavioral remedy so as to include in the bylaws of the joint venture to be formed a prohibition on the accumulation of management or supervisory positions by persons common to the applicants and the joint venture.

467 Applicants: Mediobanca – Banca di Credito Finanziario S.p.A Intensa Sanpaolo S.p.A, Sintonia S/A, Assicurazioni Generali S.p.A, and Telefónica S.A. Reporting Commissioner Carlos Ragazzo. Clearance with conditions on April 28, 2010. CADE established as one of the conditions of the Performance Commitment Agreement (TCD) the prohibition on interlocking directorates between the companies. The TCD also provided for quarantine periods that established that directors and board members could not work in the other company during a certain period, even after they leave the original company.

468 Applicants: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A and ALL – América Latina Logística S.A. Reporting Commissioner Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Clearance with conditions on February 19, 2015. The prohibition on interlocking directorates was included in the Merger Control Settlement (ACC) negotiated as a mechanism to prevent the exchange of sensitive information between the parties.

469 Applicants: VLI S.A and Fundo de Investimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Clearance without conditions on March 20, 2014.

470 Applicants: BRFS.A. and Minerva S.A. Reporting Commissioner Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Clearance with conditions on August 26, 2014. The case was approved upon execution of an ACC, but it is not possible to conclude whether the problems of interlocking directorates have been addressed.

involving interlocking directorates as it held that the sector regulation already limited the practice.⁴⁷¹⁴⁷²

On the other hand, CADE has also signaled the possibility of reviewing interlocking directorates in the context of behavioral control in Consultation No. 08700.003340/2013-30. In that consultation, Mr. Abilio Diniz informed that he held a seat in the Board of Directors of Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) and was the Chairman of the Board of Directors of BRF, companies that had a vertical relationship. The case became moot after Mr. Abilio Diniz having voluntarily discontinued the consultation, informing that he had resigned from his office at CBD. However, reporting commissioner Ana Frazão pointed out that: “*if any act that characterizes or may characterize an event of merger deal (article 88 of Law 12,529/2011) or an anticompetitive practice (article 37 of Law 12,529/2011) is found, it must be investigated in keeping with the legal provisions*”.⁴⁷³

In investigations involving cartels in public procurement, CADE has considered (direct or indirect) interlocking directorates as an indication of the conduct and an element that facilitates collusion.⁴⁷⁴ This was what happened, for example, in Administrative Proceeding No. 08012.008184/2011-90, involving a cartel in public procurement in the municipality of Jahu, State of São Paulo⁴⁷⁵ and in Administrative

471 Applicants: Compass Gás e Energia S.A. and Petróleo Brasileiro S.A. Reporting Commissioner Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Clearance without conditions on June 29, 2022.

472 CADE has incidentally dealt with interlocking directorates in other merger deals, such as in Case No. 08012.003886/2011-87 (Applicants: Novatec – Serviços Educacionais Ltda., Instituto Grande ABC de Educação e Ensino S/C Ltda., and Anhanguera Educacional Ltda.) and Case No. 08700.003553/2020-9 (Applicants: Hypera S.A and Takeda Pharmaceuticals International AG).

473 Inquirer: Abílio dos Santos Diniz. Reporting Commissioner Ana de Oliveira Frazão. Consultation judged on April 11, 2013.

474 As regards discussions involving the role of independent directors in the enforcement of fight against cartels, see: CAMPELLO, Murillo; FERRÉS, Daniel; ORMAZABAL, Gaizka. Whistleblowers on the board? The role of independent directors in cartel prosecutions, 2015.

475 Complainant: City Council of Jahu/São Paulo. Respondents: Consladel Construtora e Laços Detetores e Eletrônica Ltda., Ensin Empresa Nacional de Sinalização e Eletrificação Ltda., Arco-Íris Sinalização Viária Ltda., Faconstru Construção,

Proceeding No. 08012.006199/2009-07, involving a cartel in the procurement of construction materials by the municipality of Lages, State of Santa Catarina.⁴⁷⁶

In 2022, CADE set up a preparatory procedure - later converted into an administrative investigation - to probe into the conducts of abuse of dominant position, refusal to contract and the interaction existing between the directors of two companies that, despite not holding equity interests between them, have common directors.⁴⁷⁷

In conclusion, Brazil still does not have a clear stand on interlocking directorates from a competition standpoint. The American trend of greater focus on conduct may create a global trend, as it already happened in other conducts (like in conducts involving the labor market). Thus, we must follow up this matter to see if it will be back on the Brazilian antitrust radar screen. One should note, however, the stark distinction as to the lawfulness in both jurisdictions, since in Brazil there is no provision in the competition law that directly bans interlocking directorates, although the corporate law imposes certain restrictions that were used by CADE as sufficient to allay the concerns raised. A case-by-case review - in light of the corporate and competition context of the situation - will be crucial to identify possible risks for publicly or closely-held companies that have interlocking directorates among their managers.

Sinalização, Administração e Participações Ltda., Ilumi-Tech Construtora Civil e Iluminação Ltda. and Orbstar Indústria, Comércio e Serviços Ltda. Reporting Commissioner Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, judged on April 8, 2015.

476 Complainant: Economic Law Office (SDE) ex officio. Respondents: Auto Tintas Lages Ltda.; Clima Service Refrigeração Ltda.; Climatintas Ltda.; Zago Ferragens e Materiais de Construção Ltda.; JZago Materiais de Construção Ltda.; Tiago Sandi; Marcelo Pedro Possamai; Ivandel Cordova Burigo Junior; José Carlos Zago; Carlos Luciano Zago. Reporting Commissioner Márcio de Oliveira Júnior, judged on December 17, 2014.

477 Administrative Inquiry No. 08700.004509/2022-60. Complainant: Instituto do Câncer de Sorriso LTDA. Respondents: Unimed Norte Do Mato Grosso - Cooperativa De Trabalho Médico (Unimed), CECANS – Centro do Câncer de Sinop LTDA, CECANS – Centro do Câncer de Sorriso LTDA et al. Case under SG/CADE's review.

**VENTRÍLOQUOS ANTITRUSTE NO BRASIL?
DAS PARTICIPAÇÕES MINORITÁRIAS INDIRETAS
DE INVESTIDORES INSTITUCIONAIS EM
CONCORRENTES (“COMMON OWNERSHIP”)**

Publicado originalmente em: *Revista do IBRAC, Volume 24, Número 2, 2018.*

Amanda Athayde

Mônica Tiemy Fujimoto

RESUMO

O artigo apresenta debate teórico internacional sobre riscos concorrenciais das participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes (*common ownership*). Investidores institucionais têm *incentivos* para arrefecer a concorrência? Possuem *capacidade* de ativamente influenciar as decisões, por meio de instrumentos diretos (voto e voz), ou passivamente (ausência de ação)? Há tais preocupações no Brasil? As autoras realizam breve pesquisa empírica da experiência recente do Cade, e concluem que os critérios de notificação e análise dos atos de concentração da Lei nº. 12.529/2011 não são suficientes (são ventríloquos). Ao final, sinalizam alternativas para trazer luz ao tema no debate antitruste nacional.

PALAVRAS-CHAVE

Participações minoritárias indiretas; investidores institucionais; fundos de investimento; Atos de Concentração; Cade.

KEY WORDS

Common ownership; institutional investors; investment funds; merger control; Brazilian Competition Authority.

1. INTRODUÇÃO

Para COMPARATO (1970), o verdadeiro fulcro do poder, na grande empresa, é a sua capacidade de investimento. Mas qual a origem do investimento nos dias atuais? Com a crise de 2008 (FICHTNER; HEEMSKERK; GARCIA-BERNARDO, 2017), houve um movimento mundial de transição do investimento direto em ações para o investimento indireto em fundos (OCDE, 2017). Concomitantemente, houve a expansão da estratégia de investimento passivo (WILLIAMS; ORTEGA, 2012), notadamente por parte das “*Bid Three*” (*BlackRock*, *Vanguard* e *State Street*). Os investidores perceberam que, ao invés de investirem diretamente nas empresas, poderiam diversificar seu portfólio e reduzir sua exposição ao risco se investissem indireta e passivamente. Cresceram então investimentos dos “investidores institucionais”.⁴⁷⁸ Nesse contexto, os anos de 2017 e 2018 vêm sendo marcados por discussões acadêmicas teóricas e empíricas sobre os impactos à concorrência de participações minoritárias desses investidores institucionais em sociedades empresárias concorrentes (“*common ownership*”).

No Brasil, a tendência mundial de investimento indireto e passivo também é verificada, apesar de as empresas familiares ainda serem dominantes (GORGA, 2009). Investidores institucionais já detêm relevante importância nas companhias brasileiras (FERREIRA, 2013), financiam a atividade econômica, propiciam a necessária liquidez às empresas investidas e pulverizam o capital acionário (AZEVEDO, 2010). Nesse sentido, questiona-se se apesar de consistirem em investimentos minoritários, indiretos e passivos, os atos de concentração envolvendo investidores institucionais, por movimentarem grande monta de capital, podem alterar a dinâmica concorrencial nos mercados

478 Para fins do presente artigo, “investidores institucionais” são as pessoas jurídicas com alto poder de investimento, quais sejam: fundos de investimento, fundos de pensão e seguradoras. Contribuição do Brasil para a OCDE, “The Role of Institutional Investors in Promoting Good Corporate Governance Practices in Latin America: The Case of Brazil”, 2008.

brasileiros? Promoveriam os investidores institucionais um ambiente pró-competitivo, com a aplicação de recursos e a diluição do poder de controle⁴⁷⁹ da empresa? Ou será que, diante da estrutura do poder econômico altamente concentrada (não pulverizada), entrelaçada (“capitalismo de laços”, LAZZARINI, 2010) e de perfil familiar, ainda não teríamos motivos para nos preocupar com esse tema no Brasil?

Para tanto, apresentaremos a discussão teórica estrangeira sobre participações minoritárias diretas e indiretas de investidores institucionais em concorrentes (II). Em seguida, exporemos a teoria e a prática da notificação de atos de concentração de investidores institucionais no Brasil, para verificar se estas preocupações estão sendo endereçadas (III). Por fim, apresentaremos conclusões preliminares (IV).

2. PARTICIPAÇÕES MINORITÁRIAS DIRETAS E INDIRETAS EM CONCORRENTES: BREVES ACENOS SOBRE A TEORIA ESTRANGEIRA

As participações minoritárias são subdivididas em três categorias: (a) participação minoritária unilateral de uma empresa na outra; (b) participações minoritárias recíprocas entre concorrentes, e (c) participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes.

O debate atual tem sua origem nas discussões iniciadas em 2008, quando a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) realizou *roundtable* para discutir participações minoritárias diretas em e entre concorrentes, bem como a questão dos *interlocking directorates* (OCDE, 2008b). Neste, centrou-se (a) na participação

479 De acordo com COMPARATO e SALOMÃO FILHO (2005), até a Lei n.º. 6.404/1976, faltava na legislação brasileira uma definição de poder de controle. O conceito previsto pela lei possui inspiração na definição dada ao poder de controle pela legislação alemã, de acordo com a qual, a existência de uma situação de controle é reconhecida não só na hipótese de participação majoritária no capital votante, mas também quando uma sociedade exerce influência dominante (“*beherrshender Einfluss*”).

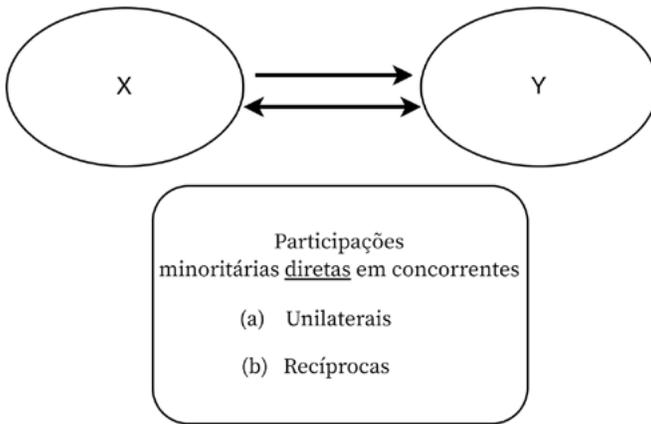
minoritária unilateral de uma empresa na outra e (b) nas participações minoritárias recíprocas entre concorrentes.⁴⁸⁰ Em que pese tais riscos das participações diretas em concorrentes (unilateral ou recíproca), a OCDE sinalizou que a ocorrência de efeitos anticompetitivos depende de inúmeros fatores que influenciam significativamente os incentivos da empresa para concorrer, como características estruturais do mercado e especificidades das partes envolvidas na transação. No Brasil, essa discussão também foi verificada em pelo menos dois atos de concentração.⁴⁸¹

Mas e os riscos das (c) participações minoritárias indiretas em concorrentes, por meio dos investidores institucionais, cerne das novas discussões da OCDE (OCDE, 2017)? Participações indiretas de investidores institucionais em concorrentes podem fazer com que as firmas investidas compitam entre si menos intensamente do que fariam se tivessem diferentes investidores? Apresenta-se a seguir imagem da evolução da discussão no âmbito da OCDE:

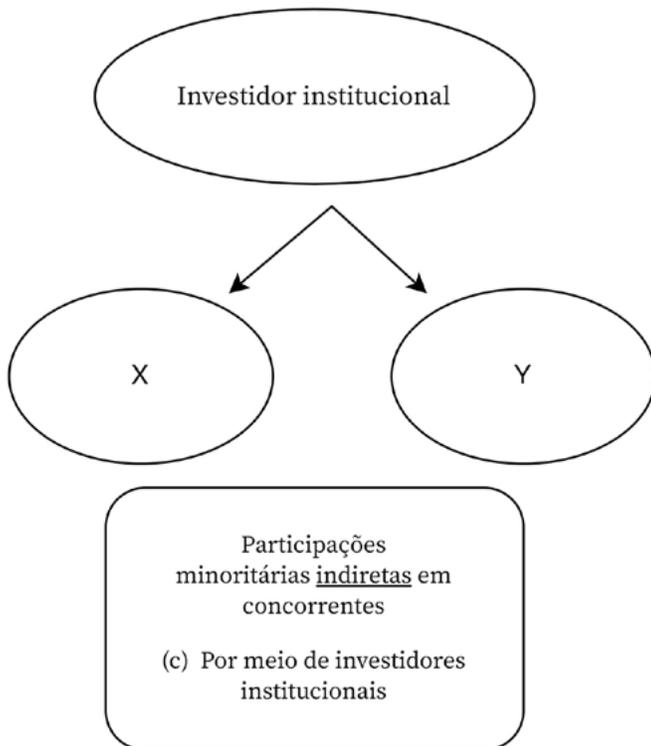
480 Em relação aos possíveis efeitos coordenados ocasionados pelas participações minoritárias diretas em concorrentes, a OCDE (2008b) observou que conexões estruturais entre concorrentes podem facilitar a colusão tácita ou expressa, uma vez que ao acionista minoritário pode ser concedido acesso a informações sobre a empresa concorrente investida, o que facilita a colusão e o monitoramento ao acordado. A detenção de participações minoritárias também pode alterar os incentivos da empresa para descumprir um acordo anticompetitivo ou para entrar em uma guerra de preços para punir a empresas que descumpram tal acordo. Quanto aos efeitos unilaterais resultantes de participações minoritárias diretas em concorrentes, a OCDE (2008b) apontou que, em certas circunstâncias, pode induzir a definição de políticas de redução da produção no mercado, além de criar incentivos para a empresa adotar posturas favoráveis ao aumento conjunto da margem de lucro. De acordo com o relatório, o motivo é simples: se uma empresa adquire ações de um concorrente e, ao mesmo tempo, concorre de forma agressiva contra ele, as perdas financeiras irão afetar o investimento.

481 CADE. Ato de Concentração 535500.021373/2010 (Tim/Telefônica) e 08012.009198/2011-21 (CSN/Usiminas). Também, MARTINEZ; TAVARES, 2012.

Preocupação da OCDE em 2008



Preocupação da OCDE em 2017/2018



A teoria antitruste estrangeira avançou no sentido de responder a estes questionamentos. Para PATEL (2017), a preocupação com os investidores institucionais nos Estados Unidos advém da participação significativa destes agentes nas companhias: de 70 a 80% do total das ações ordinárias no país são de investidores institucionais. Além disso, uma parcela dessas ações é detida em empresas que competem ativamente entre si no mercado. O autor aponta que esse cenário pode reduzir os incentivos à concorrência e causar prejuízos à concorrência.

AZAR, TECU e SCHAMTZ (2017) foram pioneiros nos estudos sobre o tema, tendo realizado pesquisa empírica que correlacionou o aumento dos preços no mercado com o *common ownership*. Após este primeiro trabalho, outros estudos discutiram os possíveis problemas concorrenciais gerados por investidores institucionais. AZAR, RAINA e SCHMALZ (2016), por exemplo, constataram, via análise econométrica, que o *common ownership* estava associado à cobrança de maiores taxas de serviços bancários. Estudo subsequente, voltado ao mercado aéreo, também verificou que o *common ownership* estava associado a maiores preços para as passagens, variando de 4% a 12%. ELHAUGE (2016), por sua vez, relacionou o *common ownership* à concentração de riqueza nos Estados Unidos.

Diante de toda essa discussão acadêmica e doutrinária, teórica e econômica, ao final de 2017 a OCDE realizou *roundtable* e divulgou a Nota do Secretariado “*Common Ownership by Institutional Investors and its Impact on Competition*” (OCDE, 2017). Segundo o documento, a aquisição simultânea de participações acionárias em empresas concorrentes por investidores institucionais tem crescido em diversos mercados. Isso se devia à crescente popularidade da gestão passiva dos fundos de investimento, que permite aos investidores a diversificação das ações e a redução da exposição ao risco de investir em empresas específicas.

Nesse cenário, POSNER; SCOTT MORTON; WEYL (2017) correlacionaram em termos econométricos participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes a preocupações competitivas, em especial em mercados concentrados

(como o setor aéreo, farmacêutico, bancário, de cereais matinais e de bebidas não alcoólicas). Apontou-se o possível incentivo dos investidores institucionais em arrefecer a concorrência no mercado, seja por meio da facilitação à colusão, seja pelo encorajamento a decisões de negócio unilaterais que beneficiem empresas do próprio portfólio, possivelmente resultando em maiores preços. Ao privilegiar as “sinergias” das empresas investidas pelo mesmo investidor institucional, haveria prejuízo às demais empresas não investidas. Ademais, o possível arrefecimento da concorrência poderia ser resultante tanto de práticas diretas do investidor quanto pelo simples fato de que os gestores das empresas investidas podem ter incentivos próprios para levar em consideração, na sua tomada de decisão, os interesses financeiros do investidor.

Assim, o debate atual gira em torno de duas questões principais: (i) os investidores institucionais que têm participações minoritárias em diversas empresas concorrentes no mesmo mercado têm *incentivos* para arrefecer a concorrência?; e (ii) ainda que tenham incentivos, esses investidores institucionais possuem a *capacidade* de efetivamente influenciar as decisões do conselho de administração e da diretoria das companhias investidas? POSNER; SCOTT MORTON; WEYL (2017, p. 14) respondem a estas perguntas dizendo que, “*when institutions have incentive and ability to soften competition, it is likely they will find a way*”.

Para os autores, os (i) *incentivos* dos investidores institucionais em arrefecer a concorrência podem ser decorrentes da redução da competitividade no setor, que resultam em maior lucratividade e acabam gerando efeitos unilaterais⁴⁸² ou coordenados⁴⁸³ na concorrência.

482 Efeitos unilaterais referem-se a aumentos de preço, redução da qualidade, da variedade e da inovação, sem coordenação com os concorrentes. AZAR, SCHMALZ e TECU (2014) apontam que esses efeitos unilaterais podem decorrer da passividade do investidor em não incentivar investimentos em P&D, pesquisas de mercado, guerras de preço com entrantes no mercado e expansão da capacidade produtiva, que é prejudicial para a indústria e pode causar o aumento de preços.

483 Efeitos coordenados referem-se às práticas adotadas de modo conjunto pelos concorrentes. No caso dos investidores institucionais, eles podem atuar como o “mestre

Por sua vez, esses investidores institucionais teriam (ii) a *capacidade* de ativamente implementar esses incentivos tanto (ii.1) por meio de instrumentos diretos quanto (ii.2.) por meio de incentivos implícitos. Dente os (ii.1.) *instrumentos diretos* que evidenciaríamos a *capacidade* de o investidor institucional influenciar na tomada de decisão da investida, AZAR, SCHMALZ e TECU (2017) apontam que dois seriam os principais: (ii.1.1.) voto e (ii.1.2.) voz.

O (ii.1.1.) *voto* pode ser utilizado para diversos fins, como escolher o conselho de administração que representará os interesses do investidor nas decisões de cunho comercial; definir mudanças substanciais na estratégia empresarial consistentes com seus objetivos; autorizar ou impedir decisões estruturais ou de aquisições empresariais; pressionar os administradores, ao usar o voto como moeda de troca relativamente aos pacotes remuneração destes, etc. (AZAR, SCHMALZ e TECU; 2017). O voto tende a ser a “última instância” de instrumentos de influência detidos pelos investidores, utilizado apenas quando não foi possível utilizar dos mecanismos mais sutis, como a voz ou a influência implícita. Esse voto também pode ser utilizado na forma de coalizões com votos detidos por outros investidores institucionais minoritários (MURACA, FREEMAN; 2017)⁴⁸⁴.

Por sua vez, a (ii.1.2.) *voz* também é apontada como um instrumento direto da capacidade dos investidores institucionais em influenciar suas investidas. A voz tende a ser exercida por investidores institucionais preferencialmente em reuniões privativas com CEO's das empresas, fora das reuniões formais com acionistas (MCCAHERY; SAUTNER; STARKS; 2015). Essa voz pode ser manifestada por meio da divulgação de declarações públicas do investidor institucional sobre o

de cerimônias” (*ringmaster*) do cartel, passando informações entre as empresas concorrentes e monitorando o cumprimento das decisões. Assim, o investidor seria beneficiado com os maiores lucros obtidos por cada uma das empresas investidas. (ROCK; RUBINFELD, 2017).

484 Há diversos artigos, porém, que questionam a ideia de que o voto pode ser um canal direto dos investidores institucionais para encorajarem a implementação de condutas anticompetitivas das suas investidas (O'BRIEN, WAEHRER; 2017).

encaminhamento preferido em uma determinada tomada de decisão, solicitando a representação do conselho de administração (CHEN; 2016).⁴⁸⁵

Para além do voto e da voz, há também os já mencionados instrumentos de (ii.2.) *incentivo implícito* para a tomada de decisão da companhia investida (AZAR, SCHMALZ e TECU, 2017). Nesse sentido, diversos autores (AZAR, 2017; PATEL, 2017; e ELHAUGE, 2016) apontam que comunicações diretas entre os investidores e a gestão da empresa investida não são necessárias para que os efeitos à concorrência se manifestem. Os autores apontam para a pressão que pode ser exercida pela ameaça implícita de o investidor vender suas ações caso o administrador não siga a estratégia de mercado sugerida pelo investidor, fato que poderia ensejar na queda do preço das ações e teria um impacto direto nos incentivos da gestão da empresa (AZAR, SCHMALZ, TECU; 2017). Ademais, a gestão da companhia investida tende a não desejar manifestações públicas de descontentamento de investidores institucionais com suas tomadas de decisão, influenciando implicitamente, portanto, a própria tomada de decisão. Ainda, ELHAUGE (2016) aponta que pode haver um senso de que a tomada de decisão alinhada com o investidor institucional pode garantir suporte deste para futuras eleições do gestor em futuras eleições, aumentando chances de trabalho futuras aos indivíduos envolvidos nas transações (como os administradores) e de melhores compensações financeiras.

POSNER, MORTON e WEYL (2017), nessa mesma linha, sobre o uso do voto, da voz e dos incentivos implícitos por investidores institucionais sobre empresas investidas, apontam para algumas possíveis estratégias comuns verificáveis no mercado. Primeiro, os investidores institucionais podem recomendar aos CEO's estratégias de aumento de lucros mediante elevação dos preços. Como os CEO's da companhia sabem que o investidor institucional pode se comunicar

485 Há diversos artigos, porém, que questionam a ideia de que a voz também possa ser um canal direto de os investidores institucionais encorajarem a implementação de condutas anticompetitivas das suas investidas (ROCK; RÜBINFELD, 2017; ÇELIK, ISAKSSON, 2014)

com o CEO da outra empresa concorrente, há uma maior segurança quanto a esse aumento de preços paralelo. Caso um dos CEOs não siga a política sugerida pelo investidor institucional, este investidor pode utilizar votos contrários e influenciar os votos dos outros membros do conselho. Uma segunda estratégia seria aquela em que o investidor institucional propõe pacotes de incentivos para o CEO, de modo a reduzir seus incentivos em concorrer contra rivais. Isso é especialmente relevante em mercados oligopolísticos, em que, ao invés de concorrer para conquistar parcela de mercado do concorrente em determinado mercado, os administradores escolham aumentar o nível total de lucros, de modo que este mecanismo de compensação reduz a concorrência no mercado. Ademais, uma terceira estratégia apontada pelos autores é a de que o investidor pode bloquear, por meio do seu voto, lances de investidores ativos interessados em estabelecer uma concorrência agressiva.

Por fim, os autores AZAR, SCHMALZ e TECU (2017) apontam que, para além das atitudes que evidenciam a *capacidade* de efetivamente influenciar as decisões do conselho de administração e da diretoria das companhias investidas, seja por meio de instrumentos diretos (como voto e voz) ou por incentivos implícitos, (ii.3.), existe a *capacidade* de passivamente implementar esses incentivos (ausência de ação de um investidor institucional), que pode resultar em efeitos anticompetitivos. “Investidores preguiçosos”⁴⁸⁶ podem não insistir na implementação de determinadas estratégias que sejam determinantes para a expansão da empresa e, dessa forma, o nível de competitividade em um determinado mercado é arrefecido. Por exemplo, a passividade do investidor em não incentivar investimentos em P&D, pesquisas de mercado, guerras de preço com entrantes no mercado e expansão da capacidade produtiva tende a ser prejudicial para a indústria e pode causar o aumento de preços.

Diante do exposto, e com base nas pesquisas acadêmicas realizadas na literatura estrangeira, as autoras consolidam na

486 Tradução livre de “Lazy investors”.

imagem e na tabela abaixo as principais preocupações concorrenciais quanto aos incentivos à capacidade dos investidores institucionais de influenciar a tomada de decisão das investidas, tanto por meio de uma atuação ativa (direta, utilizando voto e voz, ou por meio de incentivos implícitos) quanto passiva, em possíveis riscos à concorrência.

| Tipo de atuação | Instrumento | Meio de implementação | Exemplos |
|--|--|---|---|
| <p>ATUAÇÃO ATIVA do investidor institucional para incentivar as empresas a competirem de forma menos agressiva</p> | <p>(ii.1.) Instrumentos diretos</p> | <p>Investidor institucional utiliza do seu direito (ii.1.1.) voto para fim de garantir que determinada estratégia (como o aumento de lucros mediante elevação dos preços) seja implementada</p> | <p>(I) Vota em membros do Conselho de Administração alinhados às suas estratégias, que representarão seus interesses nas decisões de cunho comercial (II) Vota para alterar a remuneração dos administradores para pressionar a gestão da empresa (III) Vota de modo contrário ao CEO que não implementou sua estratégia e se utiliza de votos contrários e no mesmo sentido influenciar os votos dos outros membros do Conselho de Administração. (IV) Vota para bloquear lances de investidores ativos interessados em estabelecer uma concorrência agressiva.</p> |

| | | | |
|--|---|--|--|
| <p>ATUAÇÃO ATIVA do investidor institucional para incentivar as empresas a competirem de forma menos agressiva</p> | <p>(ii.1.) Instrumentos diretos</p> | <p>Investidor institucional utiliza da (ii.1.2) voz para fim de garantir que determinada estratégia (como o aumento de lucros mediante elevação dos preços) seja implementada</p> | <p>(I) Requisita assentos no Conselho de Administração (II) Comunica-se com o CEO da sociedade investida concorrente para permitir o alinhamento estratégico</p> |
| <p>ATUAÇÃO ATIVA do investidor institucional para incentivar as empresas a competirem de forma menos agressiva</p> | <p>(ii.2.) Incentivos implícitos</p> | <p>Investidor institucional utiliza de incentivos implícitos para fim de garantir que determinada estratégia (como o aumento de lucros mediante elevação dos preços) seja implementada</p> | <p>(I) Propõe pacotes de incentivo para o CEO reduzir seus incentivos para concorrer contra rivais e aumentar o nível total de lucros (sobretudo em mercados oligopolísticos) (II) Ameaça vender suas ações caso o administrador não siga a estratégia de mercado sugerida pelo investidor, fato que poderia ensejar na queda do preço das ações e teria um impacto direto nos incentivos da gestão da empresa</p> |
| <p>ATUAÇÃO PASSIVA do investidor institucional para incentivar as empresas a competirem de forma menos agressiva ou incentivar a colusão</p> | <p>(ii.3.) Ausência de ação</p> | <p>Não incentivar investimentos em P&D, pesquisas de mercado, guerras de preço com entrantes no mercado e expansão da capacidade produtiva, que pode causar o aumento de preços</p> | <p>(I) Postura não proativa na sugestão de medidas que poderiam gerar eficiências</p> |

Em contraste à literatura apresentada, que identifica riscos concorrenciais do *common ownership*, há autores que descrevem possíveis efeitos benéficos da participação minoritária de investidores institucionais em concorrentes. HE e HUANG (2017) apontam para a geração de eficiências similares àquelas associadas à realização de

uma operação de concentração econômica, com a redução de custos, coordenação de pesquisa e desenvolvimento e compartilhamento de conhecimento. Ademais, BAKER (2016) sinaliza benefícios potenciais da diversificação acionária no mercado de capitais. Tais alegados benefícios, porém, também são alvo de críticas de outros autores, como ELHAUGE (2016), para quem as alegadas eficiências não seriam benéficas aos consumidores.

Uma vez apresentada a discussão acadêmica estrangeira sobre as participações minoritárias indiretas de investidores institucionais e seus possíveis riscos à concorrência, cumpre discutir: trata-se de um problema antitruste no Brasil?

3. TEORIA E PRÁTICA SOBRE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO INVESTIDORES INSTITUCIONAIS NO BRASIL

No Brasil, quando da realização de um investimento que possa resultar em concentração econômica, caso sejam preenchidos os critérios de notificação da Lei de Defesa da Concorrência (artigo 88 da Lei nº. 12.529/2011), estes devem ser apresentados ao Cade. Ocorre que, semelhantemente à maioria das jurisdições antitruste no mundo (OCDE, 2017, p. 6), o Brasil não aplica o controle de estruturas à simples aquisição de participação minoritária na empresa investida, quando esse investimento não confere o poder de materialmente influenciar a empresa investida. Trata-se da tradicional distinção antitruste entre participação acionária com controle (“*controlling minority shareholdings*”) e participação acionária sem controle (“*non-controlling minority shareholdings*”) – com outras nuances no direito societário.

No caso específico das notificações de operações envolvendo fundos de investimento (que é um dos tipos de investidores institucionais), há regulamentação específica a ser seguida pelos agentes econômicos no mercado no Brasil. Inicialmente era aplicável

o art. 4º, §2º da Resolução 2/2012⁴⁸⁷, que deu lugar à Resolução 9/2014, que restringiu a compreensão do que se considerava grupo econômico no caso dos fundos de investimento.⁴⁸⁸ A nova mudança limitou o número dos atos de concentração a serem notificados ao Cade, na medida que restringiu as empresas que seriam englobadas no mesmo grupo no cálculo do faturamento.⁴⁸⁹ Apesar de tal modificação, os fundos sob a mesma gestão e o gestor do fundo continuaram como informações a serem prestadas no formulário de notificação.⁴⁹⁰

Dentre as informações a serem apresentadas no formulário de notificação, o fundo de investimento deverá indicar os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e fornecer uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional. Apesar da exigência de apresentar a estrutura societária do

487 A Resolução 2/2012 considerava como parte integrante do grupo econômico, para fins de cálculo de faturamento para notificação dos atos de concentração que envolvessem fundos de investimento, cumulativamente: Os fundos que estivessem sob a mesma gestão; I O gestor; II Os cotistas que detivessem direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e III As empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

488 Nos termos da nova redação pela Resolução 9/2014 dada ao art. 4º, §2º da Resolução 2/2012, no caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: I O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e II As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

489 Foram retiradas do grupo econômico o gestor, os fundos sob a mesma gestão e o critério do inciso III (*“Os cotistas que detivessem direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I”*), que foi substituído por critério mais restrito, qual seja: (I. *“O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas”*).

490 Relembra-se que os critérios apontados são parâmetros para a notificação ou não de um ato de concentração ao Cade, e servem como um filtro das operações que são analisadas pela autoridade. Cumpridos tais requisitos, quando da notificação do ato de concentração, o fundo de investimento que for parte na operação – sumária ou ordinária – deverá apresentar uma série de informações, tal qual identificado no item II.5. dos Anexos I e II da Resolução 2/2012 do Cade.

grupo econômico, os requisitos para inclusão de empresas no mesmo grupo econômico ainda recaem sobre o critério de controle.⁴⁹¹

Por sua vez, na análise dos grupos econômicos para o cálculo de faturamento e na apresentação de informações sobre o grupo econômico no formulário de notificação dos outros investidores institucionais (tais como fundos de pensão e seguradoras), adota-se o mesmo critério aplicável às demais empresas, nos termos do artigo 4º, § 1 da Resolução 2/2012, após alterações da Resolução 9/2014.⁴⁹²

Conforme se pode notar, os critérios para análise do faturamento do grupo econômico são bem distintos quando se trata de fundos de investimento. Enquanto para as empresas em geral não se aplica o critério do inciso I, do art. 4º, §2º da Resolução 2/2012 e não se consideram “*as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante*”, no caso dos fundos não são consideradas as participações entre 20-50% detidas pelas empresas controladas pelo fundo. Isso porque se considera “*o grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas*”.

Observa-se que, apesar do critério mais amplo de análise do grupo econômico no formulário de notificação, é possível que, com os critérios de submissão e de cálculo de faturamento constantes no artigo 88 da Lei nº. 12.529/2011 e no artigo 4º da Resolução 2/2012, as

491 Critérios: (a) o fundo envolvido na operação; (b) os fundos que estejam sob a mesma gestão do grupo envolvido na operação; (c) o gestor; (d) os grupos dos cotistas, conforme definidos no item II.5.1, que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas do fundo envolvido na operação; (e) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante; e (f) as empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

492 Art. 4º, §1º da Resolução 2/2012: I As empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; II As empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

aquisições de participações minoritárias em concorrentes inferiores ao piso de 20% sequer cheguem a ser analisadas pelo Cade. Isso porque, apesar de o artigo 10º da Resolução 2/2012 endereçar o problema de aquisições diretas em concorrentes estabelecendo um piso de 5% para as operações nas quais um concorrente adquira ações de outro, não são abarcadas as hipóteses de aquisição por investidor comum entre os concorrentes.

Ante o exposto, observa-se que, apesar de fundos de investimento, seguradoras e fundos de pensão serem investidores institucionais, critérios diversos de notificação e análise dos atos de concentração são aplicados para tais agentes, alterando os casos que passam pelo crivo do Cade. Ainda assim, em nenhum dos casos a participação do investidor institucional em empresas concorrentes é analisada quando abaixo do piso de 20%, dado que a preocupação tradicional se centra na detenção de participações em empresas concorrentes e se aplica apenas às participações diretas detidas pelo próprio concorrente, e não aos casos nos quais os concorrentes possuem um investidor comum (justamente o cenário de “*common ownership*”).

Os critérios estabelecidos para análise da concentração oriunda de fundos de investimento no âmbito do Cade centram-se sobretudo na noção de controle prevista na Lei nº. 6404/76 (art. 116), ou exigem uma participação acionária de no mínimo 20% do capital social ou votante – caracterizadoras, nos termos da LSA, de “influência significativa” (art. 243). Se considerado o mínimo de 20% insuficiente para análise dos possíveis efeitos anticompetitivos gerados pelos investidores institucionais, o critério de 5% de participação acionária entre concorrentes deveria ser aplicado aos casos nos quais existe um investidor comum? Ora, existem nuances quanto ao exercício de poder na sociedade empresária, não vinculadas ao conceito de poder de controle, tais como influência significativa, influência relevante, interesses financeiros e contatos interpessoais, nos termos de RODRIGUES (2016).

Será que esse tipo de influência mais sutil, resultante do processo de “fragmentação do controle”, não estaria passando ao largo

das preocupações antitruste no Brasil no que tange às participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes? A hipótese das autoras é que os atuais critérios de notificação não são suficientes para análise de atos de concentração com participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes. Para evidenciar tal hipótese, as autoras passam a uma breve pesquisa empírica.

4. PESQUISA EMPÍRICA DA EXPERIÊNCIA RECENTE DO CADE NA NOTIFICAÇÃO E ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO INVESTIDORES INSTITUCIONAIS (FUNDOS DE INVESTIMENTO) NO BRASIL

Da pesquisa empírica realizada por estas autoras, entre junho de 2012⁴⁹³ e setembro de 2014⁴⁹⁴ (ou seja, nos vinte e oito meses de vigência da redação anterior da Resolução 2/2012 do Cade), foram notificados pelo menos 84 atos de concentração por fundos de investimento.⁴⁹⁵ Por sua vez, entre outubro de 2014⁴⁹⁶ e setembro de 2017⁴⁹⁷ (ou seja, nos vinte e quatro meses de vigência da nova redação da Resolução 2/2012 do Cade), foram notificados pelo menos 78 atos de concentração por

493 A amostra considera os dados a partir de junho de 2012 tendo em vista que a Lei nº. 12.529/2011 entrou em vigor a partir de 29 de maio de 2012.

494 A amostra considera os dados até setembro de 2014 dado que a nova redação da Resolução 2/2012 do Cade entrou em vigor a partir de 1º de outubro de 2014.

495 Dentre estes 84 atos de concentração, 14 consubstanciavam aquisição/consolidação de controle (16,6%), 61 tratavam de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle (62,6%) e 9 refletiam outro tipo de operação (10,7%). Dentre as 14 operações relativas a aquisição/consolidação de controle, 5 delas eram referentes ao mercado de incorporação imobiliária e os outros 9 a outros mercados. Por sua vez, das 61 operações de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle, 13 também estavam relacionadas ao mercado de incorporação imobiliária, 5 de energia elétrica, 3 de hotelaria e 2 de saúde, sendo que todos as demais 39 operações em mercados variados.

496 A amostra considera os dados a partir de outubro de 2014 dado que a nova redação da Resolução 2/2012 do Cade entrou em vigor a partir de 1º de outubro de 2014.

497 A amostra considera os dados até setembro de 2017 dado que o mesmo foi elaborado em outubro de 2017.

fundos de investimento.^{498 499} Diante de um cenário global, dos 162⁵⁰⁰ atos de concentração notificados ao Cade por fundos de investimento, é possível se alcançar as seguintes conclusões preliminares a respeito dos atos de concentração notificados ao Cade que, das operações que envolvem diretamente fundos de investimento:

- a maioria (107 operações, 66%) trata da aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle, e apenas uma pequena parcela (37 operações, 22,8%) consubstancia aquisição/consolidação de controle;
- não se observa um setor econômico de atuação mais intensa dos fundos de investimento, com destaque para operações no mercado de incorporação imobiliária (29 operações, 17,9%) e energia elétrica (13 operações, 8%);
- apesar da alteração dos critérios de abrangência do grupo econômico dos fundos de investimento, houve uma redução pequena do número de operações notificadas (84 operações se reduziram para 78).

Pela pesquisa jurisprudencial das autoras, não foi possível identificar ainda nenhum ato de concentração julgado em que houvesse a sinalização da preocupação com a participação minoritária indireta de investidores institucionais em concorrentes (*common*

498 Dentre estes 78 atos de concentração, 23 consubstanciavam aquisição/consolidação de controle (29,4%), 46 tratavam de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle (58,9%) e 9 refletiam outro tipo de operação (11,5%). Dentre as 23 operações relativas à aquisição/consolidação de controle, 6 estavam relacionadas ao mercado de incorporação imobiliária, 3 de energia elétrica e 14 em mercados variados. Por sua vez, das 46 operações que tratavam de aquisição de participação acionária sem aquisição/consolidação de controle, 5 tratavam do mercado de incorporação imobiliária, 5 de energia elétrica e todos os 35 restantes variados.

499 Os atos de concentração foram classificados utilizando-se as palavras-chave “fundos”, “fund”, “FIP”, “FII” e “equity” no banco de pesquisa da Superintendência-Geral do Cade:

500 Esclarece-se que essas conclusões não representam necessariamente a realidade completa dos investimentos realizados pelos fundos de investimento no Brasil, já que apenas uma parcela dessas concentrações econômicas é notificada ao Cade.

ownership). Esse fato se dá, possivelmente, pelo fato de os critérios para notificação de fundos de investimento serem bastante restritos, e a análise realizada pela autarquia não abarcar participações inferiores a 20%, centrando-se no poder de controle. Ademais, como o critério de notificação por aumento de, pelo menos, 5% no capital votante, inclui apenas as empresas concorrentes ou que atuem em mercados verticalmente relacionados, tais casos não vêm sendo analisados pelo Cade.

Em que pese este cenário, a preocupação com o *common ownership* poderia ser suscitada em um caso recente julgado pelo Cade. Trata-se da tentativa de Ato de Concentração entre as empresas Kroton e Estácio, ambas atuantes no mercado de educação presencial e à distância no Brasil (AC 08700.006185/2016-56)⁵⁰¹. As causas da reprovação disseram respeito a riscos concorrenciais da própria operação, mas para além das preocupações antitruste apontadas, é notar a participação minoritária de um mesmo investidor institucional em ambas as concorrentes Kroton e Estácio: 10,3% das ações da Estácio e 4,5% da Kroton⁵⁰².

Este investidor institucional (a Coronation Fund Managers) opinou publicamente com relação ao valor da oferta: “a oferta da Kroton representa a opção preferível para acionistas da Estácio no longo prazo”, complementando, ainda que “gostaria de alertar a administração da Estácio a não exigir um prêmio injustificado que colocasse a operação proposta pela Kroton em risco”, evidenciando interesse em um prêmio “justo”. Ademais, antes da submissão da operação ao Cade, este investidor institucional votou favoravelmente à fusão na assembleia geral de acionistas de ambas as sociedades concorrentes⁵⁰³, o que evidencia a sua capacidade de influenciar diretamente, por meio

501 O caso foi julgado pelo CADE na sessão de julgamento do dia 28/06/2017, quando se decidiu pela reprovação da operação. Fonte <http://www.cade.gov.br/noticias/aquisicao-da-estacio-pela-kroton-e-vetada-pelo-cade>

502 Ver matéria publicada na revista Exame, em 01/07/2016. <https://exame.abril.com.br/negocios/quem-e-o-coronation-fundo-com-aco-es-da-estacio-e-da-kroton/>

503 Op. Cit.

do exercício do direito de voto, as companhias investidas, tal qual apontado pelos autores AZAR, SCHMALZ e TECU (2017).

Assim, questiona-se: a decisão de apoio à operação pelo investidor institucional foi motivada pela eficiência que ela acarretaria para as empresas ou pelos lucros que o investidor obteria individualmente em cada sociedade investida? Será que a decisão pela operação, desde o primeiro momento, foi influenciada justamente por conta dessas participações minoritárias indiretas dos investidores institucionais, que já poderiam estar arrefecendo a concorrência entre as empresas, seja por meio de sua atuação ativa ou por sua atuação passiva?

Apesar de a análise da participação do investidor institucional não ter sido objeto de discussão do Cade, este Ato de Concentração envolvendo Kroton, Estácio e a Coronation Fund Managers é um relevante indicativo de como é possível que investidores institucionais tenham incentivos e capacidade de influenciar processos decisórios nas empresas investidas, ainda que com participações minoritárias indiretas em concorrentes, com a potencialidade de ocasionar efeitos anticompetitivos no Brasil. Diante do incremento das atividades no mercado de capitais no Brasil, é possível então que novos casos notificados ao Cade, no futuro, tenham que enfrentar essa discussão, da mesma forma que a Comissão Europeia teve que enfrentar pela primeira vez o tema em 2017, na recente análise do caso Dow/DuPont⁵⁰⁴.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que um investidor institucional detentor de participações minoritárias indiretas pode alterar a dinâmica concorrencial do mercado mesmo sem deter o poder de controle. Existem nuances quanto ao exercício de poder na sociedade empresária, não vinculadas ao conceito de poder de

504 Cf. matéria publicada em 19/02/2018 no site Global Competition Review, “DG Comp looking into common ownership, says Vestager”, disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/article/1159160/dg-comp-looking-into-common-ownership-says-vestager> (Acesso em 04/09/2018).

controle, tais como influência significativa, influência relevante, interesses financeiros e contatos interpessoais, que podem resultar em estratégias comerciais com potenciais efeitos anticompetitivos. Além de possuir incentivos para influenciar a tomada de decisão nas investidas, o investidor institucional pode deter a capacidade de efetivamente exercer tal influência, seja por meio de instrumentos diretos (como voto e voz), por meio de incentivos implícitos ou por meio da sua atuação passiva (ausência de ação). Em que pese isso, a legislação antitruste brasileira e a jurisprudência do Cade ainda não endereçam de modo apropriado a questão dos investidores institucionais. Os atuais critérios de notificação não são suficientes para análise de atos de concentração com participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes.

Como incluir então essa pauta de preocupação com o *common ownership* na análise dos atos de concentração? O debate internacional aponta para alternativas do ponto de vista das leis existentes e para alterações legislativas para endereçar claramente essa preocupação, seja pelo estabelecimento de limites máximos de participação no capital social, seja pela criação de “*safe harbours*” abaixo dos quais não haveria preocupações antitruste⁵⁰⁵. Há debates, ademais, no sentido de que o controle de atos de concentração talvez não seja a única fundamentação legal possível para se analisar os desafios decorrentes dessas participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes. Suscita-se, por exemplo, a aplicação de regras que vedam acordos anticompetitivos quando a participação no capital social for um instrumento para influência a conduta comercial do concorrente, ou mesmo a aplicação de regras que vedam o abuso de posição dominante (OCDE, 2017, p. 8). Além disso, no âmbito das

505 Sobre a proposta de criação de *safe harbours* para o “*common ownership*”, ROCK e RUBINFELD propõem que participações minoritárias abaixo de 15%, sem que haja representatividade do investidor institucional no conselho de administração, seria considerado seguro e não levantaria preocupações antitruste. (ROCK, RUBINFELD, 2017). Por sua vez, uma proposta mais restrita de *safe harbour* é proposta por O'BRIEN, WAEHRER (2017). Essa proposta, porém, tampouco está imune a críticas: ELHAUGE, 2017.

ações que podem ser realizadas por meio de iniciativas das empresas para evitar possíveis efeitos coordenados, a literatura internacional sugere (ROCK, RUBINFELD, 2017) que os investidores institucionais implementem uma política de *compliance* que minimize os riscos de coordenação entre as investidas (ex. abstendo-se de discutir preços ou variáveis concorrencialmente sensíveis que favorecem colusivos).

E no Brasil, como incluir então essa pauta de preocupação com o *common ownership* na análise dos atos de concentração? A nosso ver, não é possível evitar o debate, em que pese o mercado de capitais brasileiro não possuir, ainda, estrutura notoriamente pulverizada, que favorece a atuação dos investidores institucionais. Diante da análise da legislação antitruste brasileira (Lei nº. 12.529/2011 e Resolução 9/2014) e da jurisprudência do Cade (evidenciada pela pesquisa empírica conduzida pelas autoras), os critérios de notificação mostraram-se insuficientes para a análise de atos de concentração envolvendo participações minoritárias de investidores institucionais em concorrentes. Talvez sejam, então, necessários parâmetros mais rigorosos para os critérios de notificação e de análise dos atos de concentração envolvendo investidores institucionais, para que os investidores institucionais não ajam como ventríloquos passíveis de disfarçar problemas antitruste advindos de participações indiretas em concorrentes. No entanto, a nosso ver esse debate deve ser multidisciplinar, e não circunscrito à seara antitruste. Isso porque, em termos societários, por exemplo, é possível que esse mesmo fato gere questionamentos sobre um possível abuso do direito de voto e/ou o voto em conflito de interesses do investidor institucional (Art. 115 Lei nº. 6404/76), já que tinha interesse em ambas as sociedades envolvidas na operação de concentração econômica.

Dessa forma, esperamos que este trabalho seja um ponto de partida para a discussão, que ainda se encontra incipiente no Brasil. Entendemos ser imperiosa uma análise multidisciplinar sobre o tema da participação minoritária indireta de investidores institucionais em concorrentes (“*common ownership*”), aliando especialistas públicos e privados da seara antitruste com outros do direito societário, do

mercado de capitais, do mercado financeiro, de seguros, economistas, econométristas, bem como da comunidade acadêmica. Apenas com esse esforço coordenado de compreensão é que será possível, na visão das autoras, responder satisfatoriamente uma pergunta subsequente àquela inicial proposta e respondida neste trabalho: cientes que as participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes podem causar impactos à concorrência no Brasil, qual deve ser o grau dessa preocupação e quais os meios mais adequados para endereçá-la, uma vez constatados que os possíveis efeitos anticompetitivos das participações minoritárias indiretas dos investidores institucionais em concorrentes ainda não estejam sendo endereçados?

Amanda Athayde

GUN JUMPING, CONTROLE PRÉVIO DE ESTRUTURAS E O CADE

Publicado originalmente em: *Revista do IBRAC, Ano 19, julho/dezembro 2012.*

Amanda Athayde

RESUMO: A Lei n. 12.529/2011 alterou a dinâmica de apresentação dos atos de concentração no Brasil, ao exigir a notificação *prévia* dos atos de concentração. Anteriormente, sob a égide da Lei n. 8.884/94, existia um sistema de controle *posterior* de estruturas, em que as empresas submetiam o negócio jurídico à análise da autoridade concorrencial apenas após a sua consumação. A partir de 29 de maio de 2012, porém, o artigo 88, §§2º e 3º, desta Lei n. 12.529/2011 entrou em vigor para exigir que o controle dos atos de concentração no Brasil seja *prévio* e que as operações não possam ser consumadas antes de apreciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Essa alteração legislativa trouxe consigo um novo desafio para o CADE, que é delinear, em casos concretos, os limites entre um processo de concentração econômica legítimo e uma prática ilegal de *Gun Jumping*. Nesse contexto, o presente artigo visa a analisar essa suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica. Para tanto, inicialmente faz-se uma breve exposição sobre a teoria e a prática do *Gun Jumping* na experiência internacional, tanto norte-americana quanto em outras jurisdições (Bélgica, Canadá, Espanha, Grécia, Israel, Holanda, República Tcheca, Rússia, União Européia). Em seguida, são propostos critérios para uma análise de *Gun Jumping* pelo CADE, considerando as preocupações com a manutenção do nível de concorrência durante o controle *prévio* de estruturas. A proposição consiste em lista não exaustiva de itens passíveis de gerar – ou não – preocupação concorrencial, relativamente

a (i) cláusulas do acordo de concentração econômica, (ii) atividades realizadas pelas partes em processo de concentração econômica e (iii) troca de informações entre essas partes. Desse modo, com o presente artigo espera-se contribuir para a promoção de maior segurança jurídica às partes em processo de concentração econômica, por meio da sugestão de critérios para se considerar ilegal ou não uma suposta prática de *Gun Jumping*.

PALAVRAS-CHAVE: Notificação prévia de atos de concentração – Conduta anticompetitiva – Lei n. 12.529/2011 – *Gun Jumping*.

ABSTRACT: The Law N. 12.529/2011 changed the dynamics of presentation of merger reviews in Brazil, by requiring *previous* notification. Previously, under the aegis of the Law N. 8.884/94, there was an *ex post* system of merger reviews, in which the enterprises subjected the legal deals to analysis from competitive authority only after consummation. From May 29th, 2012, however, Article 88, §§2 and 3, of this Law N. 12.529/2011 took effect to require that the control of merger reviews in Brazil is previous and that operations cannot be consummated before analyzed by the Administrative Council for Economic Defense (CADE). This legislative change has brought a new challenge to CADE, which is to outline, in concrete cases, the limits between a legitimate process of economic concentration and an illegal practice of *Gun Jumping*. In this context, this article aims to analyze this possible anticompetitive conduct practiced in merger reviews, due mainly to the improper exchange of information between enterprises and/or beneficial ownership. For this, it is initially presented a brief statement about the theory and practice of *Gun Jumping* on international experience in the United States of America and in other jurisdictions (Belgium, Canada, Spain, Greece, Israel, Netherlands, Czech Republic, Russia, European Union). Then, criteria are proposed for analysis of *Gun Jumping* by CADE, considering concerns about the maintenance of the level of competition during the process of merger review. The proposition consists of a non-exhaustive list of items that can generate – or not – competitive concern, in respect of (i) the

clauses of the agreement of economic concentration, (ii) activities carried out by the parts in the process of economic concentration and (iii) exchange of information between these parts. Thus, it is expected that this article contributes to the promotion of greater legal certainty to the parts in the process of economic concentration, through the suggestion of criteria in order to consider illegal or not a supposed practice of Gun Jumping.

KEY WORDS: Previous notification of merger reviews – Anticompetitive conduct – Law N. 12.529/2011 – Gun Jumping.

1. INTRODUÇÃO

Por Gun Jumping, entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura⁵⁰⁶ entre as empresas em processo de concentração econômica⁵⁰⁷. Existe recente proposição de se traduzir o termo Gun Jumping por “queimar a linha de largada” e avançar na realização do negócio jurídico antes da aprovação da autoridade antitruste⁵⁰⁸, mas, por uma questão de referibilidade à doutrina e à jurisprudência internacional relativa ao tema, que serão utilizadas no presente trabalho, pede-se licença para permanecer utilizando o termo em inglês, ou seja, Gun Jumping⁵⁰⁹.

506 “Integração prematura” foi a tradução proposta para a expressão *beneficial ownership*, que abarca tanto a transferência/usufruto de ativos e dos valores mobiliários com direito de voto quanto a influência exercida pela empresa adquirente sobre a empresa a ser adquirida antes de aprovada a operação.

507 “Concentração econômica” é utilizada no sentido de abranger, em sentido amplo, as operações de fusão, aquisição, formação de *joint-venture*, etc. Nesse sentido é que se utilizarão, genericamente, as expressões “empresa adquirente” e “empresa a ser adquirida”, ainda que não se trate, estritamente, de aquisição.

508 CAMINATI, Eduardo A.; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques; BAGNOLI, Vicente. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 212.

509 Outra expressão sinônima em inglês a *Gun Jumping* é *Premerger Coordination*.

Há pouco mais de três anos, CORDOVIL se perguntava se o Brasil estava preparado para uma análise sobre Gun Jumping.⁵¹⁰ Ocorre que desde 29 de maio de 2012 a resposta a essa pergunta deve ser um categórico “sim”, dada a adoção do sistema de notificação prévia dos atos de concentração pela Lei n. 12.529/2011⁵¹¹. De acordo com o artigo 88, §§2º e 3º dessa lei, o controle dos atos de concentração no Brasil será prévio, e as operações não podem ser consumadas antes de apreciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Mas em que consiste a consumação? Quais os limites do negócio jurídico antes da aprovação do CADE? Fora desses limites, se pratica Gun Jumping.

A modificação do sistema de notificação brasileiro está em consonância com as melhores práticas internacionais, como aquelas da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ) e da Federal Trade Commission (FTC), ambas nos Estados Unidos da América, e da Direção Geral de Concorrência, na União Europeia. Nesse sistema de análise prévia, o negócio jurídico submete-se a uma espécie de cláusula suspensiva, de modo que o negócio não se consuma até que a autoridade de concorrência assim decida pela aprovação.

Assim, com a mudança legislativa, o Brasil não está mais na companhia do Egito e do Paquistão como um dos três países no mundo que utiliza o sistema posterior de notificação dos atos de concentração.⁵¹² Em um sistema de controle posterior de estruturas – como aquele aceito pela Lei n. 8.884/94, anteriormente vigente no Brasil⁵¹³ – as empresas submetiam o negócio jurídico à análise da autoridade concorrencial apenas após a sua

510 CORDOVIL, Leonor. *Gun Jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis?*, Competition Law and Policy in Latin America, Eleanor M. Fox and D. Daniel Sokol, eds., Hart, 2009.

511 Lei n. 12.529/2011, que estrutura o “novo” Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, revoga os dispositivos da Lei n. 8.884/1994 e dá outras providências.

512 ANDERS, Eduardo Caminati; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques; BAGNOLI, Vicente. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 208.

513 Nos termos do artigo 54 da Lei n. 8.884/94, o sistema era facultativamente prévio e *a posteriori*, de modo que as empresas poderiam submeter à análise do CADE o ato de concentração previamente ou em até quinze dias da data de celebração do primeiro documento vinculativo (artigo 98 do antigo Regimento Interno do CADE).

consumação. Desse modo, praticamente todos os atos durante o processo de negociação (diálogos, comunicações e troca de informações, etc.) pareciam ter um “salvo conduto”⁵¹⁴, pois estariam, em tese, abarcados pelo “manto sagrado” das negociações para realização do ato de concentração. Esse tendia a ser, no entanto, um período delicado para a manutenção do nível concorrencial no mercado, pois agentes econômicos – possivelmente concorrentes – teriam a possibilidade de trocar informações e articular-se sem a observância efetiva dos órgãos antitruste.

Finalmente, portanto, em 29 de maio de 2012 o Brasil se despediu desse pequeno grupo de países que contam com o sistema de notificação posterior dos atos de concentração e passou a adotar o controle prévio de estruturas. A regulamentação desse controle consta no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RICADE)⁵¹⁵, que, no artigo 108, §1º, determina que as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. Ademais, de acordo com o §2º, as partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do CADE, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes. Constata-se, então, que o artigo 108 do RICADE retrata a preocupação do CADE com o Gun Jumping no Brasil.

Essa preocupação concorrencial surgiu nos Estados Unidos – país com ampla tradição em direito antitruste e com experiência no sistema de notificação prévia dos atos de concentração –, em situações em que o comportamento das empresas possibilitava a limitação da conduta da empresa a ser adquirida pela adquirente antes mesmo da

514 CORDOVIL, Leonor. *Gun Jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis?*, Competition Law and Policy in Latin America, Eleanor M. Fox and D. Daniel Sokol, eds., Hart, 2009.

515 Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20-%20RICADE%20%282%29.pdf>.

concretização da operação. A preocupação também era verificada em casos de inibição da capacidade da empresa a ser adquirida em manter sua competitividade e independência operacional.⁵¹⁶

Diante do exposto, considerando tratar-se de um tema bastante recente no Brasil, que altera profundamente a dinâmica de notificação e de análise dos atos de concentração, que ainda não possui limites definidos pela doutrina ou pela jurisprudência e que pode resultar em abertura de processo administrativo para a persecução de eventual conduta anticompetitiva de Gun Jumping (artigo 108, §3º, do RICADE), o objetivo do presente trabalho é sugerir ao CADE critérios a serem aplicados, no caso concreto, para se definir o tenuous limiar entre um processo de concentração econômica legítimo e uma prática ilegal de Gun Jumping.

Para atingir o objetivo deste estudo, passa-se, a seguir, a uma breve exposição sobre o Gun Jumping na experiência internacional (II), para que em seguida sejam sugeridos critérios a serem utilizados pelo CADE diante de um caso concreto sobre Gun Jumping (III).

2. ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O GUN JUMPING

A breve análise descritiva da teoria do Gun Jumping começará pela experiência norte-americana (II.1), para em seguida ser discutida no âmbito de outras jurisdições (II.2).

2.1. A TEORIA DO GUN JUMPING NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, o grau de contato permitido entre as partes em processo de coordenação econômica é definido em sede de lei federal. Compete ao governo federal garantir que as negociações de potenciais concentrações econômicas não arrefeçam a concorrência, especialmente durante o período

⁵¹⁶ SCHLOSSBERG, Robert. *Issues of Premature Control and Premerger Coordination. Information Sharing by Competitors: Minimizing Antitrust Liability in Mergers and Competitor Collaborations*. A live 90-Minute Teleconference. Janeiro, 2010.

em que a operação não tenha sido “fechada”. O objetivo é que seja mantida a concorrência entre as partes em concentração e que se evite uma indevida troca de informações ou integração prematura que possa prejudicar a concorrência. Assim, a teoria do Gun Jumping encontra seu fundamento em três textos legais.

O primeiro deles é a Seção 7A do Clayton Act, conhecido como Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (HSR Act)⁵¹⁷. Até a entrada em vigor desse texto legal, os atos de concentração nos Estados Unidos podiam se consumar sem que o governo tivesse a oportunidade de questionar a legalidade da operação em juízo. Essa situação permitia que as empresas em processo de concentração econômica se integrassem antes mesmo da aprovação da autoridade competente, o que dificultava a imposição de remédios antitruste efetivos pelas agências⁵¹⁸ norte-americanas (FTC e DOJ). Essa problemática é semelhante àquela vivenciada pelo CADE sobre a égide da anterior Lei n. 8.884/1994 e seu controle posterior de estruturas.

Com a entrada em vigor do HSR Act, foi criado um mecanismo que exige notificação prévia, às agências, do ato de concentração que esteja inserido em uma determinada faixa de valor. Também foram proibidas certas aquisições de ativos ou valores mobiliários com direito de voto em até 30 (trinta) dias, ou seja, durante um “período de espera”. Os objetivos desses dispositivos eram preservar a habilidade de o governo questionar uma operação potencialmente lesiva à concorrência, oportunizar às agências o momento para obterem informações relevantes sobre a operação antes da sua consumação e garantir a possibilidade de se impor um remédio antitruste efetivo⁵¹⁹. Estas também foram, de modo análogo, aspirações da alteração legislativa promovida no Brasil, com o advento da Lei n. 12.529/2011.

O que o HSR Act passou a exigir, portanto, é que as partes mantivessem suas operações separadamente, até a autorização da autoridade antitruste. Nesse sentido, apesar de ser autorizada alguma coordenação prévia entre

517 Clayton Act 7A, 15 USC 18a: “[...] no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification [...] and the waiting period [...] has expired [...]”.

518 FTC e DOJ serão genericamente mencionadas como “as agências”.

519 ABA Section of Antitrust Law. *Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange*. Chicago: ABA Publishing, 2006. p. 13.

as partes⁵²⁰, esta seria considerada ilícita se estivessem presentes indícios suficientes de integração prematura entre as empresas em concentração econômica, antes do mencionado período de espera. Caso isso ocorresse, restaria configurada a conduta anticompetitiva do Gun Jumping, sob a égide do HSR Act.

A expressão *integração prematura*⁵²¹ (beneficial ownership) pode ser entendida como o usufruto dos ativos e dos valores mobiliários com direito de voto – da empresa a ser adquirida pela empresa adquirente –, antes de aprovada a operação. Essa situação configuraria, de fato, uma integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica. Atenta-se, então, para a existência de indícios suficientes de que o “feixe” de direitos que inicialmente é detido pela empresa a ser adquirida foi transferido, ao longo da transação, para a adquirente, antes da autorização pela autoridade competente.

Alguns dos indícios de integração prematura, nos termos do HSR Act, são constatados em casos de interesses pecuniários da empresa adquirente na empresa a ser adquirida, como os seguintes: (a) o direito de se beneficiar pelo aumento no valor da empresa ou dos seus dividendos; (b) o risco de perda de valor da empresa, e/ou em casos de interesses de controle da empresa adquirente na empresa a ser adquirida; (c) a posse de ações com direito de voto ou poder de determinar a forma como será a votação; (d) a não discricionariedade da empresa a ser adquirida sobre seus próprios investimentos⁵²².

A questão principal em sede do HSR Act, portanto, é a definição dos indícios – quantitativa e qualitativamente – suficientes para se definir que a empresa adquirente está no usufruto dos ativos e de valores mobiliários com

520 *Ibidem.* p. 11.

521 Relembre-se novamente que “integração prematura” foi a tradução proposta para a expressão *beneficial ownership*, que abarca tanto a transferência/usufruto de ativos e dos valores mobiliários com direito de voto quanto a influência exercida pela empresa adquirente sobre a empresa a ser adquirida antes de aprovada a operação.

522 ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 15. Tradução livre de: “(1) the right to obtain the benefit of any increase in value or dividends, (2) the risk of loss of value, (3) the right to vote the stock or to determine who may vote the stock, (4) the investment discretion (including the power to dispose of the stock)”.

direito de voto da empresa a ser adquirida, de forma a configurar integração prematura e, conseqüentemente, Gun Jumping.

O segundo texto legal que trata do tema nos Estados Unidos é a Seção 1 do Sherman Act (Section 1)⁵²³, que proíbe acordos que desarrazoadamente restrinjam o comércio e que se aplica a todas as transações, estejam elas ou não na faixa de valor que requer apresentação do ato de concentração pelo HSR Act. Nesse sentido, para que o Gun Jumping seja questionado com fundamento da Seção 1 do Sherman Act, deve existir (a) um contrato, combinação ou conspiração entre duas ou mais empresas separadas, que (b) desarrazoadamente restrinja o comércio e que (c) afete o comércio interestatal.

Assim, para que as atividades das empresas em processo de concentração econômica não sejam questionadas com fundamento na Seção 1 do Sherman Act, as entidades econômicas independentes devem manter identidades separadas e competir, não podendo coordenar suas atividades até a aprovação da operação. Elas podem, por exemplo, proceder à due diligence, mas apenas nos limites do razoável, e podem também planejar-se para a integração, mas devem permanecer como concorrentes independentes no mercado.

Constata-se, nesse contexto, que a Seção 1 do Sherman Act estatui uma proibição material, exigindo a manutenção do status de concorrentes das empresas em processo de concentração econômica, enquanto o HSR Act exige um requerimento procedimental, que proíbe a integração prematura entre as empresas apenas durante o período de espera⁵²⁴.

Por fim, o terceiro texto legal é a Seção 5 do Federal Trade Commission Act (Section 5)⁵²⁵, que proíbe métodos desleais de competição

523 Section 1 of the Sherman Act: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. [...]”.

524 BLUMENTHAL, William. *The Road to Omnicare: the evolution of antitrust standards on premerger coordination*. April 16, 2009. Disponível em: <<http://media.traffordpub.com/products/information-sharing-by-competitors-minimizing-antitrust-liability-2010-01-12/speaker-handouts.pdf>> (ultimo acesso em 10.03.2011).

525 *Federal Trade Commission Act (Section 5)*. “Under this Act, the Commission is empowered, among other things, to (a) prevent unfair methods of competition, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce”.

que afetem o comércio. Ainda que de maneira menos incisiva que os demais diplomas legais, ele também se aplica para impugnar quaisquer atividades prévias à aprovação ao ato de concentração que sejam concorrencialmente desleais e que configurem Gun Jumping.

Diante do exposto, observa-se que nesses três textos legais norte-americanos existem dois focos principais de preocupação em relação ao Gun Jumping. O primeiro diz respeito à troca de informações entre as partes, preocupação esta que se justifica pelo risco de coordenação prejudicial à concorrência no mercado. O segundo foco de preocupação é com a integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica, que se justifica pelo risco de as empresas em concentração econômica deixarem de agir independentemente antes da aprovação da autoridade antitruste.

Para que se entenda como ambas as preocupações são verificadas nos Estados Unidos, passa-se a uma análise da jurisprudência norte-americana sobre a configuração ou não de Gun Jumping em sede desses três textos legais.

2.1.1. JURISPRUDÊNCIA SOBRE GUN JUMPING SOB A ÉGIDE DO HSR ACT

Relembre-se que o HSR Act é um diploma legal cujo objetivo é garantir que as partes em processo de concentração econômica continuem competindo durante o período de espera (30 dias) ou que, caso se abandone operação, elas sejam capazes de continuar competindo⁵²⁶.

Desse modo, sob a égide do HSR Act a imputação de responsabilidade pela prática de Gun Jumping está ligada a fatores como a troca e a transferência de informações entre as empresas, as cláusulas contidas no acordo de concentração econômica, a transferência de controle operacional ou de gestão da empresa a ser adquirida à empresa adquirente, a acordos de não concorrência e a atividades coordenadas entre as empresas.⁵²⁷

526 BLUMENTHAL, William. *The Scope of Permissible Coordination Between Merging Entities prior to Consummation*, 63 Antitrust L.J. 1, 36 (1994).

527 ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 19.

Considerando que várias são as formas de se configurar integração prematura⁵²⁸, redundando em Gun Jumping e responsabilidade sob o HSR Act⁵²⁹, expor-se-ão' alguns dos julgados mais importantes, a fim de se entender os critérios utilizados para se definir a ilegalidade ou não da conduta.

A conduta de executar o acordo de concentração econômica pode, por si só, desafiar o HSR Act. No caso United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO I)⁵³⁰, entendeu-se que a exigência de um pré-pagamento do preço da compra com caráter não reembolsável, contida no acordo de concentração econômica, teria o efeito, quando da execução do contrato, de integrar prematuramente as empresas. De modo similar, no caso United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO II)⁵³¹, observou-se que a execução do acordo viabilizava o direito de voto pela empresa adquirente sobre aquela a ser adquirida de forma imediata e permanente. Ademais, nesse mesmo caso, o acordo também permitia à empresa adquirente receber os ganhos da participação societária da empresa a ser adquirida, o que foi considerado indício suficiente de integração prematura entre ambas pela existência de interesses pecuniários. Ainda, no caso Titan Wheel⁵³² as cláusulas que permitiam que a empresa adquirente obtivesse a posse e o gozo dos negócios

528 Relembra-se que integração prematura (*beneficial ownership*) é entendida como usufruto dos ativos e dos valores mobiliários com direito de voto da empresa a ser adquirida, pela empresa adquirente, antes de aprovada a operação.

529 Ressalte-se que a data em que as partes notificam a autoridade competente do ato de concentração é irrelevante para a configuração de *Gun Jumping*, e independe também de as partes serem ou não concorrentes. Estados Unidos. *United States v. Titan Wheel Int'l, Inc.*, 1996-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,406 (D.D.C. 1996) (No. 96-01040) (complaint), 19, 20, 23, 41, 45, 93, 128, 129, 229, 263, 266; (final judgment) 40, 120, 128, 129. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 19.

530 Estados Unidos. *United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO I)*, 1991-1 Trade Cas. (CCH), ¶ 69,318 (D.D.C. 1991) (No. 91-0205) (complaint), 20, 42, 43, 46, 107, 108, 109, 112, 124; (final judgment), 107, 114, 120, 123, 124, 125. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

531 Estados Unidos. *United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO II)*, 1992-1 Trade Cas. (CCH), ¶ 69,695 (D.D.C. 1992) (No. 91-3267) (complaint), 20, 41, 107, 108, 112, 125, 126, 254; (final judgment for ARCO); (final judgment for U.F. Genetics), 108, 114, 115, 120, 125, 126. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

532 Estados Unidos. *United States v. Titan Wheel Int'l, Inc.*, 1996-1. *Op. Cit.*

da empresa a ser adquirida antes da autorização da autoridade antitruste foram consideradas violadoras do HSR Act.

O HSR Act também pode ser desafiado em caso de integração prematura antes mesmo da execução do acordo de concentração econômica. No caso United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.⁵³³ as agências alegaram que antes mesmo da assinatura do acordo de concentração econômica as partes já teriam reduzido e/ou eliminado a concorrência entre as empresas, o que seria cabalmente comprovado pela existência de uma cláusula de não concorrência prévia à execução do acordo.

A assinatura do contrato, portanto, transfere algum indício de integração prematura, mas que esse ato não é, por si só, suficiente para ser considerado incompatível com o HSR Act, conforme se afirmou em United States v. Input/Output, In.⁵³⁴. Haveria a necessidade de atos outros que, em conexão com a assinatura de um acordo de concentração econômica, configurassem indícios suficientes de integração prematura. Nesse sentido, a assinatura de um contrato de gestão com outra empresa qualquer não necessariamente implicaria em integração prematura, mas assiná-lo após ou durante a negociação de uma concentração econômica pode contrariar as regras do HSR Act.

Ademais, a troca e a transferência de informações também podem constituir violação ao HSR Act. As agências norte-americanas reconhecem a importância de as partes, em processo de concentração econômica, trocarem e transferirem informações em si, mas em algumas circunstâncias essa prática pode suscitar questionamentos. Isso ocorreu, por exemplo, no caso United States v. Computer Associates⁵³⁵. O DOJ alegou que a

533 Estados Unidos. United States v. Gemstar-TV Guide Int'l, Inc., 2003-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 74,082 (D.D.C. 2003) (No. 03-00198) (complaint), 13, 18, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 33, 34, 44, 47, 48, 51, 64, 67, 68, 71, 77, 78, 88, 140, 141, 142, 143, 202, 210, 213, 216, 219, 221, 232, 248, 259, 272, 276, 292; (final judgment impact statement), 14, 16, 21, 23, 27, 29, 30, 37, 43, 46, 50, 51, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 114, 115, 117, 140, 143, 144, 185, 191, 195, 196, 211, 213, 216, 219, 221, 225, 232, 239, 248, 276, 283. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

534 Estados Unidos. United States v. Input/Output Inc., 1999-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72,528 (D.D.C. 1999) (No. 99-00912) (complaint), 13, 15, 18, 19, 21, 23, 25, 28, 36, 45, 51, 70, 132, 133, 134, 280. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

535 Estados Unidos. United States v. Computer Assocs. Int'l, Inc., 2002-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 73,883 (D.D.C. 2002) (No. 01-02062) (complaint), 4, 13, 18, 23, 24, 25, 27, 30, 38,

empresa adquirente detinha controle suficiente das operações da empresa a ser adquirida, inclusive com acesso a informações comercialmente sensíveis – tais como nome dos clientes, dos serviços e produtos oferecidos, da lista de preços e de descontos. A empresa adquirente ainda teria restringido a capacidade de a empresa a ser adquirida conceder descontos e oferecer vantagens contratuais a seus clientes, o que foi considerado integração prematura em violação ao HSR Act.

Em Gemstar⁵³⁶, o DOJ também alegou que as partes em processo de concentração econômica teriam compartilhado informações confidenciais sobre preços e marketing, o que seria ilícito e configuraria Gun Jumping. Adiante, no caso Input/Output⁵³⁷, questionou-se o fato de a empresa adquirente assumir o controle operacional da empresa a ser adquirida antes mesmo do período de espera, sendo que esse controle incluía tanto o acesso aos relatórios internos da empresa e aos sistemas de email, como a influência nos planos de aquisições futuras da empresa a ser adquirida. Essa transferência do “feixe” de direitos foi considerada indício suficiente de integração prematura entre as partes.

Finalmente, no caso Insilco⁵³⁸ o FTC apontou especial preocupação concorrencial com três tipos de informações trocadas ou transferidas pelas partes em processo de concentração econômica, sob a égide do HSR Act⁵³⁹:

39, 40, 41, 44, 48, 64, 67, 71 77, 78, 80, 85, 86, 87, 88, 134, 135, 136, 137, 138, 210, 213, 216, 219, 220, 221, 222, 235, 242, 243, 246, 251, 263; (final judgment and competitive impact statement), 23, 29, 30, 31, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 49, 63, 78, 81, 82, 84, 85, 87, 90, 114, 115, 117, 134, 137, 138, 139, 184, 188, 195, 196, 210, 213, 216, 219, 221, 225, 237, 239, 240, 242, 246, 263, 276, 283, 285, 287, 291. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

536 Estados Unidos. *United States v. Gemstar-TV Guide Int'l, Inc.*, 2003-2, *Op. Cit.*

537 Estados Unidos. *United States v. Input/Output Inc.*, 1999-1, *Op. Cit.*

538 Estados Unidos. *In re Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998), (complaint and decision and order), 25, 26, 28, 29, 30, 31, 105, 106, 118, 119, 129, 130, 185, 188, 189, 190, 206, 201, 211, 213, 216, 219, 221, 225, 226, 232. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

539 Pontue-se que alguns autores argüem ser inapropriado utilizar-se do *HSR Act* para questionar uma troca ou transferência de informações entre as empresas, pois seria necessário que dessa troca resultasse integração prematura antes do período de espera. Segundo tal corrente doutrinária, isso só poderia ocorrer se a informação obtida fosse utilizada para exercer controle e/ou influência nas operações da empresa a ser adquirida, ou se restasse claro que a empresa adquirente tinha controle sobre aquela a ser adquirida (ou seja, se já ocorreu integração prematura). Assim, argumentam que seria mais adequado questionar a troca ou transferência de informações sob a égide da Seção 1 do *Sherman Act* ou da Seção 5 do *FTC Act*. WHITENER, M. D. *Remarks at a*

*as informações não agregadas, as estratégias e políticas relacionadas à concorrência e as fórmulas ou análises que determinam custos ou preços*⁵⁴⁰.

2.1.2. JURISPRUDÊNCIA SOBRE GUN JUMPING SOB A ÉGIDE DA SEÇÃO 1 DO SHERMAN ACT

Conforme supramencionado, a Seção 1 do Sherman Act proíbe acordos que desarrazoadamente restrinjam o comércio. Sua aplicação em casos de Gun Jumping depende, assim, de um robusto conjunto fático sobre o contexto prévio à concentração econômica, razão pela qual em apenas um caso se questionou atos de empresas no contexto de pré-concentração econômica com fundamento no texto legal da Seção 1 do Sherman Act.

*No caso United States v. Computer Associates*⁵⁴¹, *questionou-se o fato de o acordo proibir a empresa a ser adquirida, sem o consentimento da empresa adquirente, de oferecer descontos em percentual superior a 20%. Para o DOJ, atividades de uma empresa que afetem ou controlem as decisões da outra em relação a preço, produção ou outra variável competitiva, podem violar a Seção 1 do Sherman Act.*

roundtable sponsored by the Bureau of Economics, Understanding Mergers: Strategy & Planning, Implementation and Outcomes 323 (Dec. 9-10, 2002). Apud ABA Section of Antitrust Law. Op. Cit. p. 26.

540 Estados Unidos. *In re Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998), (order) “[1] Informação não agregada, específica de seus clientes, que permitia a identificação sobre o custo e o preço dos produtos em relação a cada cliente; [2] Estratégias e políticas relacionadas à concorrência, que se refere às informações relacionadas a negociação com clientes específicos, estratégias de atração ou retenção de determinados clientes, o risco de perda dos clientes, além de relatórios de venda, estudos de mercado, previsões e pesquisas com tais informações; [3] Fórmulas ou análises que determinam custos ou preços, que significa o acesso ao método, estudo, teste, programa, exame, ferramenta ou outro tipo de raciocínio lógico que seja usado para determinar o custo ou o preço de um determinado cliente individual.

541 Estados Unidos. *United States v. Computer Assocs. Int’l, Inc.*, 2002-2, *Op. Cit.*

2.1.3. JURISPRUDÊNCIA SOBRE GUN JUMPING SOB A ÉGIDE DA SEÇÃO 5 DO FTC ACT

Relembre-se que a Seção 5 do FTC Act proíbe métodos desleais de concorrência que afetem o comércio e, quando aplicada a questões de Gun Jumping, o foco da Seção 5 é nas atividades que envolvam efeitos anticompetitivos efetivos ou potenciais, como a transferência e a troca de informações e as demais atividades de pré-concentração econômica. São observados, por exemplo, os efeitos adversos do planejamento entre as empresas, a robustez da justificativa empresarial para as atividades e a existência de meios alternativos que poderiam ter sido usados para a obtenção do mesmo resultado, sob a ótica da regra da razão.

O FTC já questionou três casos por suposto Gun Jumping com fundamento na Seção 5 do FTC Act. No caso Torrington Co.⁵⁴² a agência alegou que as empresas em processo de concentração econômica teriam restringido a concorrência e prejudicado os consumidores na medida em que os preços entre elas tinham sido estabilizados, fixados e influenciados, e também porque a competição entre ambas as empresas tinha sido impedida, contida, encerrada e frustrada. Dessa forma, as empresas teriam alocado consumidores e trocado informações que permitiam a cessação da concorrência, razão pela qual teria sido constatada deslealdade na concorrência e consequente Gun Jumping.

Em Insilco⁵⁴³, as informações da empresa a ser adquirida que teriam sido recebidas pela empresa adquirente teriam tido o condão de afetar negativamente os mercados relevantes, pois eram informações específicas de preços para clientes, planos de precificação atual e futura, estratégias de concorrência, fórmulas de preço e estratégias de preço.

542 Estados Unidos. *In re Torrington Co.*, 114 F.T.C. 283 (1991) (complaint and decision and order), 93, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 110, 126, 127, 206, 174. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

543 Estados Unidos. *In re Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998), *Op. Cit.*

Finalmente, no caso Commonwealth Land Title⁵⁴⁴, o FTC firmou posição no sentido de que a responsabilidade sob a égide dessa Seção 5 se inicia no primeiro contato entre as partes, e perdura até a consumação da operação.

Diante do exposto, e entendida a dinâmica da análise do Gun Jumping nos Estados Unidos, que é a jurisdição com mais tradição sobre o tema, procede-se a seguir a uma breve exposição sobre a experiência prática dessa teoria em outras jurisdições que também adotam o sistema de controle prévio de estruturas.

2.2. A TEORIA DO GUN JUMPING EM OUTRAS JURISDIÇÕES

Na Bélgica, um ato de concentração notificável deve ser submetido ao Conselho de Concorrência Belga antes de as empresas adotarem medidas que impeçam sua reversibilidade ou que alterem a estrutura do mercado de maneira definitiva. No caso Bodycote International plc/HIT S.A.⁵⁴⁵, o Conselho verificou que as partes em processo de concentração econômica indicaram membros para o Conselho da nova entidade a ser formada, o que foi considerado como exercício implícito de direito de voto e, como consequência, violação da obrigação de suspender a operação até a decisão da autoridade antitruste nacional.

No Canadá, um ato de concentração deve ser submetido ao Escritório Canadense de Concorrência antes mesmo de ser fechado entre as partes, e deve assim permanecer durante o prazo de espera. Existe a obrigação de suspender o ato de concentração até a decisão da autoridade, de modo que a violação desta obrigação é considerada uma ofensa criminal. No caso R. v. Béton Regional Inc.⁵⁴⁶, por exemplo, a empresa adquirente assumiu

544 Estados Unidos. *In re Commonwealth Land Title Ins. Co.*, 126 F.T.C. 680 (1998) (complaint and decision and order), 63, 101, 102, 111, 112, 118, 119, 121, 130, 131, 132, 290.

545 Bélgica. *Bodycote International plc/HIT S.A.*, Decision of May 26, 1998, No. 98-C/C-10, OG01/07/1998, 149. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

546 Canadá. *R. v. Béton Regional Inc.*, Federal Court Trial Division, No. T-58-95, January 16, 1995, 151. *Apud* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

a produção e a venda de produtos da empresa a ser adquirida durante o processo de negociação. Além disso, a empresa adquirente solicitou que a empresa a ser adquirida aumentasse seus preços para determinados produtos, solicitação esta que foi obedecida. As negociações da operação, no entanto, fracassaram, e o Escritório Canadense de Concorrência iniciou investigação para apurar os efeitos adversos das práticas à concorrência. Por fim, a decisão judicial se limitou a determinar a impossibilidade de ambas as empresas acordarem futuramente sobre preços e a exigir que quaisquer planos de aquisição fossem notificados ao órgão antitruste.

Na Espanha⁵⁴⁷, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Autoridade de Concorrência Espanhola antes mesmo de ser fechado e assinado entre as partes. Nesse processo entende-se que as empresas podem trocar informações desde que estas sejam proporcionais e relevantes para a transação, nos limites permitidos pela lei espanhola.

Na Grécia, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Comissão de Concorrência Grega antes mesmo de ser fechado entre as partes, e existe a obrigação de suspender o ato de concentração até a decisão da autoridade. No caso Diamantis Masoutis AS Super Market/ Super Market Alpha Delta SA⁵⁴⁸, o memorando de entendimentos concedia aos representantes legais das empresas o direito de voto em cada uma das empresas em concentração, o que foi considerado como uma violação à obrigação suspensiva do ato de concentração. Já no caso Perstorp GmbH/ Degussa-Huls AG⁵⁴⁹, o contrato expressamente previa que a operação não seria implementada na Grécia até a autorização da autoridade grega, mas constatou-se que, de fato, a aquisição de controle em locais externos à Grécia teria influenciado a política comercial da empresa a ser adquirida. Ainda, em Societé Nouvelle dès Basaltes/Nobel Sports⁵⁵⁰, o memorando

547 *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 174/175.

548 Grécia. Diamantis Masoutis AS Super Market/Super Market Alpha Delta AS, Decision No. 204/III/2001, Official Gazette B' 189/2001, 160. *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

549 Grécia. Perstorp GmbH/Degussa-Huls AG, Decision No. 174/III/2000, Official Gazette B' 191/2011, 159. *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

550 Grécia. Societé Nouvelle dès Basaltes/Nobel Sports, Decision No. 153/II/2000, Official Gazette B' 189/2001, 160. *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.*

de entendimentos previa que a empresa adquirente teria o direito de indicar três dos cinco membros da diretoria da empresa a ser adquirida, considerado aquisição de controle prévio à autorização da Comissão Grega.

Em Israel, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Comissão de Concorrência Israelense antes da sua execução, e deve assim permanecer durante o prazo de espera (30 dias). No caso Ofek/Eropan⁵⁵¹, as empresas combinaram sua política decisória, e uma delas inclusive transferiu seu escritório, empregados e produção para o estabelecimento da outra, antes da aprovação da comissão, o que suscitou questionamento de Gun Jumping.

Na Holanda, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Comissão de Concorrência antes mesmo de ser fechado entre as partes, e deve assim permanecer durante o prazo de espera (quatro semanas). No caso AEGON N.V./Jast/Kamerbeek B.V.⁵⁵² as partes notificaram a operação após a transferência de participação societária, mas a operação foi aceita pela Comissão de Concorrência porque foi inserida uma proibição de exercício dos direitos de voto respectivos.

Na República Tcheca, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Autoridade Tcheca de Concorrência antes que a empresa adquirente influencie o comportamento competitivo da empresa a ser adquirida, ou antes que aquela tome medidas que tornem a concentração econômica irreversível ou que modifiquem permanentemente a estrutura do mercado. No caso Lassersberger/Rako⁵⁵³, a autoridade antitruste tcheca entendeu que a empresa adquirente violou a obrigação suspensiva ao exercer os direitos de voto em reunião geral da empresa a ser adquirida, pois esse ato teria influenciado o comportamento competitivo da empresa a ser adquirida no mercado.

Na Rússia, um ato de concentração notificável deve ser submetido ao Serviço Federal Russo Anti-Monopólio antes mesmo de ser fechado

551 Israel. Ofek Aerial Photography and Mapping Ltd./European Geographic Applications 1997 Ltd. *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 163.

552 Holanda. AEGON N.V./Jast/Kamerbeek B.B., Case No. 1712 of February 25, 2000, 167. *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 166-169.

553 República Theca. Lassersberger/Radko⁶⁴⁰, Decision No. S 97/02-2440/02 of July 15, 2002, 152. *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 152-153.

entre as partes. De acordo com a lei russa, as partes podem até transferir empregados entre as empresas em processo de concentração econômica, trocar informações e adotar outras condutas que configurem integração ou controle prematuro, desde que não constituam um acordo anticompetitivo em violação às regras russas de concentração⁵⁵⁴.

Em sede da União Europeia, a Regulação de Controle de Concentrações adota o sistema prévio de notificação e proíbe a execução do acordo de concentração econômica antes de uma decisão da Comissão Europeia que declare a operação compatível com o mercado comum europeu. Antes da aprovação, acordos prévios e cooperação entre concorrentes que se refram a níveis de preço, restrições quanto a investimentos ou produção, alocação territorial e de clientes são considerados violação ao artigo 81 – atual artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) –, que trata das condutas anticompetitivas. Outra possível alegação de violação ao artigo 81 diz respeito ao nível de troca de informações entre as partes em processo de concentração econômica⁵⁵⁵.

3. ANÁLISE PROPOSITIVA SOBRE O GUN JUMPING NO BRASIL: SUGESTÃO DE CRITÉRIOS A SEREM UTILIZADOS PELO CADE

Diante do cenário atual de alteração legislativa no Brasil, que passa a adotar o sistema de controle prévio de estruturas (art. 88 da Lei n. 12.529/2011), um dos grandes desafios do CADE é delinear os limites entre um processo de concentração econômica legítimo e uma prática ilegal de Gun Jumping. Tais limites são de suma importância para garantir a segurança jurídica e a previsibilidade aos administrados no Brasil.

Em termos práticos, as empresas e os advogados necessitam de um esclarecimento do CADE sobre os seguintes itens, elencados por CAMINATI: (i) quais medidas que as partes de um ato de concentração poderão adotar antes da aprovação do CADE; (ii) quais informações poderão ser compartilhadas entre as partes no curso de uma due diligence e até a

554 *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 171-172.

555 *Apud.* ABA Section of Antitrust Law. *Op. Cit.* p. 153-156.

*decisão final do CADE; (iii) como e em qual medida, se alguma, as partes poderão integrar ativos e/ou a administração das empresas (especialmente a administração relacionada às questões comerciais e de marketing); e (iv) como caracterizar e identificar a unificação do exercício do poder dentro das empresas antes da aprovação do ato pelo CADE.*⁵⁵⁶

Visando a responder tais questionamentos – e considerando que o CADE não definiu balizas estritas no RICADE e preferiu o combate ao Gun Jumping no caso a caso –, sugere-se que o CADE concentre sua análise em três critérios principais: (III.1.) cláusulas do acordo; (III.2.) atividades das partes; e (III.3.) troca de informações.

3.1. DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO FORMAL DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

*Com base na experiência internacional supramencionada e considerando as preocupações com o nível de concorrência no Brasil, propõe-se que as seguintes **cláusulas**, eventualmente contidas no instrumento formal que vincule as partes, sejam detidamente analisadas pelo CADE, por **gerarem**, em princípio, preocupação antitruste:*

| | |
|------|--|
| i. | Cláusula de não concorrência; |
| ii. | Cláusula de fixação de preços; |
| iii. | Cláusula de divisão de mercado; |
| iv. | Cláusula que permite à empresa adquirente emitir, vender, penhorar ou onerar os valores mobiliários da empresa a ser adquirida; |
| v. | Qualquer outra cláusula extraordinária na condução do negócio que não é normalmente encontrada em acordos de concentração econômica. |

*Propõe-se, em contrapartida, que as seguintes **cláusulas**, eventualmente contidas no instrumento formal que vincule as partes, **não gerem**, pelo menos em princípio, preocupação concorrencial do CADE:*

⁵⁵⁶ CAMINATI, Eduardo A.; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques; BAGNOLI, Vicente. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 212.

| |
|--|
| <i>i. Cláusula de curso normal das atividades (ordinary course of business provision), para que a empresa a ser adquirida opere de acordo com suas atividades normais;</i> |
| <i>ii. Cláusula que proíbe alterações materiais adversas (material adverse change clause);</i> |
| <i>iii. Cláusula que proíbe a empresa a ser adquirida de oferecer ou conceder a qualquer pessoa direitos de privilégio ou reembolso quando da transferência do controle para a empresa adquirente;</i> |
| <i>iv. Cláusula de break-up fees;</i> |
| <i>v. Cláusula de indenização por despesas judiciais;</i> |
| <i>vi. Cláusula que permite à empresa adquirente declarar ou pagar dividendos/distribuições para os acionistas da empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>vii. Cláusula que permite à empresa adquirente promover emendas nos documentos organizacionais da empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>viii. Cláusula que permite à empresa adquirente impedir que a empresa a ser adquirida adquira outros negócios;</i> |
| <i>ix. Cláusula que permite à empresa adquirente hipotecar ou onerar os direitos de propriedade intelectual ou outros ativos da empresa a ser adquirida fora dos padrões normais da atividade empresarial;</i> |
| <i>x. Cláusula em que as empresas acordam o dispêndio de alto montante de capital;</i> |
| <i>xi. Cláusula em que as empresas promovem a eleição do domicílio fiscal ou se comprometem a obrigações tributárias;</i> |
| <i>xii. Cláusula em que as empresas acordam o pagamento de demandas judiciais ou responsabilidades fora dos padrões normais da atividade empresarial;</i> |
| <i>xiii. Cláusula em que as empresas decidem começar ações judiciais.</i> |

3.2. DAS ATIVIDADES DAS PARTES EM PROCESSO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Novamente com base na experiência internacional e visando a manter o nível de concorrência no Brasil em sede de controle de estruturas,

*propõe-se que as seguintes **atividades**, dentre outras, **gerem**, em princípio, preocupação antitruste do CADE:*

| |
|---|
| <i>i. Restringir negócios da empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>ii. Restringir a política de descontos da empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>iii. Limitar a possibilidade de a empresa a ser adquirida negociar certos contratos com clientes e contratos de longa duração;</i> |
| <i>iv. Limitar a possibilidade de a empresa a ser adquirida oferecer certos serviços aos seus clientes;</i> |
| <i>v. Atrasar as negociações da empresa a ser adquirida com certos clientes;</i> |
| <i>vi. Exigir a obtenção de autorização prévia da empresa adquirente para decisões de rotina da empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>vii. Coordenar estratégias de negócios, produção, vendas, distribuição e políticas de descontos da empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>viii. Exigir a revisão ou aprovação das atividades ordinárias da empresa a ser adquirida em áreas em que ambas concorrem;</i> |
| <i>ix. Realocar os funcionários no espaço físico de forma a ocupar o estabelecimento da empresa a ser adquirida ou integrar as instalações;</i> |
| <i>x. Apresentar conjuntamente proposta em licitação;</i> |
| <i>xi. Presenciar reuniões com clientes ou reuniões internas da empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>xii. Discutir estratégias a serem adotadas após a concretização da operação, em relação a vendas, marketing ou clientes⁵⁵⁷;</i> |
| <i>xiii. Transferir o poder de decisão da empresa a ser adquirida sobre os preços e os contratos da empresa para a empresa adquirente;</i> |
| <i>xiv. Assumir o poder de decisão sobre as atividades de marketing da empresa a ser adquirida.</i> |

*Novamente em contrapartida, propõe-se que as seguintes **atividades**, dentre outras, **não gerem**, em princípio, preocupação antitruste:*

⁵⁵⁷ SCHLOSSBERG, Robert. *Op. cit.*

| |
|---|
| <i>i. Realizar acordos normais no curso dos negócios, consistentes com as práticas empresariais anteriores de mercado;</i> |
| <i>ii. Executar operações conjuntas que ocorreriam independente de uma concentração econômica;</i> |
| <i>iii. Promover ações de divulgação e marketing que beneficiem a imagem da operação de concentração econômica;</i> |
| <i>iv. Entrar em contato com os consumidores para discutir os benefícios da operação;</i> |
| <i>v. Revelar informações comerciais confidenciais relacionadas a produtos de concorrentes, caso ocorra um litígio⁵⁵⁸.</i> |

3.3. DA TROCA OU TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES

*Finalmente, e ainda com base na experiência internacional supramencionada e nas preocupações com a manutenção do nível concorrencial em sede de controle de estruturas, propõe-se que **gere**, em princípio, preocupação antitruste a troca ou transferência de **informações** concorrencialmente sensíveis relativas a:*

| |
|--|
| <i>i. Preço atual ou futuro, tabela de preço, política de preço, plano ou outros termos competitivos em relação a vendas;</i> |
| <i>ii. Margem de lucro atual ou futura ou meta de lucratividade em determinados produtos;</i> |
| <i>iii. Custos de produtos específicos;</i> |
| <i>iv. Estratégias ou políticas competitivas;</i> |
| <i>v. Plano futuro de negócio, incluindo aqueles relativos a marketing, vendas, promoções, investimentos, expansão e contratação, orçamento ou inserção de novos produtos;</i> |
| <i>vi. Identidade de clientes ou fornecedores em potencial;</i> |

558 SCHLOSSBERG, Robert. *Issues of Premature Control and Premerger Coordination. Information Sharing by Competitors: Minimizing Antitrust Liability in Mergers and Competitor Collaborations*. A live 90-Minute Teleconference. Janeiro, 2010.

| |
|---|
| <i>vii. Negociações atuais com clientes;</i> |
| <i>viii. Licitações em que a empresa a ser adquirida participa ou que pretende participar;</i> |
| <i>ix. Clientes específicos relativos a custo, preço, lucratividade, margem de lucro, plano de marketing ou desenvolvimento de produto;</i> |
| <i>x. Tecnologias detidas pela empresa a ser adquirida;</i> |
| <i>xi. Potenciais fusões, aquisições ou joint-ventures;</i> |
| <i>Assuntos de cunho comercial;</i> |
| <i>xii. Qualquer informação de negócio que pode ser usada para restringir a concorrência – ainda mais se a transação não se consumar;</i> |
| <i>xiii. Qualquer informação que concede uma vantagem competitiva ou que encoraja a empresa a alterar sua estratégia de negócios em detrimento dos consumidores;</i> |
| <i>xiv. Informações que, se conhecidas pelo concorrente, elevam a capacidade deste de prever os preços e estratégias de produção do outro, ou estratégias de inovação com certo grau de certeza e especificidade;</i> |
| <i>xv. Informações que não estão razoavelmente relacionadas com a condução de due diligence ou planejamento de integração;</i> |
| <i>xvi. Informações que promovem alteração na estratégia de negócios da empresa adquirente antes da consumação da transação;</i> |
| <i>xvii. Informações que interferem na capacidade do CADE obter um remédio efetivo.</i> |

*Propõe-se, por fim, que a troca ou transferência das seguintes **informações** concorrencialmente sensíveis, dentre outras, **não gere**, em princípio, preocupação antitruste:*

| |
|---|
| <i>i. Informações razoavelmente relacionadas às previsões sobre ganhos futuros ou prospectos;</i> |
| <i>ii. Informações agregadas ou antigas, que não revelam detalhes sobre clientes específicos;</i> |

| |
|---|
| <i>iii. Informações reveladas mediante a assinatura de um acordo de confidencialidade (non-disclosure agreement) que limita o uso da informação à condução de due diligence e que proíbe a transmissão da informação a qualquer pessoa da área de marketing, atribuição de preço ou vendas da empresa adquirente;</i> |
| <i>iv. Informações reveladas mediante o uso de um agente independente que coleta a informação da empresa a ser adquirida e que apresenta à empresa adquirente de forma agregada;</i> |
| <i>v. Informações financeiras gerais, como balanço patrimonial ou dados similares;</i> |
| <i>vi. Informações gerais sobre os produtos e suas linhas de produção, bem como sobre as atividades gerais do negócio;</i> |
| <i>vii. Informações gerais sobre processamento de dados e sistemas de informática;</i> |
| <i>viii. Relatórios e dados sobre segurança e saúde do trabalho;</i> |
| <i>ix. Informações gerais sobre planos de saúde médico e dentário e outros dados de recursos humanos que não sejam específicos dos empregados (como salários e benefícios recebidos);</i> |
| <i>x. Informações relacionadas a organização operacional, gerencial e de pessoal;</i> |
| <i>xi. Informações gerais sobre joint-ventures ou arranjos societários que a empresa a ser adquirida é parte;</i> |
| <i>xii. Quaisquer informações que normalmente são disponibilizadas a terceiros (por exemplo, análise das ações da empresa).</i> |

4. CONCLUSÃO

O tema do Gun Jumping é recente no contexto brasileiro, dada a entrada em vigor do sistema de notificação prévia dos atos de concentração pela Lei n. 12.529 apenas em 29 de maio de 2012. Não existe, portanto, até o momento, nenhum caso julgado pelo CADE sobre a temática e, tampouco, diretrizes propostas pelo Conselho no seu Regimento Interno. Por essa razão, e antevedendo a possível dúvida entre os administrados, bem como a possível dificuldade do próprio CADE na análise de situações limiars e tênues de coordenação prévia à concentração econômica, o presente trabalho analisou a experiência internacional considerada mais relevante e seus respectivos

entendimentos quanto a investigações e condenações por Gun Jumping. A partir desse fundamento teórico, foi possível a propositura de critérios para a análise do Gun Jumping no Brasil, considerando as preocupações com a manutenção do nível de concorrência durante o controle prévio de estruturas.

Portanto, em um caso concreto, quando da análise dos fatos pelo CADE, o Conselheiro e seus assessores terão uma lista não exaustiva, portanto, exemplificativa, com condutas passíveis de gerar ou não preocupação concorrencial, notadamente quanto às cláusulas do acordo de concentração econômica, às atividades das partes e à troca ou transferência de informações comercialmente sensíveis.

CONDUTAS UNILATERAIS

Amanda Athayde

MEDIDAS PREVENTIVAS NO ANTITRUSTE: QUANDO E COMO APLICAR, À LUZ DA EXPERIÊNCIA RECENTE DO CADE

Publicado originalmente em: CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 11, n. 1, 2023.

Amanda Athayde

Cristianne Zarzur

Jackson Ferreira

Contexto: As medidas preventivas no antitruste podem ser instrumentos essenciais para combater os efeitos de condutas anticompetitivas quando não se pode aguardar o desfecho de uma investigação completa. Por outro lado, tais medidas suscitam preocupações, na medida em que, se erroneamente adotadas, podem provocar sérios danos às partes envolvidas e, eventualmente, deixar a dinâmica concorrencial em situação pior do que antes da sua aplicação.

Objetivo: Para que se possa avançar nas discussões sobre o tema, serão discutidos seus critérios-chave de aplicação (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), os princípios gerais fundamentais (temporariedade, reversibilidade, adaptabilidade, imediatidade, eficácia e proporcionalidade) e alguns aspectos de política pública concorrencial associados às medidas preventivas *overenforcement*, *underenforcement* e teorias do dano), sempre ilustrados com os precedentes do CADE entre 2020 e 2022 sobre a aplicação ou não de medidas preventivas. O objetivo do artigo é analisar, portanto, os fundamentos para a aplicação das medidas preventivas e, em especial, como eles têm sido abordados nos casos recentes do CADE.

PALAVRAS-CHAVE: medidas preventivas; antitruste; critérios; princípios.

Método: Método exploratório e jurisprudencial.

Conclusões: Dos 8 (oito) casos do CADE entre 2020 e 2022 contabilizados para fins do presente estudo, verifica-se que em 3 (37,5%) houve o indeferimento do pedido de preventiva, em 3 (37,5%) houve o deferimento parcial do pedido e em 2 (25%) houve o deferimento integral do pedido de medida preventiva, sendo que em um destes, porém, houve a reversão da medida judicialmente. Tanto a Nota da OCDE de 2022 quanto a própria experiência da autoridade concorrencial brasileira apontam para a consolidação e – por que não dizer – para a popularização das medidas preventivas, sendo que ele adquire uma importância especial em face dos mercados digitais e dos desafios que eles impõem à análise antitruste.

INTERIM MEASURES IN ANTITRUST: WHEN AND HOW TO APPLY IN THE LIGHT OF CADE'S RECENT EXPERIENCE

Context: Interim measures in antitrust may be essential tools to deter the effects of anticompetitive practices when one cannot wait for the outcome of an investigation. On the other hand, such measures may raise concerns, insofar as, if wrongly adopted, they can cause serious damage to the parties involved and, eventually, the competitive dynamics in the markets would be better off without them.

Objective: This paper aims to discuss the key criteria to apply interim measures, the fundamental general principles, and some public policy aspects. Throughout the paper, those theoretical issues will be illustrated with CADE's case law between 2020 and 2022 on the application or not of interim measures.

Method: Exploratory and jurisprudential method.

Conclusions: Out of the 8 (eight) CADE cases between 2020 and 2022, in 3 (37.5%) there was a denial of the interim measure, in 3 (37.5%) the request was partially granted and in 2 (25%) the interim measure was fully granted, but in one of these two latter cases, however, the measure was reversed in court. Both the 2022 OECD Note and the experience of the Brazilian competition authority point to

the consolidation and to the popularization of interim measures. It is worth noting that this tool acquires special importance in the face of digital markets and the challenges they impose on antitrust analysis.

KEY-WORDS: interim measures; antitrust; criteria; principles.

1. INTRODUÇÃO

As medidas preventivas em matéria concorrencial – também conhecidas como medidas de urgência ou cautelares, ou *interim measures* – podem ser instrumentos essenciais para combater os efeitos de condutas anticompetitivas quando não se pode aguardar o desfecho de uma investigação completa. Por outro lado, tais medidas suscitam preocupações, na medida em que, se erroneamente adotadas, podem provocar sérios danos às partes envolvidas e, eventualmente, deixar a dinâmica concorrencial em situação pior do que antes da sua aplicação.

Em documento de junho de 2022, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (*OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations*) – “Nota da OCDE” (OCDE, 2022), revelou o resultado de uma pesquisa sobre medidas preventivas em diferentes jurisdições e abordou seus contornos fundamentais e discussões atuais quanto às melhores práticas nesse tema. Novamente, em 2023, o tema das medidas preventivas em investigações antitruste foi abordado pela OCDE, na 5ª edição do OECD Competition Day, realizado em Paris, o que evidencia como este tema está sob o foco das reflexões pelas autoridades antitruste.⁵⁵⁹

Neste artigo, comentaremos alguns dos principais resultados da pesquisa da OCDE, passando pelos requisitos fundamentais de consideração e aplicação de medidas preventivas, até

559 A Nota da OCDE de 2022 foi referenciada como um “Key Material” para as discussões de 2023. Mais informações sobre o evento estão disponíveis no link: <https://www.oecd.org/daf/competition/interim-measures-in-antitrust-investigations.htm>, acesso em 1.3.2023.

considerações de política pública concorrencial associadas a elas. Para fins de concretude, a análise será cotejada com alguns casos recentes envolvendo medidas preventivas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de modo a responder à seguinte pergunta: quais os fundamentos das medidas preventivas e, em especial, como eles têm sido abordados nos casos recentes do CADE? Espera-se contribuir para a compreensão desse importante instituto e chamar atenção para a necessidade de ponderação no seu uso, sem deixar de lado importantes reflexões sobre seu papel em searas ainda pouco exploradas, como mercados digitais.

Diante do exposto, vamos apresentar o trabalho em três seções. A primeira abordará o conceito de medidas preventivas e seus critérios-chave de aplicação no direito concorrencial (Seção II). A segunda se dedicará aos princípios gerais das medidas preventivas, tidos como fundamentais nas diversas jurisdições em que o instituto em questão está presente (Seção III). Por sua vez, a terceira sessão abordará aspectos de política pública concorrencial associados às medidas preventivas (Seção IV). Ao final, será apresentada a conclusão (Seção V).

2. CRITÉRIOS-CHAVE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Segundo a OCDE, medidas preventivas são decisões protetivas e/ou corretivas emanadas de autoridades administrativas ou do Judiciário com o objetivo de conceder alívio temporário até a finalização de uma investigação antitruste (OCDE, 2022, p. 6).

A Nota da OCDE é clara em indicar que as medidas preventivas ao redor do mundo dependem de dois critérios-chave (“*key criteria*”) – que seriam seus requisitos fundamentais, ou essenciais – para sua aplicação, qual sejam: (I.1.) *fumus boni iuris*, e (I.2.) *periculum in mora*. Os mesmos requisitos se aplicam nos termos do direito processual civil brasileiro, conforme o art. 300 da Lei nº 13.105/2015, (Código de

Processo Civil – “CPC”) ⁵⁶⁰ cujas regras se aplicam, em geral, de forma subsidiária aos processos administrativos do CADE. ⁵⁶¹

Nas subseções abaixo, abordaremos, primeiramente, o requisito do *fumus boni iuris* para as medidas preventivas concorrenciais (Subseção II.1.), e, na sequência, abordaremos o *periculum in mora* (Subseção II.2.). A última subseção cobrirá algumas considerações interessantes sobre a dinâmica envolvendo esses dois requisitos na prática (Subseção II.3.).

2.1. FUMUS BONI IURIS PARA MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

O *fumus boni iuris* (também conhecido como “fumaça do bom direito”) pode ser entendido como a existência de probabilidade de determinada conduta ser anticompetitiva, ou “probabilidade do direito”. Sua presença indica que a conduta alvo da medida preventiva parece, à primeira vista, uma conduta ilícita de fato, de modo que, em tese, haveria mais chances de a investigação ao final confirmar essa ilicitude do que a legitimidade da conduta. Um ponto importante indicado pela Nota da OCDE é que a análise de *fumus boni iuris* se estende também a aspectos como a definição de mercado, *market shares* e dominância, ou seja, uma visão preliminar sobre esses aspectos é necessária para a concessão de uma medida preventiva, ainda que haja alterações da percepção sobre esses aspectos no curso da análise pela autoridade (OCDE, 2022, p. 12).

560 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

561 Art. 115 da Lei 12.529/2011: Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985 [Lei da Ação Civil Pública], 8.078, de 11 de setembro de 1990 7.347, de 24 de julho de 1985 [Código de Defesa do Consumidor], e 9.784, de 29 de janeiro de 1999 [Lei de Processo Administrativo Federal].

Para Cândido Rangel Dinamarco, tratando do *fumus boni iuris* no Direito Processual Civil – mas cujos fundamentos conceituais também são aplicáveis ao Direito Concorrencial – é patente o aspecto da probabilidade como determinante para a decisão do julgador em sede de tutela cautelar: “Resolve-se em mera probabilidade, que é menos que a certeza subjetiva necessária para decidir o mérito, porém mais que a mera verossimilhança.” E conclui: “Na prática, o juiz deve raciocinar mais ou menos assim: se eu fosse julgar agora, minha vontade seria julgar procedente a demanda.” (DINAMARCO, 2014, p. 338 e 339).

2.2. PERICULUM IN MORA PARA MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

O *periculum in mora* (também chamado de “perigo da demora”) pode ser entendido como a urgência da medida para se evitar a continuidade de um dano já verificado ou iminente. A ideia é que, caso a autoridade se quedasse inerte diante dessa situação de urgência, haveria o risco de ineficácia da própria investigação antitruste e de sua conclusão, em decorrência da consumação do dano. Nesse ponto, vale também entender a irreparabilidade *versus* a irreversibilidade do dano: enquanto algumas jurisdições autorizam medidas de urgência apenas diante da impossibilidade de reparação do dano, mesmo que pela via pecuniária (*damages*) – irreparabilidade – outras jurisdições adotam o critério da irreversibilidade, ou seja, as medidas preventivas deveriam ser concedidas sempre que o dano for irreversível, impossibilitando a volta ao *status quo ante* (situação prévia à conduta anticompetitiva).⁵⁶²

Dinamarco chama atenção para o chamado “juízo do mal maior” na análise do *periculum in mora*, no âmbito do Direito Processual Civil, “indagando, em cada caso, se o autor sofreria mais se nada fosse feito para conter os males do tempo, ou se sofreria mais o réu em virtude da medida que o autor postula”. Da mesma forma o CADE deve avaliar a posição

562 No Brasil, fala-se em dano como “lesão irreparável ou de difícil reparação” (art. 84, caput, da Lei no. 12.529/2011).

do requerente em face do requerido e conceder a medida preventiva sempre que o primeiro sofrer mais com os “males do tempo” na pendência da decisão definitiva (DINAMARCO, 2014, p. 381 e 382).

2.3. CONSIDERAÇÕES ASSOCIADAS AOS REQUISITOS DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* NO DIREITO CONCORRENCIAL

Outra discussão importante é a questão de se o dano causado por ato sujeito à medida preventiva seria um dano contra a ordem concorrencial, ou se bastaria o dano contra um ou mais concorrentes. É verdade que o objetivo do antitruste, como direito público, seja a defesa da concorrência, e não, diretamente, dos concorrentes. Por outro lado, como indicado pela OCDE, é possível que o dano a um ou mais concorrentes afetados pela provável conduta anticompetitiva seja um indicativo de um problema maior no mercado – ou seja, à concorrência – e considerando que o ônus da prova deste último cenário poderia ser muito gravoso (OCDE, 2022, p. 13). Ou seja, para fins de uma medida preventiva, o dano a um concorrente e não necessariamente à toda a concorrência, pode ser suficiente.

Esses requisitos são exigidos, em geral, pelas diversas jurisdições, como requisitos cumulativos, e com um “*trade off*”: ainda que tanto o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devam estar concomitantemente presentes, a força de um dos requisitos pode eventualmente compensar a fraqueza do outro – por exemplo, quanto mais forte o caso seja, *prima facie*, menos exigente poderá ser o critério para se demonstrar urgência para evitar o dano, e vice-versa (OCDE, 2022, p. 11). Em outras palavras, se o *fumus boni iuris* for muito forte e evidente, talvez o *periculum in mora* seja um pouco mais fraco, para compensar a dualidade.

A legislação antitruste brasileira (art. 84 da Lei no. 12.529/2011) prevê que o CADE, seja por meio da Superintendência Geral - SG, seja por seu Tribunal, pode aplicar medida preventiva sempre

que os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* estiverem concomitantemente presentes. Além disso, há menção expressa ao objetivo de se voltar ao *status quo* sempre que possível, por meio da aplicação da medida.⁵⁶³

Em mercados dinâmicos, especialmente os digitais, discute-se em que medida o *periculum in mora* poderia ser abordado pelas autoridades antitruste sob uma perspectiva menos rigorosa para permitir que intervenham mais cedo e bloqueiem condutas potencialmente anticompetitivas antes que os mercados passem pelo chamado “*tipping*”, pelo qual as empresas inovadoras podem acabar dominando o mercado e gerando barreiras à entrada, ou os concorrentes sejam forçados a deixar o mercado. Ou seja, as autoridades empregariam procedimento e padrões de prova atenuados para estabelecer a existência de *periculum in mora* e, assim, evitar o “*underenforcement*” contra potenciais abusos em mercados dinâmicos.

Da mesma forma, na medida em que o *fumus boni iuris* pode ser analisado sob a perspectiva dos seus efeitos potenciais e futuros, e não apenas efeitos já evidenciados ou presentes (tendo em vista que, em mercados dinâmicos, muitas vezes não há clareza sobre a dimensão desses possíveis efeitos *ab initio*) discute-se sobre a oportunidade e conveniência de as autoridades imporem medidas mais duras à medida que a clareza sobre os efeitos negativos de uma conduta específica aumente (LANCIERI, PEREIRA NETO, 2022, p. 51), em um exercício também dinâmico de *enforcement*.

563 Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. § 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei. § 2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.

Esses aspectos controversos e sua verificação em alguns casos concretos serão abordados com mais detalhes na Subseções III.3 e IV.2, abaixo.

3. PRINCÍPIOS GERAIS DAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Para além dos requisitos fundamentais abordados acima – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* –, as medidas preventivas devem seguir determinados princípios que funcionam como linhas mestras da sua aplicação.

A OCDE elenca alguns desses princípios orientadores, que são destacados conforme abaixo: (Subseção III.1) temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade; (Subseção III.2) imediatidade e eficácia (*enforceability*); (Subseção III.3) proporcionalidade; e (Subseção III.4) salvaguarda processual.

Imagem 1 – Princípios gerais das medidas preventivas no direito concorrencial



Fonte: elaboração própria.

3.1. TEMPORARIEDADE, REVERSIBILIDADE E ADAPTABILIDADE DAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Medidas preventivas, justamente por não constituírem decisões finais no âmbito dos processos, incluindo os processos antitruste, inevitavelmente devem ser temporárias (ainda que, em algumas jurisdições, elas possam perdurar pelo curso de todo o processo, ou possam ser renovadas mediante análises recorrentes). Na mesma linha, essas medidas devem ser reversíveis, ou seja, estão sujeitas a revogação, por exemplo, em caso de desaparecimento ou ausência de confirmação dos requisitos fundamentais que justificaram sua aplicação. Por fim, essas medidas são também adaptáveis, na medida em que estão sujeitas a ajustes, incluindo reduções ou ampliações de escopo, na medida em que a investigação antitruste evolui e novos elementos de convicção da autoridade concorrencial são agregados.

No Brasil, o **caso WhatsApp Pay** é um exemplo ilustrativo da transitoriedade e reversibilidade inerentes ao instituto da medida preventiva. De ofício, a SG havia instaurado procedimento investigativo e, no mesmo dia, imposto medida preventiva determinando a suspensão da implementação do acordo entre Meta (então Facebook) e Cielo para a oferta de meio de pagamento via WhatsApp (“WhatsApp Pay”). Para tanto, foram consideradas, entre outras, preocupações relacionadas ao possível fechamento do mercado desse meio de pagamento considerando a representatividade do WhatsApp como plataforma digital e a amplitude de seu alcance via número de usuários e o alegado poder de mercado da Cielo como credenciadora.⁵⁶⁴

Uma semana depois, considerando esclarecimentos prestados por Meta e Cielo, a SG revogou a medida preventiva, entendendo que não haveria incentivos para a exclusão de concorrentes ou redução de escolha dos usuários (afastando-se o *fumus boni iuris*), e que a qualquer momento a parceria relativa ao WhatsApp Pay poderia

564 Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34, e Despacho SG nº 672/2020 (SEI nº 0771106).

ser revertida (afastando-se o *periculum in mora*). Nesse sentido, um fundamento relevante para a decisão da SG foi que a parceria entre Meta e Cielo (e, conseqüentemente, a própria plataforma WhatsApp Pay) tinha um modelo aberto, de modo que outros agentes de meios de pagamento que não fossem parte do grupo econômico da Cielo também poderiam atuar como emissores de cartões aptos a operar na plataforma.⁵⁶⁵ Parece ter sido aplicado, portanto, o princípio da reversibilidade indicado pela OCDE, apesar de poder ser questionado, ainda assim, o efeito negativo da medida preventiva na ferramenta, dado um incremento no receio do consumidor em seu uso.

3.2. IMEDIATIDADE E EFICÁCIA (ENFORCEABILITY)

Medidas preventivas devem ser de aplicação imediata, para que possam adequadamente endereçar a situação de dano presente ou iminente. Da mesma forma, devem ser *enforceable*, ou seja, precisa haver a viabilidade de sua aplicação, de forma que possam ser obedecidas e postas em prática, para que sejam eficazes – nesse sentido, como indicado pela OCDE, é comum que as diversas jurisdições prevejam a aplicação de multas em caso de desobediência à decisão, e/ou que estabeleçam mecanismos de monitoramento de sua aplicação (OCDE, 2022, p. 14), como, por exemplo, por meio do envio de relatórios pela parte sobre a qual a medida foi aplicada.⁵⁶⁶

565 Cf. Nota Técnica SG nº 7/2020 (SEI nº 0773338).

566 Por exemplo, no Termo de Compromisso de Cessação (TCC) celebrado entre Gympass e CADE no tocante a práticas restritivas no setor de plataformas agregadoras de academias de ginástica (Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-5), o CADE estabeleceu que o monitoramento do acordo se dará pela autarquia em conjunto com um Trustee de monitoramento (que enviará relatórios sobre o cumprimento das medidas acordadas), tendo sido fixada multa em caso de descumprimento.

3.3. PROPORCIONALIDADE DAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Idealmente, as medidas preventivas devem endereçar os aspectos urgentes da conduta sob análise, o que frequentemente resulta num escopo mais restrito do que o escopo da investigação como um todo (OCDE, 2022, p. 14). Devem-se evitar, portanto, medidas excessivas que, como tais, possam provocar um dano à concorrência ainda maior do que aquele que se pretende evitar, ou uma antecipação do juízo de valor sobre o mérito do caso. Isso não significa que as medidas preventivas devam se limitar a reverter a situação ao *status quo ante*, mas elas devem ser proporcionais ainda que imponham obrigações novas ou futuras, “inovando”, assim, em relação à dinâmica concorrencial sob análise.

Um exemplo neste tema refere-se ao **caso dos pacotes de incentivo a agências de publicidade**. Em investigação aberta de ofício pela SG relacionada a esse segmento, havia sido imposta medida preventiva determinando à Globo que se abstinhasse de celebrar novos contratos de plano de incentivo, estabelecendo políticas de bonificação relacionadas aos investimentos das agências de publicidade na emissora; e de realizar qualquer adiantamento nos planos de incentivo, em contratos vigentes ou futuros.⁵⁶⁷ A medida foi confirmada pelo Tribunal do CADE no âmbito de recurso administrativo, mas foi revertida na esfera judicial, sob o fundamento de que as obrigações impostas seriam sobremaneira gravosas ainda pendente o aprofundamento da investigação e sem que tivessem sido asseguradas oportunidades de contraditório e ampla defesa à parte representada.⁵⁶⁸

No **caso da distribuição de produtos de investimento**, determinados agentes autônomos de investimento (AAIs) acusaram a

567 Despacho SG nº 34/2020 (SEI no. 0838036).

568 Mandado de Segurança nº 97.2020.4.01.3400, 16a. Vara Federal Cível da SJDF, 18.12.2020.

XP de impor obrigações de exclusividade e não concorrência em seus contratos com agentes do mercado, e requereram à SG a imposição de medida preventiva para suspender a prática. A SG concluiu não estarem presentes os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e questionou especificamente o escopo da medida pretendida em face do universo limitado de evidências trazido aos autos: “*trata-se de um pedido de abrangência bastante mais ampla (abstenção geral de imposição ou cumprimento de cláusulas de não-concorrência e não-solicitação por parte da XP) na comparação com o conjunto de evidências trazido pela Arton ao conhecimento desta SG (cláusulas do contrato entre a XP e dois sócios da Arton).*”⁵⁶⁹

No **caso dos aplicativos de *delivery* de comida**, no qual a SG investigou possível abuso de posição dominante do iFood, a SG optou, em sede de medida preventiva, por limitar a suspensão das pactuações de exclusividade do iFood com restaurantes de sua plataforma aos contratos *futuros*. Essa limitação pode ser entendida como calibração de proporcionalidade, na medida em que contratos exclusivos já firmados pelo iFood restariam preservados, caso a medida preventiva se verificasse descabida.⁵⁷⁰

Por outro lado, no **caso das plataformas agregadoras de academias de ginástica**, a SG optou por deferir (parcialmente) a medida preventiva requerida pela Total Pass, proibindo novas pactuações de exclusividade da Gympass com academias de ginástica, bem como cláusulas de “nação mais favorecida”, após ouvir a representada Gympass.⁵⁷¹ Em sede de recurso movido pela Total Pass,

569 Inquérito Administrativo nº 08700.006476/2022-92. Despacho SG nº 44/2022 (SEI no. 1110796).

570 Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47, Nota Técnica SG nº 4/2021 (SEI no. 0875341). Note-se que, na 208ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, ocorrida em 8.2.2023, o Plenário do Tribunal do CADE homologou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) assinado entre o iFood e a SG, pelo qual acordou-se que os compromissos de exclusividade terão duração máxima de 2 (dois) anos. O TCC estabelece, ainda, que o iFood não condicione o credenciamento de restaurante à aceitação de compromisso de exclusividade. Cf. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17, Ata da 208ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, SEI nº 1185722.

571 Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65, Despacho SG nº 1865/2021 (SEI nº 0998834).

o CADE ampliou o escopo da medida preventiva conforme requerido pela representante, estendendo a proibição de exclusividade também para os contratos vigentes (não apenas os futuros).⁵⁷²

Na Sessão de Julgamento do dia 21.9.2022, o CADE homologou TCC celebrado com a Gympass abarcando o escopo da referida medida preventiva. Conforme o TCC, as cláusulas de exclusividade da Gympass com as academias ficam limitadas à comprovação de eficiências econômicas e, no máximo, a 20% da sua base de academias em municípios ou zonas de municípios, sendo que também ficam proibidas cláusulas de nação mais favorecida e outras disposições restritivas.⁵⁷³ Nessa Sessão de Julgamento, destacou-se a fala do Conselheiro Victor Fernandes, em seu Voto-Vogal, dando ênfase ao fato de diversos relatórios especializados em mercados digitais tratarem do uso frequente de instrumentos preventivos que, em mercados digitais, podem ser importantes instrumentos de *enforcement* (principalmente em casos de *periculum in mora* e com efeitos de rede).

3.4. SALVAGUARDA PROCESSUAL DAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Deve haver regras processuais claras que disciplinem a análise e concessão de medidas preventivas, de modo a garantir segurança jurídica mínima e o respeito ao contraditório e à ampla defesa (OCDE, 2022, p. 16). Nesse aspecto, há jurisdições que oportunizam a oitiva da parte sobre a qual se busca a imposição de medida preventiva antes da sua imposição (e.g. “statement of objections” da Comissão Europeia), enquanto outras jurisdições permitem a concessão de medidas “*inaudita altera parte*” (e.g. Brasil).

O **caso de programas de exclusividade** é um exemplo da aplicação de salvaguardas processuais, em sede de representação. A

572 Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88. Decisão na Ata de Julgamento da 191ª SOJ, no Diário Oficial da União de 04/03/2022, seção 1 p. 48.

573 Cf. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19, Ata da 202ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, SEI nº 1125218.

Heineken havia requerido medida preventiva que impedisse a Ambev de adotar cláusulas de exclusividade de venda e/ou exposição, ou quaisquer mecanismos que tivessem por efeito a exclusividade de vendas com pontos de venda de cervejas. A SG, todavia, optou por apenas instaurar a investigação⁵⁷⁴ e ouvir a representada antes de apreciar o pedido de medida preventiva. Após, a SG acabou indeferindo a medida preventiva, por entender precisar de elementos adicionais para determinar a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.⁵⁷⁵ A Heineken então apresentou recurso administrativo no âmbito do Tribunal do CADE, sendo que este também oportunizou à Ambev a apresentação de esclarecimentos, notadamente mais detalhes sobre seus programas de exclusividade e políticas de preços e descontos.⁵⁷⁶

Em 22.9.2022, o Conselheiro-Relator desse caso, Gustavo Augusto, concedeu a medida preventiva requerida (ainda sujeita a recurso voluntário ao Plenário), estabelecendo, entre outros, que apenas 20% dos bares, restaurantes e casas noturnas, que comercializem cervejas da Ambev, poderiam ter contratos de exclusividade. Nos demais, a Ambev deveria permitir que cervejas de outras marcas fossem comercializadas.⁵⁷⁷

Igualmente, no **caso dos cartões de desconto odontológicos**, a SG recebeu denúncia da Clínica Odontocompany Capelinha e optou por ouvir a parte representada (Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais) antes de impor medida preventiva, obrigando a referida entidade e o Conselho Federal de Odontologia a cessarem

574 Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Despacho SG Instauração Inquérito Administrativo nº 11/2022 (SEI nº 1039451).

575 Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21. Nota Técnica SG nº 10/2022 (SEI nº 1096158).

576 Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65, Despacho Decisório nº 12/2022, Conselheiro Relator Gustavo Augusto (SEI nº 1104854).

577 Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65, Despacho Decisório SG nº 19/2022 (SEI nº 1122936). Em decisão plenária de 25.10.2022, o Tribunal do CADE concedeu parcial provimento ao pedido da Ambev no âmbito do Recurso Voluntário nº 08700.007547/2022-74, reconsiderando em parte a medida preventiva, mas mantendo as restrições aos contratos de exclusividade (Voto do Relator Gustavo Augusto, SEI nº 1142784; Certidão de Julgamento da 204ª Sessão Ordinária de Julgamento, SEI nº 1143343).

imediatamente a proibição da utilização de cartões de descontos em serviços odontológicos.⁵⁷⁸

4. ASPECTOS DE POLÍTICA PÚBLICA CONCORRENCIAL ASSOCIADOS ÀS MEDIDAS PREVENTIVAS

A aplicação de medidas preventivas gera, naturalmente, reações opostas. Assim, há que se atentar para aspectos de política pública concorrencial associadas a tais medidas. Assim, apresentaremos a seguir reflexões sobre os argumentos de (Subseção IV.1.) *Overenforcement* versus *underenforcement* das medidas preventivas no direito concorrencial, bem como sobre as (Subseção IV.2.) teorias do dano aplicáveis às medidas preventivas no direito concorrencial e o caso dos mercados digitais.

4.1. OVERENFORCEMENT VERSUS UNDERENFORCEMENT DAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Sendo as medidas preventivas um instrumento de política pública indispensável para a proteção da concorrência em situações de urgência, o desafio das autoridades antitruste ao redor do mundo é evitar o emprego excessivo de tais medidas (*overenforcement*) e, por outro lado, sua subutilização (*underenforcement*).⁵⁷⁹ No primeiro caso, as autoridades enfrentam os chamados erros do tipo 1, dando-se lugar

578 Processo Administrativo nº 08700.002535/2020-91, Despacho SG nº 11/2022 (SEI nº 1093144).

579 Essa importante dicotomia já foi abordada em outros trabalhos, como, por exemplo: Lancieri, Filippo; Pereira Neto, Caio Mario S., Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 18, Issue 3, September 2022, pages 613–669, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3704763, p. 24. Vide também Fonseca Jr., Marco Antonio. Política Antitruste Brasileira e sua Capacidade de Enfrentamento dos Mercados Digitais: uma Proposta de Regulação Concorrencial das Plataformas Digitais. Dissertação (Mestrado), Universidade de Brasília, 2022, p. 76; e Griebeler, Patricia. O caso Google Shopping: a Defesa da Concorrência na Economia Digital. Monografia (Graduação), Universidade Federal do Paraná, 2021, p. 39.

a falsos positivos, ou seja, situações em que a medida preventiva não era devida e mesmo assim foi aplicada. No segundo caso, um excesso de conservadorismo levaria aos chamados erros do tipo 2, ou falsos negativos, em que uma medida preventiva era cabível e necessária, mas deixou de ser aplicada. A preservação da ordem concorrencial exige equilíbrio e parcimônia no uso do poder associado às medidas preventivas, de modo a se evitar o *overenforcement*, mas também não deixar de adotar suficientemente essas medidas em razão de um conservadorismo excessivo que poderia levar à ineficácia da tutela antitruste.

No que tange ao *overenforcement*, deve-se ter cautela especialmente em face de grandes empresas, já que se poderia (erroneamente) pensar que seu tamanho e poder econômico, de alguma forma, “compensariam” eventuais excessos ou erros do tipo 1, quando na verdade os efeitos de uma medida preventiva mal calculada inevitavelmente tendem a gerar reflexos negativos no seu desempenho e na oferta ao consumidores.⁵⁸⁰ Por outro lado, mais recentemente tem crescido a corrente que entende que um mercado com pequenas empresas seria mais saudável, e que, portanto, monitorar e “neutralizar” atos e condutas de grandes empresas seria necessário, a menos que a empresa objeto de restrições prove a inexistência de efeitos anti-concorrenciais, ainda que potenciais. Preconizar-se-ia uma regulação *ex ante*, portanto.

Os critérios básicos e princípios orientadores da adoção de medidas preventivas abordados nas subseções II e III, acima, são importantes aliados das autoridades concorrenciais a encontrarem um equilíbrio no que se refere à adoção de medidas preventivas, evitando situar-se nos extremos do *overenforcement* ou do *underenforcement*.

580 Pertinente ao tema, Ana Sofia Monteiro, em artigo para o Valor, abordou o que entende ser uma postura conservadora do CADE, entre 2015 e 2020, em relação a medidas preventivas em geral, indicando que essa postura evitaria intervenções excessivas e beneficiaria o mercado e os consumidores (Monteiro, Ana Sofia. A nova era das preventivas no CADE. Valor, 16.4.2021, disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/04/16/a-nova-era-das-preventivas-no-cade.ghtml>, acesso em 20.9.2022)

A devida observação, mas também eventual calibração dos *standards* de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (especialmente em face de mercados dinâmicos) conforme cabível e em análise casuística são essenciais para se evitar decisões açodadas – ou a ausência de tomada de decisão em tempo hábil – que acabem por frustrar os propósitos da defesa da concorrência.

Igualmente, a observação, principalmente, dos princípios da temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade, da proporcionalidade e da salvaguarda processual são essenciais para ponderar a aplicação de medidas preventivas, seu escopo e também a sua devida duração e possível modulação ao longo do tempo. Tendo esses princípios em vista, reduz-se a probabilidade de erros do tipo 1 e tipo 2 ou, ainda que uma medida preventiva seja imposta de forma eventualmente excessiva, ela será revisitada e modulada em tempo hábil, evitando efeitos adversos à concorrência.

4.2. TEORIAS DE DANO APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL E O CASO DOS MERCADOS DIGITAIS

No que se refere aos pontos centrais de consideração de política pública, a Nota da OCDE aborda em especial as teorias do dano comumente associadas às medidas preventivas (OCDE, 2022, p. 18). Teorias do dano podem ser entendidas como os fundamentos pelos quais se entende que determinada conduta seria (ou poderia ser) anticompetitiva. No caso de medidas preventivas, a discussão seria se sua concessão deveria se pautar apenas no caso de teorias do dano bem-estabelecidas ou consolidadas, em relação à provável prática concorrencial em questão, ou se teorias de dano novas ou ainda em desenvolvimento/teste poderiam ser tidas como suficientes para embasar uma medida preventiva.

Como indicado pela OCDE, essa discussão adquire especial importância no contexto de condutas anticompetitivas envolvendo mercados digitais, já que essa seara desafia teorias de dano tradicionais

e demanda análises mais sofisticadas e até mesmo inovadoras. Em sede cautelar como são as medidas preventivas, e considerando sua importância para preservar a concorrência justamente nesses mercados tão sensíveis e de importância crescente, essa discussão se mostra ainda mais premente.⁵⁸¹

Ainda, a OCDE chama atenção a que os mercados digitais podem ser entendidos como mais “*prone to tipping*”, no sentido de que, muitas vezes, um *player* que inove num mercado tenderia a dominá-lo, sendo que os demais *players* e entrantes teriam dificuldades de se consolidar como rivais competitivos (OCDE, 2022, p. 19). Essa particularidade tornaria especialmente relevante a aplicação de medidas preventivas como um instrumento importante para a preservação da concorrência e de modo a se evitem distorções na estrutura de mercado.

Para a viabilidade dessa estratégia, seria especialmente importante considerar o emprego de novas teorias de dano pouco consolidadas, já que a permanência de uma conduta anticompetitiva poderia dar origem a um dano ainda maior, dadas as características desses mercados. Esse contexto também chama atenção ao elemento de urgência (*periculum in mora*), que pode ser ainda maior nesses em comparação com outros segmentos (OCDE, 2022, p. 27).

A OCDE também indica que, em mercados digitais, a assimetria entre o dano à concorrência ausente a medida preventiva e o dano à parte sobre a qual a medida se impõe (por exemplo, uma “*big tech*”) pode ser maior, e isso poderia, em tese, flexibilizar um pouco mais o *standard* para a aplicação de medidas preventivas de maneira mais frequente nesses mercados. Por outro lado, destaca-se a dificuldade de aferir o dano, ainda que preliminarmente, em termos de diminuição e qualidade ou da inovação, fatores esses que costumam ser relevantes

581 Citando o Documento de Trabalho n°. 005/2020 ▣ Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados (2020), do CADE, Marco Antonio Fonseca Jr. comenta que a dificuldade na intervenção em casos de consolidação em mercados digitais é a eficiência gerada pelo movimento dos agentes econômicos, num primeiro momento. Cf. Fonseca Jr., Marco Antonio. Política Antitruste Brasileira e sua Capacidade de Enfrentamento dos Mercados Digitais: uma Proposta de Regulação Concorrencial das Plataformas Digitais. Dissertação (Mestrado), Universidade de Brasília, 2022, p. 183.

na teoria do dano em se tratando de mercados digitais (OCDE, 2022, p. 20).

Alguns precedentes brasileiros que ilustram a discussão acima são, de um lado, a **investigação de supostas práticas de self-preferencing e subsídios cruzados no segmento de vouchers/vale-benefícios**, e, de outro, o **caso dos aplicativos de delivery de comida**.

No primeiro caso, de **investigação de supostas práticas de self-preferencing e subsídios cruzados no segmento de vouchers/vale-benefícios**, a SG entendeu que precisaria aprofundar a investigação de modo a potencialmente identificar os elementos de *fumus boni iuris* (incluindo as teorias do dano potencialmente aplicáveis) e *periculum in mora*, portanto rejeitou o pedido de medida preventiva da Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador (ABBT) contra o iFood Benefícios para que a empresa deixasse de oferecer determinadas vantagens às companhias no setor de vale-benefícios e aos usuários.⁵⁸²

No segundo caso, por outro lado, **dos aplicativos de delivery de comida**, a SG entendeu haver elementos de potencialidade lesiva e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, especialmente considerando-se tratar-se de mercado de plataforma *online* sujeito a *tipping effects*, considerando-se o alegado poder de mercado já detido pelo iFood, e impôs limitações à prática de exclusividade do iFood em relação aos restaurantes credenciados à sua base.⁵⁸³

Pertinente à discussão envolvendo medidas preventivas é a recente Recomendação CNJ nº 135, de 12 de setembro de 2022, que

582 Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09, Nota Técnica SG nº 7/2022 (SEI no. 1051738). Esta investigação foi arquivada pelo CADE em 11.10.2022 conforme Despacho SG nº 20/20211. Em 2.1.2023, o Conselheiro Gustavo Augusto avocou o caso para análise no âmbito do Tribunal do CADE, nos termos do Despacho Decisório nº 1/2023 (SEI nº 1170709). Na Sessão Ordinária de Julgamento de 8.2.2023, o Plenário, por unanimidade, homologou a proposta de avocação do Inquérito Administrativo com a determinação de retorno à Superintendência-Geral para que o caso continue a ser investigado em sede de Inquérito Administrativo, nos termos do Despacho Decisório nº 1/2023 do Conselheiro Gustavo Augusto (cf. publicação do Referendo do Plenário no Diário Oficial da União em 15.2.2023 ☒ SEI nº 1190619).

583 Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47, Nota Técnica SG nº 4/2021 (SEI no. 0875341) e Despacho SG nº 342/2021 (SEI no. 0876798).

recomenda aos magistrados ouvirem o CADE antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos do CADE, com o objetivo de minimizar eventual abuso do direito de demandar.⁵⁸⁴ Essa recente – e controversa – Recomendação CNJ confirma a sensibilidade do tema de medidas preventivas em matéria concorrencial.

5. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que as medidas preventivas são um instituto fundamental para o direito concorrencial e para a própria eficácia da política pública de defesa da concorrência. Tanto a Nota da OCDE quanto a própria experiência da autoridade concorrencial brasileira apontam para a consolidação e – por que não dizer – para a popularização desse instituto, sendo que ele adquire uma importância especial em face dos mercados digitais e dos desafios que eles impõem à análise antitruste.

Considerando o período recente no Brasil, percebe-se o seguinte cenário sobre a concessão de medidas preventivas, explicitado na tabela a seguir:

584 Art. 1º. Recomendar aos magistrados, com o objetivo de maximizar a segurança jurídica e de impedir o comprometimento da política de defesa da concorrência, prevista na Lei no 12.529/2011, que, sempre que possível, realizem a oitiva do órgão de defesa da concorrência, em especial a sua Procuradoria Federal Especializada, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), assim minimizando efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar

Tabela 1 – Destaques de precedentes do CADE entre 2020 e 2022 sobre medidas preventivas⁵⁸⁵

| Destaques de casos recentes de medidas preventivas no CADE | | | | |
|--|---|--|---|-------------------------------------|
| Caso | Nº do processo | Empresas/partes envolvidas | Mercados envolvidos | Decisão |
| WhatsApp Pay | Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34 | Meta (Facebook) / Cielo | Instrumentos de pagamento/ credenciamento (adquirência) de transações | Indeferimento (após reconsideração) |
| Plataformas agregadoras de academias de ginástica | Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65 | Gympass / Total Pass | Plataformas agregadoras de academias de ginástica | Deferimento parcial |
| Aplicativos de delivery de comida | Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 | Associação Nacional de Restaurantes / Rappi / iFood / outros | Delivery de comida | Deferimento parcial |

585 A tabela traz uma seleção de casos recentes em que, na visão dos autores, o tema das medidas preventivas e suas questões mais centrais e prementes, a exemplo dos princípios abordados no presente artigo, puderam ser identificados de forma mais emblemática. Além disso, muitos desses casos referem-se a mercados dinâmicos, especialmente mercados digitais, exemplificando, assim, a complexidade adicional que eles trazem na seara das medidas preventivas. A seleção não pretende, portanto, ser uma listagem exaustiva dos precedentes recentes envolvendo medidas preventivas. Todos os casos citados foram localizados em pesquisa no sistema de busca de jurisprudência do CADE (<https://jurisprudencia.cade.gov.br/resultado-pesquisa>), entre 20.9.2022 e 1.3.2023, utilizando-se o termo de busca “medida preventiva”. Todos os processos são também localizáveis no sistema de pesquisa processual geral do “SEI”, pelo critério de busca “Nº do Processo ou Documento”, na página: 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 (acesso em 1.3.2023).

| | | | | |
|---|---|--|---|-------------------------------------|
| Cartões de desconto odontológicos | Processo Administrativo nº 08700.002535/2020-91 | Clínica Odontocompany Capelinha / CRO/MG | Cartões de descontos para serviços odontológicos | Deferimento |
| Pacotes de incentivo a agências de publicidade | Procedimento preparatório nº 08700.000529/2020-08 | TVSBT / Globo | Serviços de publicidade e mercado de venda de tempo/espaço para publicidade em veículos de comunicação. | Deferimento (com reversão judicial) |
| Vouchers/vale-benefícios | Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09 | Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador – ABBT / iFood | Vales-benefício | Indeferimento |
| Distribuição de produtos de investimento | Inquérito Administrativo nº 08700.006476/2022-92. | XP | Distribuição de produtos de investimento | Indeferimento |
| Programas de exclusividade | Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21 | Heineken / Ambev | Cervejas | Deferimento parcial |

Fonte: elaboração própria

Dos 8 (oito) casos do CADE entre 2020 e 2022 contabilizados para fins do presente estudo das medidas preventivas, verifica-se que em 3 (37,5%) houve o indeferimento do pedido de preventiva, em 3 (37,5%) houve o deferimento parcial do pedido e em 2 (25%) houve o deferimento integral, sendo que em um destes, porém, houve a reversão da medida judicialmente.

Considerando sua aplicação enquanto ainda pendente o desfecho da investigação, a medida preventiva constitui ato de grande

poder que deve ser utilizado com parcimônia, de modo a se evitar o *overenforcement* e causar mais mal do que bem à ordem concorrencial. Da mesma forma, as autoridades concorrenciais devem evitar o *underenforcement*, isto é, o conservadorismo levando à rigidez excessiva na análise dos pressupostos que autorizariam a concessão de medidas preventivas. Trata-se de um equilíbrio nada fácil de se manter, mas certamente um objetivo a ser seguido em prol da eficácia da tutela concorrencial.

BREVES ACENOS SOBRE AS POSSÍVEIS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS HORIZONTAIS E VERTICAIS IMPLEMENTADAS VIA BLOCKCHAIN

Publicado originalmente em: *Direito, Empresas e Empreendedorismo*
/ Organizadores: Vicente Bagnoli, et al. 1ª Ed. São Paulo: Eseni Editora,
2020.

Amanda Athayde

Barbara Mendes Peres

Resumo: O presente estudo tem como objetivo apresentar breves acenos sobre as possíveis condutas anticompetitivas horizontais e verticais que podem ser implementadas via blockchain. Para tanto, conceitua esta tecnologia, diferenciando blockchain pública e privada e as categorias de blockchain 1.0, 2.0 e 3.0. Elenca, em seguida, possíveis condutas horizontais implementadas na plataforma, quais sejam, cartel e troca de informações comercialmente sensíveis. Elenca ainda possíveis condutas verticais, como preços predatórios, venda casada, recusa em negociar, *margin squeeze*, inovação predatória e discriminação de preços. Expõe, por fim, a discussão acerca da definição do mercado relevante e do poder de mercado no âmbito da blockchain, com foco na *theory of granularity*, desenvolvida por Thibault Schrepel.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Blockchain. Definição do mercado relevante. Poder de mercado. Condutas anticompetitivas. Práticas restritivas verticais. Práticas restritivas horizontais.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves conceitos relacionados a blockchain; 3. Possíveis condutas via blockchain; 3.1 Práticas restritivas horizontais via blockchain; 3.1.1 Cartéis via blockchain; 3.1.2 Troca de informações sensíveis entre concorrentes via blockchain; 3.2 Práticas restritivas verticais via blockchain; 3.2.1 Preços predatórios

via blockchain; 3.2.2 Venda casada via blockchain; 3.2.3 Recusa em negociar via blockchain; 3.2.4 *Margin squeeze* via blockchain; 3.2.5 Inovação predatória via blockchain; 3.2.6 Discriminação de preços via blockchain; 3.3. Quadro resumo das condutas horizontais e verticais implementadas via blockchain; 4. Caracterização do mercado relevante e do poder de mercado no âmbito da blockchain diante da *theory of granularity*, desenvolvida por Thibault Schrepel; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de blockchain foi descrito pela primeira vez em 2008 no artigo “*Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, de Satoshi Nakamoto – suposto pseudônimo do seu criador. Segundo Zheng, essa tecnologia pode ser conceituada como um livro-razão (*ledger*), no qual há o armazenamento de todas as transações efetuadas em uma cadeia que cresce progressivamente à medida que novas transações são confirmadas (ZHENG, 2018).

Desse modo, é possível a realização de operações entre participantes que estão dispersos em uma rede que se diferencia do modelo tradicional, na qual os fornecedores possuem o papel de disponibilizar serviços, e os usuários atuam somente como beneficiários. Na realidade, utiliza-se a rede *peer-to-peer*, em que cada nó (*peer*) desempenha funções como cliente e também como servidor (LOPES, 2014). Assim, a comunicação ocorre diretamente, inexistindo um ponto central capaz de controlar as informações ou decidir unilateralmente alterá-las.

As transações são vistas por todos os usuários, mas as razões pelas quais foram efetuadas e os polos participantes são sigilosos, tendo em vista a utilização do sistema de criptografia. Além disso, quando efetuadas, são inseridas em blocos e registradas na blockchain em formato de um “código alfanumérico”, denominado *hash*, que é gerado automaticamente e, à medida que operações são feitas, as informações anteriores são inseridas em um novo bloco juntamente

com as novas, criando-se um novo *hash*. Tendo em vista essas e outras características da blockchain, a modificação de um bloco na cadeia é quase impossível. Em sua essência, os dados não podem ser apagados, somente atualizados (MOUGAYAR, 2016), e essa imutabilidade participa da criação de confiança, cujo estabelecimento é fundamental para a viabilidade da tecnologia e motivo de sua ampla adoção.

Assim, a blockchain oferece uma alternativa para o modelo tradicional de negócios, pois possibilita a criação de confiança, sem a necessidade de participação de um terceiro. No âmbito empresarial, a referida tecnologia possui diversas aplicações, como a possibilidade de utilização de *smart contracts*⁵⁸⁶ e a realização de transações diretas⁵⁸⁷, de modo rápido e seguro (CATALINI; TUCKER, 2018). Ademais, proporciona aos usuários um sistema composto por dados criptografados e descentralizados, gerando maior confiabilidade, criando uma infraestrutura de pagamento⁵⁸⁸ e reduzindo a burocratização e os custos (ALLESSIE; SOBOLEWSKI; VACCARI, 2019). Desse modo, a blockchain tem o potencial de criar eficiências substanciais na maneira pela qual as transações ocorrem e as informações são registradas (NAZZINI, 2018).

Embora a blockchain apresente a capacidade de proporcionar as mencionadas melhorias, está longe de ser perfeita (MASSAROTTO,

586 O termo *smart contract*, cunhado por Nick Szabo no artigo intitulado “Smart Contracts”, publicado em 1994, foi conceituado à época como um protocolo de transação computadorizado que executa os termos de um contrato (SZABO, 1994). A definição é constantemente retrabalhada e, atualmente, inexistente consenso acerca de sua exata conceituação. Entretanto, *smart contract* pode ser definido como a manifestação digital de um contrato, no sentido de que o acordado entre as partes é transformado em um código computacional auto-executável quando cumpridas determinadas condições (SCHECHTMAN, 2019).

587 Enquanto nas transações indiretas faz-se necessário a existência de um intermediário para realização de operações, nas transações diretas estas são realizadas de modo direto entre os polos.

588 A blockchain pode melhorar o sistema de pagamentos. Primeiro porque, ao reduzir o número de intermediários, diminui os custos. Ademais, a visibilidade e imutabilidade do banco de dados geram maior confiança. Além disso, facilita transações internacionais, as quais podem ser realizadas mais rapidamente (MUSIENKO, 2019).

2019). Dentre as razões de sua imperfeição encontram-se a dificuldade de compreensão acerca do funcionamento da tecnologia pelo homem médio, a menor velocidade que as transações nacionais são realizadas em comparação com as que envolvem dinheiro ou cartão de crédito, por exemplo, bem como o fato de que a falta de regulamentação acarreta insegurança jurídica (MARR, 2020). Outra imperfeição consiste no objeto deste estudo, qual seja, a possibilidade de utilização da blockchain como meio para prática de condutas anticompetitivas (SCHREPEL, 2019).

Diante desse cenário, serão inicialmente apresentados, de modo breve, alguns conceitos relacionados a blockchain, como sua tipologia de blockchain pública/aberta/sem permissão e de blockchain privada/fechada/com permissão, bem como as suas categorias de blockchain 1.0, 2.0 e 3.0 (Seção 2). Em seguida, serão elencadas possíveis práticas horizontais e verticais anticompetitivas implementadas na plataforma (Seção 3). Feito isso, passa-se à análise de mercado relevante e poder de mercado, a fim de que se possa investigar, se for o caso, as condutas verticais implementadas via blockchain. Para tanto, será abordada a *theory of granularity*, desenvolvida por Thibault Schrepele (Seção 4). Por fim, serão apresentadas as conclusões.

2. BREVES CONCEITOS RELACIONADOS A BLOCKCHAIN

Na blockchain pública, também chamada de blockchain aberta ou sem permissão, não é necessária permissão para acessar as transações, efetuar-las ou fazer parte do processo de consenso. Destarte, inexistente uma autoridade que detém poder de regulamentar as atividades realizadas dentro da rede, visto que a validação é realizada pelos próprios usuários, por meio do processo de consenso em cadeia. Além da descentralização e da distribuição, outro ponto essencial é a transparência, pois as transferências podem ser auditadas por todos os usuários.

Por sua vez, a blockchain privada, também denominada blockchain fechada ou com permissão, traz a necessidade de autorização para obter acesso às informações contidas em sua cadeia, ou seja, o convite deve ser validado de acordo com as regras implementadas inicialmente. Este sistema é subdividido em duas categorias: (i) blockchain de entidade única, na qual uma única entidade configurará o protocolo e executará o blockchain, enquanto a permissão de leitura pode ser pública ou restrita aos membros (ii) blockchain de consórcio, em que o processo de consenso é controlado por um conjunto pré-selecionado de nós (SCHREPEL, 2018). Quanto às blockchains semi-privadas, é importante frisar que são administradas por uma única empresa, que concede acesso a qualquer usuário que atenda aos critérios preestabelecidos. Diferentemente da blockchain privada, em que, nos casos de leitura restrita aos membros, estes estão presentes desde a implementação da blockchain, na blockchain semi-privada os usuários qualificados são posteriormente aprovados (SCHREPEL, 2018).

Ademais, de acordo com Swan, a tecnologia pode ser dividida em três categorias: (i) blockchain 1.0, que possui como principal característica a criação do conceito de criptomoedas virtuais; (ii) blockchain 2.0, que se refere aos *smart contracts* e aplicações descentralizadas, implementando operações automatizadas entre usuários quando executados algoritmos predefinidos e (iii) blockchain 3.0, que cinge-se à difusão da tecnologia em toda a economia e sociedade, sendo marcada pela sua utilização pelas ciências de forma geral (SWAN, 2015).

Tais diferenciações conceituais serão relevantes para que se analise, adiante, como suas implicações podem possibilitar a implementação de condutas anticompetitivas via blockchain, sejam elas horizontais ou verticais.

3. POSSÍVEIS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS VIA BLOCKCHAIN

A blockchain pode fomentar condutas que violam as leis concorrenciais, seja por meio de práticas restritivas horizontais (v.g., cartel e troca de informações) (3.1.), seja por meio de práticas restritivas verticais (v.g., preços predatórios, venda casada, recusa em negociar, *margin squeeze*, inovação predatória e discriminação de preços) (3.2.).

3.1 POSSÍVEIS CONDUTAS HORIZONTAIS VIA BLOCKCHAIN

Será apresentado a seguir como a blockchain pode facilitar a formação de cartéis (3.1.1.), bem como a troca de informações sensíveis (3.1.2.) entre os usuários da tecnologia.

3.1.1 CARTÉIS VIA BLOCKCHAIN

O cartel pode ser definido como a realização de acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio (CADE, 2009).

Há autores que dizem, inclusive, que a blockchain facilita o gerenciamento de cartéis para grupos que não confiam uns nos outros, mas que precisam atuar conjuntamente para proteger o valor e a estabilidade dos mercados que atuam (KAMINSKA, 2015). Outros, entendem que essa preocupação é superestimada (NAZZINI, 2018).

Um dos principais motivos dessa possibilidade é a transparência da tecnologia, uma vez que, em princípio, os membros da blockchain podem ter acesso às informações presentes na plataforma. Isso sugere que a coordenação de preços pode surgir à medida que os

concorrentes em uma blockchain veem os preços mudarem com maior velocidade e precisão do que antes, e adaptam suas ações futuras como resultado (DESAI, 2018). A ocorrência desta prática pode se dar, inclusive, através de um *smart contract* que imponha o conluio, principalmente se associado a algoritmos de precificação que são ajustados automaticamente quando satisfeitas determinadas condições (LIANOS, 2019).

Thibault Schrepel aduz que a blockchain pode constituir em si um cartel, se criada com o único fim de implementar práticas anticoncorrenciais futuras ou pode ser um meio para posteriormente ocorrer essas práticas, caso haja um acordo entre concorrentes para fixar preços e dividir mercados, por exemplo. Como exemplo, o referido autor dispõe que pode haver união de empresas com o fim de criar um cartel para dividir o mercado entre elas e, para efetivar e garantir o cumprimento do acordado, utilizam *smart contracts* (SCHREPEL, 2019).

Alguns autores, porém, sustentam que os cartéis podem ser mais facilmente estabelecidos em blockchains privadas, uma vez que esta oferece imutabilidade e publicidade aos usuários e, ao mesmo tempo, detém opacidade em relação ao exterior (TAUFICK, 2020).

3.1.2 TROCA DE INFORMAÇÕES SENSÍVEIS ENTRE CONCORRENTES VIA BLOCKCHAIN

A troca de informações constitui elemento fundamental da blockchain, e seus efeitos serão benéficos ou danosos⁵⁸⁹ à sociedade a depender das características dos dados compartilhados e da natureza da concorrência no mercado (NITSCHKE; HINTEN-REED, 2004). Informações estratégicas relacionadas, por exemplo, a investimentos, produção, preços, vendas e custos, são mais prováveis que produzam efeitos restritivos a concorrência (NAZZINI, 2018).

589 Os principais motivos para levarem essa constatação pelos autores seria o fato de que, em que pese a blockchain promover avanços tecnológicos e institucionais, pode viabilizar a prática de condutas anticompetitivas.

Na obra “*Collusion by Blockchain and Smart Contracts*”, inclusive, Schrepel aduz que a criação da blockchain pode constituir acordo proibido ou prática colusória, se concebida com o único fim de compartilhar informações sensíveis à concorrência. Ainda que criada com finalidade distinta, é possível, posteriormente, a implementação de práticas anticoncorrenciais, uma vez que podem ser compartilhadas na plataforma informações sensíveis. Se na blockchain pública, todos terão acesso aos dados, se na blockchain privada, apenas as empresas participantes (SCHREPEL, 2019).

É certo que, na maioria das vezes, o alto grau de confiança entre as empresas em conluio torna mais difícil a identificação de práticas colusivas. No âmbito da blockchain isso pode ser ainda mais difícil, tendo em vista que essa tecnologia pode aprimorar a cooperação entre os participantes envolvidos na prática anticompetitiva. Tal conduta pode ser reforçada por *smart contracts*, os quais podem ser desenhados para instituir punições automatizadas e direcionadas à parte que violou o acordo, além de diminuir a necessidade de as partes confiarem na ameaça de estratégias de punição, o que torna os resultados colusivos mais estáveis (MASSAROTTO, 2019). Isso ressoa ainda mais evidente nas blockchains privadas, que podem, ainda, garantir a exclusão de dados incriminadores, já que nesse âmbito é possível modificar a maneira como a próprio blockchain opera.

Desse modo, as sociedades empresárias devem estar cientes dos riscos de trocar informações competitivas por meio de transações registradas em blockchain e garantir que nos blocos que contenham esses dados a criptografia seja usada adequadamente (SIMPSON, 2016).

Percebe-se, portanto, que o compartilhamento de informações sensíveis via blockchain pode constituir uma prática anticompetitiva. Entretanto, deve-se averiguar a natureza dos dados que serão disponibilizados na plataforma, uma vez que, se de natureza pública ou não prejudicial à competição, muito possivelmente não constituirá violação às regras concorrenciais (SCHREPEL, 2019).

3.2 POSSÍVEIS CONDUTAS VERTICAIS VIA BLOCKCHAIN

Além das práticas restritivas horizontais que podem ser implementadas via blockchain, é possível a ocorrência de práticas verticais nesse âmbito, como preços predatórios (3.2.1.), venda casada (3.2.2.), recusa em negociar (3.2.3.), *margin squeeze* (3.2.4.), inovação predatória (3.2.5.) e discriminação de preços (3.2.6.).

3.2.1 PREÇOS PREDATÓRIOS VIA BLOCKCHAIN

Preço predatório é a deliberação por parte de uma empresa dominante em incorrer em perdas no curto prazo para eliminar concorrentes e auferir lucros a longo prazo através da cobrança de preços de monopólio (NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, 2011). Assim, esta prática pressupõe preços baixos, credibilidade e ausência de reentrada (EDLIN, 2012).

Nas blockchains públicas é improvável a ocorrência desta prática, tendo em vista a dificuldade de alterar a estrutura de governança após sua implementação, de modo que ela deveria ser criada de forma a possibilitar a posterior implementação da conduta. Entretanto, como nas blockchains privadas o protocolo pode ser modificado sem a autorização dos usuários, é possível que, com finalidades anticoncorrenciais, as taxas de transação sejam alteradas facilmente em resposta ao do concorrente, objetivando o encerramento das empresas concorrentes (SINANOTIS, 2018).

Assim, como Østbye observa, o preço predatório pode ser uma preocupação quando estabelecidas taxas de transação abaixo do custo nas blockchain privadas, de modo a excluir concorrentes ou subsidiar cruzadamente certos comerciantes com o fulcro de inviabilizar a obtenção de lucros no mercado por determinado concorrente (ØSTBYE, 2017).

3.2.2 VENDA CASADA VIA BLOCKCHAIN

A venda casada pode ser definida como a prática que retira do consumidor a liberdade e a oportunidade de adquirir o bem ou serviço que deseja sem que seja compelido a adquirir outro bem ou serviço⁵⁹⁰. No ambiente virtual, essa conduta pode ser utilizada por empresas dominantes que almejam estender seu poder de mercado para produtos ou serviços adjacentes (SAITO, 2016).

Considerando a dificuldade de modificar o modo de funcionamento da blockchain pública e o fato de que é da sua própria natureza o livre acesso, a ocorrência dessa prática é improvável nesse âmbito. A implementação demandaria a incorporação a partir da criação da plataforma, o que resultaria redução no número potencial de usuários (SCHREPEL, 2019).

Entretanto, como as blockchains privadas podem posteriormente incorporar novas regras de governança (TAUFICK, 2020), podendo seu protocolo ser facilmente modificado, pois independe da aprovação dos demais usuários, é possível a ocorrência de venda casada.

Assim, se determinada blockchain condiciona a participação do usuário na plataforma ou a aquisição de criptomoedas à contratação de determinados serviços adicionais, isso pode constituir uma prática anticompetitiva (ØSTBYE, 2017). No mesmo sentido, Schrepel dispõe que a venda casada pode ocorrer nos casos em que é exigida uma conta em outra plataforma para conectar-se à blockchain.

É certo que a verificação desta prática deve se pautar em uma análise casuística, a qual deve considerar se: (i) o representado possui poder de mercado no setor do bem principal; (ii) o bem principal e o complementar são diferentes; (iii) os produtos são vendidos conjuntamente; (iv) a venda casada obsta a entrada de concorrentes; (v)

590 Segundo Forgioni, a venda casada ocorre nas hipóteses em que um sujeito subordina a venda de um bem à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou tied product). FORGIONI, Paula A. Direito Concorrencial e Restrições Verticais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 245.

a venda casada gera prejuízos ao consumidor; (vi) surgem eficiências dessa integração (EDELMAN, 2015 apud SAITO, 2016).

3.2.3 RECUSA EM NEGOCIAR VIA BLOCKCHAIN

É certo que as sociedades empresárias possuem autonomia privada para optarem por quais negócios irão obter eficiência econômica. Entretanto, essa liberdade é mitigada nas hipóteses em que o *player* é fornecedor de um insumo ou uma infraestrutura considerada essencial ao agente econômico que sofreu a recusa, ocasionando a retirada deste do mercado ou onerando os custos de sua permanência (FRAZÃO, 2017).

Essa conduta é incompatível com a natureza das blockchains públicas, pois, como inexistente seleção de usuários, a recusa em conceder acesso nesse âmbito teria que ser implementada dentro de seu design de governança, o que é inviável. Por outro lado, a natureza das blockchains privadas facilita a prática, uma vez que a recusa ao acesso geral é característica essencial dessa modalidade, uma vez que a integração na plataforma impescinde de convite ou autorização de determinado(s) usuário(s). Segundo Ioannis Lianos, os riscos aumentam à medida que o acesso à blockchain se torna indispensável para não-membros competirem (LIANOS, 2019).

Destarte, devem-se estabelecer parâmetros mínimos para considerar em quais circunstâncias não é possível a recusa em negociar nas blockchains privadas, ou seja, nas hipóteses em que o acesso constitui elemento essencial para viabilizar a competição, é compulsória a submissão dessa plataforma às regras de acesso obrigatório e não discriminatório a terceiros (DOMINGUES; FRAGA; GABAN, 2019).

3.2.4 MARGIN SQUEEZE VIA BLOCKCHAIN

O *margin squeeze* ocorre quando uma empresa dominante verticalmente integrada, que atua no mercado a montante e a jusante, define um preço para inviabilizar a sobrevivência das empresas e a competição no mercado a jusante, tendo em vista o alto valor cobrado pelo do insumo em comparação ao valor do bem final (OCDE, 2009).

As blockchains públicas são descentralizadas e impedem o exercício vertical, inexistindo uma entidade que a controle, uma vez que as regras emergem do consenso dos participantes. Destarte, é improvável a implementação da conduta nesse âmbito.

Por outro lado, é possível a ocorrência de *margin squeeze* nas blockchains privadas, dada sua natureza verticalizada. Soma-se a isso o fato de que os diferentes tipos de blockchain (1.0, 2.0 e 3.0) possibilitam a execução de aplicativos na blockchain. Nesse sentido, Schrepel dispõe que a existência desses aplicativos possibilitam que a empresa dominante altere o preço cobrado na blockchain, culminando na ocorrência de *margin squeeze* na blockchain privada (SCHREPEL, 2019).

3.2.5 INOVAÇÃO PREDATÓRIA VIA BLOCKCHAIN

A inovação predatória pode ser conceituada como a alteração de um ou mais elementos técnicos de um produto com o objetivo de limitar ou eliminar a concorrência (SCHREPEL, 2018). Ana Frazão destaca que, para fins de averiguação desta prática, a inovação não deve ser considerada algo necessariamente benéfico, caso contrário, não restaria caracterizado tal comportamento, mas apenas disfarces para encobrir condutas que, na sua essência, são anticoncorrenciais. Deveras, na inovação predatória as repercussões concorrenciais negativas superam consideravelmente os eventuais benefícios (FRAZÃO, 2017).

Schrepel dispõe que na blockchain pública essa prática somente pode ser implementada se um novo design de governança for adotado pela maioria dos mineradores, o que é improvável, pois, além de demandar o consenso dos usuários, não é possível substituir a blockchain original. Entretanto, ele aduz que a futura introdução de novos modelos de governança pode facilitar a inovação predatória.

Por outro lado, como na blockchain privada o design de governança pode ser facilmente modificado para impedir o acesso de determinado usuário ou impossibilitar a consulta às informações da tecnologia, o registro de transações e a participação no processo de validação de bloco, é possível implementação dessa prática (SCHREPEL, 2019).

3.2.6 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS VIA BLOCKCHAIN

A discriminação de preços ocorre quando o produtor utiliza o seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando os compradores, apropriando-se de parcela do excedente do consumidor e, conseqüentemente, elevando seu lucro (CADE, 2016). A discriminação de preços não é intrinsecamente anticompetitiva, eis que, se vista sob sua forma mais ordinária, por exemplo, nos casos de descontos concedidos, é uma prática inerente às relações de mercado. Porém, em certas situações, a conduta acarreta efeitos anticoncorrenciais, pois permite ao vendedor, sob determinadas condições, comercializar o produto pelo valor máximo que cada consumidor aceita pagar (LEAL, 2003).

O *visible effect*⁵⁹¹ das blockchains públicas dificulta a ocorrência de discriminação de preços, uma vez que a visibilidade das atividades pelos demais usuários permitiria a identificação da prática anticompetitiva, bem como poderia reduzir o interesse na utilização da plataforma.

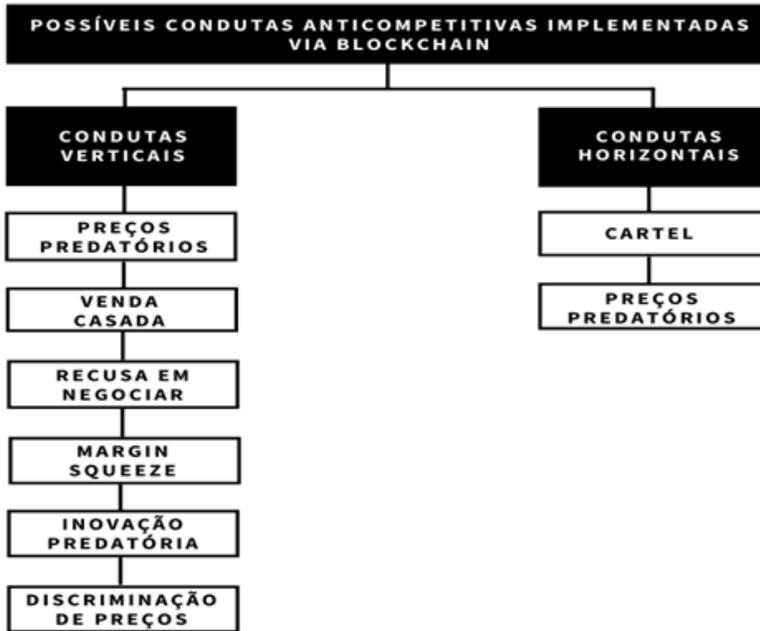
591 Expressão utilizada por Schrepel para elucidar o fato de que as atividades realizadas na blockchain pública são visíveis pelos demais usuários.

Schrepel aduz que a realidade nas blockchains privadas é diversa, pois a diferenciação de tratamento dos participantes é uma estratégia para estimular determinados usuários a ingressarem e utilizarem a blockchain privada. Assim, a discriminação de preços poderia ser utilizada como instrumento para obstar a entrada de alguns usuários e incentivar outros a permanecerem na plataforma. A título de exemplificação, o mencionado autor dispõe que a empresa que executa a blockchain privada pode implementar preços discriminatórios como forma de retribuir determinado participante por uma vantagem comercial concedida (SCHREPEL, 2019).

3.3. QUADRO RESUMO DAS CONDUTAS HORIZONTAIS E VERTICAIS IMPLEMENTADAS VIA BLOCKCHAIN

Diante de todo o apresentado nas seções 3.1. e 3.2., apresenta-se um esquema que elenca as possíveis condutas anticompetitivas implementadas via blockchain, nos termos da doutrina:

Quadro 1 – Possíveis condutas anticompetitivas implementadas via blockchain



Fonte: elaboração própria.

4. CARACTERIZAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE E DO PODER DE MERCADO NO ÂMBITO DA BLOCKCHAIN DIANTE DA *THEORY OF GRANULARITY*, DESENVOLVIDA POR THIBAUT SCHREPEL

Uma vez apresentadas as possíveis condutas anticompetitivas implementadas via blockchain, cumpre também superar o passo da análise de mercado relevante e poder de mercado, a fim de que se possa investigar, se for o caso, as condutas verticais.

A determinação da existência de uma posição dominante requer a definição do mercado relevante e do poder de mercado exercido pelas entidades (LIANOS, 2019). Entretanto, os mercados digitais

nem sempre se amoldam à ideia de recorte material e espacial para viabilizar a análise dos efeitos de determinado comportamento (GABAN; DOMINGUES; SILVA, 2019).

Para que as eventuais práticas anticompetitivas que eventualmente ocorram na blockchain sejam sancionadas, a recente obra intitulada “*The Theory of Granularity: A Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems*”, do autor Thibault Schrepel, busca traçar parâmetros que viabilizem a caracterização do mercado relevante e do poder de mercado no âmbito da blockchain. O referido autor assenta que a lei antitruste é baseada na teoria da empresa de Ronald Coase⁵⁹², a qual está apoiada no controle vertical que as sociedades empresárias exercem, bastando, portanto, a análise do topo da pirâmide. Entretanto, a natureza horizontal da blockchain pública impossibilita o exame anticoncorrencial nos mesmos moldes tradicionais⁵⁹³. Soma-se a isso o fato de que a liberdade dos usuários para entrarem ou saírem da plataforma dificulta a delimitação de fronteiras com vistas a punir eventuais práticas (SCHREPEL, 2020).

Segundo Schrepel, a delimitação de fronteiras da empresa é essencial, pois possibilita (i) identificar a empresa e definir o tipo de atividade realizada, averiguando se a lei antitruste é aplicável; (ii) avaliar o poder de mercado e a legalidade de práticas e (iii) atribuir responsabilidade quando caracterizada violação às leis antitruste.

Como mencionado, na teoria tradicional, a averiguação dos pontos supracitados se baseia na análise do controle vertical

592 A teoria da empresa foi desenvolvida pelo economista britânico Ronald Coase, em seu artigo *The Nature of the Firm*, em 1937. Ao estudar a natureza da empresa e suas características, o autor aduz que a organização das sociedades empresárias é necessária para diminuir os custos de transação que recaem sobre o empreendedor. O principal motivo para tanto é o fato de que nas sociedades empresárias há o exercício de comando e controle, ou seja, o poder é exercido verticalmente.

593 Catalini e Tucker dispõem que a natureza descentralizada da blockchain dificulta identificação da(s) entidade(s) para fins de responsabilização, pois a lei antitruste baseia-se na premissa de que houve prévia delimitação da(s) empresa(s) que executaram práticas anticoncorrenciais (CATALINI; TUCKER, 2018). Da mesma forma, Østbye aduz que a incidência da referida legislação pressupõe a existência de uma entidade responsável e a blockchain se diferencia da organização padrão das empresas (ØSTBYE, 2017).

exercido pelas empresas. Contudo, o mesmo raciocínio não pode ser transposto para o contexto da blockchain, pois a inexistência de comando e controle verticalizado neste âmbito, bem como a ausência de bordas bem definidas, dificulta a responsabilização por práticas anticompetitivas.

Assim, a aplicação da lei antitruste e a definição do mercado relevante no contexto dessa tecnologia somente seria possível através da utilização da denominada “*theory of granularity*”, a qual visa a analisar os menores organismos da blockchain, o papel que eles desempenham e seu dinamismo, pois somente alcançando o nível de granularidade, a governança pode ser entendida adequadamente (SCHREPEL, 2020).

A fim de elucidar a teoria, o referido autor discorre que os participantes da blockchain podem ser divididos essencialmente em três grupos distintos: fundadores, usuários e mineradores, os quais garantem o funcionamento e o estabelecimento de confiança na blockchain. Contudo, não são capazes de exercer individualmente o controle completo sobre a plataforma, tendo em vista a descentralização da blockchain.

Schrepel destaca que a ausência de estrutura verticalizada não significa que inexistirá exercício de controle, pois, no contexto da blockchain pública, há um conjunto de participantes que colaboram para garantir e maximizar a sobrevivência da plataforma, como nos casos daqueles que despendem alto investimento nesse âmbito. Desse modo, mesmo com governança descentralizada, um grupo de participantes pode obter uma forma de controle direto sobre o blockchain contornando restrições imposta a eles (SCHREPEL, 2020).

Destarte, apesar de ser possível que os interesses a curto prazo desses usuários sejam diferentes, eles cooperam entre si para garantir a sobrevivência da blockchain. Esse conjunto de usuários é denominado por Schrepel de “*blockchain nucleus*”, o qual pode ser identificado a partir da aferição de três elementos: (i) capacidade técnica para desfrutar de um poder restrito e horizontal de comando

e controle; (ii) capacidade de interferir com o valor econômico da blockchain e (iii) capacidade de influenciar as normas da blockchain.

Saliente-se que os atributos que devem ser levados em consideração para avaliar os elementos supracitados dependem da análise casuística. O mesmo ocorre na aferição da dimensão geográfica dos mercados relevantes, pois, em que pese a utilização do idioma universal nas blockchains e o seu potencial para exceder as fronteiras físicas legais, nem todas competem em âmbito global, mas podem estar restritas a áreas locais (SCHREPEL, 2019).

Feita a caracterização do “*blockchain nucleus*”, torna-se possível determinar o mercado relevante e o poder de mercado, uma vez que é criada uma ficção jurídica à qual a lei possa ser aplicada, ou seja, a partir dessa definição resta possibilitada a delimitação de fronteiras para fins de responsabilização.

Note-se, portanto, que a natureza descentralizada da blockchain é um elemento diferenciador em relação às sociedades empresárias e impede a análise antitruste nos moldes tradicionais. Entretanto, em que pese a governança horizontal, é possível que um grupo tenha controle direto sobre a plataforma (*blockchain nucleus*).

A mencionada teoria, ao criar uma ficção jurídica, possibilita a identificação dos participantes que podem ser responsabilizados por uma violação ao direito antitruste, quando praticadas condutas anticoncorrenciais via blockchain.

É um desafio definir com precisão o tamanho do núcleo, pois sua caracterização não é feita nos mesmos moldes das sociedades empresárias. Entretanto, a delimitação compete aos tribunais e as autoridades antitruste, os quais, ao delineá-lo, observarão os critérios elencados acima, com base em elementos concretos, a fim de garantir segurança jurídica e impedir falhas (SCHREPEL, 2020).

Identificado o núcleo da blockchain, pode-se determinar o tipo de atividades em torno das quais ela é construída, bem como a dimensão geográfica na qual são exercidas. Delimitado o mercado relevante nas dimensões material e geográfica, cria-se condições para mensurar não apenas a participação dos agentes econômicos no

mercado em geral, mas para identificar o poder de mercado (FERRAZ JR., 2018).

A definição de mercado relevante é de suma importância e possibilita aferir o poder de mercado. Assim, através de análise casuística, ao comparar os diferentes núcleos da blockchain no mesmo mercado relevante, bem como investigar a existência de posição dominante e outras variáveis, como a existência de competição, torna-se possível averiguar a existência de poder de mercado (CADE, 2016). Com base nessa análise, portanto, é possível investigar, se for o caso, as condutas verticais, que demandam a verificação prévia do mercado relevante e do poder de mercado do agente que implementa a suposta prática anticompetitiva.

5. CONCLUSÃO

A blockchain é uma tecnologia que permite o registro seguro e transparente de dados. Por outro lado, podem ocorrer práticas anticompetitivas na plataforma, merecendo, portanto, análise sob a ótica do Direito Antitruste. É baixa probabilidade de implemento de práticas anticompetitivas nas blockchains públicas, pois estas possuem o denominado *visible effect*, em que as operações realizadas neste âmbito são visíveis pelos demais usuários. Soma-se a isso dificuldade de modificar o protocolo após sua criação, de modo que a plataforma deveria ser instaurada como instrumento de implementação da conduta, o que é improvável.

Diversa é a realidade das blockchains privadas, nas quais é provável a implementação de condutas anticoncorrenciais, pois, além de inexistir *visible effect*, é possível modificar o funcionamento da blockchain sem a aprovação dos demais membros, pois o processo de consenso é controlado por um conjunto pré-selecionado de nós. É nesse contexto que foram apresentadas as possíveis práticas restritivas horizontais implementadas na plataforma, quais sejam, cartel e troca de informações comercialmente sensíveis, além das possíveis

condutas verticais, como preços predatórios, venda casada, recusa em negociar, *margin squeeze*, inovação predatória e discriminação de preços.

Identificada a ocorrência das possíveis condutas anticompetitivas horizontais e verticais implementadas via blockchain, para fins de responsabilização do agente que implementa a prática é essencial a definição do mercado relevante e do poder de mercado na blockchain, a qual é possível através da utilização *theory of granularity*, que visa analisar os menores organismos da blockchain, o papel que eles desempenham e seu dinamismo, a fim de alcançar o nível de granularidade e entender a governança neste âmbito (SCHREPEL, 2020).

**HOW GOVERNMENT SUBSIDIES CAN CHANGE
PREDATORY PRICING ANTITRUST INVESTIGATIONS:
FINDING THE ANTITRUST ‘CODFISH HEAD’**

Publicado originalmente em: SSRN em 01/12/2023. Disponível em:
< https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4640428>

Amanda Athayde

Luis Henrique Perroni Fernandes

ABSTRACT: The records show only one single case, in 1987, in which Brazilian antitrust authority (CADE) condemned predatory pricing. Under new Brazilian Competition Act (Law 12,529/2011), CADE has never convicted companies nor individuals in the various investigations undertaken. There is a mystic around predatory pricing in Brazil, being humorous called by scholars a “codfish head” of the antitrust. Is this the destiny of predatory pricing in Brazil? This paper challenges the many views in the sense that the accusations of predatory in Brazil to CADE are doomed to failure by presenting new developments in the international outlook, especially in Europe, concerning the concession of government subsidies. It is an innovative angle, we hope fresher, regarding this topic that aims at inspiring changes in the way that predatory pricing is currently persecuted in Brazil.

KEYWORDS: Predatory Pricing – CADE – Brazil – International Scenario – Government Subsidies – – Competitive Analysis – Changes.

SUMMARY: I. Introduction; II. Brief History of Predatory Prices in Brazil: How the Codfish Head Disappeared; III. New Movements on Predatory Prices Abroad and How to Find the Cod’s Head in the Face of Government Subsidies; IV – Final Considerations; V. References.

1. INTRODUCTION

The practice of predatory pricing has already been considered by scholars as the codfish head of antitrust.⁵⁹⁴ It could also be considered the caviar antitrust practice, *a la* Zeca Pagodinho, “*Never seen, ain’t eaten, I only hear about it*”. This is because, despite being much commented on by businessmen complaining about competition and always explained on university benches, the practice of predatory pricing finds a dilemma between theory and practice.

The practice of predatory pricing consists of the sale of goods or provision of services at prices unjustifiably below cost, as defined in item XV of article 36 of Law No. 12,529/2011. It is an antitrust conduct with the potential to violate the economic order, insofar as the intentional practice of excessively low prices allows the predatory firm to harm competition and gain (or maintain) market power through the exclusion of competitors, or the disincentive for new firms to enter the market. As a result, there is a limitation to free competition and free enterprise, as well as an artificial and predatory increase in profits and market share.

To be able to charge prices below their cost, the predatory undertaking must also be able to internalize the excess costs and temporary losses resulting from the unjustified reduction, so that it can recover them in the future, with which the anti-competitive practice is consummated. The illegality is not in the behavior itself (price reduction), but in the anti-competitive strategy, aimed at eliminating the competitor from the market.

Pursuant to Annex I of CADE Resolution No. 20/1999⁵⁹⁵, predatory pricing is defined as horizontal restrictive practice aimed at reducing

594 JASPER, Eric Hadmann. CAUHY, Bárbara de’Carli. Cabeça de bacalhau do antitruste. Portal Jota, 10 Dez. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cabeca-de-bacalhau-do-antitruste-10122022>

595 Although CADE’s Resolution 20/1999 was revoked by CADE’s Resolution 45/2007, Annex I was not expressly revoked, so it has been understood that it remains a valid document to assist in the interpretation of practices that restrict competition. We will take the guide contained in Annex I into consideration, but not as a decisive guideline,

or eliminating competition in the market. It is generally seen as a deliberate practice of pricing below the average variable cost, aiming to eliminate competitors to be able to practice prices and profits closer to the monopoly level later. The examination of predatory pricing requires, according to the document, a detailed analysis of effective cost conditions and price behavior over time to rule out the hypothesis of normal seasonal practices (such as discounts for stock spawning, for example) or other legitimate business policies of the company (such as entry strategies, for example), in addition to the analysis of strategic behavior, assessing the objective conditions of potentially extraordinary future gains sufficiently high and capable of compensating for the losses arising from sales below cost (the loss incurred during the predation period would constitute an “investment” to be offset by future extraordinary profits).⁵⁹⁶ It is, therefore, a long-term analysis.⁵⁹⁷

In turn, the Annex to CADE’s Ordinance 104/2022 provides a Guide to the Economic Analysis of the Practice of Predatory Pricing, which replaced SEAE Ordinance No. 70/2002. The contents are similar, but there have been adaptations to reflect the provisions of Law No. 12,529/2011.⁵⁹⁸ The Guide is divided into five sections that contain the five stages of analysis recommended by CADE for the correct assessment of predatory pricing. Different hypothetical scenarios are presented and, following each of them, the Guide points out the reasons why predatory pricing would or not be characterized. In addition to the relationship between average total cost of production and price,

also due to the criticisms directed at it by CADE’s own Department of Economic Studies, as will be seen below. Available at: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96756>. It should be noted that the fact that CADE has recently republished the Guide for the Economic Analysis of the practice of Predatory Pricing through CADE Ordinance No. 104/2022, without having made any substantive change, is a firm indication that CADE should not, at least in the short and medium term, change the way it analyzes predatory prices.

596 Item A.4 of Annex I of CADE Resolution 20/1996.

597 Item B.3.1.1. Annex I of CADE’s Resolution 20/1996.

598 EEAS Ordinance No. 70/2002 is available at: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria70_2002.pdf.

the Guide indicates that it is necessary to consider the structure of the affected market when analyzing whether certain prices are predatory. Thus, entry conditions, offer conditions and financing capacity are elements to be examined by CADE. According to the Guide, in order to assess whether predatory pricing conduct represents a competitive offence, it is necessary to (i) define a relevant market; (ii) in which entries are not easy; (iii) there is idle capacity; (iv) the accused company is able to finance it; and (v) the price is lower than the average variable cost, (vi) without justification, such as a sudden contraction in demand or sudden excess capacity.

It is known that the predatory pricing is the hardest anticompetitive practice to prove and prosecute in the world, in view of its complex methodology and high standard of proof, aggravated by the fact that it deals directly with the freedom of pricing by market agents, an element that the antitrust authorities, including CADE, are reluctant to intervene. In fact, there are few foreign cases of predatory pricing.

Despite the conceptual scenario presented herein, Brazilian antitrust practice has been reticent with predatory price investigations. According to the Jasper and Cauhy's *spoiler*, there is a historical decision of predatory prices in Brazil. To understand the development of the matter, the *Chapter II* will present some of the main cases of predatory pricing in Brazil, explaining the background of the cod head of antitrust *status*. Then, in the *Chapter III*, to contribute to the discussion, we will present recent developments in the international context on this practice, especially from the point of view of government subsidies. With this new perspective, the first lines will be drawn on how both issues meet and how new cases of predatory pricing may arise in the face of a global increase in the granting of government subsidies. Maybe we can finally see the head of the cod.

2. BRIEF HISTORY OF PREDATORY PRICES IN BRAZIL: HOW THE HEAD OF COD DISAPPEARED

In relation to the **case law**, there is a record of a single conviction dated 1987 in which CADE concluded, after accusation filed by Nortox Agro Química S.A., that the Central de Cooperativas de Produtores Rurais do Rio Grande do Sul Ltda. (“Centrasul”) and the company Defesa – Indústria de Defensivo S.A. (“Defensa”) would have abused their economic power by selling herbicide “for prices lower than the real price that caused monopolistic conditions.”

Although there have been no new convictions since 1987, there are a reasonable number of CADE decisions that provide some guidance regarding the standard of proof and the most relevant aspects considered by the authority in the analysis of alleged predatory prices. We highlight below emblematic cases that deserve special attention, and, at the end of this section, we present a summary table containing the cases of predatory prices examined by CADE during the term of Law No. 12,529/2011:

The first of them had as its starting point the complaint of the Sindicato da Indústria da Extração do Sal no Estado do RN (“SIESAL”) and the Federação das Indústrias do Estado do RN (“FIERN”), and CADE analyzed on a preliminary basis whether Empreemar S.A. (“Empreemar”) would have practiced predatory prices, via undercutting of maritime fronts, in the market for the supply of salt in bulk.⁵⁹⁹ CADE’s analysis observed the stages of the Guide for the Economic Analysis of the practice of Predatory Pricing mentioned above, having overcome the phases of definition of the relevant market and (unfavorable) entry conditions. When evaluating the possibility of re-entry of competitors that allegedly had been excluded from the market because of the practice of predatory pricing, CADE concluded that the fact that such competitors operate in other salt production markets (other than in bulk) makes their subsequent re-entry, in the event of an eventual

⁵⁹⁹ CADE. Preliminary Investigation No. 08012.001022/2008-25.

increase in Empremar's prices, possible. There would therefore be no economic rationality. It is worth mentioning that CADE considered, in its analysis, information from different companies of the Empremar economic group in view of its vertical operation.

The second case consists of an administrative proceeding initiated by CADE after a complaint of predatory pricing practices filed by Bann Química against Dystar in the indigo market *blue reduced*.⁶⁰⁰ On that occasion, CADE indicated that the conditions of entry and the practice's ability to self-finance were important aspects to be analyzed, and in the end concluded that the entry into that market was likely and timely – corroborated by the very recent entry of a new competitor – and that Dystar would not have the capacity to self-finance in view of the judicial reorganization process it was facing.

The third case concerns the complain of Ipiranga and the Manguinhos refinery against Petrobras, in which CADE once again examined the issue preliminarily.⁶⁰¹ With regard to the accusation of predatory pricing, although one of CADE's Board members voted to continue the investigations in the face of evidence of predatory pricing practiced by Petrobras, the other Board members decided to dismiss it, due to the nature of the oil refining market, without a detailed analysis of the specifics of the case.

The fourth case refers to an administrative proceeding in which CADE examined whether Itaú Unibanco S.A. and Redecard S.A. practiced predatory pricing in the domestic accreditation market. CADE recommended the termination of the case⁶⁰², in view of the lack of clarity that the revenues obtained would have been lower than the costs or even that the alleged practice resulted in losses. In addition, the investigation revealed that the main competitors of the represented companies continued to obtain significant profits in the

600 CADE. Administrative Proceeding No. 08012.007189/2008-08.

601 CADE. Preliminary Investigation No. 08012.007897/2005-98. Information extracted from <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/contribuicoes-do-cade/ambiente-concorrencial-setor-refino-cade.pdf>.

602 CADE. Technical Note No. 54/2022, of 7.11.2022.

market throughout the period, thus ruling out the characterization of predatory prices. The interesting thing about this case is that, in the course of the evidentiary instruction, CADE's SG/General asked CADE's Department of Economic Studies ("DEE") to examine the case and, despite having concluded that the case should be archived, it asked relevant questions regarding the Guide for the Economic Analysis of the Predatory Pricing practice.⁶⁰³ The DEE discussed the difficulties in assessing the financing capacity and indicated that the comparison between price and average variable cost proposed by the Guide is controversial. He also argued that the Guide should be read as a starting point only, and not as an immutable set of rules.⁶⁰⁴

Despite this history with more filings of predatory prices than convictions, The SG/CADE has already signaled, in a recent case on this subject, that the fact that there has been no condemnation of predatory prices so far does not mean that there cannot be future cases.⁶⁰⁵

The table below consolidates CADE's case law (as of 2010) regarding predatory pricing, indicating at which stage of the Guide the investigation encountered the greatest difficulties:

603 CADE. Technical Note No. 21/2022, dated 26.7.2022.

604 "Therefore, while it is possible to use the logic and teachings of the Guide to Predatory Price Analysis to assess whether the applicants' conduct is capable of being characterized as such, the important thing is to assess whether it is possible to have some kind of feasible theory of harm, rather than wanting to apply the Guide as a set of immutable or even indisputable rules. The Analysis Guide is only an analytical starting point, but not an exhaustive list of procedures, much less steps that must be followed in a sequential and mandatory manner."

605 Technical Note No. 54/2022 issued by CADE's General Superintendence on 11.7.2022 within the scope of the Administrative Proceeding No. 08700.002066/2019-77.

Table 1 – Consolidated CADE precedents on predatory pricing under Law 12,529/2011⁶⁰⁶

| Decision Year | Represented | Relevant Market | Conclusion | Decision |
|---------------|--|--|---|----------|
| 2012 | Employ | Salt for chemical use | The economic rationale of the conduct was not demonstrated, ruling out the need for intervention by CADE. Conditions facilitating the re-entry of competitors in the event of a price increase were verified. | Filing |
| 2012 | AMBEV | Soft drinks | Defendant has no dominant position, preventing it from successfully imposing the practice of predatory pricing. | Filing |
| 2012 | Petrobras | Diesel Oil in São Luís (MA) and Araucária (PR) | There was no analysis of the steps of the Guide. CADE ordered the filing due to Petrobras' offer structure, and the price reduction was the result of logistical issues in the market. | Filing |
| 2013 | SPAL Indústria de Bebidas (Simba Soft Drink) | Soft drinks | The economic rationale of the conduct was not demonstrated, ruling out the need for intervention by CADE. There are no barriers to entry, preventing the recovery of the losses obtained during the predation period in the future. | Filing |

606 The table above has been prepared based on the judgments under Law No. 12,529/2011. Prior to that, under Law No. 8,888/1994, there were certain relevant judgments involving the practice of predatory pricing. One of them is Administrative Proceeding No. 08000.013002/95-97, in which Counselor Mércio Felsky chose to make a price-cost comparison and concluded, in the end, that the prices charged by Labnew were not below the average variable cost.

| Decision Year | Represented | Relevant Market | Conclusion | Decision |
|---------------|------------------------------------|---|--|----------|
| 2013 | Dystar | Indigo Blue | A market with low barriers to entry, which prevents the enjoyment of extraordinary future profits, encourages predatory pricing. In view of the restrictive definition of the relevant market adopted by the Rapporteur, Dystar does not have a dominant position in the market, ruling out the characterization of conduct. There are other companies in the market with the capacity to meet consumer demand. Dystar filed for Judicial Reorganization and Bankruptcy in 2009. | Filing |
| 2016 | Support Produtos Nutricionais Ltda | PKU Products | There is no Dominant Position | Filing |
| 2016 | White Martins | MS Industrial & Medical Gases | The defendant's market share remains stable, and the practice of predatory pricing has not been proven, as the price in most cases was above the average cost. | Filing |
| 2016 | Nuchtech Brazil | X-Ray Scanners | Preparatory Procedure in which no evidence of predatory pricing has been demonstrated. Nuchtech was an entrant in the market and was able to offer lower prices. | Filing |
| 2017 | Several | Type C Pasteurized Milk in the South of Rio Grande do Sul | CADE did not follow the step-by-step instructions of the Guide. There was condemnation of other conducts, but not of predatory pricing. SG-CADE understood that there were not enough elements to prove prices below cost. The accusation is that the lower prices would have been used to force the participation of <i>players</i> in the alleged cartel. | Filing |

| Decision Year | Represented | Relevant Market | Conclusion | Decision |
|---------------|--|--|--|----------------------------|
| 2017 | Cascol Combustíveis para Veículos Ltda | Regular Gasoline in the Federal District | The accusation of predatory pricing has not been proven and the Guide has not been followed. CADE's suspicion was that the low prices were not the result of predatory pricing, but rather the effect of cartelization on the sector that would be keeping prices at artificially high levels. | Filing |
| 2018 | Uber do Brasil Tecnologia Ltda | Transportation by App | In the Preparatory Procedure, the steps of the Guide were not followed, and CADE identified few barriers to market entry, which would hinder the practice of predatory pricing. | Filing |
| 2019 | Abbott Laboratories | Antiretrovirals | Price Difference was not consistent with practice. | Filing |
| 2019 | Rodopetro and others | Distribution of Hydrous Ethanol and Type C Gasoline RJ | There is no dominant position | Filing |
| Suspended | Petrobras | Refining Market | - | Cease and Desist Agreement |

Source: IBRAC Magazine No. 1/2022 and prepared by the authors.

3. NEW MOVES ON PREDATORY PRICES ABROAD AND HOW TO FIND THE CODFISH HEAD IN LIGHT OF GOVERNMENT SUBSIDIES

Recently, there are at least two movements that show a resumption of attention to the issue of predatory pricing and indicate that there are also controversial aspects in the analysis of predatory prices in other countries. In a recent case involving alleged predatory pricing practices by the company Qualcomm in the Europe, the

methodology for calculating the cost in comparison with the price is being rediscussed.⁶⁰⁷ Us United States, predatory pricing is also in evidence, after the FTC published new guidelines related to Section 5 of the FTC Act, which strengthen the fight against unfair competition practices, including predatory pricing.⁶⁰⁸

Part of the skepticism surrounding predatory pricing cases stems from the idea that pricing below cost to drive competitors out of the market is considered irrational (and therefore not even worthy of the attention of antitrust authorities), basically for two reasons: (1) there would be more profitable ways (e.g., acquisitions) to eliminate competitors, and (2) future price increases would result in new entrants (markets with exorbitant profits attract new entrants)⁶⁰⁹.

However, as will be discussed later, in the case of government subsidies, there may be other factors at play that make the second reason for making predatory prices irrational (i.e., future price increases) less relevant. Certain subsidized enterprises, including state-owned enterprises, may implement explicit or implicit government industrial policy rather than seeking to maximize profit. Companies that do not seek to maximize their long-term profits may engage in predation without recovery.⁶¹⁰ This means that the recipient of such subsidies may not (need and/or want) to increase prices after the predatory period, even if it eventually leads to allocative and dynamic inefficiencies.

As presented in previous paper⁶¹¹, subsidies can be granted under different guises, such as direct government spending, tax incentives, capital injections, subsidized loans, price support, among

607 https://content.mlex.com/#/content/1456133?referrer=search_linkclick

608 https://content.mlex.com/#/content/1424559?referrer=search_linkclick

609 Gomez, R., J. Goeree and C. Holt (2008), "Predatory Pricing Rare Like A Unicorn," Handbook of Experimental Economics Results, Vol. Volume 1, pp. 178-184, [https://doi.org/10.1016/S15740722\(07\)00022-4](https://doi.org/10.1016/S15740722(07)00022-4).

610 Capobianco, A. and H. Christiansen (2011), Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options.

611 ATHAYDE, Amanda. MEDRADO, Renê. MARSSOLA, Julia. Subsídios, comércio internacional e concorrência - Novos ventos na União Europeia e na OCDE e possíveis impactos para o Brasil. Migalhas, 02 de Fevereiro de 2023.

others.⁶¹² The provision of subsidies is a relevant aspect of any industrial policy and has grown in recent years due to different events, such as the need for economic recovery after the adverse effects of the COVID-19 pandemic and incentives linked to climate change and digital transformation.

There are those who consider subsidies to be tools of market imbalance because they can cause inefficiencies, price distortions and altered incentives. For example, it is not uncommon for exports to be driven by government subsidies, affecting the market position of the beneficiary while harming the affected domestic industry, with the effects being propagated in the production chain and in the decision-making of the market agents directly and indirectly involved. As a result, the granting of subsidies may have repercussions on international trade and competition.

This is the two-pronged aspect of subsidies: on the one hand, governments provide subsidies and, on the other, in order to address the distortions caused, they regulate them. The competitive prospect of subsidies, which until then had gone unnoticed⁶¹³, began to attract attention. Progress is being noted with the introduction and use of foreign investment screening (FDI) mechanisms in the European Union (EU).⁶¹⁴

On April 22, 2022, a joint study by the International Monetary Fund (IMF), OECD, World Bank (WB) and WTO entitled “Subsidies,

612 International Monetary Fund (IMF), Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), World Bank (WB) and Organization World Trade Union (WTO). Subsidies, Trade, and International Cooperation, OECD Publishing, Paris. Apr. 2022. Available at: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/subsidies-trade-and-international-cooperation_a4f01ddb-en

613 It is not to be confused here with the internal control mechanism of state aid of the UniEU State Aid Law, implemented by the European Commission's Directorate-General for Competition. WTO rules on subsidies and EU state aid law are not equivalent and differ substantially in scope and application. For a detailed analysis of these differences, see LUENGO, Gustavo, Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC Law: Conflicts in International Trade Law, Kluwer Law International, 2006, and RUBINI, Luca. The definition of subsidy and state aid: WTO and EC Law in comparative perspective. Oxford University Press, 2009.

614 European Union. Foreign Direct Investment (FDI). Available at: https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/investment_en

Trade and International Cooperation” was published.⁶¹⁵ The work suggests that the increasing use of distortive subsidies alters trade and investment flows, decreases the value of tariff obligations and other market access commitments, and reduces public support for open trade.

In September 2022, the United States Congress passed the Merger Notification Modernization Act,⁶¹⁶ not yet sanctioned by the Presidency, which includes the Decree for the Disclosure of Foreign Subsidies in Merger Acts. The new regulation establishes that companies involved in economic concentration operations in the United States must report financial contributions or subsidies received by a foreign government.⁶¹⁷

Similar to the United States, on November 28, 2022, the Council of the European Union adopted the Foreign Subsidy Regulation, which will enter into force and apply from mid-2023. The Regulation will have repercussions on mergers and acquisitions and public tenders in the European internal market.⁶¹⁸ Thus, the investigation of foreign subsidies⁶¹⁹ in the European Union it is no longer limited to the European Commission’s international trade area, as it is now also notified and analyzed by the competition protection system.

In macro-regional terms, at the end of 2022, the OECD addressed this issue in its Competition Committee.⁶²⁰ The document points out that the issue of subsidies is usually dissociated from cartel investigations,

615 IMF, OECD, the World Bank, WTO, Subsidies, Trade and International Cooperation, April 2022. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/analytical-notes/Issues/2022/04/22/Subsidies-Trade-and-International-Cooperation-516660>

616 In the original, “Merger Filing Fee Modernization Act of 2022”.

617 Read more at: White&Case, US Merger Filing Fees to Increase Dramatically for Large Deals, 27 December 2022, available at: <https://www.whitecase.com/insight-alert/us-merger-filing-fees-increase-dramatically-large-deals>

618 European Commission. Regulation on Foreign Subsidies. 2022. Available at: https://competition-policy.ec.europa.eu/international/foreign-subsidies_en

619 It should be recalled that this does not cover the rules on State aid. EU State aid implemented by the European Commission’s Directorate-General for Competition and therefore dealt with in the legal and institutional framework for competition.

620 OECD. Subsidies, Competition and Trade. 2022. Available at: www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf

since for this type of conduct what matters is whether there was an agreement between competitors. There are, however, new interfaces that can be explored from this perspective of the intersection between subsidies and competition.

A first point concerns the possibility of subsidies financially strengthening economic agents to create, maintain or improve the dominant position of certain economic agents.⁶²¹ In other words, in a market where the granting of credit is restricted, obtaining subsidies can be shown to be an instrument for strengthening the market position. An economic concentration operation, for example, can be made feasible precisely based on the financial support of a subsidy, distorting competition.

In addition, the existence of companies with “*deep pockets*” from subsidies could be treated as a barrier to entry for other competitors in the market, impacting, for example, analyses in investigations of unilateral conduct and merger acts. This financial strength made possible by subsidies can also be potentially anticompetitive, both as an autonomous unilateral conduct, and as an analysis of skill and incentive in economic concentrations, insofar as it enables strategies such as predatory pricing (below cost, in general terms) for a given period, offsetting revenue losses with higher prices in a future period, or even in a different market than the predation product. In addition, it should be borne in mind that, especially for state-owned companies that benefit from subsidies, the objective of recovering revenue losses during the predation period is not a precondition for the configuration of the conduct, since there is not necessarily an objective of maximizing the profits of these companies (simply because the losses are already being compensated in the present).

In other words, in the practice of predatory pricing, to be able to charge prices below its cost, the predatory company must be able to

621 At this point, it should be recalled that one of the elements considered in the analysis of predation is the self-financing capacity of the practice. The provision of public, external funding through subsidies (through subsidized credit or other forms of subsidy) would enhance the possibility of predatory behavior.

internalize the excess costs and temporary losses resulting from the unjustified reduction. The granting of subsidies allows the conduct of predatory pricing to be sustained by the company without significantly burdening it in the present, which is even more effective when the company does not aim to maximize its profits, such as those benefited by subsidies.⁶²²

In this OECD document from 2022, have been identified four Challenges to integrating the analysis of subsidies from an antitrust perspective: (i) determining the existence of subsidies is not trivial; (ii) acquisitions with subsidies from state-owned enterprises may create specific elements for the M&A transaction; (iii) subsidies may make the determination of costs for predatory price analysis more complex; (iv) in jurisdictions where recovery is a precondition for predation, attention should be paid to the fact that subsidies from state-owned enterprises may not be aimed at maximizing profits.

For the purposes of this article, we will initially focus on in the challenge of (iii), that subsidies can make the determination of costs for predatory price analysis more complex. It must be considered that the competition authority needs to determine that the agent holding a dominant position abuses its condition by charging prices below costs. Thus, recognizing that the main difficulty in predatory pricing investigations is to establish the cost that will be used as a basis for the analysis, in cases involving subsidies, there is an additional variable. That is, the difference between price and cost in cases involving subsidies is the difference between price and cost that the company would incur in a scenario without subsidies, i.e., with the “true” cost.

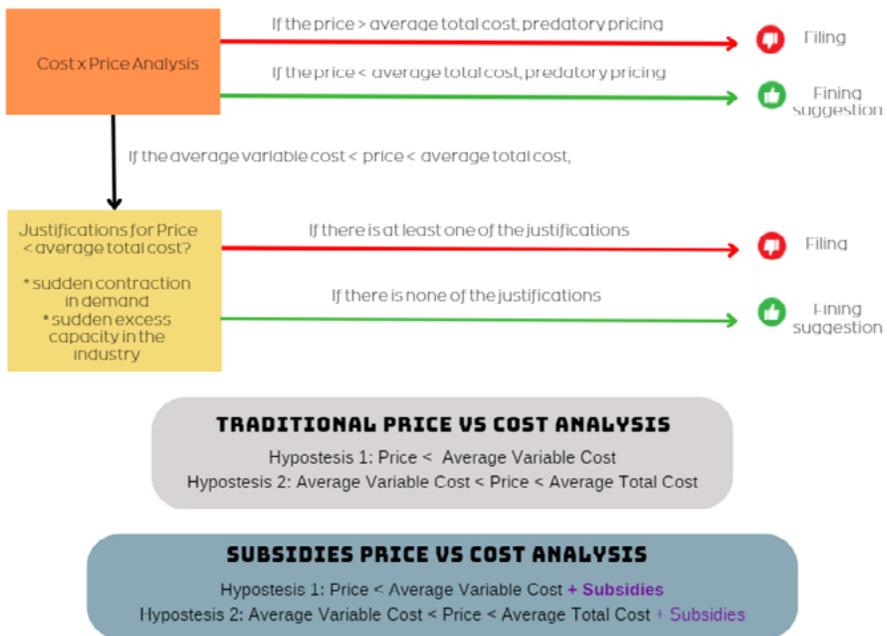
The Annex to CADE Ordinance No. 104/2022 presents a Guide for the Economic Analysis of the practice of Predatory Pricing.⁶²³

622 In this sense, publication “Subsidies, Competition and Trade” of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). Available at: <https://www.oecd.org/competition/subsidies-competition-and-trade.htm>. See also the article “Subsidies, international trade and competition - New winds in the European Union and OECD and possible impacts for Brazil”. Available at: <https://www.migalhas.com.br/depeso/381032/subsidios-comercio-internacional-e-concorrenca>

623 CADE. CADE Ordinance No. 104/2022. Available at: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria70_2002.pdf.

According to its terms, five (5) elements would be necessary for a recommendation to condemn for predatory pricing: (1) definition of the relevant product and geographic market; (2) analysis of entry conditions; (3) analysis of the conditions of offer; (4) analysis of financing conditions; and (5) analysis of the price vs. cost ratio. Thus, it seems to us that, in view of the situation posed, there would be a modification in item (5) of the analysis flow. The amount of the subsidy would be added to the company's cost, which would constitute a recalculation of the cost, which would be high when compared to the price. The following image shows how, in our view, the change in the analysis of predatory pricing would occur when subsidies are granted:

Figure 2 – Price-cost analysis in traditional and subsidy predatory pricing cases



Source: CADE Guide, adapted by the authors.

That said, we will focus on the challenge of (iv) loss recovery being a precondition for predation. The OECD explains that in some

jurisdictions there is an understanding that, for predation to achieve the desired results, a company should have sufficient market power to be able to recover the financial losses resulting from the predation period. This factor could lead to erroneous conclusions in certain cases when there are factors other than loss recovery as a factor for predation.

There are several criticisms of the theory of recovery as a necessary element for the configuration of predation, and one of these criticisms comes from the argument that recovery can be done in several ways, which can have nothing to do with a direct economic recovery of losses. The first form of recovery may be to build a reputation for *Crazy Firm* (“crazy company”), which would be willing to risk its own survival to gain market share. The second form of recovery would be not in the market where predation occurs, but in other markets, insofar as the reputation created in one market makes competitors in other markets think twice before adopting aggressive competitive strategies against the predator.

It should be recalled that the State programs granted by a government they show that the granting of subsidies is not aimed at maximizing profits, so that predation is not aimed at recovering spending on predation in the short term. Thus, the difficulty presented by the OECD, therefore, in evidencing the strategy of recovering profits after the period of predation⁶²⁴ It becomes more subtle in cases involving subsidies. In the case of government subsidies, there may be other factors at play that make irrational predatory pricing (i.e., future price increases) less relevant. Certain subsidized enterprises, including state-owned enterprises, may implement explicit or implicit

624 Thus, the requirement of cost recovery – identified as a condition for an investigation in Brazil, under the terms of the 2008 ICN document on predatory pricing (footnote 58). ICN. Report on Predatory Pricing. 2008. – is now automatically filled in with the finding of the existence of subsidies. According to Calixto Salomão Filho, the neoclassical criteria for the possibility of recovery are based on mistaken premises. According to the author, financial power and accumulated profits comparatively much higher than those of the victim of predation would already be enough to carry out a predation with good chances of success. SALOMÃO FILHO, Calixto. Competition law: conduct. 2007.

government industrial policy rather than seeking to maximize profit. That is, the predatory firm may be a firm that executes a government industrial policy and therefore does not seek to maximize its long-term profits, so it may engage in predation without recovering losses. This means that the recipient of such subsidies may not (need and/or want) to increase prices after the predatory period, but this may nevertheless lead to allocative and dynamic inefficiencies.

4. FINAL THOUGHTS

The thesis presented in this article, although highly complex, can be examined within a context of new contours and challenges of the competition defense policy in Brazil, being aligned with the concerns that the leading foreign authorities (in particular, the European Commission) have presented, in the light of the complexities currently present in the field of International Trade, in particular about the granting of distorting subsidies to the competitive process.

In a brief summary, we see that, based on a representation based on article 36, paragraph 3, item XV, of Law No. 12,529/2011 (“selling goods or providing services unjustifiably below the cost price”) and presented to CADE, it is possible to open an Administrative Inquiry to investigate, albeit in an unprecedented way, a case of predatory prices involving foreign subsidies granted to foreign companies that export to Brazil. Who knows, maybe we might finally find the cod head that was lost in antitrust.

DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO NO VAREJO ONLINE: PECULIARIDADES, CONDIÇÕES, OBSTÁCULOS E DESAFIOS DA DISCRIMINAÇÃO COMPORTAMENTAL

Amanda Athayde

Carlos Roberto da Rocha Reis

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo descrever o fenômeno da discriminação de preços por algoritmo, operada por atores do varejo online. São inicialmente apresentadas as peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo em relação a uma estratégia discriminatória “tradicional”. Em seguida, são elencadas as condições propícias para a efetuação dessa discriminação e os obstáculos para a implementação de uma política discriminatória eficiente. Por fim, apresenta-se o conceito de discriminação comportamental, apresentando-a como uma modalidade de discriminação de preços por algoritmo, que pode resultar na possível manipulação dos consumidores que naveguem no varejo online. Ao final, são apontados alguns dos desafios que essa nova modalidade de discriminação de preços apresenta para os aplicadores das normas jurídicas, como o ramo do direito aplicável e a eventual responsabilização de quem implementou a discriminação de preços por algoritmo.

Palavras-chave: Discriminação de preços; discriminação de preços por algoritmo; discriminação comportamental; comércio eletrônico; varejo online.

ABSTRACT: This paper aims to describe a traditional phenomenon in commerce - price discrimination - but which is currently under a new modality: algorithm-driven price discrimination, operated by e-retail players. The distinctive features of algorithm-driven price discrimination in comparison with a “traditional” discriminatory strategy are presented, as well as the conditions conducive to discrimination and the obstacles to the implementation of an efficient discriminatory policy. Finally, the concept of behavioral

discrimination is presented, which in this paper is considered a modality of algorithm-driven price discrimination.

Key words: Price discrimination; algorithm-driven price discrimination; behavioral discrimination; e-commerce; online retail market.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Discriminação de preços por algoritmo: peculiaridades, condições e obstáculos. 5. A discriminação comportamental: um novo tipo de discriminação de preços? 6. As táticas de manipulação dos consumidores. 7. Conclusão.

1. DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: PECULIARIDADES, CONDIÇÕES E OBSTÁCULOS

A discriminação de preços por algoritmo opera, conceitualmente, com base nos mesmos princípios informadores da discriminação de preços praticada por varejistas físicos. No âmbito do varejo online⁶²⁵, essa prática adquire novos contornos decorrentes da própria infraestrutura da internet, que possibilita a implementação de táticas discriminatórias mais eficientes e mais dinâmicas, graças à grande quantidade de dados disponibilizados por meio da observação do comportamento dos consumidores virtuais. Além disso, devido justamente ao enorme volume de informações, tais informações acabam sendo analisadas por algoritmos, que tomam as decisões de precificação com base em suas avaliações determinadas pelos objetivos a serem perseguidos pelo varejista discriminante.

625 É importante esclarecer o significado do termo “varejo online”, e como ele se inscreve dentro do fenômeno mais abrangente do comércio eletrônico. Quando se fala de comércio eletrônico, refere-se a um fenômeno extremamente abrangente, que pode ser definido como a compra e venda de bens e serviços ou a transmissão de fundos e dados por meio de uma rede eletrônica, principalmente a internet. Dentro do comércio eletrônico, a literatura identifica categorias, que por sua vez são divididas em subcategorias. O varejo online é uma subcategoria da categoria *business to consumer*. Os atores de varejo eletrônico são varejistas que operam lojas na internet, monetizando sua atividade por meio da venda de bens a consumidores finais. Ver LAUDON, K.; TRAVER, C.G. E-commerce – business, technology, Society. 10. Ed. Upper Saddle River: Pearson, 2014.

Diante desse cenário, serão apresentados a seguir algumas das peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços tradicional (1.1.). Em seguida, serão elencadas as condições propícias para a efetuação dessa discriminação (1.2) e os obstáculos para a implementação de uma política discriminatória eficiente (1.3).

1.1. DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: PECULIARIDADES

A primeira peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo é a maior acuidade das avaliações feitas, seu direcionamento mais eficaz e a dinamicidade possibilitada ao processo de precificação por conta das ferramentas de inteligência artificial⁶²⁶. A vigilância constante do comportamento online de consumidores permite aos varejistas de e-commerce criar perfis detalhados dos gostos, hábitos e preferências aquisitivas de seus clientes a um nível extremamente pessoal⁶²⁷. Os grupos criados pelos varejistas podem ter diferentes critérios de segmentação, como idade, gênero, renda e comportamento de consumo, que podem ser cruzados entre si para se chegar a uma acurácia cada vez maior do preço de reserva do consumidor. Isso é feito pela ação dos algoritmos de precificação, que utilizam os dados coletados e as segmentações inferidas para observar o comportamento dos consumidores agrupados sob um perfil específico de modo a prever sua reação provável sob circunstâncias semelhantes⁶²⁸.

Uma segunda peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços “tradicional”

626 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*. King's College London Law School Research Paper nº 2017-37, 2017. Disponível em: < <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=17302210111906709707109402711121077073&EXT=pdf> > Acesso em 07 de junho de 2019.

627 Ibid.

628 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. *European Competition Law Review*, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

decorre do próprio ambiente de compras online. A personalização de ofertas de acordo com os hábitos e preferências dos consumidores possibilita que cada cliente tenha uma vitrine digital feita para si⁶²⁹. Tal fato diminui a transparência dos preços, ao dificultar que os clientes comparem entre si as ofertas apresentadas, o que funciona como facilitador de uma política de discriminação de preços que passe despercebida⁶³⁰.

Essa redução da transparência do varejo online contraria expectativas de comportamento estabelecidas pela prática do varejo IRL (in real life), como a pressuposição de uniformidade dos preços e de apresentação de produtos. Consequentemente, essa nova realidade influi nos processos de tomada de decisões aquisitivas baseados nesses pressupostos. Tudo isso traz novos elementos para a análise econômica, que problematizam a assunção da microeconomia de que o preço é um indicador de valor de um bem decorrente da relação entre a sua oferta e a demanda do mercado.

Uma terceira peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços “tradicional” decorre dos agentes que a efetuam. Se no varejo físico, as decisões comerciais mais relevantes costumam ser tomadas por seres humanos, no ambiente comercial virtual as decisões de precificação são tomadas exclusivamente por algoritmos⁶³¹. Essa é mais uma das características que decorre dos usos comerciais do Big Data: a escala de dados coletados e a sua ininterrupta atualização impedem que estes possam ser processados por seres humanos, que não possuem capacidades cognitivas para tanto. Esse grande espaço amostral de dados detido por grandes varejistas atua como um insumo que reforça a acurácia

629 A respeito, os autores sugerem o documentário *Privacidade hackeada*, disponível no Netflix.

630 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. op. cit., Acesso em 07 de junho de 2019.

631 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*. King's College London Law School Research Paper nº 2017-37, 2017. Disponível em: < <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?1006004024111124122127028018042026073XT=pdf> > Acesso em 07 de junho de 2019.

da discriminação. Ao ser combinado com algoritmos de precificação cada vez mais inteligentes, os grandes acervos de dados possibilitam mais experimentações estratégicas para aferirem preferências, comportamento e a potencial disposição dos consumidores digitais para gastar seu dinheiro⁶³².

A seguir, são resumidas as principais peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo ante à discriminação de preços tradicional:

| TABELA I – Peculiaridades da discriminação de preços por algoritmo vis a vis a discriminação de preços tradicional | |
|--|---|
| Discriminação de preços por algoritmo | Discriminação de preços tradicional |
| <ul style="list-style-type: none"> • Segmentações de consumidores mais eficientes, obtidas por meio da coleta de dados pessoais e comportamentais dos consumidores enquanto navegam na internet. • Personalização da vitrine que é apresentada a cada consumidor, que consiste na interface do sítio eletrônico que lhe é apresentada em seu dispositivo. Isso diminui a transparência informacional e possibilita uma precificação extremamente direcionada, quase personalizada. • Decisões tomadas por algoritmos, que possibilitam mudanças de preço muito mais dinâmicas, já que a base de dados que informa as decisões de precificação é atualizada em tempo real. | <ul style="list-style-type: none"> • As segmentações contam com insumos muito menos abrangentes e detalhados. Também é muito mais difícil coletar informações comportamentais dos consumidores acuradas em comparação à vigilância constante na web. • Maior transparência dos preços, decorrente da dificuldade de segmentar explicitamente os preços cobrados em espaços varejistas físicos. Não é possível direcionar preços individualmente. • As decisões de preço não são tomadas por algoritmos. Isso diminui a dinamicidade e, por isso, a eficiência da estratégia de discriminação de preços, que pode entrar em descompasso com a realidade do mercado varejista. |

Nota-se, portanto, que o elemento unificador da peculiaridade da discriminação de preços por algoritmo em comparação com a discriminação de preços “tradicional” é o emprego de algoritmos combinado com o uso comercial do Big Data. Diante disso, resta necessário analisar as condições dos mercados digitais que facilitam

a implementação de uma política de discriminação de preços por algoritmo bem-sucedida.

1.2. DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: CONDIÇÕES

Stucke e Ezrachi apontam que a quantidade de tempo dispendido por consumidores em uma plataforma é uma primeira condição para o sucesso da discriminação de preços por algoritmos. Isso porque, quanto maior a quantidade de tempo dispendido, maior a quantidade e a qualidade dos dados coletados. Além disso, considerando o que já foi dito sobre a necessidade de espaço amostral grande para a realização de experimentos sociais, o número de clientes que acessam o site de um varejista online também influencia na eficiência da discriminação de preços que este promove⁶³³.

Uma segunda condição para o sucesso da discriminação de preços por algoritmo é a capacidade de agregação e análise dos dados coletados (a qualidade dos algoritmos) de um varejista ante seus concorrentes. Isso porque os efeitos de rede, típicos de mercados online, atuam reforçando todas as condições mencionadas: o acúmulo cada vez maior de clientes e transações propiciados a uma plataforma em decorrência de efeitos de rede atua aumentando o seu número de clientes, ampliando seu espaço amostral e elevando os recursos do vendedor disponíveis para o investimento no desenvolvimento de novas ferramentas de análise de dados⁶³⁴.

Além disso, uma terceira condição para o sucesso da discriminação de preços por algoritmo consiste na identificação de clientes que reiteradamente tendem a gastar mais ou a procurar menos por ofertas melhores daqueles que apresentam um comportamento mais econômico. Ezrachi e Stucke chamam de “*sleepers*” os consumidores que por indolência ou ignorância tendem a pesquisar menos durante

633 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. European Competition Law Review, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

634 Ibid.

o seu processo de compra e por isso são mais suscetíveis à exploração de preços⁶³⁵.

A quarta condição apontada pela literatura é descrita por Akiva Miller, que destaca a relevância da identificação desses diferentes perfis de consumidores para a implementação de uma política de discriminação de preços e a capacidade de predição por parte do agente discriminante da resposta desses clientes a eventuais descontos oferecidos por concorrentes. Assim, a discriminação de preços por algoritmo envolverá a identificação do mercado forte da empresa discriminante (clientes insensíveis a preço e dispostos a pagar mais) e do mercado fraco (aqueles clientes sensíveis a preços e dispostos a pagar menos).

A definição de qual desses mercados estará mais sujeito à extração de renda, no entanto, não envolverá apenas essa primeira segmentação. É importante também que as empresas engajadas na discriminação de preços por algoritmo afirmam corretamente qual desses dois segmentos tem maior probabilidade de trocar de fornecedor. A depender desse dado, o varejista pode escolher uma estratégia em que a melhor resposta é “simétrica” ou “assimétrica”.

A melhor resposta simétrica ocorre quando o mercado forte do varejista discriminante também é o mercado forte de seus concorrentes. Nesses casos, a estratégia a ser adotada envolverá a concessão de descontos ao mercado forte de modo a reter negócios, o que, num contexto de mercado online pode ser feito utilizando os históricos de consumo de modo a possibilitar recomendações de compra mais personalizadas e eficientes.

A melhor resposta assimétrica, por sua vez, ocorre quando o mercado forte do varejista discriminante é o mercado fraco da sua concorrência. Nesse caso, os descontos devem ser direcionados a clientes novos, de modo a ganhar negócios. Esse tipo de resposta

635 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. European Competition Law Review, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

costuma estimular uma competição mais saudável do ponto de vista de uma política concorrencial tradicional⁶³⁶.

Essas considerações serão relevantes para analisar o impacto de uma estratégia de discriminação de preços no bem-estar dos consumidores, já que uma estratégia calcada num esquema de melhor resposta simétrica terá efeitos sobre os consumidores diferentes dos decorrentes de um esquema de melhor resposta assimétrica.

Por fim, o autor ressalta que alguns incrementos típicos do comércio eletrônico, como a capacidade de fazer compras com apenas um clique ou recomendações personalizadas, que à primeira vista podem parecer banais, possuem um poderoso efeito de retenção de clientes, tornando-os menos suscetíveis à exposição de ofertas concorrentes e mais vulneráveis à extração do seu excedente⁶³⁷.

Também opera como uma sexta condição para a implementação da política de discriminação de preços por algoritmo a adoção de uma série de ações pelos varejistas online, com o objetivo de segregar os consumidores e induzi-los ao fornecimento de dados e à aquisição dos produtos precificados acima do seu valor de mercado. Ezrachi e Stucke fazem uma síntese das ações a serem adotadas para a implementação de discriminação de preços, um conjunto de atos que não são fáceis de se concretizar e que podem resultar em um incremento significativo de custos ao vendedor.

De acordo com os autores, funcionam como condições propícias para a existência de uma política de discriminação de preços por algoritmo o rastreamento dos consumidores, a coleta de dados sobre seu comportamento, a identificação das variações de elasticidades de demanda, a redução da transparência de mercado, o aumento dos custos de busca dos consumidores, a prevenção de transações de um bem entre consumidores posteriores à aquisição feita junta

636 MILLER, A. *What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*. Journal of Technology Law and Policy, 2014, volume 19,. pp. 41-104.

637 MILLER, A. *What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*. Journal of Technology Law and Policy, 2014, volume 19,. pp. 41-104.

ao varejista discriminante, a restrição ao crescimento de tecnologias que incrementem a privacidade de internautas, o estabelecimento de políticas de privacidade impostas aos consumidores que sejam de difícil compreensão, o estabelecimento do padrão de privacidade dos indivíduos que acessam o site do e-varejista como opt-in⁶³⁸, e a realização de lobby contra o aumento da privacidade⁶³⁹. A seguir, são esquematizadas as condições propícias à discriminação de preços por algoritmo e comparadas com as que possibilitam uma tática de discriminação de preços em ambientes varejistas “tradicionais”.

638 Quando um site ou plataforma estabelece como política de privacidade padrão um consentimento prévio generalista dado pelo consumidor que possibilita um acesso amplo a seus dados pessoais e grande liberdade de tratamento destes.

639 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. *European Competition Law Review*, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

| TABELA II - Condições propícias à discriminação de preços por algoritmo e tradicional | |
|--|---|
| Discriminação de preços por algoritmo | Discriminação de preços tradicional |
| <ul style="list-style-type: none"> • Consumidores que passem uma quantidade grande de tempo interagindo com espaços virtuais que possibilitem aos varejistas eletrônicos coletarem dados pessoais e comportamentais dos primeiros. • A utilização de um algoritmo com grande capacidade de análise e agregação dos dados, de modo que tanto a segmentação quanto o processo de precificação se tornem mais eficientes. • A identificação de consumidores que tendem a gastar mais e a procurar menos ofertas e daqueles que são mais econômicos, de modo a otimizar a política discriminatória e conseqüentemente as vendas do varejista online. • A partir da identificação dos consumidores perdulários e dos econômicos, o varejista eletrônico deve prever qual desses segmentos tem maior probabilidade de trocar de fornecedor, de modo a otimizar a sua resposta na precificação. | <ul style="list-style-type: none"> • A coleta de informações sobre os grupos nos quais os consumidores serão segmentados para a promoção da discriminação não possui a mesma extensão em sua vigilância sobre os hábitos dos clientes do varejista. • Obviamente, a capacidade do varejista de reunir e analisar os dados sobre os consumidores sujeitos à política discriminatória é importante. O que muda é que essas decisões não serão tomadas por inteligência artificial. • A organização dos mercados varejistas físicos dificulta a individualização dos consumidores, o que diminui as chances de varejistas físicos efetuarem segmentações com base no perfil de consumo de cada consumidor. • O varejista físico também tem que saber quais consumidores são mais suscetíveis à mudanças nos seus padrões de consumo. Entretanto, essa tarefa é substancialmente mais difícil e resulta em diagnósticos menos confiáveis. |

Expostas as condições propícias ao florescimento da discriminação de preços por algoritmo, passa-se à discussão sobre variáveis de mercado que podem criar obstáculos o sucesso de uma política de preços discriminatória.

1.3. DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR ALGORITMO: OBSTÁCULOS

Apesar das inúmeras vantagens dos atores de e-commerce frente aos varejistas tradicionais para a implementação de uma estratégia de discriminação de preços orientada por algoritmos muito mais eficiente do que a realizada antes do advento do Big Data, a literatura aponta alguns obstáculos importantes para que essa discriminação se dê de modo perfeito.

Alguns entraves são de ordem técnica. Akiva Muller destaca, como um primeiro obstáculo, a dificuldade que varejistas têm de obter um perfil do consumidor com um nível elevado de acurácia, o que diminui a eficácia da política de discriminação⁶⁴⁰. Ezrachi e Stucke, nessa linha, apontam para a impossibilidade de aferir todos os preços de reserva de todos os consumidores, já que estes são uma latente variável que nunca pode ser exatamente constatada, apenas inferida, dada a incerteza que caracteriza as variáveis determinantes do preço de reserva⁶⁴¹.

Um segundo obstáculo ressaltado pelos pesquisadores anglo-saxões são as próprias heurísticas que possibilitam a extração de um excedente do consumidor mais elevado por meio da discriminação comportamental (conceito explicado na próxima seção) e dificultam uma estimação perfeita do preço de reserva dos clientes em todas as ocasiões. Essa conclusão decorre da imperfeição da força de vontade e não linearidade do processo decisório de seres humanos, o que dificulta a exatidão da estimação do preço de reserva de algoritmos, que operam necessariamente a partir de funções matemáticas.

Um terceiro obstáculo apontado à eficiência das políticas discriminatórias decorre da escala das operações dos varejistas de e-commerce. Um grande espaço amostral é essencial para que as

640 MILLER, A. *What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*. Journal of Technology Law and Policy, 2014, volume 19,. pp. 41-104.

641 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Harvard University Press, 2016.

empresas discriminantes sejam capazes de executar experimentos que lhes permitam estimar resultados confiáveis para as mais diversas situações de consumo. Isso, no entanto, nem sempre é possível, principalmente para a compra de produtos com valores de mercado mais elevados, como eletrodomésticos e eletroeletrônicos, cuja aquisição costuma ser eventual⁶⁴².

O quarto obstáculo à discriminação de preços por algoritmos é o comportamento dos próprios consumidores, se estes tiverem a capacidade de perceber as políticas discriminatórias e de atuar de modo a manipular os mecanismos que orientam a precificação no ambiente de varejo online. Isso pode ser feito se os consumidores deliberadamente se apresentarem como consumidores mais avarentos ou hesitantes, estimulando os algoritmos a lhes apresentarem descontos. Os compradores também podem ser mais zelosos com a própria privacidade, esforçando-se para eliminar seus rastros virtuais de modo que as plataformas não consigam inferir com precisão seus preços de reserva nem tenham uma noção acurada de seus hábitos de consumo⁶⁴³.

Além da adoção de comportamentos que induzam os algoritmos a identificá-los como detentores de uma alta sensibilidade a preços, a capacidade de resistência dos compradores a estratégias de discriminação de preços estará relacionada à força da competitividade no mercado de varejo online, ao engajamento desses em *multi homing*⁶⁴⁴, a sua habilidade de transacionar bens entre si após a

642 Ibid.

643 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*. King's College London Law School Research Paper n° 2017-37, 2017. Disponível em: < <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=173022101119067097071570720380391005121077073&EXT=pdf> > Acesso em 07 de junho de 2019.

644 O “multi-homing” ocorre quando os consumidores utilizam diversos servidores para obter o mesmo tipo de serviço. O multi-homing é apontado como um fato que tende a diminuir o poder de mercado, mas uma situação de multi-homing perfeito é rara, devido à existência de custos de troca. Um exemplo de multi-homing é um consumidor que utiliza tanto o WhatsApp quanto o Telegram (serviços de troca de mensagens online), ou que assina simultaneamente o Netflix e o Amazon Prime (serviços de streaming de vídeo).

aquisição original junto a varejistas, e à capacidade de compradores de identificarem a discriminação de preços de algoritmo e se organizarem para questionar publicamente a legitimidade dessa prática, de modo a prejudicar a reputação do ente discriminante.⁶⁴⁵

A seguir, são elencados os principais obstáculos à implementação de uma política de discriminação de preços por algoritmo e uma tradicional.

645 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. *European Competition Law Review*, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

| TABELA III - Obstáculos propícias à discriminação de preços por algoritmo e tradicional | |
|---|--|
| Discriminação de preços por algoritmo | Discriminação de preços tradicional |
| <ul style="list-style-type: none"> • A dificuldade na obtenção de um perfil digital de um consumidor que seja totalmente congruente com o perfil real desse mesmo consumidor. • A impossibilidade de aferir todos os preços de reserva dos consumidores, dada a variabilidade dos diversos fatores que informam esse preço. Essa variabilidade inclui as heurísticas do processo decisório dos consumidores, que não necessariamente ocorre de maneira linear. • A necessidade de um espaço amostral grande o suficiente para que os varejistas discriminantes efetuem experimentos que lhes possibilite estimar a sensibilidade dos consumidores a mudanças de preços e ao modo como estas mudanças são apresentadas. • A possibilidade de que os consumidores se mobilizem contra a imposição de uma política de discriminação de preços por algoritmo, seja pela adoção de comportamentos no ambiente virtual de compras que dificultem a prática discriminatória pelos algoritmos, seja pela mobilização pública contra a prática. • A estrutura do mercado em que o varejista eletrônico está inserido. Em mercados com maior competitividade, obviamente a implementação de uma política de discriminação de preços se torna mais difícil. | <ul style="list-style-type: none"> • No caso de uma política de discriminação de preços implementada por um varejista físico, a principal dificuldade consiste na identificação exata de quais são as suscetibilidades de preço de cada consumidor. • Em um ambiente de varejo físico, os preços exibidos e negociados serão necessariamente os mesmos para todos os consumidores, dificultando sobremaneira a possibilidade de que um lojista aufera o excedente do consumidor máximo de cada comprador individual. |

3. DESAFIOS DA DISCRIMINAÇÃO COMPORTAMENTAL COMO UM NOVO TIPO DE DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E ESTUDO SOBRE AS TÁTICAS DE MANIPULAÇÃO DOS CONSUMIDORES

Considerando as especificidades dos mercados online, Ezechí e Stucke desenvolveram o conceito de discriminação comportamental, que define um tipo específico de discriminação de preços promovida por algoritmos. A discriminação comportamental consiste na coleta de dados que permitem a identificação de emoções ou impulsos que possibilitem uma compra, bem como o valor máximo que os consumidores estão dispostos a despende a depender desses diferentes estímulos. Trata-se, portanto, da implementação de uma tática de discriminação de preços por algoritmo tal como vem sendo discutida, com a aplicação de insights do campo da economia comportamental.^{646 647}

Ainda de acordo com os autores, a discriminação comportamental possibilitaria a implementação de um modelo de discriminação de preços de primeiro grau “quase perfeita”, ou seja, quase totalmente

646 A expressão economia comportamental se refere a um campo de estudos surgido na década de 1970 que agrega inferências da psicologia à análise econômica. A principal ideia subjacente a esse ramo de estudos é a crítica ao conceito clássico da racionalidade econômica. De acordo com os estudiosos da economia comportamental, não é evidente que os indivíduos se comportem de acordo com as assunções de como pessoas racionais devem se comportar no processo de tomada de decisões, e o mundo real, que extrapola o modelo econômico, é tão complexo que a teoria da utilidade marginal teria pouca relevância para as escolhas reais. Herbert Simon é apontado como um pioneiro do ramo, e muitas das ideias que ele desenvolveu são relevantes para as considerações feitas por Ezechí e Stucke sobre a “discriminação comportamental”, que é referenciada nesse trabalho. As ideias relevantes para a análise feita neste artigo são a de racionalidade limitada e a percepção de Simon sobre a influência no comportamento dos agentes econômicos exercida pela maneira como uma informação é apresentada (ou o “framing” de uma variável econômica). Ver MEHTA, J (Ed). *Behavioural Economics in Competition and Consumer Policy*. Centre for Competition Policy, University of East Anglia, Norwich, 2013. Disponível em: <<http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8193541/CCP+economics+book+Final+digital+version+-+colour.pdf/30214557-cace-4b0b-8aac-a801bbde87bc>>. Acesso em 19 de junho de 2019.

647 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Harvard University Press, 2016.

capaz de estimar os preços de reserva de diferentes tipos de consumidores. O modelo proposto por Ezrachi e Stucke caracteriza-se não pela identificação inequívoca dos preços de reserva de cada consumidor, como seria o caso de uma discriminação de preços de primeiro grau perfeita, mas pela segregação de consumidores em grupos de referência cada vez menores e pelo refinamento para cada um desses grupos das variáveis capazes de capturar seus vieses e os fatores situacionais que influenciam seus processos aquisitivos⁶⁴⁸. Dessa forma, as segmentações excessivamente abrangentes usadas como base para a efetivação de uma política de discriminação de preços de terceiro grau serão refinadas até a obtenção de categorias bem mais específicas, formadas por indivíduos com sensibilidades a preço similares e comportamentos de consumo semelhantes.

Além da segmentação, como já foi dito, a discriminação comportamental implica em estimular nos consumidores demandas por bens e aquisições de impulso que resultam na contestação da assunção da teoria econômica de que agentes econômicos são racionais e tomam decisões levando em conta benefícios e custos marginais.^{649 650}

A prática de discriminação comportamental adiciona elementos relevantes à discussão sobre a discriminação de preços por algoritmo. A implementação desse tipo específico de estratégia discriminatória envolve a manipulação do comportamento e dos vieses dos seus consumidores, tanto quanto informações sobre sua disponibilidade de pagamento. Esse tipo de discriminação aumenta a probabilidade de que os consumidores sejam cobrados a mais por um produto não por conta de uma disposição maior de gastar seu dinheiro de fato fundada no quanto esse comprador deseje um produto específico, mas pela

648 Ibid.

649 MANKIWI, G. *Introdução à Economia*. São Paulo, Cengage Learning Brasil, 6ª edição, 2013.

650 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Harvard University Press, 2016.

simples indução com base em hábitos e atos dos quais os compradores podem nem ter ciência.

Além da questão possivelmente ética de manipular consumidores com base em seus próprios hábitos para extrair a maior quantidade de renda possível de cada um, esse tipo de discriminação torna mais fácil que um consumidor seja explorado por conta da sua inexperiência com o ambiente online ou sua ignorância sobre como ele funciona.

Devido a esse viés indutor, a discriminação comportamental acaba abrangendo certas táticas comerciais que não necessariamente se enquadram perfeitamente à definição de discriminação de preços por algoritmo, mas que acabam tendo os mesmos efeitos práticos no que se refere à maximização da extração do excedente do consumidor. Até por conta da crescente complexidade envolvida nos processos de precificação de mercados online, torna-se difícil até mesmo para as autoridades competentes distinguir uma estratégia de precificação dinâmica, por exemplo, de uma tática de discriminação de preços deliberada. Por conta disso, essas táticas são incluídas neste estudo como parte da conduta de discriminação de preços por algoritmo. Elas se inscrevem dentro de várias outras estratégias adotadas por comerciantes eletrônicos que podem ter como resultado justamente induzir consumidores diferentes a adquirir os mesmos produtos a preços diferentes de acordo com os interesses de maximização de extração do excedente do consumidor do varejista, e não com os interesses de consumo do cliente.

Quatro são as principais estratégias adotadas no varejo online que envolvem a manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos de compras quando navegam na internet, por meio dessa discriminação de preços via algoritmo. Ezrachi e Stucke indicam maneiras pelas quais varejistas são capazes de induzir consumidores a tomarem decisões de consumo ineficientes do ponto de vista de maximização de sua renda.

Os autores elencam como estratégias de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos o uso de produtos “isca”, a discriminação de buscas, o aumento da complexidade da

avaliação do preço de um produto, a exploração dos diferentes níveis de força de vontade apresentados por diferentes consumidores, e o emprego dos chamados “*framing effects*” – efeitos de moldura -, expressão que designa as diferentes reações de consumidores a uma decisão de precificação a depender da maneira como essa decisão lhes é apresentada.⁶⁵¹

O uso de produtos “isca” explora a tendência cognitiva dos seres humanos de valorarem coisas levando em consideração seu valor relativo frente a outros itens considerados numa mesma análise. Desse modo, os varejistas podem apresentar produtos de qualidade baixa com preços claramente acima de seu valor de mercado junto a produtos com qualidade superior, mas com um preço que, ainda que mais elevado do que o preço de mercado, não seja tão discrepante. Assim, os consumidores são induzidos a escolherem o segundo produto, que se apresenta mais vantajoso do que realmente é.

Essa tática pode ser combinada com as segmentações promovidas como base em fatores comportamentais e demográficos de modo que os próprios produtos “isca” apresentados sejam personalizados e a estratégia comercial seja mais eficiente do ponto de vista de extração do excedente do consumidor.⁶⁵²

Uma segunda estratégia de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos consiste na discriminação de buscas, que consiste na apresentação de produtos diferentes a depender do consumidor. O varejista online pode tanto restringir os produtos que serão apresentados quanto alterar a ordem dos bens que são listados no site. A decisão de quais ofertas serão apresentadas também será tomada com base nos dados coletados dos consumidores, e variará conforme a avaliação algorítmica de variáveis como CEP, renda domiciliar, gênero e idade do consumidor considerado⁶⁵³.

651 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. European Competition Law Review, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

652 Ibid.

653 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Harvard University Press, 2016.

Os vendedores também podem direcionar descontos apenas para compradores que utilizam sites de comparação de preços, enquanto ofertam produtos com o preço-base aos clientes que foram direto ao site da varejista, e por isso são percebidos como menos sensíveis a preços⁶⁵⁴.

Uma terceira estratégia de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos é o aumento da complexidade do ato de compra, que ocorre quando vendedores dificultam a estimação imediata do preço final da mercadoria adquirida pelo consumidor. É possível atingir esse fito por meio da criação de várias versões de um mesmo produto ou serviço com diferenças desprezíveis entre si, mas que aumentam as considerações e avaliações necessárias para que o consumidor tome sua decisão, e assim aumentam as chances de que ele seja induzido ao resultado esperado pelo varejista⁶⁵⁵.

Ezrachi e Stucke dão outros exemplos de outros modos passíveis de serem utilizados por varejistas de e-commerce para aumentar a complexidade das decisões tomadas por varejistas, como: (1) precificação por etapas, quando o vendedor apresenta um preço inicial do bem que não corresponde ao valor efetivo da compra, com novas cobranças sendo adicionadas conforme o ato aquisitivo progride; (2) anúncios de venda de um bem a um preço menor do que o praticado anteriormente; (3) “*baiting*”, quando os vendedores promovem ofertas especiais com um número limitado de bens de fato em promoção; (4) ofertas por tempo limitado, quando preços especiais ficam disponíveis apenas por um período muito curto de tempo.⁶⁵⁶

De acordo com relatório feito pelo Escritório da Presidência dos Estados Unidos, a complexificação dos preços e escolhas durante compras tende a prejudicar especialmente os consumidores com rendas menores, dada sua menor experiência com o consumo online.

654 MILLER, A. *What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing*. Journal of Technology Law and Policy, 2014, volume 19,. pp. 41-104.

655 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. European Competition Law Review, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

656 EZRACHI, A. STUCKE, M.E., op. cit.

Há, ainda, uma quarta estratégia de manipulação da percepção dos consumidores e de seus hábitos, que consiste na exploração de diferentes níveis de força de vontade e de suscetibilidade dos consumidores a incitações ao consumo é operada a partir de informações detidas pelos varejistas relativas ao histórico de buscas e aquisições dos primeiros. Os consumidores mais impulsivos podem ser instados a fazer compras se apresentados a anúncios que os induzam a pensar que o produto está escasso. Aqueles clientes que se apresentam mais resistentes à efetivação da compra, por sua vez, obtêm descontos maiores e condições de compra mais vantajosas⁶⁵⁷.

É importante ressaltar, como já deve ter ficado implícito, que a implementação de uma estratégia comercial de discriminação de preços por algoritmo provavelmente não será transparente, seja do ponto de vista dos critérios que orientam essa discriminação, seja em relação à honestidade dos varejistas da existência de uma política discriminatória. Considerando prováveis reações adversas dos consumidores à percepção de que suas informações pessoais podem estar sendo usadas para orientar a captura de sua renda de modo potencialmente ilegítimo, os varejistas deverão empregar os chamados “*framing effects*”, de modo que os preços diferenciados se apresentem mais razoáveis aos consumidores.

A manipulação dos vieses dos consumidores levará em conta as heurísticas⁶⁵⁸ que levam consumidores a perceber políticas de preços que do ponto de vista econômico possuem os mesmos efeitos como diferentes de um ponto de vista moral.

Os preços diferenciados, por exemplo, não seriam aplicados de modo explícito, ou descontextualizados. A discriminação será implementada disfarçadamente por meio da concessão de diferentes

657 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. European Competition Law Review, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

658 Heurísticas são estratégias cognitivas empregadas em decisões não racionais, empregadas pelo agente que decide de modo que este ignore parte das informações a serem consideradas no processo decisório com o objetivo de facilitar sua escolha e torná-la mais rápida.

níveis de desconto a depender do consumidor considerado⁶⁵⁹, contrariando o pressuposto microeconômico de que o preço é um indicativo de mercado que decorre da relação entre a demanda e a oferta de um produto. Assim, o preço-base dos serviços e bens ofertados pela empresa discriminante não corresponderá ao respectivo preço de mercado “real”.

Além da camuflagem da discriminação de preços por algoritmo por meio da concessão de descontos seletivos, os varejistas que se engajam nessa prática podem apresentá-la de modo mais palatável ao consumidor alterando não o preço do produto adquirido, mas de serviços anexos à compra, como a concessão de descontos no frete, ou melhores termos de garantia ou serviços para consumidores identificados como mais exigentes ou menos impulsivos, ou que tenham acesso maior a opções da concorrência⁶⁶⁰.

Por fim, outro modo de disfarçar o emprego de táticas discriminatórias é atribuir os diferentes níveis de preço a variáveis de mercado alheias ao controle do varejista. Nesse caso, a precificação dinâmica determinada por algoritmos, apresentada pelos varejistas como um meio de otimização de suas decisões comerciais, acaba servindo de fachada a uma política discriminatória, e distinguir uma da outra pode ser desafiador inclusive para autoridades regulatórias⁶⁶¹.

659 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. European Competition Law Review, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

660 EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *The Rise of Behavioural Discrimination*. European Competition Law Review, 2016, volume 36, número 12. pp. 485-492.

661 Ibid.

TABELA IV – Principais estratégias de manipulação de consumidores adotadas por varejistas eletrônicos

- Uso de produtos-isca: varejistas apresentam produtos claramente sobreprecificados junto a produtos levemente sobreprecificados. Essa estratégia explora a tendência humana de fazer avaliações considerando não um bem em si mesmo, mas um bem em comparação a outros próximos.
- Discriminação de buscas: varejistas apresentam produtos diferentes em sua página a depender do consumidor, a partir de avaliações algorítmicas sobre a renda, o gênero e o CEP presumidos do comprador.
- Aumento da complexidade do ato de compra: varejistas dificultam que o consumidor estime o preço final que irá pagar pelo produto adquirido. Isso pode ser feito de diversas formas, como, por exemplo, por meio da precificação por etapas, ou pela divulgação de ofertas por tempo limitado, dentre outras maneiras.
- Exploração dos diferentes níveis de força de vontade dos consumidores: por meio da observação do histórico de navegação de consumidores, os varejistas eletrônicos conseguem identificar quais são mais econômicos e quais são mais impulsivos, e assim, impulsionar ofertas direcionadas para cada um deles de modo a capturar o maior excedente possível de cada consumidor.

4. CONCLUSÃO

A discriminação de preços por algoritmo é um fenômeno recente, que tende a adquirir novas feições conforme o desenvolvimento da economia da internet, que é marcada pelo aspecto disruptivo. Por conta disso, é um desafio para legisladores e aplicadores do Direito encontrarem os meios mais adequados para o endereçamento dessa conduta e a proteção dos consumidores atingidos por ela.

Diante do cenário, há quem questione se o Direito tem um papel no endereçamento desse tipo de prática empresarial. Para estes, seria sempre benéfica a prática por conta da possibilidade de que a discriminação de preços gere externalidades positivas para os consumidores como um todo, por meio da otimização do processo de precificação e da geração de economias de escala, faz com que a

adoção de uma postura legal muito peremptória seja alvo de críticas relevantes. Não haveria espaço, portanto, para intervenção jurídica.

A posição dos autores deste artigo, porém, é a que o Direito não apenas pode, como deve se preocupar com as práticas de discriminação de preços por algoritmo no varejo online. A discussão que se impõe, porém, é a seguinte: mas qual ramo do Direito deve ter incidência preponderante? Direito da Concorrência? Direito do Consumidor? Direito de Proteção de Dados Pessoais?

Milita em favor da aplicação do Direito da Concorrência o fato de que essa seara é particularmente sensível à variabilidade inerente aos fenômenos econômicos. A possibilidade de aplicação de um Direito eminentemente consequencialista, como costuma ser o Direito Concorrencial, pode permitir que o Estado enderece eventuais condutas abusivas ao mesmo tempo que preserve eventuais eficiências econômicas propiciadas pela discriminação de preços por algoritmo.

Contra a aplicação do Direito Antitruste, porém, conta o fato de que é difícil associar uma conduta de discriminação de preços por algoritmo a algum dano ao processo competitivo considerado em si mesmo. Além disso, as definições de poder de mercado tradicionalmente aceitas pela prática concorrencial podem ser insuficientes para lidar com situações em que um ator do varejo online discriminante não necessariamente detenha uma posição óbvia de dominância econômica. O uso das ferramentas antitruste pode ser criticado como uma descaracterização do próprio Direito Concorrencial, que para muitos deve prioritariamente tratar da competição em si, relegando a proteção ao consumidor a uma posição secundária, acionada apenas quando ela estiver relacionada com um abuso de posição dominante que implique em prejuízos à competição.

A favor da incidência do Direito Consumerista está a possibilidade de conferir a proteção máxima ao consumidor final. A existência do Direito do Consumidor está intimamente ligada ao desenvolvimento da economia capitalista e à percepção de que os usuários de serviços e adquirentes de produtos necessitavam de proteção ante o poder cada vez maior de grandes conglomerados empresariais de regular

a organização da sociedade e impor condições injustas de contrato. Existe uma ampla construção jurídica em torno dos contratos de adesão, que poderia ser utilizada para contrabalancear o poder dos oligopolistas da internet de impor aos internautas termos de uso que resultem na exploração comercial desarrazoada de seus hábitos e dados pessoais para a extração de excedente do consumidor.

Por sua vez, pela aplicação do Direito da Proteção de Dados à hipótese desse artigo, argumenta-se que ele pode ser utilizado em moldes semelhantes ao Direito do Consumidor, no sentido de proteger os consumidores em sua posição de hipossuficiência ante os grandes players da internet, mas com uma vantagem específica: o Direito da Proteção de Dados existe exatamente para fornecer às pessoas controle sobre seus dados pessoais. A depender do desenvolvimento da regulação da internet, essa seara pode ser utilizada de modo a permitir que os consumidores usufruam de maneira menos desigual em comparação às empresas do valor econômico de seus dados, o que pode mitigar os danos econômicos causados pela discriminação de preços com o objetivo de extração do excedente do consumidor.

O Direito do Consumidor e da Proteção de Dados, por sua vez, têm como contrapontos na sua aplicação justamente a dificuldade de adotar uma análise econômica do Direito quando de sua aplicação. Além disso, a experiência recente tem demonstrado obstáculos encontrados por autoridades em regular as relações entre empresas da internet e seus clientes nos moldes de hipossuficiência e proteção à autonomia decisória tradicionalmente incorporados pelo Direito consumerista. A situação atual tem inclusive levantado dúvidas sobre a capacidade do Estado de pôr limites à atuação de grandes grupos empresariais.

Por fim, sinaliza-se que a transferência da responsabilidade de tomadas de importantes decisões comerciais para algoritmos possui repercussões relevantes do ponto de vista da *accountability* jurídico empresarial. O desenvolvimento da tecnologia de inteligência artificial, com a ascensão de softwares de *machine learning*, faz com que os algoritmos tomem decisões econômicas de modo independente

e cada vez mais criativo, com base na sua própria experiência com o tratamento dos dados e do propósito para o qual foi programado: a maximização dos lucros dos varejistas⁶⁶².

Esse processo dificulta a aferição da legitimidade das decisões de precificação tomadas pelo algoritmo tanto do ponto de vista econômico (isto é, a verificação da existência de relação entre o preço definido e as condições de mercado), quanto de um ponto de vista ético, considerando a possibilidade de repercussões sociais negativas decorrentes de segmentações de consumidores com base em informações sensíveis⁶⁶³. Além das devassas decorrentes de acervos de dados exclusivos de um varejista específico, as companhias que tenham intenção de implementar políticas discriminantes podem obter novos insights e inferências sobre os comportamentos de seus clientes cruzando dados provenientes de diferentes acervos, caracterizando o fenômeno de “data fusion”⁶⁶⁴.

A questão que se impõe, nesse cenário, é a seguinte: como se dará a responsabilização das práticas eventualmente ilícitas (seja pelo Direito da Concorrência, seja pelo Direito do Consumidor, seja pelo Direito da Proteção de Dados) implementadas por algoritmos?

Diante de tantas controvérsias, parece incontroverso que o fenômeno precisa de mais atenção acadêmica, que exigirá análise sob várias perspectivas jurídicas e políticas diferentes, até para que fique claro os limites de cada uma das searas mencionadas no

662 SOUZA LIMA, J.M.T.; *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*. Revista de Defesa da Concorrência, volume 5, número 2, 2017, pp. 5- 29. Disponível em: < <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/328/166>> Acesso em 09 de julho de 2019

663 MORRISON, E.; TOWNLEY, C.; YEUNG, K. *Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*. King's College London Law School Research Paper n° 2017-37, 2017. Disponível em: < <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=173022178113081069013111022081091005121077073&EXT=pdf>> Acesso em 07 de junho de 2019.

664 EZRACHI, A. STUCKE, M.E. *Virtual Competition – The promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Harvard University Press, 2016.

endereçamento não só dessa conduta, mas de diversos outros novos fenômenos que emergem do desenvolvimento da economia digital.

CONDUTAS COORDENADAS

Amanda Athayde

ANTITRUSTE E ANÚNCIOS PÚBLICOS FEITOS POR EMPRESAS, ASSOCIAÇÕES E SINDICATOS

Publicado originalmente em: *Portal Conjur em 24/02/2023.*

Amanda Athayde

Leonardo Rocha e Silva

Luís Henrique Perroni Fernandes

“O preço da gasolina aumentará mais R\$ 0,10 no DF a partir desta terça-feira.” Esta frase, dita publicamente pelo presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal (*Sindicombustíveis/DF*) em 16/2/2021, é objeto do mais novo processo administrativo instaurado pelo Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)⁶⁶⁵ para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, mais uma vez no mercado de combustíveis⁶⁶⁶.

Após quase um ano de investigação preliminar, o Cade entendeu que havia indícios de que diferentes declarações públicas do presidente do *Sindicombustíveis/DF* relacionadas a reajustes futuros nos preços, somadas a circulares publicadas periodicamente pelo sindicato a respeito do mesmo tema, poderiam revelar uma tentativa de influenciar o mercado revendedor de combustíveis a se comportar uniformemente, o que é vedado pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11)⁶⁶⁷.

665 Processo Administrativo nº 08700.000899/2021-18, instaurado em 11.1.2023.

666 O mercado de combustíveis tem sido alvo constante de preocupações no sistema brasileiro de defesa da concorrência, tendo sido objeto de estudos na Cartilha da SDE de Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis e no Caderno Cade sobre os Mercados de Distribuição e varejo de combustíveis líquidos. Maio de 2022.

667 A infração concorrencial é intitulada “influência à conduta comercial uniforme”, inserida dentro do gênero mais amplo das condutas coordenadas. Artigo 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

A preocupação externada pela Superintendência Geral do Cade, ao iniciar a investigação é a de que, ao receberem a notícia de aumento de preços, os revendedores de combustíveis teriam grandes incentivos para repassar imediatamente aos consumidores o acréscimo, exatamente no mesmo patamar anunciado, mesmo antes de terem realmente sido afetados por ele, em suas negociações privadas com os distribuidores.

Pelo que consta dos autos públicos, o Sindicombustíveis/DF defende que tais declarações decorrem do dever público de comunicação do sindicato, sendo que havia razões concretas e excepcionais para os anúncios feitos, tais como o impacto do conflito entre Rússia e Ucrânia, majoração dos preços da gasolina e do álcool anidro nas refinarias, alteração do valor do ICMS, elevação de tributos decorrente do fim da desoneração de tributos federais, entre outras questões.

Embora o Cade reconheça o papel fundamental das associações de classe e sindicatos na sociedade, que podem inclusive contribuir para maior eficiência do mercado em que suas associadas atuem ao promoverem ações que sejam pró-competitivas, está claro que, em determinadas situações, as condutas das associações de classe podem ultrapassar os limites — as vezes tênues — impostos pela Lei de Defesa da Concorrência no que tange à proibição de medidas que gerem uniformização de condutas de agentes econômicos que devem competir diretamente⁶⁶⁸. Não há “autorização especial” para que as associações de classe e sindicatos deixem de observar os termos da Lei de Defesa da Concorrência, mesmo sob o argumento de atender a sua

forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; [...] IV – exercer de forma abusiva posição dominante. §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

668 A preocupação histórica do sistema brasileiro de defesa da concorrência com condutas anticompetitivas no bojo de associações e sindicatos é evidenciada pela publicação da Cartilha SDE de combate a cartéis em associações e sindicatos. 2009. Disponível em: < https://www.abitam.com.br/site/download/cartilha_sindicatos.pdf >.

função institucional ou constitucional. Aliás, muito pelo contrário: a Lei de Defesa da Concorrência deixa claro que se aplica a quaisquer associações de entidade ou pessoas⁶⁶⁹.

Essa não é a primeira vez em que o Cade entende que anúncios públicos podem ser considerados ilegais. Em 2010, no mercado de avicultura, por exemplo, foi firmado um acordo, ou seja, um Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) entre o Cade, a União Brasileira de Avicultura (UBA) e o seu presidente, após recomendação para que empresas produtoras de frango afiliadas diminuíssem a produção em 20% e limitassem o plantel a 400 milhões de frangos até determinado período.

Já em 2013, no mercado de chocolates, foi celebrado um acordo entre o Cade, a Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e derivados (Abicac) e seu presidente, após este dizer publicamente que a Páscoa estaria 8% mais cara naquele ano de 2009. Naquele caso, nos termos do acordo firmado, foi admitido que a declaração pública teria sido ilegal, ou seja, uma violação aos termos da Lei de Defesa da Concorrência.

Ainda em 2013, o Sindicato do Comércio Varejista de Material de Escritório, Escolar e Papelaria do Estado de São Paulo e Região (Simpa/SP) também celebrou um acordo com o Cade, em razão de fala pública do seu presidente de que os pais deveriam antecipar a compra de material escolar para evitar alta de 7% decorrente do índice de inflação.

Tais casos deixam claro que os anúncios públicos podem ser considerados ilícitos pelo Cade, sendo necessário uma análise crítica específica dos líderes das associações de classe e diretores que avaliam os momentos e os conteúdos das manifestações de tais entidades, para evitar conflitos com a Lei de Defesa da Concorrência.

669 Artigo 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Como regra geral, divulgações ao público em geral de dados dos setores, pelo fato de diminuírem a assimetria entre os diferentes agentes econômicos, aumentam a transparência e contribuem para uma maior eficiência do mercado, podendo ser consideradas pró-competitivas. Não por outra razão, são comumente vistos com bons olhos pelas autoridades de concorrência e são preferidos às comunicações privadas.

No entanto, há situações em que os anúncios públicos deixam de ser bem vindos, na medida em que podem a) influenciar a adoção de prática comercial uniforme; ou b) aumentar a probabilidade de colusão.

Em relação à possibilidade específica de anúncio público de preços, em especial aqueles voltados para políticas de preços, o risco é de que tais anúncios levem à uniformização de conduta no mercado afetado, fazendo com que as associações de classe e sindicatos sirvam de *price maker*, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelos agentes de mercado. Os efeitos da adoção de conduta uniforme entre concorrentes podem ser semelhantes aos efeitos de um cartel, na medida em que há um arrefecimento da concorrência com a implementação de políticas comerciais semelhantes e não definidas unilateralmente⁶⁷⁰.

Para além dessa preocupação mais tradicional, uma teoria do dano mais recente é a de que o anúncio público de informações pode também servir de sinalização entre concorrentes, substituindo os acordos anticompetitivos explícitos que na história do direito da concorrência têm aparecido com mais frequência. Trata-se, portanto, de forma alternativa de implementação de cartel, mas com os mesmos efeitos deletérios, na medida em que a colusão, seja ela implícita ou explícita, diminui a concorrência no mercado e aumenta artificialmente os preços praticados.

670 Sobre os possíveis enquadramentos de condutas anticompetitivas no âmbito de associações, sugere-se: ATHAYDE, Amanda. Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e plus factors. EALR, Brasília, V. 2, nº 1, p. 41-64, Jan-Jun, 2011. Disponível em: < file:///C:/Users/aat/Downloads/1761-Article%20Text-7586-5-10-20110807.pdf >.

Artigo publicado em 2022, de autoria de Joseph E. Harrington Jr., indicado como um dos melhores artigos pelo prêmio Concurrences de 2023⁶⁷¹, sugere que acordos entre concorrentes podem ser realizados por meio de anúncios públicos. Esse anúncio traria uma dificuldade adicional de persecução antitruste, pela ausência de um acordo expresse e pela justificativa mais genérica de que o anúncio é voltado para participantes de mercado, e não para os concorrentes. Nesse sentido, John Kepler inclusive sugere que esses anúncios públicos poderiam até mesmo substituir as comunicações privadas na coordenação entre concorrentes⁶⁷².

Nesse contexto, empresas, associações de classe e sindicatos devem, portanto, ser cautelosos e fazer um exame prévio dos termos e do contexto no qual o anúncio público pretendido está inserido. O enfrentamento de sete perguntas básicas pode auxiliar no processo de identificação e mitigação de riscos relacionados à violação à Lei de Defesa da Concorrência, quais sejam: 1) O anúncio público pretendido decorre de exigência legal? 2) O anúncio público pretendido tem como objetivo atender interesses ou exigências de investidores, clientes ou consumidores finais? 3) Há justificativa legítima para o anúncio público pretendido? Quem serão os beneficiados? 4) Há necessidade de se fazer um anúncio público anterior à ocorrência do evento a ser noticiado? 5) Para atingir o objetivo desejado com o anúncio público, todas as informações nele contida são estritamente necessárias? 6) O anúncio público pretendido contém informações comercialmente sensíveis⁶⁷³ 7) Qual é a estrutura da indústria a ser potencialmente afetada pelo anúncio público pretendido?

671 HARRINGTON JR., Joseph E. *Collusion in Plain Sight: firm's use of public announcements to restrain competition*. ABA, June 2022, Vol. 84, Issue 2. Disponível em: < <https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/alj22.pdf?103460/d3ded543799c5510bd1383b6732c1a851cdd154ae7e9779c2b54f98b9f155ff2>>.

672 KEPLER, John D., *Private Communication Among Competitors and Public Disclosure*, 71 J. ACCT. & ECON. 1, 1 (2021).

673 A lista exemplificativa de informações comercialmente sensíveis contempla: 1) custos das empresas envolvidas; 2) nível de capacidade e planos de expansão; 3) estratégias de marketing; 4) precificação de produtos (preços e descontos); 5) principais clientes e descontos assegurados; 6) salários/benefícios de funcionários;

Essas são perguntas importantes e necessárias para evitar investigações e condenações pelo Cade, mas também por parte de outras autoridades de defesa da concorrência, que igualmente se preocupam com esses anúncios públicos e os seus efeitos nos comportamentos dos concorrentes, mesmo quando esses anúncios não são feitos por associações de classe, mas pelas empresas, unilateralmente.

Em 2018, por exemplo, o Tribunal de Concorrência do Reino Unido manteve a imposição de multa no valor de 50 milhões de libras à empresa *Royal Mail* por abuso de posição dominante, pelo fato de tal empresa ter publicamente anunciado a sua nova estrutura de preços⁶⁷⁴. Decidiu-se que o anúncio dessa nova estrutura de preços seria uma forma de afastar competidores que pretendiam entrar no mercado de serviços postais, diminuindo por tanto, a concorrência potencial que a *Royal Mail* poderia enfrentar.

Ainda no Reino Unido, a autoridade de concorrência (CMA) local, após conduzir uma investigação detalhada no mercado de cimentos, decidiu em 2012 proibir o envio, por parte das empresas do setor, de cartas genéricas aos consumidores contendo anúncio de preços a serem praticados. Por meio de acordo, ficou consignado que cartas contendo anúncio de preços deveriam ser específicas com detalhamento dos preços antigos e novos, além da descrição de eventuais outras cobranças aplicadas ao consumidor destinatário da carta.

Os anúncios públicos também foram considerados ilícitos pela Comissão Europeia em investigação relacionada ao mercado de transporte marítimo de carga (*container liner shipping*), iniciada em 2013 e concluída em 2016. A autoridade europeia entendeu que os anúncios públicos dos valores de frete a serem cobrados futuramente, feitos periodicamente pelas transportadoras em seus *sites* ou via imprensa, tinham o efeito de sinalizar aos concorrentes as respectivas

7) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; 8) informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); 9) planos de aquisições futuras; e 10) estratégias competitivas, etc.

674 <https://www.catribunal.org.uk/judgments/12991318-royal-mail-plc-v-office-communications-judgment-2019-cat-27-12-nov-2019>

estratégias comerciais. A Comissão Europeia não identificou ganhos relevantes para os consumidores finais, na medida em que as informações publicadas não eram úteis a eles da forma apresentada. As transportadoras celebraram acordo para encerrar o processo, interrompendo a conduta⁶⁷⁵.

Nos Estados Unidos⁶⁷⁶, há um número limitado de casos relacionados a anúncios públicos unilaterais, sendo que na grande maioria deles houve acordo. Por exemplo, em 2010, o Federal Trade Commission (FTC) entendeu que a estratégia comercial adotada pela empresa *U-Haul International* no mercado de aluguel de caminhões, de aumentar os seus preços, incentivar o aumento de preços de concorrentes, e ameaçar abaixar novamente os seus preços caso concorrentes não fizessem o mesmo, poderia resultar em um menor grau de concorrência no setor.

Em outro caso envolvendo publicidade de anúncios em jornais no mesmo ano, o CEO da empresa *Valassis Communications*, listada em bolsa, sabendo que seu concorrente estaria acompanhando conferência telefônica, anunciou nova estratégia de aumento de preços sem qualquer justificativa comercial legítima. Na ocasião, o FTC concluiu que a empresa pretendeu viabilizar um conluio por meio do anúncio.

Estes casos ilustram, portanto, que a preocupação externada pelo Cade no caso recentemente anunciado é também uma preocupação de outras autoridades, o que gera ainda mais riscos a associações de classe e empresas que percebem valor na comunicação pública de informações que são sensíveis do ponto de vista da concorrência.

O processo administrativo de Sindicombustíveis/DF revela que o Cade está acompanhando de perto, com interesse, os anúncios

675 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2446;
<https://www.gov.uk/government/news/cma-publishes-final-cement-price-announcement-order>

676 <https://www.oecd.org/daf/competition/UnilateralDisclosureofInformation2012.pdf>
<http://www.ftc.gov/os/caselist/0810157/100720uhaulcmpt.pdf>; <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008c4160ValassisDecisionandOrder.pdf>

públicos de preços. O fato de os anúncios públicos terem diferentes formatos, conteúdos e extensão faz com que o Cade, nos precedentes existentes até aqui, não tenha respondido todas as perguntas que surgem, deixando importante espaço para debate.

As investigações do Cade referentes a anúncios públicos têm se concentrado, ainda, nas manifestações realizadas por líderes de associações e sindicatos. Pela atuação das autoridades europeias e norte-americana, nota-se, contudo, que o escrutínio dos anúncios públicos já chegou no nível da empresa. Novos desdobramentos tendem a surgir ao longo dos anos, de modo que empresas, associações e sindicatos devem ser cautelosos antes da realização de anúncios públicos.

A PRIMEIRA CONDENAÇÃO DE ACORDOS HUB-AND-SPOKE NO BRASIL E SUA SINALIZAÇÃO ANTITRUSTE

Publicado originalmente em: *Portal Migalhas* 31/05/2023.

Amanda Athayde

Sofia de Medeiros Vergara

Em 12 de abril de 2023 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) condenou um acordo entre concorrentes conhecido como “hub-and-spoke”. Mas afinal, o que é um acordo hub-and-spoke?

Conforme o relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre hub-and-spokes, publicado em novembro de 2019, o referido arranjo é caracterizado por um acordo entre concorrentes de um mercado (“spokes” ou “raios”) coordenado por intermediários verticalmente relacionados (“hub”), através da troca de informações. O grande diferencial do cartel hub-and-spoke para o cartel tradicional está na falta de comunicação direta e horizontal entre os concorrentes, havendo, pelo contrário, uma comunicação indireta, permitida pelas trocas bilaterais dos concorrentes com um player comum externo ao mercado.

Segundo ATHAYDE, acordos hub-and-spoke são também chamados acordos de coordenação de A, B e C, e dizem respeito à situação em que informações concorrencialmente sensíveis são passadas entre duas ou mais empresas que operam no mesmo nível da cadeia de produção/distribuição (entre B e C) por meio de um parceiro comum, operando a um nível diferente da produção/distribuição (A).⁶⁷⁷ Nesta configuração, passam a existir acordos horizontais entre os que operam no mesmo nível, facilitado pela empresa atuante no

⁶⁷⁷ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica* Ed. Singular: São Paulo, 2017. p. 228.

outro nível da cadeia.⁶⁷⁸ Em arranjos anticompetitivos como este, o foco central do problema é a troca de informações comercialmente sensíveis, que, mesmo quando realizada por meio de um terceiro intermediário, pode ser comparada à troca direta de informações.

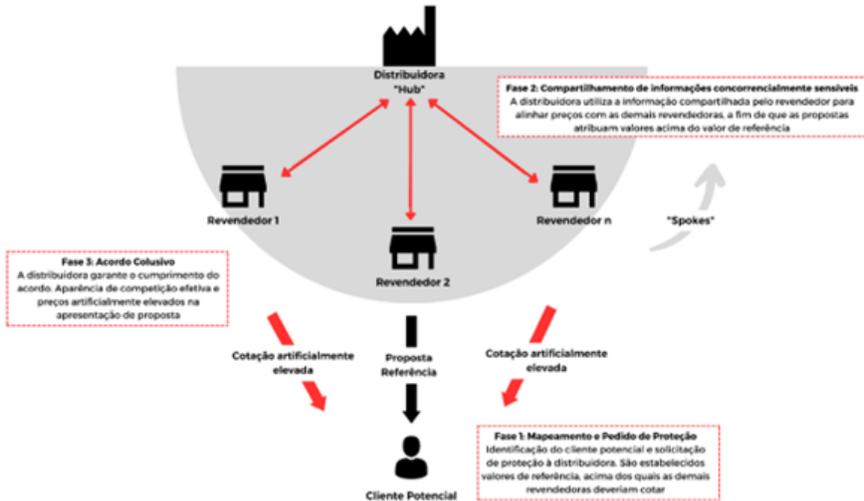
Nesse contexto, a Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE), que instaurou o referido caso condenado em maio de 2023, sinalizou que “o arranjo hub-and-spoke nada mais é do que uma modalidade de cartel em que uma determinada empresa funciona como ponto focal (“hub”) organizador da colusão (“rim” ou aro) entre empresas, à jusante ou à montante (“spokes”), através de relações verticais”.⁶⁷⁹ Assim entendeu o Conselheiro Relator Luiz Augusto Hoffmann, ao apontar que a conduta imputada consistiu em acordo anticompetitivo entre revendedores de lousas digitais e projetores de uma marca (“spokes”), que eram distribuídos por outras empresas (“hubs”), visando a fraudar o caráter competitivo do mercado de licitações e vendas privadas. O *modus operandi* do acordo em questão dividia-se em três fases, quais sejam: (i) mapeamento e pedido de proteção, na qual uma revendedora comunica-se com a distribuidora a fim de solicitar proteção de um cliente potencial; (ii) proteção e compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis com os demais revendedores, na qual a distribuidora solicitava às demais revendedoras que fixassem preços mais altos do que a oferta inicial para aquele cliente mapeado; (iii) acordo colusivo, na qual a distribuidora garantia o cumprimento do acordo, mantendo os preços artificialmente elevados e impedindo a redução na cotação dos seus produtos.

Logo, identificados os elementos para sua caracterização, o Tribunal do CADE entendeu que a conformação em questão tratava de um cartel hub-and-spoke, ressaltando a semelhança entre o *modus*

678 Uruguai. Comisión de Promoción y defensa de la Competencia. N. 18/2010 - Mercado de Alimentos Congelados. 2014. Disponível em: https://www.mef.gub.uy/innovaportal/file/9847/1/20140820_resolucion_80-14.pdf. Acesso em: 8 nov. 2015.

679 Nota Técnica 56 (SEI 079489). Processo Administrativo nº 08012.007043/2010-79. Publicada em 19.08.2020.

operandi da conduta e a teoria hub-and-spoke, como se pode verificar da imagem abaixo:



(Imagem: Fonte: Elaborado pelas autoras (2023))

Este foi, de fato, o primeiro caso condenado com base na teoria hub-and-spoke. Antes, já houve investigações no CADE que usaram essa teoria como pano de fundo, mas nunca como elemento central e decisivo para a condenação. Em dois processos decididos pelo Tribunal do CADE no mercado de revenda de combustíveis, um em Joinville/SC (PA nº 08700.009879/2015-64), julgado em maio de 2021, e o outro na região metropolitana de Belo Horizonte/MG (PA nº 08700.010769/2014-64), julgado em abril de 2019⁶⁸⁰, a SG/CADE e a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCade) já tinham apontado possíveis indícios de configuração de um cartel hub-and-spoke. Em ambos os casos foram apontados indícios de elementos constitutivos do intercâmbio indireto de informações estratégicas entre concorrentes, com participação das distribuidoras, sindicato e de revendedores de combustíveis. Entendeu-se que a pulverização do mercado de revenda

680 VERGARA, Sofia de Medeiros. Cartéis hub-and-spoke: o que são, quando estão configurados e como enquadrá-los? Uma análise da experiência estrangeira e nacional em termos quantitativos e qualitativos.

representaria uma dificuldade para a coordenação horizontal, de modo que a atuação de agentes não participantes e externos ao mercado seria essencial para o funcionamento do acordo colusivo. Tais práticas poderiam ser abrangidas, em tese, pelo conceito de cartel hub-and-spoke.

Não obstante a temática dos cartéis hub-and-spoke ter sido travada nesses dois casos anteriores, o Tribunal entendeu, à época, haver muita discussão teórica em torno do tema e pouca jurisprudência sedimentada sobre o padrão de prova necessário para a caracterização desse ilícito, e concluiu não ser “necessário discutir se a dinâmica de estruturação do cartel se deu ou não no formato de um cartel hub-and-spoke”⁶⁸¹

Além dos casos mencionados acima, o Tribunal do CADE também iniciou, na sessão ordinária do dia 24 de maio de 2023, o julgamento do Processo Administrativo nº 08700.005639/2020-58, que tem como objeto de investigação suposto cartel nos mercados de revenda de combustíveis no oeste de Santa Catarina. Conforme apontou a Superintendência Geral, o cartel em questão operava através de um intermediário pessoa física, entendido como representante informal de distribuidora de combustíveis (“hub”), em decorrência de relação direta de parentesco deste com um dos sócios. O intermediário operacionalizava o compartilhamento de informações entre os revendedores locais de combustíveis (“spokes”). O caso foi remetido ao Tribunal Administrativo com recomendação de condenação de todos os representados, observada a existência de uma colusão do tipo hub-and-spoke.

Durante a sessão de julgamento, o Conselheiro Relator Luis Henrique Bertolino Braido apontou que, apesar da SG ter entendido se tratar de um cartel hub-and-spoke, coordenado pela distribuidora, o fato de o intermediário possuir relação de parentesco com a distribuidora seria insuficiente para caracterizar envolvimento da empresa. Assim, afirmou não ter ficado convencido da existência de

681 Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende, SEI 0580229. Processo Administrativo. Publicado em 15.04.2019.

uma conformação do tipo hub-and-spoke, votando pelo arquivamento do processo em relação a distribuidora. Observa-se que o caso em questão trava uma discussão interessante sobre o conjunto probatório necessário para a caracterização de um cartel hub-and-spoke. O processo está atualmente suspenso em razão de pedido de vista do Conselheiro Gustavo Augusto, que citou a ausência de um aprofundamento jurisprudencial sobre o tema como justificativa para o pedido.

Outra autoridade antitruste que condenou, recentemente, um cartel hub-and-spoke, foi a Autoridade da Concorrência (AdC), de Portugal. Em 26 de abril de 2023, a AdC aplicou multas às empresas Auchan, Modelo Continente, Pingo Doce (concorrentes) e à JNTL Consumer Health Portugal (fornecedora), por acordo no mercado de cosméticos e higiene pessoal, produtos fornecidos pela JNTL, durando cerca de 15 anos. De modo similar ao que se viu no caso julgado pelo CADE, a AdC entendeu que a empresa fornecedora teria adotado comportamentos com o objetivo de fixar preços de varejo em seus supermercados, prejudicando a concorrência através do compartilhamento de informações por meio de fornecedor comum, sem necessidade de comunicação direta. Concluiu também que tais práticas eliminam a competição e retiram a opção do consumidor por melhores preços.

Trata-se de atuação da AdC que continua reconhecendo colusões hub-and-spoke no mercado de supermercados, que desde 2020 resultou em mais de uma dúzia de processos e multas aplicadas a seis cadeias de supermercados e fez fornecedores⁶⁸². A investigação concluiu que as redes de supermercados teriam estabelecido contato através de um terceiro fornecedor, afastando a necessidade de comunicação direta e garantindo o alinhamento de preços.⁶⁸³

682 Autoridade da concorrência. AdC fines three supermarket chains and a product supplier for price fixing. Publicado em 26.04.2023. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/en/articles/adc-fines-three-supermarket-chains-and-product-supplier-price-fixing>

683 The Portugal News. ?130 million in fines issued to Portuguese supermarket chains: The supermarkets were fined alongside Unilever, for taking part in a price fixing

As investigações e condenações por hub-and-spoke envolvendo o mercado varejista também são recorrentes na experiência internacional.⁶⁸⁴

A configuração de hub and spoke com o elo a jusante (distribuidor) sendo o hub foi verificada pela antiga OFT, no Reino Unido, no caso Tobacco, de 2010. A autoridade concluiu que cada fornecedor de cigarro possuía uma rede de acordos com cada varejista que permitia que os fornecedores se coordenassem para a definição dos seus respectivos preços no varejo. O arranjo entre os fornecedores e os varejistas era sobretudo contratual, com cláusulas que podiam definir a paridade de preços (ex.: o preço do cigarro da marca A deveria ser o mesmo preço do cigarro da marca B) ou parâmetros de diferenciação (ex.: o preço da marca A deveria ser x% menor do que o preço da marca C, ou o preço da marca A deveria ser no máximo z% mais caro do que o preço da marca D). Assim, por meio de contratos - que foram avaliados como paralelos e simétricos -, os fornecedores A, B, C e D conseguiam trocar informações comercialmente sensíveis, sendo o varejista responsável pelo monitoramento e consequente alinhamento dos preços. Nesse sentido, na hipótese de um fornecedor, por exemplo, aumentar seu preço, já era possível antecipadamente prever o comportamento dos concorrentes no mercado, dadas as cláusulas de paridade ou com parâmetros de diferenciação dos preços. O resultado desse arranjo, segundo o OFT, teria sido similar àquele obtido por uma coordenação horizontal entre concorrentes. Nesse caso, portanto, o hub foi o varejista e os spokes foram os fornecedores.

Similarmente, no Uruguai, a Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia⁶⁸⁵ condenou, em 2014, quatro fornecedores de comidas congeladas pela adoção coordenada de preços mínimos de revenda que eram monitorados com o auxílio do varejista Supermercados Disco

scheme over the course of a decade. Publicado em 10 de junho de 2022.

684 ATHAYDE, Amanda. Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica Ed. Singular: São Paulo, 2017. p. 228.

685 STEINER, R. L. The nature and benefits of national brand/private label competition. Review of Industrial Organization, 24, p. 105-127, 2004.

del Uruguay S.A. O varejista, nesse caso, atuava como o coordenador (“hub”) do acordo entre os fornecedores (“spokes”).

Em maio de 2016, a corte federal na Austrália também condenou um cartel do tipo “hub-and-spoke” entre fornecedores e varejista.⁶⁸⁶ Naquele caso, os fornecedores de detergentes Colgate-Palmolive, Unilever e Cussons acordaram em trocar informações confidenciais e sensíveis relacionadas ao preço dos seus respectivos produtos e também a conjuntamente alterar a oferta dos seus produtos (de detergentes “standard-concentrate” para aqueles “ultra-concentrate”). A troca de informações que afetou o mercado foi facilitada pela atuação dos Supermercados Woolworths and Coles.

Por sua vez, a configuração de hub and spoke com o elo a montante (fornecedor) sendo o hub, a aplicação dessa teoria dos cartéis “hub and spoke” no varejo supermercadista já foi realizada pela antiga OFT, no Reino Unido, em 2011, no caso Dairy retail price initiatives. A autoridade antitruste condenou a prática anticompetitiva de troca indireta de informações sobre intenções de preço dos varejistas por meio de um ou mais fornecedores, configurando hipótese de colusão entre varejistas. A autoridade verificou que os principais varejistas do país (Asda, Safeway, Sainsbury e Tesco) se coordenavam por meio da troca indireta de informações entre seus fornecedores (como Dairy Crest, Glanbia, McLelland e Wiseman). Naquele caso, o varejista A passava informações para o fornecedor B, prevendo que esse mesmo fornecedor usaria essa informação para influenciar condições de mercado com outros varejistas. Assim, o fornecedor B, de fato, passava tais informações para o varejista C, em circunstâncias em que C estava consciente - ou poderia razoavelmente prever - de que as informações eram oriundas do varejista concorrente A. Assim, C usava essa informação para balizar suas decisões sobre preços futuros no varejo. Trata-se, portanto, de hipótese em que o “hub” é o fornecedor e os “spokes”, os varejistas.

686 Austrália. Australian Competition and Consumer Commission v Colgate-Palmolive Pty Ltd (No 2) [2016] FCA 528 (16 May 2016). Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCA/2016/528.html>. Acesso em: 8 out. 2016.

Na Bélgica, por sua vez, a Autorité Belge de la Concurrence condenou, em junho de 2015, sete varejistas (Carrefour, Colruyt, Cora, Delhaize, Intermarché, Makro e Mestdagh) por coordenarem preços de venda de diversos produtos de drogaria, higiene e perfumaria, com o auxílio de diversos fornecedores (Beiersdorf, Bolton, Belgium Retail Trading, Colgate-Palmolive, D.E HBC Belgium, GSK, Henkel, L'Oréal, Procter & Gamble, Reckitt Benckiser e Unilever), entre 2002 e 2007. Novamente, os varejistas atuaram como “spokes” e os fornecedores como “hubs” no cartel, viabilizado por meio da troca de informações entre os agentes.

No Chile, a Fiscalía Nacional Económica (FNE)⁶⁸⁷ investigou supostos acordos de preço entre as cadeias varejistas Walmart, Cencosud e SMU, auxiliados por fornecedores de carne de frango⁶⁸⁸. Os varejistas teriam atuado como “spokes” e os fornecedores como “hubs” no cartel, que teria durado de 2008 a 2011. A investigação iniciou-se no mercado de frangos, e envolveu os fornecedores Agrosuper, Ariztía, Don Pollo e a Associação de Produtores de Aves do Chile, que sofreram busca e apreensão em 2011. Foram então encontradas evidências de que os supermercados implementavam prática concertada e se utilizavam dos fornecedores para monitorar e detectar o descumprimento do acordo de preços com o outro supermercado. Na justificativa para o prosseguimento das investigações, apontou-se que “a supressão da vontade individual de dois ou mais agentes concorrentes e sua

687 Chile. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/chile-cencosud-y-wal-mart-acusados-por-coludirse-en-precios-de-pollo/>. Acesso em: 23 jun. 2016.

688 Conforme mencionado anteriormente, os produtos de marcas independentes precisam superar pelo menos duas dificuldades para alcançar sucesso no mercado: acesso aos supermercados e aceitação dos consumidores finais. O acesso a uma rede de distribuição é condição sine qua non para um negócio viável do fabricante, para que assim possa alcançar um número suficiente de consumidores finais. Ademais, a aceitação do produto pelos consumidores finais depende não apenas de suas características intrínsecas, mas também de diversas outras variáveis (como preço, apresentação e marketing) que são controladas pelos supermercados dentro da loja. Assim, a superação de ambas essas dificuldades depende do relacionamento dos fornecedores com os supermercados, o que dá, a estes, significativo poder no mercado e torna os supermercados gargalos quase que intransponíveis à concorrência entre produtos de marcas independentes.

substituição por uma vontade coletiva unificadora das decisões é, em sede do Direito da Concorrência, considerado como um ‘acordo’, independentemente do modo em que é manifestado”.⁶⁸⁹

Em janeiro de 2016,⁶⁹⁰ a Fiscalía apresentou parecer solicitando ao Tribunal de Defensa de la Competencia que condenasse os varejistas à multa máxima contemplada na lei para casos de colusão (equivalente a US\$ 22,9 milhões). O caso chegou na Suprema Corte Chilena, tendo sido encerrado em 2020, com decisão unanime pela aplicação de penalidades às redes de supermercado pela participação em colusão hub-and-spoke⁶⁹¹.

Verifica-se, portanto, uma retomada dos debates sobre carteis hub-and-spoke não apenas em âmbito nacional, como também no âmbito internacional. Apesar de ainda ser um assunto relativamente novo, principalmente nos países aqui abordados, cada vez mais vai se formando uma teoria coerente e jurisprudência consolidada acerca do conjunto probatório necessário para o reconhecimento desse tipo de conduta colusiva.

Embora as teorias aplicadas nos julgados analisados possam divergir quanto à nomenclatura (carteis hub-and-spoke ou acordos de coordenação de A, B e C), ou mesmo sobre os requisitos necessários para sua configuração, o ponto em comum entre todas é justamente o compartilhamento de informações sensíveis através de uma estrutura verticalizada. Ademais, verificou-se também uma prevalência

689 Chile. Fiscalía Nacional Económica (FNE). Disponível em: <http://compemedia.org/chile-fne-acusaria-a-cencosud-walmart-smu-y-tottus-por-colusion.html>. Acesso em: 8 nov. 2015. “la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un ‘acuerdo’, cualquiera sea el modo em que éste se manifieste”.

690 BORGHESANI JR., William H.; CRUZ, Peter L. de La; BERRY, David. Food for thought: the emergence of power buyers and its challenge to competition analysis. *Stan. JL Bus. & Fin.*, v. 4, p. 61, 1998.

691 FNE. Chilean Supreme Court fines three main supermarket chains for fixing a minimum price on fresh poultry meat. 2020. Disponível em: <https://www.fne.gob.cl/en/corte-suprema-condena-a-cencosud-smu-y-walmart-por-colusion-en-el-mercado-de-la-carne-de-pollo-fresca-y-duplica-multa-impuesta-por-el-tdlc-con-sancion-total-de-us-21-millones/>

desse tipo de colusão no mercado downstream, principalmente nos mercados varejistas e de revenda, com coordenação dos respectivos fornecedores e/ou distribuidores.

Nesse cenário, a experiência internacional se coloca como um importante parâmetro para guiar as discussões no âmbito do CADE, tendo sido citada não apenas no caso recém-julgado pelo Tribunal, mas também introduzida nas manifestações da ProCade e SG nos dois outros casos mencionados. Resta-nos aguardar o julgamento de casos similares, a fim de obter um quadro mais completo de como o CADE pretende enfrentar tais desafios.

**DOING THE MATH OF CARTELS: UNPUZZLING
ORGANIZED CORPORATE CRIMES**

**A MATEMÁTICA DOS CARTÉIS: DESFAZENDO O QUEBRA-
CABEÇA DOS CRIMES CORPORATIVOS ORGANIZADOS**

Publicado originalmente em: *Portal SSRN em 11/05/2022*

Amanda Athayde

Bruna Piazero

Priscila Craveiro

João Victor Freitas

Luiz Guilherme Ros

ABSTRACT: To assess whether one or more cartel violations have taken place in real life investigations is not an easy task. Are there any parameters to determine whether collusive behaviors are multiple or single infringements, when those organized corporate crimes seem intertwined like a puzzle? Based on the international literature and on a review of the experience of the United States and of the European Union, this paper aims to scrutinize the ten parameters developed by some scholars to unpuzzle those organized corporate crimes. The “Car Wash Operation”, which uncovered a large corruption and cartel scheme in Brazil, is a live example of difficulty to understand if the investigation concerns one single cartel or multiple separate cartels. By an empirical analysis of all public proceedings related to the Car Wash Operation at the Antitrust Authority in Brazil, it will be possible to understand if the ten parameters developed by the scholars were fulfilled or not in real life investigations.

KEY WORDS: collusion; cartel; multiple infringements; antitrust enforcement.

RESUMO: Existem parâmetros para determinar se comportamentos colusivos como os cartéis são colusões múltiplas ou únicas, quando esses crimes corporativos organizados parecem tão entrelaçados como um quebra-cabeça? Com base na literatura internacional e em uma revisão da experiência dos Estados Unidos e da União Europeia, bem como em investigações concretas, como a “Operação Lava-Jato” no Brasil, este trabalho propõe dez parâmetros para auxiliar os profissionais antitruste a tomar decisões sólidas à luz de fatos e evidências reunidas pela investigação. O principal objetivo é proporcionar segurança jurídica e previsibilidade, o que não anula a subjetividade inerente a esse tipo de análise, que de toda forma também deve se basear em critérios de razoabilidade, proporcionalidade e técnica.

PALAVRAS CHAVE: conluio; cartel; infrações múltiplas; lei de defesa da concorrência.

1. INTRODUCTION

Are there any parameters to determine whether collusive behaviors are multiple or single infringements when those organized corporate crimes seem intertwined like a puzzle? The antitrust experience in the United States and in Europe classify cartel practices as “chain” or “wheel” conspiracies⁶⁹², referencing violations whose implementation is continuous. In Brazil, authors such as ATHAYDE et al (2017)⁶⁹³ and COUTINHO and SAITO (2020) brought this discussion. Although generically applicable, such concepts might not suffice to assess whether one or more cartel violations have taken place in real-life investigations, such as in the “Car Wash Operation”, which

692 Grand Jury Practice Manual, of the United States Department of Justice Antitrust Division. 2011. VII-50.

693 The current work is based on the conclusions of the paper written by ATHAYDE, CRAVEIRO, and PIAZERA, (2017) and tries to analyze, based on the methodology proposed, how the Brazilian Antitrust Authority has dealt with the discussion of a single or multiple collusion in the Car Wash Operation.

uncovered a large corruption and cartel schemes in Brazil over the last years.

The current paper will develop upon the methodology proposed by ATHAYDE et al (2017). That methodology proposes ten parameters to support the decision-making process on the “single versus multiple infringement” dilemma. The parameters indicated were based on international literature and on a review of international experience.

To do so, this paper intends to scrutinize the position the Administrative Council for Economic Defense (CADE) is taking about multiple or single infringements in the context of the “Car Wash Operation”.⁶⁹⁴ It will be examined all public proceedings related to the Car Wash Operation at CADE⁶⁹⁵ to verify which of the ten parameters developed by the methodology proposed by ATHAYDE et al (2017) were fulfilled.

2. INTERNATIONAL EXPERIENCE ON SINGLE OR MULTIPLE INFRINGEMENTS

The existence of single or multiple infringements is a topic analyzed in several jurisdictions. This section aims to present the doctrine on the topic the USA and in Canada (II.1.), as well as the case law in USA. Additionally, it will be presented the judicial experience on single or multiple infringements in Europe (II.3.). The following analysis will explore approaches for this definition, such as the (i)

694 In Brazil, there is no academic research on the topic, so the authors understand that this is a relevant and contemporary issue to be discussed in the country. There is an enormous amount of cartel investigations conducted by the Brazilian Antitrust Authority – the CADE (Administrative Council of Economic Defense) - that may foster this discussion, especially in bid-rigging cartels, such as those in the broader frame of the “Operation Car Wash”. The “Operation Car Wash” is an ongoing investigation in Brazil conducted by the Federal Public Prosecutors and the Federal Police alongside with other government bodies, such as the Brazilian Antitrust Authority (CADE). It initiated as a money laundering investigation and was expanded to cover allegations of corruption and bid rigging. For official information, see: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/car-wash-case/car-wash-case-brasilia-april-2016.pdf>.

695 The final deadline of the analysis is March 21st of 2022.

nature of enterprise analysis; (ii) totality of circumstances analysis; (iii) single and continuous infringement.

The discussion about single or multiple infringement has several implications to Competition Authorities and also for those who are investigated. As mentioned by, COUTINHO and SAITO (2020) and taking into consideration the Brazilian perspective, when the competition authority deals with the discussion of single or multiple infringements in an investigation, they are also dealing with the possibility of subjecting the participant to multiple fines. In other words, if CADE defines certain collusive behavior as a single cartel, they can only apply a fine that, in the worst scenario, will impose the application of a penalty of twenty percent of the gross sales of the company. If CADE considers that it is not just one cartel, they might impose more than one fine on the participant and each fine could reach a maximum of twenty percent of the gross sales of the company. If we are dealing with three cartels initiated in the same year, for example, the fine imposed could reach sixty percent of the gross sales of the company.

Another important discussion, as mentioned by COUTINHO and SAITO (2020) refers to the possibility of adopting the definition of a single infringement can affect the calculation of the statute of limitations applicable to the case. In this scenario, adopting a single infringement theory could enhance the possibility of the antitrust authority to punish cartels that are affected by the statute of limitations.

Also, if the competition authority has a narrower view and is stricter when considering a single infringement, they will have the possibility to celebrate more agreements. However, the authority will concede the extinction of any punitive action of the public administration or reduction for more individuals and companies. On the other way, if the authority has a wider and lenient perspective about single infringement, the fewer agreements they will celebrate, but also the fewer rewards they will concede for the participants.

That is why is so relevant that the administrative authority has a determined view of when they are dealing with single or multiple

cartels and can provide legal certainty for those who eventually engaged in the wrongdoing. Taking that into consideration, it is important to expose how the different authorities deals with this dilemma.

2.1. THE U.S. AND CANADA'S DOCTRINE ON SINGLE OR MULTIPLE INFRINGEMENTS

In the U.S., scholars and courts have discussed the problem of distinguishing single from multiple collusion when assessing multiple charges for conspiracy. The so-called “single versus multiple conspiracies” dilemma is a useful starting point for the single versus multiple cartels problem. In general, conspiracy is understood as an agreement between two or more persons aiming the commitment of a crime⁶⁹⁶. In this sense, a conviction for conspiracy is only possible if prosecutors prove that, with a certain extension and aiming a criminal goal, an agreement among the defendants had taken place with a common goal.

MARCUS (1992) discusses the complexity of conspiracy cases when considering the increasing number of defendants and complex evidentiary issues arising during trials. COHEN (1974) explains that wrongly determining whether a certain case is a single or multiple conspiracy is detrimental to defendants' rights in both ways. If a case is prosecuted as a single conspiracy case and the court ultimately finds out it is actually a multiple conspiracy case, there are problems involving variance and prejudicial joinder. On the other hand, if multiple conspiracies are prosecuted as a single conspiracy, there is a violation of double jeopardy protection. The existence of multiple goals in a conspiracy and the quality of evidence gathered by prosecutors also put challenges on the decision made by prosecutors (COHEN, 1974; GROBERMAN, 1982).

696 SACHAROFF (2016) advocates for a definition of criminal conspiracy based on a contractual notion, where co-conspirators exchange promises to commit a crime.

Looking into the U.S. experience, it is possible to identify at least three different propositions on the single versus multiple conspiracies problem. The first approach, proposed by GALVIN and VENOKOUR (1975), is the **nature of the enterprise analysis**, which states that a single agreement took place if the various links uncovered had knowledge of the greater enterprise and if there is a relation of dependence among those parts and the global criminal enterprise. This approach however risks leading to legal fictions resulting in culpability-by-association convictions (GROBERMAN, 1982; MINNESOTA LAW REVIEW, 1981).

The second approach is the **totality of the circumstances analysis** where courts rely on the following elements to make a decision: (a) the number of alleged overt acts in common, (b) the overlap in personnel, (c) the period during which the alleged acts took place; (d) the similarity in methods of operation; (e) the locations in which the alleged acts took place; (f) the extent to which purported conspiracies have a common objective and (g) the degree of interdependence needed for the overall operation to succeed. GROBERMAN (1982) criticizes the totality of the circumstances analysis for being too vague, stating that courts should count on a more definitive test.

THEIS (1996), addressing the variance and double jeopardy concerns involved in multiple charges for conspiracies, criticizes the use of multi-factor analysis for not being tied to any standard, relying on factors that are not material elements of the offense. The author states that, instead, courts should focus on answering the question on whether the defendant entered into one essential agreement or two.

In this sense, when dealing with bid riggings conspiracies it seems necessary that there is an organized and temporal-based structure with permanent action to promote market division and price-fixing between competitors. In the absence a common objective in a certain time-period, the existence of prior strategic planning that allows the priority identification of the extension of different bids, it seems to be difficult to precise the existence of a single conspiracy.

The third approach, proposed by GROBERMAN (1982), is the **guilt based on the culpability**. By such proposition, the author states

that being part of an agreement should mean more than having knowledge or even knowledge coupled with dependence. According to GROBERMAN (1982), a conviction is only possible after demonstrating the defendant had an active role in promoting the object of the agreement.

Moreover, the single versus multiple conspiracies dilemma may also lead to unlawful re-prosecution when prosecutors carve up a specific set of facts belonging to a broader conspiracy and bring it before courts as a single and autonomous conspiracy. The “same evidence test”⁶⁹⁷ then may not suffice to grant protection against abusive prosecution. Since the accusation can vary its narratives to extract several conspiracies out of a single conspiracy, isolating pieces of evidence, the above-referred test would keep defendants unprotected. For that reason, the “same transaction test”⁶⁹⁸ was developed as a strategy to avoid a new prosecution. However, applying such test may only result in mandatory joinder without necessarily avoiding an illegal prosecution for multiple conspiracies in place of one (MINNESOTA LAW REVIEW, 1981).

2.2. U.S. CASE LAW ON SINGLE OR MULTIPLE CONSPIRACIES

In the U.S., the discussion of “single v. multiple conspiracies” is not recent. For instance, the Grand Jury Practice Manual (therefore “Manual”) of the Antitrust Division of the Department of Justice (DOJ)⁶⁹⁹ provides guidelines for considering the existence of a single

697 The “same evidence test” was adopted by the U.S. Supreme Court in *Blockburger v. United States* (1932), when the Court held that in order to define whether a single conduct consisted of the violation of different statutory provisions, one must look into whether there are different requirements of “proof of a fact” for each provision (DURELL, 1978).

698 The “same transaction test” consists of blocking further prosecutions for crimes emerging from a “transaction” (a specific set of facts) for which the defendant has already faced trial (Minnesota Law Reveiw, 1981).

699 The Grand Jury Practice Manual of the Department of Justice Antitrust Division consists in a single up-to-date source of legal and procedural guidelines for the exercise of Grand Jury responsibilities.

conspiracy or multiple conspiracies. According to the Manual, because of the secret nature of criminal conspiracies, the proof of the existence of an illegal agreement usually depends on circumstantial evidence. Also, according to the Manual, whether to charge the defendants' infringement as a single conspiracy or as multiple conspiracies may be difficult to assess, primarily because it is a mixed question of law and fact. In general, the final charging decision rests on an analysis of the facts. The Manual suggests that regardless of the definition adopted by the authority in a particular case (either considering the conspiracy as single or multiple), the decision is likely to be questioned.

In this context, US courts⁷⁰⁰ have used the “totality of the circumstances test”⁷⁰¹ to define whether the object of analysis is consistent with a single conspiracy or whether there are multiple conspiracies. This test attempts to list the main factors that must be taken into account before making a decision regarding the criminal charge: (1) the number of alleged overt acts in common, (2) the overlap in personnel, (3) the time period during which the alleged acts took place, (4) the similarity in methods of operation, (5) the locations in which the alleged acts took place, (6) the extent to which the purported conspiracies share a common objective, and (7) the degree of interdependence needed for the overall operation to succeed.

In *Braverman v. United States* (1942)⁷⁰², Braverman and other defendants were charged for several separate violations of tax laws for illegally manufacturing and distributing alcoholic beverages. The Court found that there was a **single continuous agreement** between

700 Some of the cases described in this paper to present the US court experience are the following ones: *Braverman v. U.S.*, 317 U.S. 49 (1942); *Kotteakos v. U.S.*, 328 U.S. 750, 750 (1946); *Blumenthal v. U.S.*, 332 U.S. 539, 541 (1947); *U.S. v. Palermo*, 410 F.2d 468, 469 (7th Cir. 1969); *U.S. v. Varelli*, 407 F.2d 735, 739 (7th Cir. 1969); *U.S. v. Licausi*, 413 F.2d 1118 (1969); *State v. Louf*, 314 A.2d 376, (1973); *U.S. v. Richerson*, 833 F.2d 1147, 1153 (5th Cir. 1987); *U.S. v. Ghazaleh*, 58 F.3d 240, 245 (6th Cir. 1995); *U.S. v. Maliszewski*, 161 F.3d 992, (1998).

701 *Recent cases have used a “totality of the circumstances” test to resolve the single/multiple conspiracy question. This test requires the consideration of all of the available evidence to determine whether there is one conspiracy or several.* Grand Jury Manual, 1991, p. VII-54.

702 See *Braverman v. United States*, 317 U.S. 49 (1942).

the individuals to commit all the infringements for which they were indicted.⁷⁰³ The Supreme Court upheld the ruling stating that a single continuous offense had taken place. According to the Braverman rule, the number of conspiracies equals the number of agreements. The terms of a given agreement however are usually inferred from the evidence brought to trial and it is not uncommon that criminal conspiracies are drawn over blurred lines.

In *United States v. Palermo*⁷⁰⁴, 1969, the defendants, including the CEO Nick Palermo, were indicted for conspiring to violate the Hobbs Act⁷⁰⁵, by forcing some construction company to subcontract Palermo's company in all his construction projects. The court ruled that there was a general agreement involving Palermo and others to extort money and even though the incidents took place across the years given the single goal was to extort him as much money as possible. Thus, this case was treated as a **single conspiracy**.

In *United States v. Ghazaleh*⁷⁰⁶, 1995, Reda Gazaleh and 10 others were charged of conspiring to possess contraband with the intent to distribute. The defendant claimed that the evidence showed that there were two conspiracies: a Chicago-Lexington conspiracy and a Tampa-Lexington conspiracy. The Court ruled that the co-perpetrators were involved in a single conspiracy for the general purpose of cocaine and marijuana distribution in Lexington, Kentucky, and the fact that the defendant had two drug suppliers, one in Chicago and one in Tampa, did not alter its **single conspiracy** nature.

703 *The scope of a conspiracy is determined by what the parties agreed to do rather than by how many overt acts were involved or what the objects of the agreement might have been.* Grand Jury Manual, 1991, p. VII-49

704 See *U.S. v. Palermo*, 410 F.2d 468, 469 (7th Cir. 1969). Available at: <https://casetext.com/case/united-states-v-palermo-2>

705 The Hobbs Act establishes: “Whoever in any way or degree obstructs, delays, or affects commerce or the movement of any article or commodity in commerce, by robbery or extortion or attempts or conspires so to do, or commits or threatens physical violence to any person or property in furtherance of a plan or purpose to do anything in violation of this section shall be fined under this title or imprisoned not more than twenty years, or both”. Interference with Commerce by Threats or Violence, 18 U.S.C. § 1951 (2017)

706 See *U.S. v. Ghazaleh*, 58 F.3d 240, 245 (6th Cir. 1995). Available at: <https://casetext.com/case/us-v-ghazaleh>

In *Kotteakos v. United States*⁷⁰⁷, 1947, the Supreme Court discusses the “hub-and-spoke conspiracy” in a non-antitrust case. One of the defendants (hub) helped all others (spokes) to defraud loans from the Federal Housing Administration using false and fraudulent information. There was no evidence that any of the spokes knew that the others existed. Because of this lack of interdependence and knowledge between agents (rim requirement), except for the hub, the Court understood that there was no single conspiracy. The case was therefore treated as **multiple conspiracies**.

The Court reached a different conclusion in *Blumenthal v. United States*⁷⁰⁸, 1947. It has been proved that the intermediaries, though working independently, had a general knowledge of each other’s existence and were acting the same way. Therefore, it was ruled that all of them colluded in one **single conspiracy**.

More recently, *Toys “R” Us*⁷⁰⁹, 2000, articulated the legal standards for and popularized the use of the concept of an antitrust hub-and-spoke conspiracy. Responding to the emergence of low-priced warehouse clubs, in the late 1980s, Toys “R” Us (TRU) started aggressively negotiating vertical agreements with toy manufacturers pressing them not to deal with warehouse clubs. The US Federal Trade Commission (FTC) determined that these vertical agreements violated provisions of the Federal Trade Commission Act. It also concluded that “TRU organized and enforced a horizontal agreement among its various suppliers.” The FTC found that TRU “acted as the central player in the middle of what might be called a hub-and-spoke conspiracy, shuttling commitments back and forth between toy manufacturers and helping to hammer out points of shared understanding.” The Seventh Circuit affirmed the FTC’s determination that a hub-and-spoke conspiracy

707 See *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750, 750 (1946). Available at: <https://casetext.com/case/kotteakos-v-united-states-regenboge-v-same>

708 See *Blumenthal v. U.S.*, 332 U.S. 539, 541 (1947). Available at: <https://casetext.com/case/blumenthal-v-united-states-7>

709 *Toys “R” Us*, 126 F.T.C. (7th Cir.2000).

may be illegal *per se*, though the court did not use the term “hub-and-spoke” itself. The case was considered a **single conspiracy**.

Recent case law has established the “rim requirement” to prove a hub and spoke conspiracy as a single scheme involving all the spokes and the hub⁷¹⁰. Following the case law, what separates an unlawful conspiracy facilitated through vertical relationships from a lawful vertical agreement is proof of a horizontal agreement among competitors. Therefore, in hub-and-spoke conspiracies, the latter agreement is the “rim” that connects the spokes.

Specifically, in the scenario of antitrust infringements, the Antitrust Resource Manual of 2017⁷¹¹ reinforces the need to determine the scope of the conspiracy and the actors who participated in it. DOJ already foresees the difficulty in determining what constitutes the conspiracy, especially in price fixing and bid rigging cases.⁷¹²

710 ORBACH, Barak. Hub-and-Spoke Conspiracies. Arizona Legal Studies. Discussion Paper No. 16-11. See Toys “R” Us (7th Cir.2000), Dickson (4th Cir. 2002), PepsiCo (2nd Cir. 2002), The eBook Case (2nd Cir. 2015) and Guitar Center (9th Cir. 2015).

711 Manual of procedures to be adopted by prosecutors in pursuit of collusive practices at the local level, edited by the DOJ US Attorneys, and revised in 2017. Available at: <https://www.justice.gov/archives/usam/antitrust-resource-manual-7-elements-offense>

712 Concerning specifically the Antitrust Division’s Leniency Program, in a speech at the GCR Live Antitrust Law Forum, held on February 3, 2017, DOJ Deputy Assistant Attorney General, Brent Snyder, stressed out that it will be necessary to slow the process for determining the breadth of leniency to grant an applicant. The DOJ Antitrust Division would eventually need to take more time at the outset, when it receives the initial query on marker availability, to decide the appropriate scope of the affected market. In his opinion, a more careful analysis before granting the marker “prevents any risk of confusion or potential for delay that otherwise might take place” when broad markers are given. DOJ has stated that under these circumstances it will work with the companies to define the appropriate scope of a leniency marker. Available at: http://globalcompetitionreview.com/article/1080948/doj-takes-more-care-with-leniency-markers-says-acting-antitrust-head?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=7981978_GCR%20USA%20Headlines%2006%2F02%2F2017&dm_i=1KSF,4R2XM,NP6372,HU6AX,1

2.3. THE EUROPEAN JUDICIAL EXPERIENCE ON SINGLE OR MULTIPLE COLLUSIONS

In the European Union, this discussion is not entirely new either. The concept of “single and continuous infringement” enables the European Commission (E.C.) and national competition authorities in general to consider a series of infringements of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) under the same cartel charges. The establishment of a company’s participation and liability for the “single and continuous infringement” encompasses all anti-competitive behavior practiced by all parties involved in the single infringement, and attributes liability to all companies to an equal extent⁷¹³. The undertaking’s liability is limited to the duration of its participation in the cartel and the extent of its involvement, which is assessed only when calculating the fines.

In *Polypropylene*⁷¹⁴, 1986, the E.C. stated that fifteen petrochemical producers had set up a complex collusion aimed at controlling the price of polypropylene in Europe between 1977 and 1982. The Commission concluded that the infringements were connected by their common objective and the case was analyzed as a **single continuous infringement**. At the appeal, the General Court affirmed this finding, indicating that “those schemes were part of a series of efforts made by the companies in question, in pursuit of a single economic aim, namely, to distort the normal movement of prices on the market in polypropylene”⁷¹⁵. The Court considered the existence of a single infringement in a given period of time and involving a specific

713 Concurrences N° 4-2016. Article 10. P. Alexiadis, D. G. Swanson, A. Guerrero. Raising the EU evidentiary bar for the “single and continuous infringement” doctrine.

714 See Commission Decision of 23 April 1986 related to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 – Polypropylene) (86/398/ECC). Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986D0398&from=EN>

715 See *Anic Partecipazioni*, op. § 42. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0049&from=EN>

number of companies, “not only from an isolated act but also from a series of acts or from continuous infringement”⁷¹⁶.

In *Cimenteries CBR and others v Commission*⁷¹⁷, 1994, a **single and continuous general agreement** was demonstrated to the extent that “each party whose participation in the Cembureau agreement is established contributed, at its own level, to the pursuit of the common objective by participating in one or more of the implementing measures referred to in the contested decision”.

In *JFE Engineering Corp., formerly NKK Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. and Sumitomo Metal Industries Ltd v Commission*⁷¹⁸, 1999, the E.C. fined eight companies producing seamless steel tubes having committed a single and continuous infringement by entering into two agreements with competitors: one among European and Japanese manufacturers and another solely among European manufacturers. In its decision, the Commission first considered that the eight investigated companies had reached an agreement, which, inter alia, sought to ensure “mutual respect” for the allocated national markets. Under such agreement, each company was prevented to sell ordinary Oil Country Tubular Goods (OCTG) tubes and project pipelines for its competitors’ domestic markets.

When reviewing the investigation concerning the alleged cartel involving seamless steel tubes, the General Court decided that although there were parallel connected agreements and that the evidence showed all cartel members had or could have knowledge of the it. Additionally, all cartel members complied with the core rules of the agreement: the mutual respect for other members’ domestic markets. The Court ultimately ruled for **single violation** despite the existence of smaller groups within its dynamics.

Around 2000, the European Courts started narrowing its approach on the “single and continuous infringement” doctrine, especially

716 See *Anic Partecipazioni*, op. § 81. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/m=EN>

717 <http://curia.europa.eu/juEN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85319>

718 <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?texdir=&occ=first&part=1&cid=784635>

in cases where a cartel lasted for a long period and conditions and members varied.

In *Quinn Barlo v. E.C.*⁷¹⁹, 2006, the Court vacated a conviction for **single and continuous infringement** of the European Competition Laws⁷²⁰ given the evidence of limited participation it had in the collusion and the absence of an indication that the company was aware and consented to the broader goals pursued by other cartel members.

Discussions on the “single and continuous infringement” doctrine were also part of the decision’s rationale for *Trelleborg Industrie SAS and Trelleborg AB v Commission*⁷²¹, 2009, concerning a cartel in the marine hose market, in which the E.C. considered that a single and continuous infringement happened from 1986 to 2007. Trelleborg Industrie and Trelleborg AB challenged the decision before the General Court, which held that the Commission erred in classifying the infringement as continuous since there was no evidence of cartel activities from May 1997 to June 1999 and therefore continuity could not be presumed for this time lapse.

When reviewing the appeal, the Court confirmed Trelleborg Industrie committed a **single and repeated infringement** from April 1986 to 13 May 1997 and from 21 June 1999 to May 2007 and that Trelleborg AB committed a single and repeated infringement, from March 28, 1996 to May 13, 1997, and from June 21, 1999 to May 2007. The ruling considered the existence of evidence indicating a permanent cartel structure for the referred period.

In *Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall*⁷²², 2009, the E.C. concluded that the main suppliers of calcium and magnesium carbide for the steel and gas industries had infringed European Competition Laws and had participated in a **single and**

719 Court Decision (Third Session) from November 30, 2011. *Quinn Barlo Ltd, Quinn Plastics NV and Quinn Plastics GmbH against E.C.*. \$150.

720 Article 81 EC and Article 53 of the European Economic Area (EEA) Agreement.

721 Available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009TJ0147&lang1=en&type=TEXT&ancre=>

722 Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131702&pageIndex=0&doclang=EN&m10>

continuous infringement from 7 April 2004 to 16 January 2007. The Commission considered that even though the illegalities affected two markets and covered three products, they constituted a set of agreements and concerted practices which were linked in such a way as to constitute a single and continuous infringement. Defendants appealed.

The General Court rejected the appeal ruling that the appellant's reasoning was based implicitly on the premises that a single infringement could relate only to a product or, at most, to substitutable products, a view the Court rejected. The Court also ruled that the mere fact that separate meetings were held for each of the three products covered by the cartel would not be sufficient to rule out a single and continuous infringement, especially with meetings regarding one of them taking place immediately after those discussing another. Since none of the cartel participants sold all three of the products, the lack of meetings covering all products could be the result of practical reasons and not necessarily to the absence of a comprehensive cartel.

This evolution in the application of the doctrine by the E.C. led to the development of a new standard for a "single and continuous infringement", comprising three criteria, according to ALEXIADIS, SWANSON and GUERRERO⁷²³:

- I. **Same purpose or object.** It must be demonstrated that what might appear to be a different infringement has an object or purpose "identical" to the allegedly intended anti-competitive objectives, so that the various concerted practices and agreements detected in the investigation can be considered "a series of efforts by the undertakings concerned to achieve a single goal"⁷²⁴;

723 Concurrences N° 4-2016. Article 10. P. Alexiadis, D. G. Swanson, A. Guerrero. Raising the EU evidentiary bar for the "single and continuous infringement" doctrine.

724 Anic Partecipazioni, op. § 197

- II. Identical common goal behind different types of activity.** It is necessary to establish evidence that each company contributed, through its behavior, to the achievement of the common anti-competitive objective;
- III. Knowledge or science or risk assumption for the wider illegal practice.** It should be shown that each investigated company “was aware of the unlawful infringement of other participants or could reasonably have foreseen such infringement and was willing to accept the risk”⁷²⁵.

In this context, a study from 2014⁷²⁶ produced by Lexis Nexis, in partnership with the law firm Steptoe and Johnson LLP, draws from the E.C.’s case law the current criteria for single and continuous infringements. Initially, two basic elements for the correlation of infringements are identified: (i) objective correlation (existence of a global objective) and (ii) subjective correlation (awareness of participation in a larger conspiracy).⁷²⁷

Regarding the (i) **objective correlation** (existence of a global objective), two criteria are applicable. The first would be a correlation by identity, i.e. whether the infringements have identical characteristics. To do so, the following elements are assessed on whether they are identical or have identical natures: the objectives of the enterprise; the affected products and/or services; the participating companies; the rules of implementation; the geographic scope of the behavior;

725 Anic Partecipazioni, op. § 203

726 Lexis Nexis, in partnership with Steptoe and Johnson LLP. December 2014. Jean-Nicolas Maillard and Camille Keres. “Single Continuous Infringement”.

727 In the original: “According to the case-law, for a set of agreements and/or concerted practices to be regarded as an SCI, they must be interlinked by: an objective link, i.e. the existence of an overall objective, and a subjective link, i.e. the awareness as to the participation in a wider conspiracy.” “Where the conditions explained above are met, each undertaking may be held liable for the entire infringement (although, of course, its liability would be limited to the duration of its participation in the infringement), regardless of the extent of its involvement in it (which shall only be taken into account when determining the level of the fine).”.

and the timeline of the practices in question. The second criterion is correlation by complementarity, i.e. whether infringements are complementary in their nature, but not identical. In order to do so, each practice at issue is designed to address one or more aspects of the “normal pattern” of competition contributing to the achievement of a set of anticompetitive effects envisioned by those involved in a single anticompetitive plan⁷²⁸.

As for the (ii) **subjective correlation** (awareness of participation in a wider conspiracy), there are also two possible applicable criteria. The *first* concerns to the company’s intention to contribute with its own infringement to the overall objective sought by the collusion, which can be inferred based on at least one element of the infringement. Should a company have its participation limited to minor aspects of the infringement, it is still the case it is liable for the infringement perpetrated by its co-conspirators during the time it participated in the anticompetitive practice, since it would be aware of the unlawful acts of the other participants. The *second* refers to the company’s knowledge of the unlawful acts committed by the participants in pursuit of the same objective, or if that company could reasonably have foreseen that such wrongdoing. The mere predictability of unlawful acts committed by other participants satisfies this requirement. In this sense, for ending its liability for further illegalities, a company would have to openly and unambiguously distance itself from the cartel so that other participants know that it no longer supports the general objectives of the collusion.

3. A TEN PARAMETERS’ PROPOSAL FOR SINGLE OR MULTIPLE INFRINGEMENTS IN ANTITRUST LAW

To assess whether one or more cartel violations have taken place in real life investigations is not an easy task. The “Car Wash Operation”,

⁷²⁸ In *Gas Insulation Switchgear* (2007), the Court expressly excluded the need for the criterion of complementarity to be fulfilled.

which uncovered a large corruption and cartel scheme in Brazil⁷²⁹, is a live example of this attempt to unpuzzle organized corporate crimes. Considering the need for reliability and predictability in the decision-making process, this paper aims to verify, based on decisions and public proceedings related to the Car Wash Operation, which of parameters are being used to support the decision on the “single versus multiple infringement” dilemma. Also, it will be made a comparison of the parameters adopted and the ten parameters proposed by ATHAYDE et al (2017)⁷³⁰. The parameters are based on international literature and on a review of international experience.⁷³¹

729 In Brazil, in the context of civil and administrative proceedings, there is a set of legal provisions aiming to address situations where multiple facts are under discussion. In this sense, parallel lawsuits may be jointly adjudicated in case of connection and belongingness under Brazilian civil proceeding rules. Under Brazilian civil procedure laws, connection takes place when parallel lawsuits have the same cause of action and complaints. Under Brazilian civil procedure laws, belongingness takes place when parallel lawsuits have the same parties but one of them is greater in scope in such a way that the remaining ones can be deemed part of it. On the other hand, when there is an asymmetry among the facts under discussion dismemberment is a possibility for the civil, criminal and administrative spheres, which subsidizes the processing of accusations against the defendants as multiple infringements. In criminal law, it is possible to indicate two doctrines that can bring light to the question put under discussion: the notions of continuous crime and permanent crime. In fact, the Brazil's Competition Law directly mentions the existence of continuous and permanent practices in Article 46. We take the view that when continuity or permanence is identified, under the terms criminal law doctrine, the set of facts under discussion must be seen as a single violation. Notwithstanding, such parameters may not suffice to solve the single versus multiple violations dilemma. In such cases, the below mentioned parameters may be useful for interpreting the facts under the applicable law.

730 The current paper does not consider that CADE necessarily uses the ten parameters solely based on the methodology proposed by ATHAYDE et al (2017). However, as will be shown below, after the analysis of the administrative proceedings initiated by the Car Wash Operation, CADE has a similar methodology while facing this dilemma.

731 In Brazil, there is no academic research on the topic, so the authors understand that this is a relevant and contemporary issue to be discussed in the country. There is an enormous amount of cartel investigations conducted by the Brazilian Antitrust Authority - the CADE (Administrative Council of Economic Defense) - that may foster this discussion, especially in bid-rigging cartels, such as those in the broader frame of the “Operation Car Wash”. The “Operation Car Wash” is an ongoing investigation in Brazil conducted by the Federal Public Prosecutors and the Federal Police alongside with other government bodies, such as the Brazilian Antitrust Authority (CADE). It initiated as a money laundering investigation and was expanded to cover allegations

As seen above, there is almost a common sense in which the discussion of single or multiple infringements must be guided by objective parameters and subjective parameters, especially after the development of the doctrine of the Single and Continuous Infringement. In the absence of a common objective of the members of the practice in a certain time-period, the existence of prior strategic planning that allows the priority identification of the extension of the cartel, it seems to be difficult to precise the existence of a single conspiracy. In this sense, the existence of objective parameters (common objective) and subjective parameters (participation in a bigger practice) as a standard to precise when an infringement must be analyzed as a single or multiple practice seems a good starting point for a presumption.

Adopting parameters to define single or multiple infringements is quite relevant to give legal certainty to those who are been investigated by the competition authority. However, as mentioned by COUTINHO and SAITO (2020), the competition authority must carefully weigh the use of presumptions because they can be associated with “false positives” if they are not supported by evidence that proves the object of the accusation, beyond any reasonable doubt.

Also, the parameters proposed should not be considered as a *per se* rule. Because of that, the participants of the alleged practice must have the possibility to disprove the allegation of a single or multiple collusion adopted by the authority. In other words, the parameters give legal certainty and indicate the path that should be pursued by the authority, although is not a rule that is immutable and watertight.

The parameters proposed by ATHAYDE et al (2017) are examples and should not be read as an exhaustive checklist or a “one size fits all” formula. Just as adopted in the Europe with the single and continuous infringement (SCI), these parameters may be divided into two groups: (i) **objective parameters**, related to the elements of the infringement, and (ii) **subjective parameters**, related to the companies or individuals

of corruption and bid rigging. For official information, see: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/car-wash-case/car-wash-case-brasilia-april-2016.pdf>.

involved in the infringement. Also, the authors mention that this analysis should be done considering the preponderance criterion. What is key to the conclusion is therefore the weight given to each parameter, when assessing the uncovered facts and material evidence available at the moment of the decision-making. The table below lists the proposed ten parameters:

DECISION MAKING PARAMETERS SINGLE VS MULTIPLE INFRINGEMENT

| | OBJECTIVE PARAMETERS | SUBJECTIVE PARAMETERS | |
|---|------------------------------|---------------------------|--|
| IS THERE A GLOBAL GOAL OR A COMMON PURPOSE OF GOAL? | COMMON GOAL | PARTICIPATING COMPANIES | ARE THE MAIN COMPANIES INVOLVED THE SAME? IS THERE A COMMON CORE? |
| IS THE MODUS OPERANDI THE SAME OR SIMILAR (I.E. OPERATION TOOLS)? | MODUS OPERANDI | PARTICIPATING INDIVIDUALS | ARE THE MAIN INDIVIDUALS INVOLVED THE SAME? IS THERE A COMMON CORE? |
| IS THE AFFECTED PRODUCT OR SERVICE MARKET THE SAME OR SIMILAR? | PRODUCT/SERVICES MARKET | INTERCONNECTION LINK | IS THERE A HUB THAT FACILITATES THE INFRINGEMENT? |
| IS THE GEOGRAPHIC MARKET IDENTICAL OR COMPLEMENTARY? | GEOGRAPHIC MARKET | SCOPE OF AFFECTED CLIENTS | ARE THE AFFECTED COSTUMERS (OR TYPE OF COSTUMERS) THE SAME OR THEY HAVE SIMILAR DEMANDS AND BUYING PROCESSES? |
| THE THE DURATION IDENTICAL, OVERLAPPING OR COMPLEMENTARY? | PERIOD OF INFRINGEMENT | | |
| ARE THE TYPES OF INFRINGEMENT IDENTICAL OR SIMILAR? | TYPOLOGY OF THE INFRINGEMENT | | |
| | | | RELEVANCE DEGREE OF THE PARAMETERS PREPONDERANT STANDARD ANCILLARY |

Source: by ATHAYDE et al (2017)

The next subsections discuss each of these parameters and their elements. It will be analyzed all the publicized proceedings regarding the Car Wash Operation, once the discussion about single or multiple cartels took a special dimension with this investigation, which started in 2015. It is a live example of difficulty to understand if the investigation concerns one single cartel or multiple separate cartels. By an empirical analysis of all public proceedings related to the Car Wash Operation at the Antitrust Authority in Brazil, it will be possible

to understand if the ten parameters developed by the scholars were fulfilled or not in real life investigations.

4. THE “CAR WASH OPERATION”: WHERE DOES BRAZIL STAND AT THE DILEMNA OF SINGLE VS MULTIPLE INFRINGEMENT?

The Car Wash Operation is considered the main collusive investigation in Brazil, and several administrative proceedings have been initiated by the Brazilian Competition Authority. As indicated in Appendix I, CADE has initiated 22 administrative processes regarding supposed practices of collusive behaviors. Of these, 18 are Administrative Proceedings and 4 Administrative Investigations. Appendix I summarizes the methodology used to ascertain whether CADE’s investigative actions have provided legal certainty while investigating cartels. The Appendix indicates that considering only the Car Wash Operation, CADE is taking into consideration objective and subjective parameters to define a practice as single or multiple infringements.

The following subtopics will analyze, based on the ten parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), how CADE is dealing with this dilemma considering the administrative proceedings initiated with the Car Wash Operation. Since 2015, CADE has initiated 22 administrative processes regarding supposed practices of collusive behaviors. Of these, 18 are Administrative Proceedings and 4 Administrative Investigations. Considering that, it is worth mentioning that the analysis will take into consideration only the 12 are public cases.

The first Proceeding initiated (case n. 08700.002086/2015-14) was the alleged bid-rigging in public bids conducted by *Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras)*, for contracting onshore industrial engineering, construction, and assembly services. The alleged practice, according to the General Superintendence (General Superintendence of Cade) took place from 1998 to 2011, and there was a global goal in the practice.

After that, CADE initiated the administrative proceeding n. 08700.007351/2015-51, in which the affected market was the electromechanical assembly works for Angra 3 plant, in public bids conducted by Eletrobrás Termonuclear S.A. – Electronuclear. According to the General Superintendence of Cade the practice took place between 2009 to 2014.

In 2016, CADE publicized the administrative proceeding n. 08700.006377/2016-62 regarding an alleged cartel practice on the Public Bid for Granting the concession for the use of public assets for the exploitation of the Plant Belo Monte hydroelectric plant. According to the General Superintendence of Cade, the practice took place between 2009 to 2011.

Also in 2016, CADE initiated the administrative proceeding n. 08700.6630/2016-88 regarding an alleged bid-rigging cartel for civil construction, modernization, or renovation services of sports facilities for the FIFA World Cup of 2014. The practice took place between 2007 and 2011 and affected 8 different cities in Brazil and several different clients.

The Administrative proceeding n. 08700.007777/2016-95 investigates an alleged practice of cartel that took place between 2006 and 2008 regarding Engineering and civil construction services for Large Buildings with Special Features in bids conducted by Petrobras.

The Administrative proceeding n. 08700.003243/2017-71 refers to an alleged cartel for infrastructure works and services for urban requalification and implementation of road corridors that supposedly took place between 2013 and 2014 and affected three different clients.

The Administrative proceeding n. 08700.001836/2016-11 refers to an alleged practice of cartel that, according to the General Superintendence of Cade, took place from 2000 to 2011 and affected the market for of railway infrastructure and superstructure, special works of art and engineering services for the implementation of the North and South Railroad and the West and East Integration Railroad.

The Administrative Proceeding 08700.003252/2017-61 refers t an alleged practice of bid-rigging which

supposedly affected the market for civil works and airport infrastructure carried out by Infraero and took place from 2003 to 2007.

The following proceedings are Classified: n. 08700.007776/2016-41, n. 08700.003341/2017-16, n. 08700.003237/2017-13, n. 08700.000489/2017-91, n. 08700.003251/2017-17, n. 08700.007277/2013-00, n. 08700.003226/2017-33, n. 08700.004468/2017-44, n. 08700.003240/2017-37, n. 08700.003262/2017-05, and n. 08700.003244/2017-15.

As discussed above, ATHAYDE et al (2017) propose ten parameters to analyze, as a non-exhaustive list, when a certain collusion practice is considered single or multiple infringements. In a nutshell, the preponderant parameters are (III.1) the existence of a common goal by the participants; (III.2) the maintenance of similarly modus operandi; and (III.3) the existence of a hub that facilitates the infringement (III.9). Also, it is also considered standard parameters (III.4) if the relevant market, both in the product and geographic perspective, are similar; and (III.5) if the companies (III.7) and individuals involved (III.8) are the same or if there is a common core. Lastly, there are also ancillary parameters such as the existence of an identical or similar infringement both in time, customer affected (III.10), and typology (III.6) of the malpractice.

By an empirical analysis of all public proceedings related to the “Car Wash Operation” at the Antitrust Authority in Brazil, it will be possible to understand if the ten parameters developed by the scholars were fulfilled or not in real-life investigations.

4.1. OBJECTIVE PARAMETER – COMMON GOAL IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the common goal of the infringement, one must investigate whether the participants (companies and individuals) aimed and contributed, through their individual actions, to reach the

same global objective or purpose. It should be analyzed whether each of the participants was aware or at least could reasonably have inferred that there was a global objective or a common goal of collusion⁷³².

In the paper above mentioned, the authors argue that the following elements suggest the existence of a single collusion: (a) participants are aware that there is an overarching objective or common purpose or goal of cartelizing a product or service market in a given geographic area - “mission”, “vision”, “values” and, or “rules” of joint action, or market division of all customers (or major customers) and/or price fixing; (b) participants direct their efforts towards the achievement of a single objective or common purpose or goal (existence of an “unified concerted action”); (c) a given participant acts only in some of the schemes but knows and is aware of the other participants’ existence (all of them or some of them, even if only the “hard core”) and of the terms of the overall objective or common purpose or goal of cartelization (“collective venture directed toward a common goal”); (d) a given participant acts only in some of the schemes, does not know the other participants (all of them or some of them) nor the terms of the overall objective or the common purpose or goal of cartelization, but has specific knowledge that its action contributes to the broader agreement or could reasonably infer that there was a global objective of cartelization, even if it did not know exactly the terms of this broader agreement; (e) a given participant acts only in some of the schemes, does not know the other participants (all of them or some of them) nor the terms of the overall objective of cartelization, but has specific knowledge that its action is important, indispensable or helps to achieve the overall objective of cartelization, even if it does not know exactly the terms of it; and or (f) the agreement contemplates the achievement of a continuous result, which does not proceed without the continued cooperation of the participants to maintain it.

On the other hand, ATHAYDE et al (2017) argue that there are elements that suggest the existence of multiple collusions when: (a)

732 The levels of awareness must be considered in the moment of possibly imposing sanctions.

the participants in collusion act separately, parallel and independently from the participants of another collusion, with their own specific objectives and without a single purpose or common goal; and, or (b) the participants in collusion act separately, in parallel and independently of the participants of another collusion, with different *modus operandi* and in a disconnected manner.

The analysis of this parameter, especially when based on evidence of the specific case, can be considered as a preponderant element in the decision-making, with strong weight against the remaining parameters.

In all the public cases initiated, CADE has considered that there was a common goal in the practice. Although is not adequately defined or established how the General Superintendence of Cade reached this conclusion, CADE usually defines in all the cases that there was a common objective in the practice for all the alleged participants which contributed to the collusion and acted with the same *modus operandi* in the bids. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| COMMON GOAL | | | | | |
|--------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|------------------------------------|--------------------------------|
| AP 08700.002086 /2015-14 | AP 08700.007351 /2015-51 | AP 08700.006377 /2016-62 | AP 08700.6630 /2016-88 | AP 08700.007 776/2016- 41 | AP 08700.007777 /2016-95 |
| Global Goal | Global Goal | Global Goal | Global Goal | Global Goal | Global Goal |
| AP 08700.003240 /2017-37 | AP 08700.003243 /2017-71 | AP 08700.001836 /2016-11 | AP 08700.001101 /2021-55 | AP 08700.003252 /2017-61 | |
| Common Goal | Common Goal | Common Goal | Common Goal | Global Goal | |

4.2. OBJECTIVE PARAMETER – *MODUS OPERANDI* IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the *modus operandi* of the infringement, one should verify whether the instruments and ways of implementation of the violation are the same or similar among the different facts uncovered. It is necessary to analyze the evidence gathered in the specific investigation verifying whether there are any substantial similarities in the way of implementation/*modus operandi* of the cartel.

There are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) participants draw up and use identical or similar tools or methods with the overall purpose or common goal of cartelizing a given product or service market in a given geographic area – i.e. spreadsheets with priority submarkets, customer, bidding, monitoring sheets for compliance with cartel decisions, groups for definition of prices or division of customers, system of rotation or compensation, etc. On the other hand, multiple collusions characterizing elements are present when: (a) the participants have substantially different and disconnected tools for the implementation of the infringements.

The analysis of this parameter, especially when based on evidence of the specific case, can also be considered as a preponderant element in the decision-making, with strong weight in comparison with the other parameters. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| <u>COMMON GOAL</u> | | | | | |
|---------------------------------|------------------------------------|---------------------------------|-------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|
| AP 08700. 002086 /2015-14 | AP 08700. 007351 /2015-51 | AP 08700. 006377 /2016-62 | AP 08700. 6630 /2016-88 | AP 08700. 007776 /2016-41 | AP 08700. 007777 /2016-95 |
| Similar | Similar | Similar | Similar | Similar | Similar |

| | | | | |
|--------------------------|--------------------------|---|--------------------------|--------------------------|
| AP 08700.003240 /2017-37 | AP 08700.003243 /2017-71 | AP 08700.001836 /2016-11 | AP 08700.001101 /2021-55 | AP 08700.003252 /2017-61 |
| Common | Common | Distinct Modus Operandi during the period of the practice | Common | Common |

4.3. OBJECTIVE PARAMETER – PRODUCT/SERVICES MARKET IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the product or service market affected by the infringement, it should be investigated whether the practices affect the same, similar or complementary markets, in which the cartel members (companies and individuals) compete. The existence of different sectors of a single market should also be considered.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) barriers to entry exist, and only (or mainly) the collusion participants are able to enter and remain in the market; in order to do so, they use their market power in submarkets to retaliate or prevent access by competitors that act in other submarkets; (b) the supply of the product or the rendering of the service is linked to the fulfillment of a certain technical requirement (i.e. attestations in bids), so that the collusion participants are the only or practically the only ones to fulfill this requirement in a series of contracts; (c) there is a potential for expanding the scope of the investigation in that product or service market, affecting not only a particular submarket, customer, bidding, but several others that may have been the target of the anticompetitive infringement participants that operated under the same *modus operandi*; and (d) there are negotiating groups for each product - even if they are not perfect substitutes - but with very similar dynamics and involving (although not all) common participants.

On the other hand, there are elements that suggest the existence of multiple collusions when: (a) there are regulatory/technical barriers that substantially influence the entry and maintenance capacity of companies in the market, and the different groups of companies operate in different markets; and (b) the supply of the product or the rendering of the service is linked to the fulfillment of a certain technical requirement (i.e. certifications in public tenders), but the group actively competing is more limited or specific, suggesting a *quid pro quo* arrangement (of compensations) between the companies impossible.

In the eleven public cases, the General Superintendence of Cade has defined the relevant market in ten cases and indicated that there was no necessity for defining the product market in the administrative proceeding n. 08700.007776/2016-41. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| PRODUCT MARKET | | | | | |
|--|--|--|---|---|---|
| AP 08700.002086 /2015-14 | AP 08700.007351 /2015-51 | AP 08700.006377 /2016-62 | AP 08700.6630 /2016-88 | AP 08700.007776 /2016-41 | AP 08700.007777 /2016-95 |
| Public bid conducted by Petrobras, for contracting onshore industrial engineering, construction and assembly services. | Electromechanical assembly works “Angra 3 plant” in public tenders conducted by Eletrobrás Termonuclear S.A. – Electro-nuclear | Public Bid for Granting the concession for the use of public assets for the exploitation of the Plant Belo Monte hydroelectric plant | Civil construction, modernization and/or renovation services of sports facilities | Lack of definition by the Competition Authority | Engineering and civil construction services for “Large Buildings with Special Features” |

| | | | | |
|--|---|---|---|---|
| AP 08700.003240 /2017-37 | AP 08700.003243 /2017-71 | AP 08700.001836 /2016-11 | AP 08700.001101 /2021-55 | AP 08700.003252 /2017-61 |
| Infrastructure and road transport civil works for the construction of the São Paulo Metropolitan Strategic Road System Development Program | Market for infrastructure works and services for urban requalification and implementation of road corridors | Civil works of railway infrastructure and superstructure, special works of art and engineering services for the implementation of the North and South Railroad and the West and East Integration Railroad | Civil works related to metropolitan train lines (stations, yards and permanent ways) used by Companhia Paulista de Trens Metropolitanos | Public bid for Civil works and airport infrastructure carried out by Infraero |

4.4. OBJECTIVE PARAMETER – GEOGRAPHIC MARKET IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the geographic market affected by the infringement, one should investigate whether the practice took place in the same geographic area or in correlated regions, in order to make possible eventual coordination (including compensation and division of cartel profits) among the participants.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) collusive parties are able to sell products or provide services in a number of locations in order to allow a market division of customers, projects, acting regions among each participant. On the other hand, there are elements that suggest

the existence of multiple collusions when: (a) the participants in collusion act in different geographic markets in a separate, parallel and independent way from the participants of another collusion, with their own specific objectives and without a common purpose or goal.

The analysis of this parameter may get more complicated nuances in endemic collusion environments since the historicity of non-competing may distort the way competitors are spread over the possible geographic markets. Moreover, other kinds of violations – such as corrupt practices – may have influence over the way competitors act in multiple geographic regions.

Out of the eleven public cases, the General Superintendence of Cade indicated that there was no necessity for defining the geographic market in four cases, which are: Administrative proceeding n. 08700.007777/2016-95, n. 08700.007776/2016-41, n. 08700.007351/2015-51, and n. 08700.002086/2015-14. This definition is especially relevant to the administrative proceeding n. 08700.007777/2016-95, and 08700.002086/2015-14 which allegedly affected the same client during the same period (2006-2008). The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| GEOGRAPHIC MARKET | | | | | |
|---|---|-------------------------|---|---|---|
| AP 08700.002086/2015-14 | AP 08700.007351/2015-51 | AP 08700.006377/2016-62 | AP 08700.6630/2016-88 | AP 08700.007776/2016-41 | AP 08700.007777/2016-95 |
| Lack of definition by the Competition Authority | Lack of definition by the Competition Authority | UHE Belo Monte | Brasília, Manaus, Recife, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Fortaleza, Natal and Salvador | Lack of definition by the Competition Authority | Lack of definition by the Competition Authority |

| | | | | |
|--|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|
| AP 08700. 003240 /2017- 37 | AP 08700. 003243 /2017-71 | AP 08700. 001836 /2016-11 | AP 08700. 001101 /2021-55 | AP 08700. 003252 /2017-61 |
| State of São Paulo | City of Sal- vador/BA | Brazil | State of São Paulo | Brazil |

4.5. OBJECTIVE PARAMETER – PERIOD OF INFRINGEMENT IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the period of the infringement, one should verify if the illegal acts were implemented during the same period, for partially or totally coincident periods. The situations presented below illustrate the usage of such parameter.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) the acts are implemented simultaneously, under the same common objective and same mode of implementation; (b) the acts, practiced in partially coincident periods, reflect the continuity of collusive practices over time, even with temporary interruptions; (c) a company stops its participation in the infringement, but participates in it before and after that interruption and contributes to its general purpose; (d) the periods of implementation of the infringement are complementary, a way of division or rotation between companies. On the other hand, there are elements that suggest the existence of multiple collusions when: (a) collusive infringement takes place in significantly different periods, without the previous having an impact, either explicit or implicit, in the later, and without a common goal or a goal identity.

The analysis of this parameter tends to be ancillary, given that it only configures a reinforcing element in the preponderance analysis of all other parameters presented.

In all the eleven public cases CADE has mentioned the period of the infringement as an objective requisite for defining a single cartel. It is worth mentioning in this requisite, the lack of explanation in the definition, especially considering that the General Superintendence of Cade analyzes the cartel in phases. The totally absence of an explanation indicates a difficulty to assess and give legal certainty about how CADE is dealing with these parameters. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| PERIOD OF THE INFRINGEMENT | | | | | |
|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|
| AP 08700. 002086 /2015-14 | AP 08700. 007351 /2015-51 | AP 08700. 006377 /2016-62 | AP 08700. 6630 /2016-88 | AP 08700. 007776 /2016-41 | AP 08700. 007777 /2016-95 |
| 1998-2011 | 2009-2014 | 2009- 2011 | 2007-2011 | 2007-2011 | 2007-2008 |
| AP 08700. 003240 /2017-37 | AP 08700. 003243 /2017-71 | AP 08700. 001836 /2016-11 | AP 08700. 001101 /2021-55 | AP 08700. 003252 /2017-61 | |
| 2008 – 2011 and 2014-2015 | 2013-2014 | 2000- 2011 | 2008-2010 | 2003-2007 | |

4.6. OBJECTIVE PARAMETER – TYPOLOGY OF INFRINGEMENT IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the type of infringement, there should be determined if the types of anti-competitive adjustments carried out by the participants are equal or similar. Among the main types of collusion, it is possible to mention: agreements for price fixing, market sharing, hub-and-spoke agreements, agreements facilitated by a third

party stimulating uniform commercial practices and their respective nuances.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) the same type of infringement is implemented by the participants (companies and individuals), operated by the same type of instrument or *modus operandi*. In its turn, there are elements that suggest the existence of multiple collusions when: (a) a group of participants adopts substantially different types of anti-competitive behavior and disconnected from the types of infringement implemented by another group of participants, although in the same market – i.e. a group of participants exchange commercially and competitively sensitive information on price readjustments through one association, while another group of participants (although there is a certain coincidence) holds weekly meetings for client-wide distribution across the market.

The analysis of this parameter tends to be ancillary, given it is a reinforcing element in the preponderance analysis of all other parameters presented.

In all the eleven public cases CADE considered that the participants have incurred the same typology for the practice. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| TYPOLOGY OF THE INFRINGEMENT | | | | | |
|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|
| AP 08700. 002086 /2015-14 | AP 08700. 007351 /2015-51 | AP 08700. 006377 /2016-62 | AP 08700. 6630 /2016-88 | AP 08700. 007776 /2016-41 | AP 08700. 007777 /2016-95 |
| Same | Same | Same | Same | Same | Same |
| AP 08700. 003240 /2017-37 | AP 08700. 003243 /2017-71 | AP 08700. 001836 /2016-11 | AP 08700. 001101 /2021-55 | AP 08700.003252/2017-61 | |
| Same | Same | Same | Same | Same | |

4.7. SUBJECTIVE PARAMETER – PARTICIPATING COMPANIES IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the participating companies, one should consider whether the same companies, in a whole or in part, participate in the anti-competitive infringement.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when the main participants in the collusion are virtually the same over time in that product or service market, so there is a “hard core” or “inner group” of decision-making, which coordinates, organizes, encourages anti-competitive discussions and, depending on the specific circumstances, other satellite-companies also participate. It is not necessary for all participants to engage in all steps of the infringement, so that participants can change over time, as long as the characteristic of decision making “hard core” remains. In addition, it is not necessary that all participants know all the activities of cartelization and/or the role of all other participants in order to have a single collusion.

On the other hand, there are elements that suggest the existence of multiple collusions when: (a) the participants in different sets of facts act separately and independently within each collusion (even if there is some overlap), with their own specific objectives and without a common purpose or goal, without implicit or explicit compensating mechanisms between the multiple groups’ ways of acting.

Analyzing the cases initiated with the car wash operation it is worth mentioning the lack of definition in these parameters. Considering eleven public cases, CADE has considered the existence of a common core in six cases and in five cases has considered the same participants while defining the infringement as a single cartel. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| <u>PARTICIPATING COMPANIES</u> | | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|------------------------------------|
| AP 08700. 002086 /2015-14 | AP 08700. 007351 /2015-51 | AP 08700. 006377 /2016-62 | AP 08700. 6630 /2016-88 | AP 08700. 007776 /2016-41 | AP 08700. 007777 /2016-95 |
| Common Core | Same | Same | Common Core | Common Core | Common Core |
| AP 08700. 003240 /2017-37 | AP 08700. 003243 /2017-71 | AP 08700. 001836 /2016-11 | AP 08700. 001101 /2021-55 | AP 08700.003252 /2017-61 | |
| Common Core | Same | Common Core | Same | Common Core | |

4.8. SUBJECTIVE PARAMETER – PARTICIPATING INDIVIDUALS IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the participants, one should consider whether the same individuals, in a whole or in part, participate in the anti-competitive infringement. The situations presented below illustrate the usage of such parameter.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) the main individuals jointly define an overall objective or common purpose or goal to cartelize a given product or service market in a given geographic area; (b) the main individuals of the collusion are practically the same over time in a given market, so there is a “hard core” or “inner group” of decision making (be it the person himself or the position occupied by the individual in charge of commercial decisions), which coordinates, organizes, encourages anti-competitive discussions and interacts, depending on the specific circumstances, with other smaller companies members. It is not necessary that all individuals engage in all phases, so individuals can change over time as long as the characteristic of decision-making

“hard core” remains. Nor is it necessary for all individuals to know all the activities of cartelization and / or the role of all other individuals in order to have a single collusion.

On the other hand, there are elements that suggest the existence of multiple collusions when: (a) the main individuals of the collusion vary according to the product or service submarkets, so that there is no hard core decision making (whether it is to the person himself or to the position held by the individual making the decision in the companies) that coordinates, organizes, encourages anti-competitive discussions and aggregates, depending on the specific circumstances, other local companies, even though there is some overlap regarding people of the highest echelon of companies.

In the eleven public cases, the General Superintendence of Cade has defined this requisite as the following: in two cases there were distinct individuals participating in the infringement during the practice. In five proceedings there was a common core investigated and in four cases there were the same individuals during the practice. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| PARTICIPATING INDIVIDUALS | | | | | |
|--|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|
| AP 08700. 002086 /2015-14 | AP 08700. 007351 /2015-51 | AP 08700. 006377 /2016-62 | AP 08700. 6630 /2016-88 | AP 08700. 007776 /2016-41 | AP 08700. 007777 /2016-95 |
| Distinct Indi- viduals over the practice | Common Core | Same | Common Core | Common Core | Common Core |
| AP 08700. 003240 /2017-37 | AP 08700. 003243 /2017-71 | AP 08700. 001836 /2016-11 | AP 08700. 001101 /2021-55 | AP 08700.003252/2017-61 | |

| | | | | |
|-------------|------|--|------|--|
| Common Core | Same | Distinct Individuals over the practice | Same | Distinct Individuals over the practice |
|-------------|------|--|------|--|

4.9. SUBJECTIVE PARAMETER – EXISTENCE OF AN INTERCONNECTION IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the common links of interconnection, one should consider whether there is any link, connection or hub facilitating the implementation of parallel set of collusive practices.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) association, union, consultancy, vertically integrated company, public or political agent, “key” individual acts as a link, connector, hub, organizing, facilitating, encouraging, enabling contacts and monitoring of the collusive agreement between the other participants involved in (the spokes), and ensuring the existence and implementation of the overall goal or common purpose. On the other hand, there are elements that suggest the existence of a multiple collusions when: (a) the hub, link or connection facilitating different sets of anticompetitive behavior does not work as the center of a common goal, in such a way that multiple interactions among competitors take place separately and independently.

The analysis of this parameter, especially when based on evidence of the specific case, can be considered as a preponderant element in the decision-making, with strong weight in comparison with the other parameters.

Analyzing the eleven public cases of the Car Wash Operation, just two of them fulfil this parameter. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| INTERCONNECTION | | | | | |
|---------------------------------|------------------------------------|---------------------------------|------------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|
| AP 08700. 002086 /2015-14 | AP 08700. 007351 /2015-51 | AP 08700. 006377 /2016-62 | AP 08700. 6630 /2016-88 | AP 08700. 007776 /2016-41 | AP 08700. 007777 /2016-95 |
| Yes | No | No | Yes | No | No |
| AP 08700. 003240 /2017-37 | AP 08700. 003243 /2017-71 | AP 08700. 001836 /2016-11 | AP 08700. 001101 /2021-55 | AP 08700.003252/2017-61 | |
| No | No | Yes | No | Yes | |

4.10. SUBJECTIVE PARAMETER – AFFECTED CUSTOMERS IN THE “CAR WASH OPERATION”

According to the parameters proposed by ATHAYDE et al (2017), in the analysis of the affected customers, one should investigate whether the practices affected the same customers (or types of clients), if there are similar purchase processes (including bids) and or if those clients belong to a same market in such a way that cartel members could have allocated them or compensated and shared cartel profits.

The authors argue that there are elements that suggest the existence of a single collusion when: (a) the customer is the same (or the same type of customer) and the acquisition is carried out in several rounds, bids, lots, but all of them constitutes parts of the same type of product or service; (b) there is an acquisition/hiring of the same type of product or service, with a similar demand and buying process, even if there are different customers, and there are compensating deals (including costumers allocation) among the participants. In its turn, there are elements that suggest the existence of multiple collusions when: (a) there is an acquisition/hiring of different types of products or services, with different customers, even when there is a similar purchasing process or demand.

The analysis of this parameter tends to be ancillary, given that it only configures a reinforcing element in the preponderance analysis of all other parameters presented.

This requisite is worth mentioning because demonstrate the lack of parameter in the analyses. Four cases have the same client as affected by the practice (Petrobras). Also, two of the cases have different clients being affected by the same infringement, while nine of the has just one client affected by the collusion. Again, there is a lack of information to precise how CADE has dealt with this parameter. The following table provides a clear understanding of the fulfillment of this parameter proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to the “Car Wash Operation”:

| Interconnection | | | | | |
|---|--|--|--------------------------|--------------------------|--------------------------|
| AP 08700.002086 /2015-14 | AP 08700.007351 /2015-51 | AP 08700.006377 /2016-62 | AP 08700.6630 /2016-88 | AP 08700.007776 /2016-41 | AP 08700.007777 /2016-95 |
| Petróleo Brasileiro S.A. | Eletro-nuclear | Norte Energia | Different Clients | SEO-BRAS/RJ | Petróleo Brasileiro S.A. |
| AP 08700.003240 /2017-37 | AP 08700.003243 /2017-71 | AP 08700.001836 /2016-11 | AP 08700.001101 /2021-55 | AP 08700.003252 /2017-61 | |
| (I) Dersa.; (II) SIURB; (III) Emurb | (I) Superintendência de Conservação e Obras Públicas; (II) SEMUT, atual SU-COM; (III) CONDER | Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. | CPTM/SP | Infraero | |

4.11. AN OVERVIEW OF THE TEN PARAMETERS APPLIED BY CADE'S PRECEDENTS ON THE CAR WASH OPERATION

The following table provides a full understanding of the fulfillment of the ten parameters proposed by ATHAYDE et al (2017) on the public proceedings related to cartel on the “Car Wash Operation”, as provided in Appendix I.

Although, as seen above, the authority is applying an analysis based on subjective and objective parameters, there are some cases in which we can visualize the real dimension of this discussion and the impacts of the dilemma of single or multiple cartels.

For example, when analyzing the administrative processes n. 08700.003226/2017-33⁷³³, n. 08700.6630/2016-88⁷³⁴, and n. 08700.007776/2016-41⁷³⁵. CADE has considered that there were three different cartels, with different objectives, distinct *modus operandi*, companies, among others, which would justify splitting those investigations. However, the judiciary system at the criminal prosecution n. 0017513-21.2014.4.02.5101, has analyzed the collusive behavior of a single cartel, analyzing the three cases in a single investigation.

The clash between investigative parameters used by CADE and the Judiciary System highlights a dilemma. This is especially true as the documents filed by companies before CADE and Legal Courts were identical, as they originated in the Leniency Agreement signed with CADE. So, the only difference between the cases was the interpretation given by two authorities regarding the same documents.

733 Which investigates a cartel in the market Road works, including at least the construction, maintenance and repair works of highways of the Arco Metropolitano Rodoviário do Rio de Janeiro

734 Which investigates a cartel in the market of Civil construction, modernization and/or renovation services of sports facilities

735 Which investigates a cartel for the revitalization of Favelas in Rio de Janeiro

While analyzing the administrative proceeding n. 08700.001101/2021-55⁷³⁶, CADE has considered that this case should be considered a different infringement than the one analyzed in the administrative proceeding 08700.003262/2017-05. However, both cases refer to the construction of projects on rails, the cases differ in the following parameters: “I. Objective; ii. Implementation of the Conduct; iii. Product/service market; iv. Geographic market; v. Time course; saw. Companies involved (leaders and non-leaders); vii. Customer control; and viii. Project Values”.

As we can see in the Car Wash Operation, CADE defines several parameters that are, in a certain way, quite like the ten parameters proposed. In this way, it is worth mentioning that CADE decided in the administrative proceeding n. 08700.003243/2017-71 that three different bid riggings should be considered as a single cartel, although some particularities differ in the modus operandi and clients affected by the practice.

According to the competition authority this case should be analyzed as a single cartel because (a) the relevant market product was identical or similar; (b) the geographic market was identical; (iii) the typology of the practice was identical or similar; (iv) the practice implementation was similar; (v) the period of the practice was complementary; (vi) the companies are similar; (vii) individuals are similar, and (viii) the clients affected were similar. Finally, as we can see in this analysis of the eight parameters proposed by the Brazilian Competition Authority, CADE has approached the ten parameters proposed by ATHAYDE et al (2017).

736 Which investigates a cartel in the Market of civil works related to metropolitan train lines (stations, yards and permanent ways) used by Companhia Paulista de Trens Metropolitanos

5. CONCLUSION

This paper aimed to verify if the ten parameters proposed by ATHAYDE et al (2017) to assess the existence of single or multiple infringements in unpuzzled organized corporate crimes such as cartels. The analysis of the parameters must be carried out based on the preponderance criterion. This means that, faced to the case, the legal practitioner must interpret which parameters preponderate over the others, bearing in mind that, in most cases, there will be elements pointing in both directions. Foreseeing that crossroad, the paper also provides guidance to the application of those parameters, generally identifying those parameters as preponderant, standard or ancillary. Such process is, obviously, driven by the evidence gathered. The result therefore depends on what is known by the antitrust practitioners at the moment of the decision making, and new information and documents may lead to the need of revisit the assessment.

These parameters are expected to give greater reliability and predictability to decision-making and gives legal certainty for the ones investigated by the authority, but this does not rule out the inexorable subjectivity of this type of analysis, as pointed out in the DOJ Grand Jury Manual in the U.S. What is expected, therefore, is that the decision is technically motivated, considers the facts that are known by the investigation and supported by evidence. As a policy recommendation, legal systems fighting against cartels must be somehow flexible, without creating instability and uncertainty, permitting that a decision made upon a certain sort of information is revised when new facts become known by the authority. Different legal systems, and even different legal liabilities, given specific legal provisions, may lead to asymmetric solutions as well. In this case, cooperation among authorities, either national and international, is crucial for minimizing the distortion that may take place.

Moreover, adjudicative bodies play the role of granting stability to the system by consolidating the criteria used in solving such

dilemmas. Tribunals (both administrative and judicial) must therefore be careful about the consistency of its case law. On the other hand, such bodies are also ultimately responsible for granting fundamental rights – including the protection against double jeopardy –, which means that an incorrect decision that led to double punishment or over punishment must always be subject to be reconsidered in light of new evidence pointing to the inaccuracy of the first decision.

This scenario was quite clear as we can see that in the Car Wash Operation CADE has dealt with this discussion several times and has reached different conclusion than others investigative bodies in the judiciary system, for example. Also CADE is usually adopting similar criteria to the ten parameters proposed.

As a final remark, it is remarkable that this is a interpretative exercise, and therefore subject to personal aspects and tendencies, non-legal aspects involving past experiences, the authorities' agenda, among other unwritten conditions. Those ten parameters presented here are therefore an attempt to draw a plan of the mental process of decision in order to obtain a more technical and well-informed decision, but are far from being a rigid and “one size fits all” solution.

Amanda Athayde

10 ANOS DA LEI 12.529/2011: DA IMPROVÁVEL À INCONTORNÁVEL INTERFACE ENTRE CONCORRÊNCIA E TRABALHO

Publicado originalmente em: CADE. *Revista de Defesa da Concorrência*,
v. 10, n. 1, 2022.

Amanda Athayde

Juliana Oliveira Domingues

Nayara Mendonça Silva e Souza

RESUMO: Historicamente, o direito do trabalho e o direito antitruste mantiveram-se distantes. Utilizando-se o método comparativo e exploratório, o presente artigo foca na análise de condutas anticompetitivas, notadamente (i) cartéis de fixação salarial (*wage-fixing cartels*), (ii) acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*), (iii) cláusulas de não concorrência nos contratos de trabalho e (iv) trocas de informações sensíveis entre concorrentes sobre termos e condições de trabalho. Portanto, o presente estudo traz uma abordagem interdisciplinar, atualizada em especial entre 2018 e 2021, com referência às recentes experiências internacionais (OCDE, EUA, UE, Portugal, Holanda, Reino Unido, México, Japão e Hong Kong) e discussões sobre o tema no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Antitruste. Direito do Trabalho. Cartéis de fixação salarial. Acordos de não contratar. Cláusulas de não concorrência.

FROM THE IMPROBABLE TO THE INESCAPABLE INTERFACE BETWEEN ANTITRUST AND LABOR

ABSTRACT: *Historically, labor law and antitrust law were rarely analyzed in a connected way. Through the comparative and exploratory*

method, the perspective of antitrust law is provided to address issues regarding to labor law. This article focuses on the analysis of anticompetitive conducts, notably (i) wage-fixing cartels, (ii) no poach agreements, (iii) non-compete clauses in employment contracts and (iv) exchanges of sensitive information between competitors about terms and conditions of employment. Therefore, this study brings an interdisciplinary approach, updated especially between 2018 and 2021, with reference to recent international experiences (OECD, USA, EU, Portugal, Netherlands, United Kingdom, Mexico, Japan and Hong Kong) and discussions on the topic in Brazil.

KEY WORDS: Competition Law. Labor Law. Mergers. Anticompetitive Practices. Wage-Fixing Cartels. No-poach agreements. Non-compete clauses.

INTRODUÇÃO

Se as interfaces entre direito da concorrência e direito trabalhista eram improváveis⁷³⁷, tal caminho já se mostra, no período recente, incontornável. De modo a avançar nas discussões apresentadas em estudo preliminar (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018) e aproveitando-se dos 10 anos de entrada em vigor da Lei 12.259/2011, o presente trabalho teve como foco aprofundar os argumentos que serviram como molas propulsoras ao encurtamento da distância geralmente estabelecida – em países de cultura greco-romana - entre as áreas do direito antitruste e o direito trabalhista, diante dos desafios transdisciplinares das demandas que surgiram.

Se o tema era pouco debatido no Brasil, vale observar que de 2018 a 2021 este tema evoluiu de forma que as autoras, que acompanham a doutrina e a jurisprudência na OCDE, nos EUA, na UE, e em países como Portugal, Holanda, Reino Unido, México, Japão e Hong Kong, amadureceram reflexões que não são triviais em nossa tradição jurídica. Do ponto de vista acadêmico, em 2022, por exemplo,

737 As primeiras reflexões das autoras a respeito do tema foram realizadas em 2018. (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018)

observamos novas reflexões como a de Hovenkamp (sobre como as condutas anticoncorrenciais podem resultar em restrição de produção que reflete na demanda por mão de obra). Além disso, em maio de 2022 foi publicada uma edição da *Competition Policy International Antitrust Chronicle* inteiramente dedicada ao tema.⁷³⁸

O presente artigo, portanto, vem a agregar uma discussão importante no contexto de celebração da Lei 12.529/2011, assim como atualiza a discussão e confirma a hipótese de que as questões trabalhistas também têm o potencial de afetar e distorcer a concorrência de modo a atrair a competência das autoridades e da análise antitruste no Brasil. Para tanto, na Seção 2 é apresentado o histórico das discussões mais amplas sobre tais interfaces, para que na Seção 3 seja possível aprofundar na descrição de precedentes relacionados a condutas anticompetitivas neste tema. Em seguida, a Seção 4 apresenta os desenvolvimentos recentes no Brasil.

A DIFERENÇA DO HISTÓRICO DO DIREITO ANTITRUSTE E DO DIREITO TRABALHISTA

A interdisciplinaridade entre o Direito Antitruste e o Direito Trabalhista avançou muito desde 2018. Nossa análise demonstrará as evoluções recentes nos EUA **(2.1)**, na Europa, no Japão e em Hong Kong **(2.2)**. Em seguida, apresentaremos a evolução que também culminou com o caso mais atual de encontro do direito do trabalho e do direito antitruste no Brasil **(2.3)**.

BREVE HISTÓRICO DA DISCUSSÃO NOS EUA

Conforme buscamos remontar em estudo preliminar de 2018 (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018), do ponto de vista histórico, nos EUA, nas décadas de 50 e 60, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste esteve centrado na concentração do poder

738 Antitrust Chronicle. No Poace. CPI, May 2022. Disponível em: < https://www.google.com/search?q=Antitrust+Chronicle.+No+Poace.+CPI%2C+May+2022.&rlz=1C1GCEA_enBR1003BR1003&oq=Antitrust+UTF-8 >. Acesso em 11 Mai. 2022.

econômico identificado dentro dos sindicatos (FORDHAM LAW REVIEW, 1962). Na década de 70, passou-se a debater que seus objetivos eram opostos, sendo que, naquele tempo, já se sustentava a existência de sobreposição entre as regras trabalhistas e as de direito antitruste (ANTOINE, 1976, p. 630). Uma análise interdisciplinar mais específica dessas áreas só começou a ser realizada, então, a partir da década de 90⁷³⁹.

Em um contexto de abertura comercial, o direito antitruste tendia a ver como secundárias tanto a questão da mobilidade do empregado no mercado de trabalho quanto a possibilidade de colusão entre empregadores para a diminuição dos salários dos empregados ou para a fixação de termos contratuais. Segundo Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 25), como as ações antitruste relativas ao mercado de trabalho eram menos frequentes, foi reforçada a premissa dos economistas de que os mercados de trabalho são normalmente competitivos.

Entre 2016 e 2018, notou-se a concentração dos empregadores, o uso intenso de cláusulas de não concorrência, bem como evidências empíricas de que houve uma estagnação do salário e uma concentração do mercado de trabalho, funcionaram como propulsores da atividade jurídica e regulatória sobre o tema (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 25). Percebeu-se que alguns empregadores têm condições de restringir os salários e a mobilidade de seus empregados.⁷⁴⁰ É nesse contexto que, em maio de 2016, foi publicado em conjunto pelo *Department of Justice* (“DOJ”) e o *Federal Trade Commission* (“FTC”) o “*Antitrust Guidance for HR Professionals*” (Guia Antitruste para profissionais de Recursos Humanos, doravante “Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC” (U.S. DOJ;

739 Encontramos artigo de 1991 que trata das consequências das ações antitruste nos EUA no mercado de trabalho e, por conseguinte, no bem-estar econômico. Veja-se: “The Employment Consequences of the Sherman and Clayton Acts”, William F. Shughart II and Robert D. Tollison. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) / *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Vol. 147, No. 1, *The New Institutional Economics New View on Antitrust* (Mar. 1991), p. 38-52.

740 Isto se dá, por exemplo, pela via contratual (cláusulas de não concorrência), pela concentração de poder de compra de mão-de-obra (poder de monopólio) ou colusiva (por acordos anticompetitivos entre empregadores), em possível prejuízo à concorrência. (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 6-8).

FTC, 2016). No documento, reconhece-se que na análise antitruste, o direito trabalhista e o mercado de trabalho devem ser analisados como variáveis importantes. Isto porque beneficiam tanto os empregados quanto os consumidores⁷⁴¹ (U.S. DOJ; FTC, 2016). Ademais, não é preciso que uma prática seja formal para ser investigada (v.g., não há necessidade de estar fixada contratualmente), mas tão somente que seja constatada na prática pelas autoridades antitruste (HOLLAND, 2018, p. 4).

Mais recentemente entre 2018 e 2022, autoridades e especialistas demonstraram estar procurando formas de enfrentar melhor o tema diante de diversos casos finalizados nos últimos anos. Em janeiro de 2020, o FTC organizou um workshop público destinado a determinar se haveria embasamento jurídico suficiente para a promulgação de uma regra da FTC que restringisse o uso de cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2020). Ademais, em ordem executiva de julho de 2021, o Presidente dos EUA, Joe Biden, tornou-se o primeiro presidente no mundo a comprometer recursos do governo para garantir que as leis antitruste sejam usadas para apoiar os trabalhadores. (POSNER, 2021). Em sua Ordem Executiva para Promoção de Concorrência no Mercado dos EUA, há um destaque específico para o mercado de trabalho. Em seus termos, Biden sugeriu que as autoridades antitruste americanas revisem o Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, e que a Presidente do FTC atue para reduzir o uso injusto de cláusulas de não concorrência ou de outras cláusulas ou acordos que possam limitar a mobilidade dos trabalhadores. (U.S. WHITE HOUSE, 2021)

Vale observar, também, o memorando encaminhado à sua equipe pela presidente da FTC, Lina Khan, em setembro de 2021: novamente o tema do mercado de trabalho foi colocado em evidência.

741 Como bem destacado pelo DOJ e pelo FTC, “[...] *just as competition among sellers in an open marketplace gives consumers the benefits of lower prices, higher quality products and services, more choices, and greater innovation, competition among employers helps actual and potential employees through higher wages, better benefits, or other terms of employment. Consumers can also gain from competition among employers because a more competitive workforce may create more or better goods and services*”. (U.S. DOJ; FTC, 2016)

Segundo seus termos, uma abordagem holística deve ser tomada pelo FTC para identificar danos, reconhecendo que ilícitos antitruste e consumeristas prejudicam trabalhadores e negócios independentes, além dos consumidores. (KHAN, 2021)

O tema também chama a atenção de autores clássicos do direito concorrencial. Como exemplo recente, veja-se que, em janeiro de 2022, Herbert Hovenkamp publicou estudo em que questiona a representatividade das condutas anticompetitivas no mercado de trabalho na diminuição do bem-estar do trabalhador. Segundo o texto, as condutas anticompetitivas que resultem em restrição do mercado relevante dimensão produto são mais significativas em termos de redução salarial e de tamanho do mercado de trabalho do que aquelas que restringem o mercado relevante dimensão trabalho. (HOVENKAMP, 2022, p. 14)

Recentemente, em março de 2022, o Departamento de Tesouro dos EUA, com o apoio do Departamento de Justiça, do Departamento de Trabalho e da Federal Trade Commission, editou um novo relatório sobre a concorrência no mercado de trabalho. No documento, é apresentada uma estimativa de que a ausência de concorrência causada pela concentração de empregadores e as práticas anticompetitivas por eles praticadas resultaram em salários aproximadamente 20% mais baixos, condições de trabalho precárias e ausência de promoção para os funcionários. O relatório ainda demonstra que o efeito da falta de poder de barganha do trabalhador (com o declínio da sindicalização, por exemplo) é ainda mais significativo para pessoas socioeconomicamente vulneráveis, como trabalhadores de baixa renda, negros, mulheres e imigrantes. Além disso, para toda a economia, o reflexo é de diminuição da inovação, aumento de preços e menor crescimento econômico. O relatório trata também das políticas do governo Biden para combater o declínio da concorrência no mercado de trabalho, incluindo uma política que favoreça a plena aplicação das leis antitruste nos mercados de trabalho, expandindo as oportunidades de negociação coletiva, aumentando o salário mínimo e estendendo a cobertura do seguro de saúde para aumentar

a mobilidade dos trabalhadores. (US DEPARTMENT OF TREASURY, 2022, p. 3-4)

BREVE HISTÓRICO DA DISCUSSÃO EM OUTRAS JURISDIÇÕES: JAPÃO, HONG KONG E UNIÃO EUROPEIA

A Japan Fair Trade Commission (“JFTC”) elaborou, em 2018, um relatório de um grupo de estudos em Recursos Humanos e Política de Concorrência em que concluiu que obrigações de não concorrência e de confidencialidade, acordos de não contratação e de fixação salarial poderiam ser considerados condutas anticompetitivas segundo o Antimonopoly Act. (BRASS, LIMARZI, *et al.*, 2020)

No mesmo ano de 2018, a autoridade de concorrência de Hong Kong publicou um boletim consultivo para profissionais de recursos humanos, em que tratou das condutas de não contratação, fixação de salários e troca de informações sensíveis com potencial anticoncorrencial. (BRASS, LIMARZI, *et al.*, 2020)

Por sua vez, a Comissão Europeia, apesar de ainda não ter atacado diretamente o tema da interface entre o direito antitruste e o direito do trabalho, nota que os Estados-Membros da União Europeia venham tomando decisões sobre o assunto (como, por exemplo, França, Espanha e Portugal). Os acordos de não contratação são encarados como forma de colusão e têm sido condenados como infrações por

objeto proibidas pelas leis antitruste nacionais e pelo artigo 101⁷⁴² do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)⁷⁴³.

Também é importante destacar que, em junho de 2019 e em fevereiro de 2020, o Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) organizou dois eventos para discutir o tema da interface entre o direito antitruste e o direito do trabalho, que teria se tornado importante porque a queda dos salários dos trabalhadores aumentou a demanda por reformas nas leis antitruste e gerou um debate sobre quando o exercício do poder de monopsonio dos empregadores poderia infringir as leis antitruste.

Em resumo, as conclusões da discussão dos eventos da OCDE foram as seguintes: (i) o poder de monopsonio é análogo ao poder de monopólio na medida em que cria ineficiência econômica e uma redução na produção da empresa, levando a salários mais baixos ou piores condições de trabalho para os trabalhadores e a preços mais altos para os consumidores; (ii) estudos recentes conduzidos em países da OCDE (Estados Unidos, Reino Unido, França e Portugal) sugerem que pode haver altos níveis de concentração do lado do empregador em certos mercados de trabalho. Além disso, pesquisas conduzidas nos Estados Unidos sugerem que operações societárias que levam a maiores níveis de concentração podem levar a uma redução no nível de salários ou no aumento de salários para certas categorias

742 “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

743 Na visão da autoridade de concorrência portuguesa, tais práticas se assemelham a acordos de fixação de preços de compra ou divisão de mercado na compra de insumos, ou até mesmo um cartel de compra. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 23-28)

de trabalhadores envolvidas; (iii) existem várias maneiras com as quais os empregadores podem descumprir as leis concorrenciais⁷⁴⁴ e as autoridades de concorrência têm competência para endereçá-las, mesmo que seja concorrente com outros reguladores; (iv) outros fatores podem contribuir para o exercício de poder de monopólio de empregadores além das práticas anticoncorrenciais e das concentrações de mercado, e estas podem ser endereçadas por ações de advocacia da concorrência; (v) as autoridades de concorrência enfrentam desafios na aplicação do direito antitruste aos mercado de trabalho, sobretudo quando o dano ao bem estar do consumidor não pode ser demonstrado relativamente a uma determinada conduta⁷⁴⁵, o que restringiu a sua atuação nesta seara até o momento. (OCDE, 2021, p. 1-4)

BREVE RETOMADA HISTÓRICA DA DISCUSSÃO NO BRASIL

Quando tratamos do “encontro” do direito trabalhista com o direito antitruste, em 2018, havia pouquíssima discussão sobre o tema mesmo à luz da Lei 12.529/20111. Atualmente, como se verá na seção 4, o Brasil já tem o primeiro caso de conduta estritamente ligada a troca de informações sensíveis no âmbito de departamentos de recursos humanos. (CADE, 2020).

Cientes de que, conforme nossa tradição de análise antitruste no Brasil, a tutela jurídica pode se dar ao menos de três formas distintas⁷⁴⁶: (i) preventivamente, diante de formação de monopólios, por meio

744 A OCDE aborda acordos de fixação salarial, de não contratação, ou outros acordos entre competidores para evitar a competição por trabalhadores, cláusulas de não concorrência injustificadas nos contratos de trabalho e recrutamento predatório visando impedir a entrada de concorrentes no mercado (OCDE, 2021, p. 2-3).

745 Professor Hebert Hovenkamp esclarece que a maioria das jurisdições com leis antitruste define seu objetivo – bem-estar do consumidor – como baixos preços ao consumidor. Sugere, entretanto, que uma melhor definição de bem-estar do consumidor viria com a maximização da produção (“*output*”), que implicaria consequentemente em menores preços. (HOVENKAMP, 2021, p. 2)

746 Ademais, as autoridades trabalhistas podem enfrentar o tema concorrencial por meio da análise casuística da aplicabilidade de cláusulas de não concorrência e de

da análise dos atos de concentração, (ii) repressivamente, por meio do controle de condutas anticoncorrenciais consubstanciadas em acordos com concorrentes no mercado de trabalho; e (iii) por meio de instrumentos de *advocacy*, como construção de mecanismos preventivos e de conscientização das empresas e seus funcionários para os efeitos da restrição da concorrência no mercado de trabalho (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 66) , e considerando a primeira década de vigor da Lei. 12.529/2011, trouxemos uma contribuição neste artigo para as discussões mais recentes sob o ponto de vista do controle de condutas, tanto internacionais (**Seções 2.1 e 2.2**) quanto nacionais (**Seção 2.3**).

CONTROLE DE CONDUTAS: INTERFACES DIRETAS ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO TRABALHISTA AO REDOR DO MUNDO

Como tratamos em 2018 (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 72-73) , a perspectiva do controle de condutas pode ser subdividida em quatro grandes grupos de análise: acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) (**3.1**), acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”) (**3.2**) (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

No âmbito da União Europeia, essas condutas são condenáveis pelo artigo 101 do TFUE. Também são objeto de preocupação, pela restrição causada na mobilidade dos empregados; as cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho, sobretudo de empregados que não têm acesso a segredo de negócios (**3.3**); e trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho (3.4). O presente artigo irá atualizar o que tem havido de discussões entre 2018 e 2021, em especial, sobre estas quatro espécies de condutas.

acordos de confidencialidade, por exemplo, em todas as três formas distintas acima mencionadas.

O QUE HÁ DE NOVO SOBRE CARTÉIS DE FIXAÇÃO SALARIAL (“WAGE FIXING CARTELS”)

Como já definimos em 2018 (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 73-75), os cartéis de fixação salarial, ou “*Wage Fixing Cartels*”, podem ser entendidos como acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados. A fixação de faixa salarial com o concorrente, ainda que não se chegue ao valor salarial exato, pode ser considerada como um ilícito antitruste (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

Nesse contexto, fazemos breve remissão a alguns casos dos EUA, especialmente a partir da década de 90, que reforçam a compreensão das autoridades americanas sobre o tema. Mencionamos, por exemplo, o caso *U.S. v. Debes Corp*, de 1992, em que o FTC processou administradores de lares de idosos de Rockford, Illinois, que se uniram para impedir que uma empresa de intermediação de trabalho temporário aumentasse o preço dos serviços de seus enfermeiros terceirizados. (FTC, 1992, p. 701-709). Já o caso *U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources*, de 1994, envolvia a associação comercial de hospitais do estado de Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais deste estado, além dos hospitais membros destas associações, diante de acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. (DOJ, 1994). Em 1995, no caso *U.S. v. Council of Fashion Designers of America*, a FTC coibiu um acordo de preços que visava a diminuição dos valores dos cachês pagos aos modelos em desfiles de moda. (FTC, 1995, p. 817-828). Ademais, em 2007 o DOJ questionou a conduta da *Arizona Hospital and Healthcare Association*, que passou a agir em nome da maioria dos hospitais do Arizona para uniformizar os preços pagos por enfermeiras temporárias e suas diárias. (NEIDERMEYER, 2018, p. 2). Entre dezembro de 2020 e dezembro de 2021, a Divisão Antitruste do DOJ iniciou cinco processos criminais por suposto conluio no mercado de trabalho, incluindo quatro empresas e nove indivíduos. Em janeiro de 2022, a Divisão

Antitruste do DOJ apresentou outra acusação contra quatro gerentes de agências de assistência médica domiciliar por participar de um conluio para suprimir os salários e restringir a mobilidade profissional de trabalhadores essenciais durante a pandemia de COVID-19⁷⁴⁷. (US DEPARTMENT OF TREASURY, 2022, p. 54)

Em adição ao que foi apresentado por estas autoras anteriormente (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 73-75), sob a perspectiva europeia, o primeiro caso de fixação salarial ocorreu na Holanda, quando, em 2010 foi objeto de condenação com base nas leis antitruste. Um acordo entre 15 hospitais relacionado a condições de emprego e formação de médicos anestesistas e assistentes de operação previa que o valor do pagamento de horas extras desta classe de funcionários seria de até 75% do salário por hora⁷⁴⁸. Os hospitais foram condenados por violação por objeto da legislação antitruste holandesa no caso da fixação salarial. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 25)

Em 2016 e 2017, as autoridades de concorrência do Reino Unido, da França e da Itália investigaram acordos de fixação de preços no setor da moda. Os acordos envolviam a fixação da remuneração das modelos e das comissões das agências e foram condenados pelas leis de concorrência dos países membros e pelo artigo 101 do TFUE. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 43)

Em Portugal, a autoridade antitruste recomendou à Federação Portuguesa de Portugal, em junho de 2020, que se abstivesse de impor um limite ao valor total da massa salarial de cada clube participante da liga feminina. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 42)

O caso mais recente de condenação por acordos de fixação salarial ocorreu no México. A Comissão Federal de Concorrência

747 *United States v. Jindal*; *United States v. Surgical Care Affiliates*; *United States v. Hee et al.*; *United States v. DaVita, Inc.*; and *United States v. Patel et al.*

748 Ademais, os hospitais acordaram que não contratariam anestesistas dos outros membros do acordo. Sobre este ponto, a condenação dos hospitais foi de que, apesar de o acordo não tem objetivo de restringir a concorrência, houve este efeito. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 25)

Econômica (“COFECE”) impôs multas de 117,6 milhões de pesos⁷⁴⁹ a dezessete clubes de futebol de uma liga mexicana, a MX, à Federação Mexicana de Futebol e pessoa físicas. As condutas condenadas envolviam a imposição de limites máximos de salários às jogadoras, e na segmentação do mercado de jogadores⁷⁵⁰. O caso chama a atenção porque, além de causar uma redução artificial dos salários das jogadoras mulheres da Liga MX, ainda ensejou um recrudescimento da diferença salarial já latente entre gêneros, sem qualquer justificativa razoável. (COFECE, 2021)

Os casos acima nos ensinam que os casos de cartéis de fixação salarial, ou “*wage-fixing cartels*” foram fruto de trocas de informações, acordos ou até mesmo negociação conjunta de associações de empregadores (inclusive no ramo futebolístico), visando a uniformização da remuneração paga aos empregados. Vê-se que as condutas prejudicaram especialmente os trabalhadores temporários, que, em tese, teriam maior mobilidade entre empregadores. Chama a atenção o caso de fixação salarial de jogadoras de futebol, que indica incentivos à desigualdade de gênero entre homens e mulheres, sobretudo no tocante às remunerações das trabalhadoras.

O QUE HÁ DE NOVO SOBRE ACORDOS DE NÃO CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES (“NO POACH AGREEMENTS”)

Como definimos em 2018 (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 75-79), “*No Poach Agreements*” podem ser entendidos como acordos para não contratação de empregados de outra empresa concorrente no mesmo mercado relevante na dimensão trabalho, mesmo que estas

749 Equivalente a R\$46.868.640,00 em 04 de outubro de 2021. Fonte: <https://www.bcb.gov.br/conversao>.

750 Um “acordo de cavalheiros” entre os clubes fazia com que os clubes tivessem que obter autorização do clube anterior do jogador antes de fazer uma oferta a ele, além de ter que pagar para o clube anterior em caso de contratação. (COFECE, 2021)

não sejam concorrentes na dimensão produto⁷⁵¹ (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Esses acordos podem ser implementados de diversas maneiras, tais como: i) não oferta do emprego, ii) monitoramento e repasse de informações sobre ofertas de emprego, iii) não apresentação de contraproposta a ofertas de emprego, e iv) negativa de seleção e recrutamento de um empregado de um concorrente.

Vale destacar que os acordos de no-poach também podem estar inseridos no contexto de um contrato de franquia⁷⁵². Considera-se em alguns casos a existência de razoabilidade como ocorreu no caso *Eichorn v. AT&T*, de 2001, em que foi realizado um acordo para não contratar empregados no contexto de um desinvestimento. O tribunal julgou a cláusula válida, por ser acessória à venda dos negócios e pela razoabilidade do escopo e da duração (profissionais mais qualificados e estratégicos para as empresas, em um período de tempo determinado). (U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT, 2001). Portanto, é importante que os acordos de não contratar, no contexto de atos de concentração, sejam limitados em duração (da *due diligence* até um período razoável após a consumação do negócio) e no seu escopo, i.e. os profissionais visados (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 12).

Nos EUA, em 1957, o caso *Union Circulation Company v. FTC* tratou da contratação de vendedores de assinaturas de revistas porta-a-porta, cujo trabalho era intermediado por agências de terceirização. Os casos interdisciplinares entre direito do trabalho e direito antitruste

751 Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “é provável que um indivíduo viole as leis antitruste se ele ou ela concordar com indivíduo(s) de outra empresa em negar o assédio ou a contratação de funcionários da outra empresa. Tradução livre do original: “*an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company to refuse to solicit or hire that other company’s employees*”. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)

752 Restaurantes *fast-food* como Carl’s Jr. Burguer King, Pizza Hut, Domino’s e Mc Donald’s têm - ou tinham - cláusulas de *no-poach* em seus contratos com os franqueados. Também entre as franquias das academias de ginástica Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Como exemplo, temos uma ação coletiva proposta por empregados da franquia de hamburguerias Carl’s Jr em 2017. Estes empregados questionavam uma cláusula contratual imposta pelo franqueador a seus franqueados impedindo que estes contratem supervisores de outros restaurantes (HELTZER, DUBROW, *et al.*, 2017).

se tornaram mais emblemáticos ao envolverem seis empresas de alta tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar).⁷⁵³

Em adição ao que foi apresentado por estas autoras anteriormente (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 73-75), menciona-se que na Espanha, em 2010 e 2011 a autoridade de concorrência condenou dois cartéis que envolviam acordos de não contratação: um no mercado de empresas transportadoras de mercadorias e outro na venda de produtos para cabeleireiros tradicionais. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 23-24)

Em 2012, novamente nos EUA, a eBay também foi processada por acordos de “no-poach” ou “no cold-calling” celebrados com a Intuit⁷⁵⁴(*U.S. v. eBay, Inc.*). No acordo informal realizado entre executivos sêniores, entre 2006 e 2011, as empresas acordavam não recrutar empregados uns dos outros, mesmo se procurados pelos funcionários da concorrente. Esses acordos não eram públicos, nem mesmo para os empregados das duas empresas (U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, 2014). Após as ações propostas pelo DOJ, várias ações privadas de reparação de danos

753 Os casos, genericamente intitulados “high-tech employees”, tratam da investigação iniciada pelo DOJ com relação a cinco acordos bilaterais que supostamente impediam as empresas de tecnologia envolvidas de contratar funcionários extremamente qualificados no setor de tecnologia umas das outras (United States v. Adobe Systems, Inc., et al.). (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2011) Segundo a investigação iniciada em 2010, não havia qualquer justificativa razoável de colaboração entre as empresas sem o conhecimento de seus empregados. (NEIDERMEYER, 2018, p. 3). Nestes casos, não houve alegação de que os produtos ou serviços oferecidos pelas empresas competiam entre si, mas sim que os acordos resultaram em diminuição das oportunidades de carreiras dos profissionais de alta tecnologia e, por conseguinte, impactavam em seus salários de modo não razoável (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 6). No ano de 2010, o DOJ abriu nova investigação contra as empresas Lucasfilm e Pixar (United States v. Lucasfilm Ltd.). As empresas acordaram entre si, sem informar aos seus empregados, que (i) evitariam oferecer empregos a funcionários uma da outra; (ii) informariam eventual oferta de trabalho a um empregado da concorrente e (iii) não tentariam cobrir uma possível contraproposta. Tais acordos foram entendidos como restrições horizontais entre competidores diretos no mercado de trabalho, que deveriam ser considerados ilegais per se. O caso foi encerrado em 2011, com um acordo entre o DOJ e Lucasfilm, impedindo-a de celebrar acordos anticompetitivos com consequências no mercado de trabalho (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2010).

754 A Intuit não foi processada no caso em questão por já ter assinado acordo para cessar a prática de no-poach em 2011 no caso United States v. Adobe Systems.

contra as empresas de tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Lucasfilm) se seguiram, tendo se concluído que os acordos secretos combatidos pelos casos prejudicaram a competição entre empregados qualificados dessas empresas, diminuindo sua mobilidade. Intuit, Lucasfilm e *Pixar* celebraram acordos no valor de 20 milhões de dólares, e as demais empresas fizeram acordo no montante de 415 milhões de dólares para a reparação de danos causados pela conduta praticada (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 6-7).

Em 2015, uma empresa de suporte de TI (Gemicro) entrou em acordo com a autoridade de concorrência da Croácia para encerrar um processo em que era acusada de abuso de posição dominante. Segundo a denúncia, a empresa só firmava contratos de prestação de serviços caso seus contratantes aceitassem obrigações suplementares em que eram proibidos de contratar ex-funcionários da Gemicro que atualmente estivessem trabalhando em seus concorrentes. (OCDE, 2019, p. 2)

Em 2017, o DOJ investigou as empresas *Knorr-Bremse* (“Knorr”) e *Westinghouse Air Brake Technologies* (“Wabtec”) pelos acordos de não contratar profissionais do mercado de suprimentos ferroviários.⁷⁵⁵ No mesmo ano, a Autorité de la Concurrence na França condenou um grupo de empresas e um sindicato setorial por um cartel que envolvia, entre outras práticas, um acordo relacionado à política de recrutamento das empresas, em que os membros orientavam seus profissionais de recursos humanos e recrutadores externos a não procurar funcionários de empresas que fizessem parte do cartel⁷⁵⁶. (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2017, p. 45)

755 As empresas firmaram acordo com o DOJ, em que não assumiram a ilicitude das condutas, mas concordaram em cessar a prática. Em contrapartida, o DOJ deixou de processar as empresas tanto civil como criminalmente, o que não impediu o ajuizamento de ação coletiva proposta por empregados das duas empresas. Segundo os termos dessa ação privada de reparação de danos, tais acordos de “*No Poach*” teriam causado a diminuição da remuneração dos empregados, limitado a mobilidade dos empregados e impedido a inovação (GLOBENEWSWIRE, 2018).

756 Inclusive contratos entre uma das empresas praticantes do cartel e recrutadores externos (*headhunters*) previa que funcionários de determinada empresa não poderiam ser recrutados. (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2017, p. 45)

Em 2019, o DOJ, nos EUA, manifestou-se em uma ação coletiva iniciada por uma professora da Faculdade de Medicina da Duke University, que denunciou a existência de um acordo de não contratação de professores de medicina entre esta universidade e a University of North Carolina. (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF MIDDLE DISTRICT OF NORTH CAROLINA, 2019) A manifestação do DOJ foi no sentido de que o acordo configuraria um ilícito concorrencial *per se*. O processo foi encerrado em acordo em que a professora recebeu indenização da Duke University que se comprometeu a não mais praticar acordos de não contratação. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021)

No início de 2021, o DOJ iniciou a primeira acusação criminal relacionada a acordos no-poach, contra a empresa Surgical Care Affiliates, que atua no mercado de operação de atendimento médico ambulatorial nos EUA. Segundo a acusação, a empresa acordou com seus concorrentes em não contratar profissionais sêniores entre si e possuía, inclusive, uma “lista de quem não chamar” direcionada aos recrutadores. (U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS DALLAS DIVISION, 2021, p. 5)

Regra geral, os *no-poach agreements* vêm sendo considerados ilegais *per se* nos EUA. Na Europa, por sua vez, os acordos de não contratação são atacados sob a ótica do direito nacional antitruste dos Estados-Membros da União Europeia e também sob o artigo 101 do TFUE. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021).

O QUE HÁ DE NOVO SOBRE CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATOS DE TRABALHO

Conforme indicamos em estudo anterior (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 79-80), nos EUA, cláusulas de não concorrência têm gerado discussões há mais de 600 anos. Quando presentes nos contratos de trabalho, historicamente eram permitidas, desde que razoáveis em seu escopo e duração. Esse tipo de cláusula é

tipicamente justificada pelo investimento em capital humano realizado pelo empregador em relação ao empregado. Caso uma cláusula de não concorrência seja incluída no contrato de trabalho, esta aumentaria o incentivo do empregador de compartilhar segredos de comércio e prover treinamentos caros para seus funcionários, gerando, portanto, eficiências para toda a economia. (DÉCHAMPS, DESCAMPS, *et al.*, 2020, p. 7)

A questão é que muitas dessas cláusulas só são apresentadas aos trabalhadores após o aceite da proposta de emprego, aumentando a chance de sua assinatura e diminuindo o poder de barganha do empregado em sua negociação. Essa prática é proibida em países como França e Alemanha (DÉCHAMPS, DESCAMPS, *et al.*, 2020, p. 8) . Nos EUA, a proibição dessas cláusulas ocorre, com nuances diferentes em leis que já entraram ou vão entrar em vigor nos estados da Califórnia (2020), Distrito de Columbia (2021), Oregon (2021), Nevada (2021), Illinois (2022). (O'BRIEN, ROSE, *et al.*, 2021)

Em agosto de 2016, a Casa Branca emitiu relatório em que apontou cinco principais problemas identificados nas cláusulas de não concorrência⁷⁵⁷ recomendando aos empregadores⁷⁵⁸ que: (i) fossem banidas as cláusulas de não concorrência para certas categorias de empregados; (ii) melhorassem a transparência; (iii) fornecessem contrapartida para além da manutenção de emprego para trabalhadores que assinem acordos de não concorrência. Em adição, foi incentivado aos empregadores a elaboração de contratos

757 Segundo os termos do documento, tais seriam os principais problemas: (i) imposição da cláusula ao empregado em contratos de adesão; (ii) menor poder de barganha dos empregados após aceitar um novo emprego; (iii) falta de compreensão dos empregados de como são executáveis os acordos de não concorrência e as suas implicações; (iv) ausência de contrapartida adicional aos empregados, isto é, ao admitir a cláusula não há nada a não ser a promessa de continuar com seus empregos; (v) imposição de contratos bem mais amplos fixados pelos empregadores, com a confiança de que os tribunais irão “corrigi-los” em um possível processo judicial . (WHITE HOUSE, 2016). Ou seja, os aspectos listados acima denotam evidente assimetria de informação entre empregados e empregadores em suas relações contratuais.

758 Office of the Press Secretary, the White House, State Call to Action on Non-Compete Agreements (October 25, 2016).

executáveis, desencorajando o uso de cláusulas inexequíveis com o objetivo de coação do empregado supostamente desinformado da ilegalidade (ERNST, 2018, p. 1). No mesmo ano nos Estados Unidos, a empresa Law360 fez um acordo com o Procurador Geral de Nova York para liberar todos os seus executivos de cláusulas de não concorrência. (BRASS, LIMARZI, *et al.*, 2020, p. 26)

Em 2017 a Comissão Europeia condenou a International Skating Union (“ISU”) por violação do artigo 101 do TFUE. A ISU impôs penalidades severas a atletas que participassem de competições não autorizadas por ela, de forma semelhante a uma cláusula de não concorrência. (DÉCHAMPS, DESCAMPS, *et al.*, 2020, p. 8)⁷⁵⁹Em 2018, novo acordo foi feito com o Procurador Geral de Nova York sobre cláusulas de não concorrência, desta vez pela empresa WeWork, que liberou 1.400 empregados em todos os Estados Unidos dessas cláusulas e estreitou o escopo de centenas de outros empregados. Em 2019, novo acordo, desta vez com o Procurador Geral do estado de Illinois, proibiu a empresa Check into Cash de incluir esse tipo de cláusula para contratos com trabalhadores de lojas. (BRASS, LIMARZI, *et al.*, 2020, p. 26)

As cláusulas de não concorrência foram objeto importante de discussão nas primárias presidenciais de 2020 do Partido Democrata nos Estados Unidos. (DÉCHAMPS, DESCAMPS, *et al.*, 2020, p. 6-8). A Ordem Executiva de 2021 da Casa Branca encoraja que o FTC atue editando regras que impeçam condutas que restrinjam a mobilidade de empregados no mercado de trabalho, sobretudo as cláusulas de não concorrência. No mesmo sentido, a nova Presidente do FTC, Lina Khan, afirma que certos termos contratuais, sobretudo aqueles impostos, constituem métodos desleais que podem prejudicar trabalhadores. (KHAN, 2021)

759 Veja-se mais sobre o tema em ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 79-80.

O QUE HÁ DE NOVO SOBRE TROCAS DE INFORMAÇÕES SENSÍVEIS SOBRE TERMOS E CONDIÇÕES DE TRABALHO

Como já trouxemos em 2018 (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 80-81) , nos EUA as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são objeto de análise pela regra da razão, diferentemente dos acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) e dos acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”), que, conforme apresentado acima, geralmente são considerados ilegais *per se*.⁷⁶⁰ Em adição, a OCDE apontou em 2020 que “as autoridades de concorrência mundiais tomaram poucas ou nenhuma ação para endereçar monopólio do trabalho e para garantir a competição em mercados relevantes na dimensão trabalho” (OCDE, 2020, p. 55). Foi sugerido, em 2019, que as autoridades deveriam garantir o status de trabalhador para grupos que estão na “zona cinzenta” entre empregado e autônomo, permitindo que negociem coletivamente com forma de

⁷⁶⁰ Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, as empresas não devem trocar informações sobre sua política de recrutamento de empregados e/ou salários e outros benefícios praticados (planos de saúde, estacionamento, auxílio-alimentação ou refeição, auxílio-moradia, auxílio-transporte, entre outros). As trocas de informações são consideradas lícitas se preencherem algumas condições, ou seja, quando: (i) forem realizadas por uma terceira parte neutra; (ii) envolverem dados antigos; (iii) houver uma junção das informações para proteção da identidade das fontes; (iv) existirem fontes suficientes agregadas para prevenir que competidores possam identificar qual seria a fonte em particular de cada uma das informações; (v) relacionadas a uma *due diligence* prévia a um ato de concentração, com precauções prévias a serem tomadas para evitar compartilhamento de informações. Por sua vez, as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são consideradas potencialmente ilícitas se forem periódicas e, especialmente, se tiverem o efeito de diminuir o valor dos salários. (U.S. DOJ; FTC, 2016). Quanto ao item (v), tem-se que o impedimento de compartilhar informações não afeta o direito das empresas de reunir informações sobre empresas-alvo em operações de fusões, aquisições ou incorporações, desde que sejam tomadas as devidas precauções para o compartilhamento de informações, evitando o *gun jumping*. Tal compartilhamento é inclusive esperado, uma vez que o comprador precisa ter acesso aos custos com funcionários da empresa-alvo. A troca de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho pode representar uma conduta anticompetitiva no contexto em que é usada por empregadores para diminuir e uniformizar salários de determinada categoria de empregados. Existem exceções a essa proibição, quais sejam (i) um contexto de ato de concentração ou (ii) tratamento específico prévio para retirar da informação o potencial de causar colusão.

resolver o poder de monopólio entre empregadores. (OCDE, 2020, p. 44)

Além disso, a autoridade de concorrência portuguesa lançou recentemente, em setembro de 2021, um “Guia de Boas Práticas - Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos Mercados de Trabalho” (“Guia de Portugal”). Nos termos do Guia de Portugal, um acordo anticoncorrencial no mercado de trabalho pode assumir várias denominações: acordo de não-angariação, acordo de cavalheiros, acordo de não contratação, acordo de fixação de salários, pactos de não agressão e acordo de não solicitação. O Guia de Portugal recomenda que as empresas eliminem políticas de recrutamento ou definição de condições salariais que envolvam acordos com outras empresas fora de contextos legítimos. (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021b, p. 6-7)

CONTEXTO DE PANDEMIA

A pandemia trouxe enormes incertezas para os empregadores em termos de tratamento com os funcionários (políticas de *home-office*, licenças para tratamento da COVID-19 e outras doenças relacionadas, controle de jornada, testagem e vacinação, etc). Nesse sentido, aumentaram as trocas de informações e a colaboração entre empresas relacionadas a estes e outros temas. Para endereçar o assunto, DOJ e FTC emitiram em 2020 um comunicado antitruste conjunto relacionado ao COVID-19, esclarecendo as formas de cooperação que as empresa, inclusive concorrentes, poderiam colaborar neste momento singular. Alguns dos exemplos fornecidos foram: colaboração em pesquisa e desenvolvimento; compartilhamento razoável de conhecimento técnico, compartilhamento de informações sobre parâmetros de protocolos médicos clínicos, acordos de compra conjunta de insumos médicos, entre outros. (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2020). Ademais, a pandemia reforçou a competição por trabalhadores da linha de frente do combate ao COVID-19, motivo pelo qual DOJ e FTC

emitiram nota em abril de 2020 informando que “aplicaria as leis antitruste [dos Estados Unidos] contra aqueles que visassem explorar a pandemia para engajar em condutas anticompetitivas no mercado de trabalho”. (U.S. DOJ, 2020)

O DOJ e o FTC estão trabalhando para atualizar o Guia de RH de 2016, após casos recentes e pesquisas que mostraram que o compartilhamento de informações, principalmente em mercados concentrados, pode ter efeitos anticompetitivos potencialmente significativos, mesmo quando supostamente anonimizados. (US DEPARTMENT OF TREASURY, 2022, p. 56)

No Brasil, o artigo 14 da Lei 14.010/2020 abrangeu o regime concorrencial em período de pandemia, incluindo algumas exceções. O CADE, por sua vez, emitiu uma Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19 (“Nota Informativa”) “com o objetivo de fornecer orientações sobre procedimentos aos quais agentes econômicos poderão recorrer para receber um pronunciamento do CADE acerca da adoção de estratégias voltadas ao combate da crise, e garantir o cumprimento da Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011”. A Nota Informativa não trata especificamente de trabalho ou emprego, mas orienta que concorrentes que queiram colaborar entre si respeitem diretrizes de escopo, duração, território e, governança, transparência e boa-fé na celebração de acordos com concorrentes no âmbito da pandemia. Ademais, a nota informa que, caso haja necessidade de troca de informações concorrencialmente sensíveis para se atingir os fins desejados pela colaboração frente à pandemia, deve ser organizado um grupo desvinculado das empresas concorrentes que possa acessar as informações e realizar seu tratamento. (CADE, 2020b, p. 4-6)

A União Europeia também divulgou comunicado sobre o tema em 2020, em que ressalta que pode haver troca de informações entre empresas para fins e combate à pandemia, mas que estas, quando concorrencialmente sensíveis, devem ser agregadas. (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 3)

CONTROLE DE CONDUTAS: INTERFACES DIRETAS ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO TRABALHISTA NO BRASIL

Diante do exposto a respeito da experiência nos demais países, sobretudo a mais recente, serão apresentadas perspectivas para o Brasil – atualizadas em relação às nossas análises de 2018 (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 82-85), envolvendo especificamente a perseguição de condutas anticompetitivas envolvendo o direito trabalhista. Ainda que questões mais complexas não tenham sido enfrentadas de modo definitivo no Brasil, há processos administrativos nos quais o CADE enfrentou o tema de modo coadjuvante⁷⁶¹, bem como caso recente que trata apenas dessa interface entre antitruste e trabalho.

No ano de 2020, o CADE iniciou a primeira grande investigação relacionada a departamentos de recursos humanos no Brasil, após celebração de acordo de leniência. Nesta, 37 empresas do setor de saúde do estado de São Paulo são investigadas pela possível prática de condutas anticompetitivas incluindo acordos de fixação de remuneração e acordos de não contratação de trabalhadores, assim como trocas de

761 No Processo Administrativo n. 08012.003021/2005-72, o CADE investigou um suposto cartel em licitações públicas e privadas para contratação de serviços de tecnologia da informação. Um dos acertos entre os concorrentes, membros de um sindicato patronal, era a “política de ‘respeitar’ o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho, conduta essa que poderia impor condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação”. Trata-se, ao nosso ver, de conduta assemelhada à prática de *No Poach Agreements*. Também houve alegação de existência de acordo de não contratar empregados de concorrentes no Processo Administrativo n. 08012.002812/2010-42, que investigou cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares pré-pagos. Sobre trocas de informações concorrencialmente sensíveis, o primeiro caso foi o PA n. 08700.006386/2016-53, envolvendo o mercado independente de peças automotivas de reposição. A conduta envolvia, supostamente, o compartilhamento de informações relevantes na configuração de estratégia empresarial, tais como a estrutura comercial; número de representantes e seus salários/benefícios. (CADE, 2016) Ainda, vale mencionar um PA em curso no CADE que abordou variáveis de RH que surgiram da denúncia feita pelo Nubank contra os cinco principais bancos do país: Itaú, Bradesco, Santander, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil. Neste caso o Nubank alega que o Itaú teria praticado assédio aos seus funcionários estratégicos da área de tecnologia.

informações concorrencialmente sensíveis relacionadas a salários, benefícios e compensações em geral. As trocas de informações e acordos ocorriam por meio do grupo “MedTech” entre 2009 e 2018, cujo objetivo era “promover a troca de experiências, tendências de mercado e informações sensíveis principalmente relacionadas à gestão de pessoas e ao departamento de RH (remuneração/bonificação de funcionários, além de outros benefícios), a fim de apoiar o processo de tomada de decisão das Participantes da Conduta Relatada nas suas respectivas atividades corporativas voltadas ao ambiente do Mercado de Trabalho Afetado (i.e., temas que permeiam decisões referentes a contratação, remuneração e manutenção de funcionários)”. (CADE, 2021, p. 44)

A Superintendência Geral do CADE, no Despacho de Instauração do Inquérito Administrativo, decidiu pela instauração de Inquérito Administrativo para apuração de condutas anticompetitivas nos termos do art. 36, incisos I a IV c/c §3º, inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, e inciso II da Lei 12.529/2011, nos termos dos arts. 13, III, 49 e 66, caput e §10, e seguintes da Lei nº 12.529/2011⁷⁶². (CADE, 2020). Assim, nota-se que em seu decenário a Lei 12.529/2011 apresenta-se como instrumento válido e passível de aplicação para as questões que envolvem *labor markets* quando há trocas de informações sensíveis entre concorrentes relacionadas à gestão de pessoas e ao departamento de RH.

762 Em 2018, em nosso primeiro artigo sobre o tema, inclusive citado no Anexo da Nota Técnica de Instauração do Inquérito Administrativo em questão, entendemos que “O CADE, num possível caso de acordo entre concorrentes para restrição do mercado de trabalho, poderia enquadrar referida conduta em seu artigo 36, incisos I ou III. O inciso III, aumento arbitrário de lucros, poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago de salário ao empregado de um mercado afetado pela conduta e o valor efetivamente pago, fruto desse arranjo entre concorrentes. Já o enquadramento no inciso I deveria considerar que o mercado em que a livre concorrência afetada é no mercado de trabalho dos profissionais de determinada função. Também é possível que seja vista essa prática como uma conduta comercial concertada nos termos do inciso II do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529”. (ATHAYDE, DOMINGUES e SOUZA, 2018, p. 83-84)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todo mundo, o desenvolvimento dos assuntos relacionados a direito concorrencial e direito trabalhista pela doutrina e jurisprudência demonstra que os fatores trabalhistas de fato ganharam cada vez mais importância na análise concorrencial⁷⁶³. Isto não foi diferente no Brasil.

A abertura do primeiro grande processo administrativo, em 2020, que investiga supostas práticas envolvendo departamentos de recursos humanos, reforça nossa hipótese, aventada em 2018, de o CADE por meio da Lei 12.529/2011 ter capacidade técnica e instrumental passível de investigação de condutas relevantes.

Da mesma forma, diante do enfoque crescente em acordos de *no-poach*, os empregadores devem considerar a adoção ou implementação de melhores práticas. Ainda que o arcabouço legislativo atual alcance as condutas anticompetitivas analisadas, entende-se que um eventual guia pode ser útil no futuro para aproximar ainda mais as áreas jurídicas que sempre foram vistas como estanques pelo ensino jurídico tradicional⁷⁶⁴, a exemplo do que foi realizado nos Estados Unidos,

763 As empresas norte-americanas vêm buscando se adequar à nova política antitruste em cinco frentes: (i) revisão de compliance antitruste do nível de informação trocada em associações de RH às quais pertença e dos pedidos de *benchmarking*; (ii) revisão de políticas de contratação e trocas de informações sobre Recursos Humanos; (iii) percepção de que é estranho que o mercado tenha uma mesma prática de contratação, solicitação ou troca de informações de RH; (iv) treinamentos regulares de pessoal para os empregados da área de Recursos Humanos para identificar como cumprir as normas antitruste e saber identificar quais são seus competidores diretos por pessoal; (v) treinamento de todo Jurídico (advogados trabalhistas, de M&A, contratuais) da empresa para entendimento da legislação antitruste. (NEIDERMEYER, 2018, p. 8-10).

764 Das melhores práticas depreendidas da experiência mundial que poderiam ser exploradas num guia do CADE, destacamos algumas: (i) os empregadores deveriam informar e treinar todos os funcionários com responsabilidades no RH para compreender os fundamentos da lei antitruste; (ii) os funcionários não deveriam entrar em acordos escritos ou verbais sobre remuneração (ou outros termos relacionados ao emprego), ou sobre recrutamento de funcionários, com profissionais de empresas concorrentes; (iii) ao compartilhar informações confidenciais de funcionários, quando há uma transação que resulte em Ato de Concentração, as empresas deveriam considerar o uso de um terceiro (agente neutro) para gerenciar a troca de dados, anonimizar os dados (apresentando-os por posição ou de forma agregada) e limitar

na OCDE e em Portugal. Este ponto é relevante já que podem ser aduzidos, como argumento de defesa nos processos administrativos instaurados pela autoridade antitruste, que não havia clareza sobre a ilicitude dessas práticas por quem não tem afinidade com o direito concorrencial.

Registre-se, ainda, posição no sentido de que o CADE possui, de fato, competência para analisar essas possíveis práticas anticompetitivas. No caso das infrações de cartéis de fixação salarial, de acordos de não contratação de funcionários e de trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho, o enquadramento é possível com base no art. 36, §3º, incisos I e II da Lei 12.529/2011. Por sua vez, no caso das cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho, caso não realizadas de modo coordenado, poderia ser consideradas condutas unilaterais, ainda assim passíveis de enquadramento nos incisos III, IV e/ou V do §3º do art. 36 da Lei 12.529/2011. Neste último caso, porém, haveria uma discussão sobre os efeitos da prática, que podem ser bastante difíceis – ou até mesmo impossíveis – de prova para a autoridade.

É fato que em mercados em que o trabalho pode ser visto como um insumo preponderante – pela necessidade de extrema qualificação de profissionais e investimento na capacidade intelectual dos empregados – troca de informações de variáveis relacionadas a Recursos Humanos entre empresas, mesmo que não concorrentes, deve ser analisada com cautela tanto em atos de concentração quanto em processos administrativos. Nesse contexto, também as cláusulas de não concorrência devem ser analisadas levando em conta seu potencial restritivo de mobilidade no mercado relevante na dimensão trabalho.

Registre-se uma discussão que pode ser levantada nestes casos: qual seria o melhor remédio a ser aplicado, como sanção a esse tipo de infração? As multas, tradicionalmente privilegiadas pelo CADE, seriam

o acesso a tais dados ou informações; (iv) as empresas deveriam garantir que as disposições de não-concorrência nos documentos da transação estejam adaptadas ao negócio e sejam razoáveis em duração e escopo.

as medidas mais adequadas em caso de uma eventual condenação dos envolvidos? Ou seria o caso de se aplicar, prioritariamente, ou em complementação, uma penalidade não pecuniária prevista no art. 38 da Lei 12.529/2011?⁷⁶⁵

Tais são as reflexões para o futuro e parte dos desafios que serão enfrentados pela Lei 12.529/2011 e pelo CADE na próxima década.

⁷⁶⁵ Em todo caso, na hipótese de ser celebrado um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) nesse tipo de investigação, passa a ser interessante a avaliação de eventual exigência da implementação de um programa de compliance específico para fins de se evitar futuras práticas anticompetitivas, em especial voltadas para o mercado de trabalho.

Amanda Athayde

PIPOCA COM GUARANÁ: COMBINANDO ACORDOS DE LENIÊNCIA COM OS DO TIPO SECOND BEST

Publicado originalmente em: *Portal Conjur em 17/04/2021.*

Amanda Athayde

Sarah Roriz de Freitas

Os acordos de leniência antitruste e os termos de compromisso de cessação antitruste (TCCs)⁷⁶⁶, previstos na Lei nº 12.529/2011, “*representam os principais pilares da persecução pública aos cartéis no Brasil*”⁷⁶⁷. Ambos possuem requisitos próprios, são negociados em momentos e em fases específicas, bem como resultam em diferentes benefícios às pessoas físicas e/ou jurídicas colaboradoras. A combinação entre ambos os instrumentos representa a pipoca com guaraná no antitruste brasileiro, como se observará adiante.

Desde 2000, quando foi inserido na legislação brasileira, e até o ano de 2020, foram celebrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) 101 acordos de leniência Antitruste (sendo 76 entre 2012 e 2019)⁷⁶⁸. Quanto aos TCCs, segundo dados consolidados pelo Cade no documento de trabalho “TCC na Lei 12.529/2011”⁷⁶⁹, foram 349 celebrados entre 2012 e 2019.

766 Acordo de leniência é o acordo celebrado entre uma autoridade pública investigadora e um agente privado (seja este uma pessoa jurídica ou física), por meio do qual a autoridade concede a extinção ou o abrandamento da penalidade aplicável ao agente, recebendo em troca provas e a colaboração material e processual ao longo das investigações. O Programa de Leniência, por sua vez, consiste no arcabouço jurídico que provê incentivos da autoridade pública investigadora para que os agentes privados a procurem para a negociação dos referidos Acordos de Leniência. ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

767 ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa. Discovery, Leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?. Revista do Ibrac, 2016; Vol. 22. pp. 89-116.

768 CADE. <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas/estatisticas-do-programa-de-leniencia-do-cade>

769 CADE. Documento de Trabalho “TCC na Lei 12.529/2011”. Fev. 2021. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20>

A premissa básica dos acordos de leniência é a de que seus signatários confessem e colaborem com as investigações⁷⁷⁰, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação⁷⁷¹. Os requisitos para sua assinatura são elencados nos artigos 86 da Lei nº 12.529/2011 e 197 do Regimento Interno do Cade (RICade), segundo os quais é necessário que: 1) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (“primazia”); 2) a empresa e/ou pessoa física cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação; 3) no momento da propositura do acordo, a superintendência-geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou da pessoa física; 4) “confissão” — a empresa e/ou pessoa física confesse sua participação no ilícito; 5) — a empresa e/ou pessoa física coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Cade; e 6) da cooperação da empresa e/ou pessoa física resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O TCC antitruste (artigo 85 da Lei nº 12.529/11 e nos artigos 178 a 195 do RICade), por seu turno, visa a coibir a conduta anticompetitiva

na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>. Acesso em: 08 Mar. 2021. Consultora Pnud no Cade Carolina Saito.

770 “*The challenge in attacking hard-core cartels is to penetrate their cloak of secrecy. To encourage a member of a cartel to confess and implicate its co-conspirators with first-hand, direct ‘insider’ evidence about their clandestine meetings and communications, an enforcement agency may promise a smaller fine, shorter sentence, less restrictive order, or complete amnesty*” (OCDE. *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018).

771 Para mais informações acerca das características de um Programa de Leniência eficiente e efetivo, ver: ICN. *Checklist for efficient and effective leniency programmes*. ICN, 2017. Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/leniency-program-checklist/>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

sob investigação ou seus efeitos lesivos. Ao contrário do acordo de leniência antitruste, não se trata de instrumento de detecção de condutas, tendo em vista que pressupõe o conhecimento prévio da infração ou que o Cade detenha provas suficientes da conduta ilícita, seja pela existência de um acordo de leniência anterior, seja por outros meios de investigação. Trata-se, assim, de um acordo do tipo *second best*. Sua celebração está sujeita ao juízo discricionário, de conveniência e oportunidade, da autoridade antitruste, que pode rejeitar a proposta mesmo se preenchidos todos os requisitos.

Para os TCCs antitruste, em geral, são exigidos dois requisitos: 1) obrigação de não praticar a conduta investigada ou agir de forma a gerar os seus efeitos lesivos; e 2) pagamento de multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas. Três outros requisitos são adicionados caso o TCC seja proposto no âmbito de investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes (como é caso de cartel); 3) colaboração com a instrução processual; 4) reconhecimento de participação na conduta investigada; e 5) pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Ainda é possível que haja exigências específicas para alguns TCCs, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

Os TCCs antitruste podem contribuir para a investigação, a depender do momento de sua propositura, que pode ocorrer tanto na SG quanto no tribunal do Cade. A esse respeito, o documento de trabalho Cade “TCC na Lei 12.529/2011”⁷⁷², que analisou 349 TCCs celebrados entre 2012 e 2019, evidencia que os TCCs ocorrem, principalmente, quando o processo principal ainda tramita na SG/Cade (65% dos casos, ou 226 TCCs), e menos quando o processo já foi remetido ao tribunal (35% dos casos, ou 123 TCCs). Athayde e Fonseca apontam que, em razão da possibilidade de celebração em diferentes momentos da

772 CADE. Documento de Trabalho “TCC na Lei 12.529/2011”. Fev. 2021. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>>. Acesso em: 08 Mar. 2021. Consultora Pnud no Cade Carolina Saito.

instrução processual e com diferentes autoridades (superintendência-geral ou tribunal), os TCCs em casos de cartel “*possuem finalidade híbrida*”: ora de meio de obtenção de prova, quando firmados com a SG/Cade, diante da exigência de colaboração com a autoridade antitruste, ou quando firmados com o tribunal, se houver colaboração; ora de pacto de ajustamento de conduta, quando firmados com o tribunal e não houver colaboração⁷⁷³.

Quanto aos benefícios, o acordo de leniência antitruste oferece benefícios tanto administrativos quanto criminais (artigo 86, §4º, c/c artigo 87 da Lei nº 12.529/2011), tratando-se de instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial ao Cade (artigo 86, §1º, I). O TCC, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (artigo 85), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem benefícios automáticos na seara criminal. Para tanto, é necessária cooperação interinstitucional entre o Cade e o Ministério Público, com a celebração de eventuais acordos em paralelo.

Por oferecerem melhores benefícios, os acordos de leniência antitruste possuem requisitos mais rígidos que os dos TCCs antitruste, tais como a confissão de participação no ilícito e a ausência de provas suficientes contra o proponente da colaboração no momento da propositura do acordo. Os acordos de leniência, em razão do requisito da primazia, geram uma espécie de “corrida” entre os participantes da conduta anticompetitiva, enquanto os TCCs podem ser celebrados até após concluída a instrução do processo administrativo — a “corrida”, nesse caso, será para obter melhores descontos na contribuição pecuniária, já que não há óbice para a celebração de TCC com mais de um, ou até mesmo com todos, os participantes da conduta investigada. Ainda, os TCCs, especificamente aqueles firmados em investigações de cartéis, obrigam ao pagamento de contribuição pecuniária pelo

773 ATHAYDE, Amanda; FONSECA, Marco Antonio. TCCs em casos de cartel no CADE: meios de obtenção de prova ou pactos de ajustamento de conduta? Portal Jota, 24 dezembro 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tccs-em-casos-de-cartel-no-cade-24122020>. Acesso em: 11 abr. 2021.

colaborador, além de estarem sujeitos ao juízo de conveniência e oportunidade do Cade. Os TCCs, portanto, são considerados acordos do tipo *second best*, já que concedem benefícios significativamente inferiores aos seus compromissários, justamente com a finalidade de manter a atratividade do primeiro que procura a autoridade antitruste.

Apesar de serem instrumentos distintos, a celebração de um acordo de leniência pode ser observada como elemento catalizador da celebração de TCCs antitruste, como afirma Craveiro⁷⁷⁴, para quem “*a assinatura de TCCs é considerada um efeito esperado e benéfico dos acordos de leniência*”. Ainda segundo a autora, “*acordos (de leniência) mais robustos tendem a gerar mais condenações e, como decorrência, também mais Termos de Compromisso de Cessação (TCC)*”.

Essa conclusão também pode ser extraída da pesquisa de Chíxaro⁷⁷⁵. A partir de pesquisa empírica com os 60 processos administrativos instaurados entre 2015 e 2019 para apurar infrações relacionadas a cartéis, o autor constatou que 36 foram decorrentes da celebração de acordos de leniência (60%), ao passo que outros 24 originaram-se de outras formas (denúncias, apurações *ex officio* etc.) — 40%. Entre esses 60 processos administrativos, constatou-se que em 39 houve a celebração de TCCs antitruste. Desses 39 processos em que se celebrou TCCs, em 31 havia acordo de leniência anterior (81,5%) e em oito, apenas, não havia acordo de leniência (18,5%). De acordo com esses dados, em apenas cinco (13,9%) dos 36 processos administrativos decorrentes de acordo de leniência não foi celebrado nenhum TCC. Assim, há indicativos de que: 1) os TCCs são mais presentes em processos originados por acordos de leniência do que por outros meios; e 2) entre os processos instaurados em decorrência de acordos de leniência, há mais casos

774 Craveiro, Priscila. Uma régua na Leniência Antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do Programa de Leniência do Cade. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Brasília, setembro de 2020. No prelo.

775 CHÍXARO, Fernando Martins. Os Acordos depois do Acordo: Da comparação entre Termos de Cessação Conduta homologados no Cade em processo com e sem Acordos de Leniência, entre de 2015 a 2019. Trabalho de Conclusão da Pós Graduação na FGV. Dezembro 2020.

com TCCs celebrados do que casos sem nenhum TCC. O mesmo autor aponta que, dos 59 acordos de leniência antitruste celebrados entre 2015 e 2019, 26 (44%) propiciaram a celebração de, pelo menos, um TCC posterior.

Diante do exposto, é possível concluir que os acordos de leniência antitruste criam ambiente favorável para a negociação e celebração de TCCs antitruste, que são acordos do tipo *second best* no direito concorrencial brasileiro. Assim, acordos de leniência e TCCs antitruste são importantes ferramentas da política de combate a cartéis não só quando considerados isoladamente, mas também quando apreciados pelo prisma de sua interrelação, evidenciando, com dados empíricos, a hipótese inicial deste trabalho de que a combinação entre os instrumentos representa a pipoca com guaraná no antitruste brasileiro.

Essa constatação no contexto antitruste mostra-se relevante diante da sua possível replicação para outras searas do Direito brasileiro, diante da comparação entre os acordos de leniência e os acordos do tipo *second best* em suas respectivas legislações⁷⁷⁶. No Sistema Financeiro Nacional, há previsão de que o Banco Central (BC) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) podem celebrar acordo administrativo em processo de supervisão (artigo 30 da Lei nº 13.506/2017) e termo de compromisso (artigo 11 da Lei nº 13.506/2017 e artigo 11, §5º, da Lei nº 6.385/1976). Na prática, entretanto, somente foram celebrados termos de compromisso. Já na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), pode-se celebrar apenas acordo de leniência, sem a existência de instrumentos de acordo do tipo *second best*. A experiência empírica do Cade evidencia que a existência simultânea desses dois tipos de acordos cria uma combinação ótima para a persecução de ilícitos na seara antitruste, de modo que a replicação desse modelo de incentivos para outras áreas, com as devidas adaptações para que se amoldem à especificidade de cada matéria, pode ser útil à persecução

776 Para maiores informações a respeito dos demais Acordos de Leniência no Brasil e seus respectivos acordos *second best*, sugere-se ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

pública de ilícitos, servindo também para consolidar e fortalecer os respectivos programas de leniência existentes.

Amanda Athayde

TCCS EM CASOS DE CARTEL NO CADE: MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS E/OU PACTOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA?

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 24/12/2020.*

Amanda Athayde

Marco Antonio Fonseca Júnior

Diferentemente do Acordo de Leniência Antitruste, que consiste em instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (art. 86, §1º, I, da Lei nº 12.529/2011) e cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais (art. 86, §4º, c/c art. 87 da Lei nº 12.529/2011), o Termo de Compromisso de Cessação – TCC, consiste em instrumento acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), cujos benefícios estão restritos à seara administrativa, sem benefícios automáticos na seara criminal. Assim, ATHAYDE adverte que os incentivos para TCCs tendem a ser diferentes daqueles para Acordos de Leniência, por conta dessa possível exposição do compromissário em relação à seara criminal.⁷⁷⁷

O Acordo de Leniência tem como clara finalidade a obtenção de provas, dada a expressa dicção legal do art. 86, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011: “*desde que (...) dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação*”). Os TCCs, por seu turno, não possuem finalidade tão facilmente identificável nos termos da Lei nº 12.529/2011, que deve ser também

⁷⁷⁷ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil – teoria e prática**. São Paulo: Ed. Fórum, 2018. Nota-se, quanto à terminologia, que quem celebra o Acordo de Leniência é denominado signatário, ao passo que quem celebra o TCC é denominado compromissário.

analisada sob a luz do Regimento Interno do Cade (RICade)⁷⁷⁸. Diante de tal cenário, qual a finalidade dos TCCs? Seriam meios de obtenção provas ou pactos de ajustamento de conduta, i.e., meros instrumentos para a abreviação de investigações de natureza antitruste?

O art. 85 da Lei nº 12.529/2011⁷⁷⁹ estabelece que o Cade poderá tomar do investigado compromisso de cessação da prática investigada, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. O RICade especifica que, para fins de TCCs em casos de cartel, é obrigatório o recolhimento de valor pecuniário (art. 183), o reconhecimento de participação na conduta investigada (art. 184) e a previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual, no caso de proposta encaminhada pelo Superintendente-Geral (art. 185). O artigo 186 do RICade, ao tratar dos parâmetros para cálculo das contribuições pecuniárias a serem pagas, determina que devem ser levadas em consideração *a amplitude e a utilidade da colaboração* com a instrução processual. O Guia de TCCs para casos de cartel⁷⁸⁰ ainda adverte que um TCC celebrado em fase prematura do processo terá maior capacidade de *auxiliar na investigação, agregando informações ainda desconhecidas ou pouco compreendidas pela autoridade e, com isso, indicando melhores caminhos de instrução*.

Nota-se, portanto, que apesar de a Lei nº 12.529/2011 aparentemente conferir ao instrumento do TCC uma roupagem de pacto de ajustamento de conduta, i.e., mero instrumento para a abreviação de investigações de natureza antitruste, a regulamentação

778 Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020.

779 Importante, ainda, fazer alguns destaques em termos de terminologia. Este dispositivo determina que o Cade poderá “*tomar*” compromisso de cessação do representado. Note-se que a lei não fala em “*celebrar*” acordo, como o faz quando trata dos Acordos de Leniência ou como fazia, sob a égide da Lei 8.884/1994, quando falava-se em *celebração* de TCCs. Ademais, o §1º do art. 85, ao tratar dos requisitos dos TCCs, fixa quais são os seus “*elementos*” obrigatórios, mas não *cláusulas* mandatórias, como estabelecia o art. 53 da Lei 8.884/1994.

780 Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>

infralegal, mormente o RICade, tende a conduzir a discricionariedade administrativa para que este instrumento seja utilizado como meio de obtenção de provas de condutas ilícitas. Registre-se que houve questionamento judicial desse dispositivo infralegal, mas o judiciário decidiu pela legalidade da exigência contida no RICade, por considerar que fazia parte da conveniência e da oportunidade da Administração Pública na celebração dos TCCs, e não de um direito das partes.⁷⁸¹

Esse alcance se assemelha ao do *plea agreement* norte americano, que tem como objetivos receber cooperação, criar e manter o ímpeto das investigações e resolver casos de cartel rapidamente, sem a necessidade de litígio, geralmente incluindo a apresentação de documentos e indicação de testemunhas para auxiliar na investigação.⁷⁸²

Destaca-se, porém, que a obrigatoriedade de colaboração do compromissário com a instrução processual restringe-se aos TCCs tomados com a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade). O Guia de TCCs expressamente confirma que a colaboração *é requisito para a celebração de TCCs* quando o processo ainda estiver em trâmite perante a Superintendência-Geral do órgão. Para os acordos firmados já durante a tramitação do Processo Administrativo no Tribunal, tal requisito não se aplica. O Guia adverte, porém, que TCCs celebrados em fase processual avançada têm pouca ou quase nenhuma possibilidade de

781 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região TRF-1). Apelação Cível nº 2002.34.00.001802-8. Relator: Osmane Antonio Dos Santos. Julgado em: 16 jul. 2013. e-DJF1: 19 ago. 2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24028084/apelacao-civel-ac-200234000027983-df-20023400002798-3-trf1>>. Acesso em: 24 out. 2018; BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região TRF-1). Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.059730-8. Relator: Luciano Tolentino Amaral. Julgado em: 28 abr. 2008. e-DJF1: 19 maio 2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/984114/agravo-de-instrumento-ag-59730-df-20070100059730-8?ref=serp>>. Acesso em: 24 out. 2018.

782 “In the U.S., from the Division’s perspective, the goals of cartel settlements are to: 1) receive cooperation; 2) [...] create and sustain momentum in its investigations; and 3) resolve cartel cases quickly without the need for litigation. [...] The specific types of cooperation a pleading corporation is required to provide to the Division are specified in the plea agreement and usually include providing documents and witnesses (including those located abroad) to assist the Division in its investigation.” (O’BRIEN, Ann. Cartel Settlements In The U.S. And EU: Similarities, Differences & Remaining Questions. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cartel-settlements-us-and-eu-similarities-differences-remaining-questions>)

agregar informações relevantes à instrução, sendo que sua principal utilidade, em termos de redução de custos, seria atingida por meio da resolução antecipada do processo, evitando futuras disputas judiciais. Recorde-se que o Supremo Tribunal Federal⁷⁸³ já decidiu que a confissão, quando desacompanhada de elementos adicionais, não constitui prova suficiente à condenação dos demais investigados.

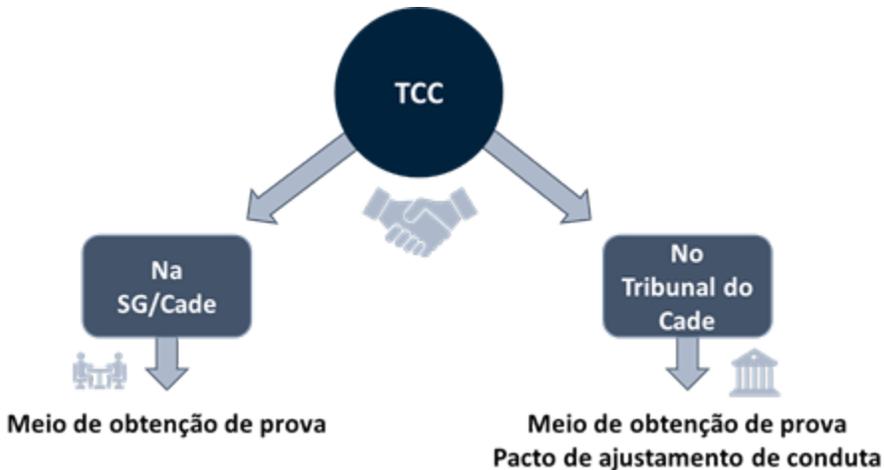
Nesse aspecto específico, nos Estados Unidos a questão da redução de custos quanto às disputas judiciais é, de fato, perceptível, posto que que a autoridade encarregada da persecução antitruste é a mesma a cargo da análise criminal. Portanto, um acordo com a autoridade encerra a investigação sob diversas ópticas. Na Europa, igualmente, os acordos são vistos como instrumentos de eficiência processual, e não como meios de obtenção de provas. A Comissão Europeia enxerga tais pactos como ferramentas aptas a simplificar e acelerar a resolução dos casos, poupando recursos da autoridade.⁷⁸⁴ Lembre-se que a Comissão Europeia usualmente aplica o “*everyone or no one approach*” quando avalia a conveniência de se firmar acordos, pois entende que só faz sentido se falar em eficiência processual quando todos os investigados celebram acordos, encerrando-se, de fato, a investigação. Na visão europeia, caso a autoridade tenha que prosseguir a investigação em relação a parte dos investigados, não há que se falar em eficiência, haja vista a continuidade do processo. Nesse sentido, bem explicou Ann O’Brien que, uma vez que o sistema de acordos da Comissão Europeia tem o objetivo de obter eficiência processual, mas não induzir cooperação ou impulsionar suas investigações, o “*everyone or no one approach*” faz sentido, pois uma solução híbrida, levando-se em

783 Vide, por exemplo, STF, HC 127.483 e Inq. 3.994.

784 “[...] *settlement is a tool that aims to simplify, speed up and shorten the procedure leading to the adoption of a formal decision, thus saving human resources in the cartel department. The “Settlement Notice” rewards concrete contributions to procedural efficiency. All parties settling in the same case will receive the same reduction of the fine (10%), because their contribution to procedural savings will be the same.*” Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html>

conta a efetiva colaboração, não alcançaria os resultados processuais e ganhos de eficiência esperados.⁷⁸⁵

Diante do apresentado, parece ser possível constatar que os TCCs em casos de cartel do Cade possuem finalidade híbrida, dado que podem possuir tanto finalidade de meio de obtenção provas ou pacto de ajustamento de conduta, i.e., meros instrumentos para a abreviação de investigações de natureza antitruste, a depender do momento da instrução processual e da autoridade com a qual é firmado o TCC. A fim de melhor apresentar o argumento, apresenta-se a imagem abaixo:



Ou seja, quando firmado com a SG/Cade, o TCC parece ter finalidade de meio de obtenção de prova, nos termos do RICade, diante da exigência de colaboração com a autoridade antitruste. Por sua vez, quando firmado com o Tribunal do Cade, a finalidade pode ser híbrida: de um lado, se houver colaboração (recorde-se que não

⁷⁸⁵ “Since the Commission’s settlement procedure is set up with the goal of obtaining procedural efficiencies, rather than inducing cooperation or creating momentum in its investigations, an “everyone or no one” approach is appealing from the Commission’s viewpoint because a hybrid settlement will not achieve the procedural efficiencies the Commission hopes to gain through settlement.” (O’BRIEN, Ann. Cartel Settlements In The U.S. And EU: Similarities, Differences & Remaining Questions. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/cartel-settlements-us-and-eu-similarities-differences-remaining-questions>)

há tal exigência no RICade, mas tampouco há vedação), será meio de obtenção de prova; de outro lado, se não houver colaboração, será pacto de ajustamento de conduta, alinhando-se à prescrição mais ampla da Lei nº 12.529/2011.

O IMPROVÁVEL ENCONTRO DO DIREITO TRABALHISTA COM O DIREITO ANTITRUSTE

Publicado originalmente em: *Revista do IBRAC, Volume 24, Número 2, 2018.*

Amanda Athayde

Juliana Oliveira Domingues

Nayara Mendonça Silva e Souza

RESUMO: Direito do trabalho e direito antitruste nunca caminharam juntos, mas questões recentes passaram a destacar a importância da análise interdisciplinar. Este estudo, por meio do método comparativo e exploratório, aponta recentes questões que relacionam o direito do trabalho com o direito antitruste nos EUA, tais como cartéis de fixação salarial (*wage-fixing cartels*), acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*), cláusulas de não concorrência nos contratos de trabalho e trocas de informações sensíveis entre concorrentes sobre termos e condições de trabalho. Ao final, é apresentada uma reflexão do tema dentro do contexto brasileiro.

ABSTRACT: Labor law and antitrust law have never gone together, but recent issues have highlighted the importance of interdisciplinary analysis in situations. This study, through the comparative and exploratory method, points out current concerns regarding labor law and antitrust law in the United States (US), such as wage-fixing cartels, no-poach agreements, non-compete clauses in labor agreements and information exchange between competitors about terms and conditions of work. In conclusion, we carried out a reflection of the theme within the Brazilian context.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Antitruste. Direito do Trabalho. Atos de Concentração. Condutas Anticompetitivas. Cartéis de fixação salarial. Acordos de não contratar. Cláusulas de não concorrência.

KEY WORDS: Competition Law. Labor Law. Mergers. Anticompetitive Practices. Wage-Fixing Cartels. No-poach agreements. Non-compete clauses.

INTRODUÇÃO

A evolução dos estudos jurídicos e econômicos evidenciam que a distância antes imaginada entre o direito antitruste e o direito trabalhista não existe mais. A interdisciplinaridade denota que estamos diante inter-relações e sobreposições: uma abordagem pode e deve se beneficiar da outra, com o objetivo de tutelar o trabalhador (STEINBAUM, 2018, p. 6) e, ao mesmo tempo, motivar um ambiente concorrencialmente mais saudável⁷⁸⁶.

De modo preliminar, as autoridades antitruste podem enfrentar o mercado laboral pelo menos de três formas bastante distintas: (i) preventivamente, diante de formação de monopsonios, por meio da análise dos atos de concentração, (ii) repressivamente, por meio do controle de condutas anticoncorrenciais consubstanciadas em acordos com concorrentes no mercado de trabalho; e (iii) por meio de instrumentos de *advocacy*, como construção de mecanismos preventivos e de conscientização das empresas e seus funcionários para os efeitos da restrição da concorrência no mercado de trabalho.

Desta forma, este trabalho apresenta o atual debate acerca deste tema do ponto de vista da doutrina e jurisprudência norte-americana, assim como, de modo propositivo, apresenta os desafios e perspectivas para o Brasil. Portanto, é imperioso analisar “se” e “em que medida”

786 Por exemplo, o direito antitruste moderno não comporta a visão de que as empresas devem treinar apenas seu setor de vendas para identificar possíveis práticas anticoncorrenciais. Até mesmo o RH precisa de um suporte jurídico-concorrencial para a tomada de decisões. (TORPEY e FAHEY, 2015, p. 1)

questões trabalhistas têm o potencial de se tornarem objeto da análise antitruste no Brasil.

1. BREVE HISTÓRICO DA INTERFACE ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO TRABALHISTA NOS EUA E NO BRASIL

A interdisciplinaridade entre o Direito Antitruste e o Direito Trabalhista já está sendo pesquisada e observada em outras jurisdições, tal como no Japão⁷⁸⁷, mas nossa análise será centrada nos EUA, onde se tem observado avanços recentes **(I.1.)**. A seguir, apresentaremos o modo ainda incipiente que o Brasil tem lidado com o tema **(I.2.)**.

I.1. BREVE HISTÓRICO NOS EUA

Do ponto de vista histórico, nos EUA, nas décadas de 50 e 60, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste esteve centrado na concentração do poder econômico dentro dos sindicatos (FORDHAM LAW REVIEW, 1962). Na década de 70, passou-se a debater que seus objetivos eram opostos⁷⁸⁸, sendo que, naquele tempo, já se sustentava a existência de sobreposição entre as regras

787 A autoridade antitruste japonesa vem estudando o tema desde 2015. Ver mais em: Japan Fair Trade Commission. Report of Study Group on Human Resource and Competition Policy Disponível em: < <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html>>. Acesso em 12 de abril de 2018.

788 “From the outset, the difficulty in applying the antitrust concept to organized labor has been that the two are intrinsically incompatible. The antitrust laws are designed to promote competition, and unions, avowedly and unabashedly, are designed to limit it. According to classical trade union theory, the objective is the elimination of wage competition among all employees doing the same job in the same industry. [...] the policy against restraint of trade must condemn the very existence of labor organizations, since their minimum aim has always been the suppression of any inclination on the part of working people to offer their services to employers at different prices. Indeed, the initial reaction of the common law was to brand the concerted activities of labor unions, even those we today would term primary strikes, as criminal conspiracies. If labor organizations were to be legitimated despite our usual policies favoring wide-open competition, it would have to be on the basis of other, quite different societal values. By the time the Sherman Antitrust Act was passed in 1890, the courts had come to recognize the existence of those other, collective values, and had generally accepted

trabalhistas e as de direito antitruste (ANTOINE, 1976, p. 630). Uma análise interdisciplinar mais específica dessas áreas só começou a ser realizada, então, a partir da década de 90⁷⁸⁹. Em um contexto de abertura comercial, o direito antitruste tendia a ver como secundárias tanto a questão da mobilidade do empregado no mercado de trabalho quanto a possibilidade de colusão entre empregadores para a diminuição dos salários dos empregados ou para a fixação de termos contratuais. Segundo Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 25), como as ações antitruste relativas ao mercado de trabalho eram menos frequentes, foi reforçada a premissa dos economistas de que os mercados de trabalho são normalmente competitivos.

Nos últimos anos, a concentração dos empregadores, o uso intenso - e injustificado - de cláusulas de não concorrência, bem como as evidências empíricas de que houve uma estagnação dos salários e uma concentração do mercado de trabalho, funcionaram como mola propulsora da atividade jurídica e regulatória sobre o tema (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 25). Passou a ser denotado que alguns empregadores têm condições de restringir os salários e a mobilidade de seus empregados. Isto se dá pela via contratual (cláusulas de não concorrência), pela concentração de poder de compra de mão-de-obra (poder de monopólio) ou colusiva (por acordos anticompetitivos entre empregadores), em possível prejuízo à concorrência. (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 6-8). É nesse contexto que, em maio de 2016, foi publicado em conjunto pelo *Department of Justice* (“DOJ”) e o Federal Trade Commission (“FTC”) o “*Antitrust Guidance for HR Professionals*” (Guia Antitruste para profissionais de Recursos Humanos, doravante “Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC” (U.S. DOJ; FTC, 2016). No documento, reconhece-se que, na análise antitruste, o

the legality of peaceful strikes by employees against their employer for such purposes as higher wages and shorter hours. (ANTOINE, 1976, p. 603-631)

789 Encontramos artigo de 1991 que trata das consequências das ações antitruste nos EUA no mercado de trabalho e, por conseguinte, no bem-estar econômico. Veja-se: “The Employment Consequences of the Sherman and Clayton Acts”, William F. Shughart II and Robert D. Tollison. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) / *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Vol. 147, No. 1, The New Institutional Economics New Viewson Antitrust (Mar. 1991), p. 38-52.

direito trabalhista e o mercado de trabalho devem ser analisados como variáveis importantes. Isto porque beneficiam tanto os empregados quanto os consumidores⁷⁹⁰ (U.S. DOJ; FTC, 2016). Ademais, não é preciso que uma prática seja formal para ser investigada (v.g., não há necessidade de estar fixada contratualmente), mas tão somente que seja constatada na prática pelas autoridades antitruste (HOLLAND, 2018, p. 4).

Mais recentemente, autoridades e especialistas demonstraram estar procurando formas de enfrentar melhor o tema diante de diversos casos finalizados nos últimos anos⁷⁹¹. As investigações têm trazido à tona este debate, como será detalhado adiante.

1.2. BREVE HISTÓRICO NO BRASIL

No Brasil, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste tem pouquíssima discussão⁷⁹². No Direito do Trabalho brasileiro, o princípio de livre associação sindical⁷⁹³, presente tanto

790 Como bem destacado pelo DOJ e pelo FTC, “[...] *just as competition among sellers in an open marketplace gives consumers the benefits of lower prices, higher quality products and services, more choices, and greater innovation, competition among employers helps actual and potential employees through higher wages, better benefits, or other terms of employment. Consumers can also gain from competition among employers because a more competitive workforce may create more or better goods and services*”. (U.S. DOJ; FTC, 2016)

791 Em abril de 2018, foi realizado um painel sobre temas afetos ao direito trabalhista no “Antitrust Spring Meeting” da American Bar Association, que é o maior evento anual em número de inscritos envolvendo profissionais (autoridades e advogados) do antitruste do mundo todo.

792 Entre as discussões, temos: PROL, HADDAD e GRETSCHISCHKIN (2018), com discussão sobre os efeitos da concentração do poder de compra de empresas em relação a trabalhadores, LUCENA FILHO (2016), tratando sobre a função concorrencial do direito do trabalho, e ATHIAS (2016), que avalia o limite da atuação do CADE em questões trabalhistas.

793 No Brasil, o direito de associação dos trabalhadores aparece no Decreto 21.761, de 1932. “[o]s sindicatos foram considerados não só órgãos de defesa dos interesses da profissão e dos direitos dos seus associados, mas também entidades de coordenação dos direitos e deveres recíprocos de trabalhadores e empregadores, bem como órgãos de colaboração do Estado”. Com a Constituição de 1988, houve a adoção dos princípios de auto-organização sindical e autonomia da administração dos sindicatos, dando maior liberdade às associações de empregados para atuação conjunta de interesse dos seus representados”. (NASCIMENTO, 2014, p. 107).

na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) quanto no artigo 8º da Constituição Federal, é tido como importante para a composição de forças entre trabalhadores e detentores dos meios de produção. Paralelamente, a nossa Constituição Federal também baliza os fundamentos do direito antitruste, uma vez que a livre concorrência e a livre iniciativa são princípios constitucionais (art. 170, IV, Constituição Federal)⁷⁹⁴⁷⁹⁵.

A atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) não faz qualquer menção ao mercado de trabalho ou manutenção de nível de emprego na análise de atos de concentração ou na aplicação de remédios antitruste. Entretanto, do ponto de vista do controle de estruturas, a Lei 8.884/94 previa a possibilidade de celebração de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)⁷⁹⁶ e de Termo de Compromisso

794 “Avaliando a Constituição, observa-se que atrelada à liberdade da livre-iniciativa encontra-se uma finalidade social [art. 170, *caput*: “(...) conforme os ditames da justiça social (...)”], o que permite reforçar a assertiva do limite de seu exercício. Com fundamento na faceta social do princípio da livre-iniciativa é que se embasa a elaboração de normas com o escopo de assegurar e preservar a questão de acesso ao mercado: seja por meio de investimento pecuniário ou de oferecimento de força de trabalho. E sobre essa faceta social do mencionado princípio, fundamentam-se atividades de polícia do Estado, voltadas a concretizar outro princípio posto também como edificante da ordem econômica constitucional brasileira. É justamente nesse ponto que se resgata na Constituição o princípio da livre concorrência, diretriz valorativa antagônica e ao mesmo tempo complementar (no esquema de interações e tensões) ao princípio da livre-iniciativa, em diplomas legais como a Lei Antitruste, em uma de suas grandes finalidades.” In. (DOMINGUES e GABAN, 2016, p. 55)

795 Em adição, “[...] o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre-iniciativa, i. e., a todos os agentes de mercado. Cuida-se, destarte, de estritamente favorecer condutas competitivas entre os agentes econômicos, motivo pelo qual está sabiamente insculpido no rol de princípios fundamentais corolários da ordem econômica brasileira, cuja premissa sedimenta-se na livre-iniciativa, revestida de cunho social. A relevância do princípio da livre concorrência é clara, conquanto serve de fundamento maior à LDC (Lei de Defesa da Concorrência).” (DOMINGUES e GABAN, 2016, p. 57)

796 O Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) era celebrado em operações notificadas sob a égide da Lei 8.884/94, época em que a notificação de atos de concentração era posterior à consumação. Para preservar a eficácia da decisão do CADE, os APROs eram firmados com as requerentes de operações que poderiam resultar em elevadas concentrações, com o fito de preservar a eficácia da decisão do CADE quando o ato de concentração fosse efetivamente julgado. Eram disciplinados pelo art. 139 da Resolução 45/2007, Regimento Interno do CADE. “Art. 139 - Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de

de Desempenho (TCD)⁷⁹⁷ considerando dentro das circunstâncias relevantes “*as alterações no nível de emprego*”⁷⁹⁸. Por exemplo, a empresa AmBev, resultante da fusão entre Antártica e Brahma (Ato de Concentração nº 080012.005846/99-12) precisou submeter à aprovação da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego os seus programas de qualificação e recolocação profissional desenvolvidos e apresentados aos trabalhadores demitidos em razão da reestruturação da empresa. A existência dos programas decorreu da obrigação atrelada ao TCD assinado com o CADE⁷⁹⁹.

Do ponto de vista do controle de condutas, cabe lembrar que as associações e sindicatos são, muitas vezes, foco de atenção da autoridade antitruste. Estudos e dados empíricos indicam que sindicatos e associações são ambientes propícios para trocas de informações concorrencialmente sensíveis entre agentes econômicos

Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos.

Parágrafo único - O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei n. 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei n. 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento”.

797 Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) era um acordo firmado entre CADE e Requerentes de atos de concentração, nos termos do artigo 58 da Lei 8.884/94. Nesses acordos o CADE determinava medidas que deveriam ser tomadas pelas requerentes após o ato de concentração para que fosse preservada a livre concorrência nos mercados relevantes mais afetados pela operação.

798 Em adição, vale recordar que, em 2000, o CADE celebrou com o Ministério do Trabalho e Emprego um acordo de parceria para “*avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores cuja perda de emprego esteja relacionada à reestruturação e fusão de empresas*” (MARTINEZ, 2012, p. 45).

799 Cabe mencionar que a definição dos termos do acordo foi negociada entre o então presidente do CADE, Gesner Oliveira, e o então ministro do Trabalho, Francisco Dornelles. Assim, ficou definido que caberia à Secretaria a avaliação dos programas de treinamento e de recolocação dos trabalhadores, isto é, se estes eram eficientes para manter o nível de emprego no setor cervejeiro. O acordo foi necessário diante das condições impostas pelo CADE a operação de aprovação da fusão da Brahma com a Antártica. (FOLHA DE S. PAULO, 2000). A cláusula do TCD não obrigava a AMBEV a “[...] manter ou readmitir funcionários e nem garantir emprego em outras empresas aos empregados dispensados, mas sim realizar todos os esforços necessários para elevar a probabilidade de que o empregado dispensado obtenha novo emprego” (CADE, 2007, p. 49). Após quatro anos da aprovação da operação, os dados indicaram um ganho líquido de emprego da empresa diante dos ajustes decorrentes da criação da AMBEV (Id. Ibid.).

(tais como formação de preços, relações com fornecedores etc.) e sistematização de práticas de conluio (SDE; DPDE, 2009, p. 14). Logo, ainda que reconheçamos a independência de ambas as disciplinas e as particularidades de cada uma delas, uma vez que a Constituição Brasileira valoriza, igualmente, a economia de mercado e o trabalho humano, é imperioso analisar em que medida questões trabalhistas têm o potencial de se tornarem objeto da análise antitruste no Brasil.

2. O CONTROLE DE CONDUTAS E AS INTERFACES DIRETAS ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO TRABALHISTA NOS EUA

O Guia Antitruste para Recursos Humanos do DOJ/FTC trouxe à tona na comunidade antitruste a possibilidade de se considerar ilícito concorrencial os acordos entre empregadores (sejam eles competidores, no sentido clássico do antitruste, ou não) que tenham como resultado a redução de custos com salários de empregados. O Guia também sinalizou que o DOJ tem intenção de processar criminalmente aqueles que se envolverem em condutas anticompetitivas relacionadas ao setor de RH, tais como acordos para não contratar e fixação de salários. Até mesmo a troca de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego em um mercado com poucos empregadores pode ser considerada ilícito antitruste. As exceções apontadas pelo Guia são relacionadas aos atos de concentração, diante de circunstâncias específicas.

Portanto, nos EUA, acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) (II.1.) e acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”) (II.2.) são considerados ilegais *per se*⁸⁰⁰ (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Também são objeto de preocupação, pela restrição causada na

800 Ou seja, numa análise *per se* não há necessidade de análise aprofundada pela regra da razão sobre seus efeitos anticompetitivos, pois eles são presumidos. O Guia aponta como exceções à regra *per se* os casos de contratos de colaboração e de joint ventures, desde que o acordo seja necessário para que exista a colaboração interempresarial. Nesses casos, a regra da razão deve ser aplicada. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)

mobilidade dos empregados, as cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho, sobretudo de empregados que não têm acesso a segredo de negócios (II.3.). Por sua vez, as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho são analisadas sob a regra da razão (II.4).

2.1. CARTÉIS DE FIXAÇÃO SALARIAL (“WAGE FIXING CARTELS”)

Os cartéis e fixação salarial, ou “*Wage Fixing Cartels*”, podem ser entendidos como acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados⁸⁰¹. A fixação de faixa salarial com o concorrente, ainda que não se chegue ao valor salarial exato, pode ser considerada como um ilícito antitruste (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Nesse contexto, vale trazer alguns casos, especialmente a partir da década de 90, que reforçam a compreensão das autoridades americanas sobre o tema.

No caso *U.S. v. Debes Corp.*, de 1992, o FTC processou administradores de lares de idosos de Rockford, Illinois, que se uniram para impedir que uma empresa de intermediação de trabalho temporário aumentasse o preço dos serviços de seus enfermeiros terceirizados. A união entre esses lares de idosos eliminou a concorrência na compra de serviço de enfermeiros, causando um controle no preço dessa mão-de-obra especializada. A conduta foi iniciada em 1988, quando uma das empresas de terceirização de enfermeiros, Alpha Christian, anunciou um incremento substancial no preço cobrado pela mão-de-obra temporária de enfermeiros. As administradoras de lares de idosos reuniram-se e definiram um boicote aos serviços da Alpha Christian, marcado pelo envio de uma carta à empresa. As administradoras ameaçaram as demais empresas de terceirização a não mais adquirir seus serviços caso houvesse reajuste de preços, inclusive com a cópia

801 Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “*an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company about employee salary or other terms of compensation, either at a specific level or within a range*”. US/DOJ; FTC, 2016, p. 3.

da carta enviada à Alpha Christian. Ao final do processo, foi celebrado acordo judicial com o FTC, sem admissão de responsabilidade, e os lares de idosos se comprometeram a não praticar mais esse tipo de conduta. As partes ficaram proibidas de celebrar qualquer acordo com qualquer serviço de trabalho temporário de enfermeiros por dez anos, e de trocar qualquer informação sobre o uso de serviços de trabalho temporário de enfermeiros com as empresas envolvidas na conduta (FTC, 1992, p. 701-709).

Já o caso *U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources*, de 1994, envolvia a associação comercial de hospitais do estado de Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais deste estado, além dos hospitais membros destas associações, diante de acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. A conduta, ocorrida entre 1984 e 1992, consistia na troca de informações sigilosas sobre orçamento geral dos hospitais, do orçamento dedicado ao pagamento de enfermeiros, e do salário inicial dos enfermeiros recém-formados⁸⁰² (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 5). Segundo o DOJ⁸⁰³, no período da prática, o estado de Utah enfrentava uma diminuição severa do número de enfermeiros, que não foi acompanhada pela valorização do salário dos profissionais da área. O

802 O salário inicial dos enfermeiros recém-formados baseava todos os salários da carreira de enfermeiro nesses hospitais, que era aumentado proporcionalmente à experiência dos profissionais. O DOJ processou a associação comercial de hospitais do Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais deste estado, além dos hospitais membros destas associações, por acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. A conduta, ocorrida entre 1984 e 1992, consistia na troca de informações sigilosas sobre orçamento geral dos hospitais, do orçamento dedicado para pagamento de enfermeiros, e do salário inicial dos enfermeiros recém-formados. As informações eram trocadas por ligações telefônicas, encontros regulares da associação de diretores de RH, e pelas publicações de pesquisas de salários publicadas pelas associações de hospitais.

803 *“The combination and conspiracy had the following effects, among others: unreasonably restrained wage competition for the purchase of registered-nursing services; deprived registered nurses of the benefits of free and open competition in the purchase of registered-nursing services; stabilized registered-nurse entry wages; resulted in smaller annual increases in the registered-nurse entry wage, as well as the hourly wage paid to registered nurses at all levels of experience, than would have been paid absent the combination and conspiracy; and promoted interdependent wage setting strategies among the hospital defendants”.* (DEPARTMENT OF JUSTICE, 1994)

desfecho do caso se deu em outubro de 1994, por meio de acordo no qual os requeridos concordaram em não acordar fixação de remuneração de enfermeiros, atual ou futura, e não trocar com concorrentes informações referentes a essas remunerações (DOJ, 1994).

Em 1995, no caso *U.S. v. Council of Fashion Designers of America*, a FTC coibiu um acordo de preços que visava a diminuição dos valores dos cachês pagos aos modelos em desfiles de moda. Na ocasião, alguns estilistas haviam se unido para produzir dois desfiles ao ano, compartilhando custos e realizando a compra coletiva de serviços. Assim, a FTC questionou a licitude do acordo realizado entre os estilistas para fixar a remuneração dos modelos. Tal questionamento foi motivado por não ter qualquer relação com a organização dos desfiles e, também, porque a contratação de modelos era feita individualmente por estilista, e não por todos em conjunto (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 4). O caso foi encerrado por meio de acordo firmado em junho de 1995, em que o *Council of Fashion Designers of America* se comprometeu a impedir seus membros de fixar os cachês dos modelos e de conscientizar os estilistas de que a fixação de preços é ilegal (FTC, 1995, p. 817-828).

Os casos acima nos ensinam que, nos EUA, os cartéis de fixação salarial, ou “*wage-fixing cartels*” foram fruto de trocas de informações, acordos ou até mesmo negociação conjunta de associações de empregadores, visando a uniformização da remuneração paga aos empregados. Vê-se que as condutas prejudicaram especialmente os trabalhadores temporários, que, em tese, teriam maior mobilidade entre empregadores. Em sua maioria, as condutas prejudicaram também as agências de trabalho temporário que faziam a intermediação entre os profissionais e os empregadores eventuais.

2.2. ACORDOS DE NÃO CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES (“NO POACH AGREEMENTS”)

“No Poach Agreements” podem ser entendidos como acordos para não contratação de empregados de outra empresa concorrente no mesmo mercado relevante na dimensão trabalho, mesmo que estas não sejam concorrentes na dimensão produto⁸⁰⁴(U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

Em 1957, o caso *Union Circulation Company v. FTC* tratou da contratação de vendedores de assinaturas de revistas porta-a-porta, cujo trabalho era intermediado por agências de terceirização. As agências não poderiam contratar os vendedores de revista de seus concorrentes, nem mesmo aqueles que já tivessem trabalhado para concorrentes no último ano (“no-switching”). Na oportunidade, decidiu-se que, como a organização representava uma parte substancial do mercado de venda de revistas, o acordo representaria um “congelamento da oferta de trabalho”, com o efeito de desencorajar a mobilidade dos empregados e aumentar o poder de mercado da indústria de venda de revistas, sem qualquer justificativa pró-competitiva (TORPEY e FAHEY, 2015, p. 2).

Os casos interdisciplinares entre direito do trabalho e direito antitruste se tornaram mais emblemáticos recentemente, ao envolverem seis empresas de alta tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar). Os casos, genericamente intitulados “high-tech employees”, tratam da investigação iniciada pelo DOJ com relação a cinco acordos bilaterais⁸⁰⁵ que supostamente impediam as empresas de tecnologia envolvidas de contratar funcionários extremamente qualificados no setor de tecnologia umas das outras (*United States v.*

804 Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “é provável que um indivíduo viole as leis antitruste se ele ou ela concordar com indivíduo(s) de outra empresa em negar o assédio ou a contratação de funcionários da outra empresa. Tradução livre do original: “an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company to refuse to solicit or hire that other company’s employees”. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)

805 As partes em acordos bilaterais eram Apple e Google, Apple e Adobe, Apple e Pixar, Google e Intel e Google e Intuit.

Adobe Systems, Inc., et al.). (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2011) Segundo a investigação iniciada em 2010, não havia qualquer justificativa razoável de colaboração entre as empresas sem o conhecimento de seus empregados. (NEIDERMEYER, 2018, p. 3). Nestes casos, não houve alegação de que os produtos ou serviços oferecidos pelas empresas competiam entre si, mas sim que os acordos resultaram em diminuição das oportunidades de carreiras dos profissionais de alta tecnologia e, por conseguinte, impactavam em seus salários de modo não razoável (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 6).

Em 2012, a eBay também foi processada por acordos de “no-poach” ou “no cold-calling” celebrados com a Intuit ⁸⁰⁶(*U.S. v. eBay, Inc.*). No acordo informal realizado entre executivos sêniores, entre 2006 e 2011, as empresas acordavam não recrutar empregados uns dos outros, mesmo se procurados pelos funcionários da concorrente. Esses acordos não eram públicos, nem mesmo para os empregados das duas empresas (U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, 2014). Após as ações propostas pelo DOJ, várias ações privadas de reparação de danos contra as empresas de tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Lucasfilm) se seguiram, tendo se concluído que os acordos secretos combatidos pelos casos prejudicaram a competição entre empregados qualificados dessas empresas, diminuindo sua mobilidade. Intuit, Lucasfilm e Pixar celebraram acordos no valor de 20 milhões de dólares, e as demais empresas fizeram acordo no montante de 415 milhões de dólares para a reparação de danos causados pela conduta praticada (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 6-7).

No ano de 2010, o DOJ abriu nova investigação contra as empresas Lucasfilm e Pixar (*United States v. Lucasfilm Ltd.*). As empresas acordaram entre si, sem informar aos seus empregados, que (i) evitariam oferecer empregos a funcionários uma da outra; (ii) informariam eventual oferta de trabalho a um empregado da

806 A Intuit não foi processada no caso em questão por já ter assinado acordo para cessar a prática de no-poach em 2011 no caso *United States v. Adobe Systems*.

concorrente e (iii) não tentariam cobrir uma possível contraproposta. Tais acordos foram entendidos como restrições horizontais entre competidores diretos no mercado de trabalho, que deveriam ser considerados ilegais *per se* (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2010). O caso foi encerrado em 2011, com um acordo entre o DOJ e Lucasfilm, impedindo-a de celebrar acordos anticompetitivos com consequências no mercado de trabalho (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2010).

Em 2017, o DOJ investigou as empresas *Knorr-Bremse* (“Knorr”) e *Westinghouse Air Brake Technologies* (“Wabtec”) pelos acordos de não contratar profissionais do mercado de suprimentos ferroviários. As empresas firmaram acordo com o DOJ, em que não assumiram a ilicitude das condutas, mas concordaram em cessar a prática. Em contrapartida, o DOJ deixou de processar as empresas tanto civil como criminalmente (GLOBAL COMPETITION REVIEW, 2018), o que não impediu o ajuizamento de ação coletiva proposta por empregados das duas empresas. Segundo os termos dessa ação privada de reparação de danos, tais acordos de “*No Poach*” teriam causado a diminuição da remuneração dos empregados, limitado a mobilidade dos empregados e impedido a inovação (GLOBENEWSWIRE, 2018).⁸⁰⁷

Vale destacar que os acordos de *no-poach* também podem estar inseridos no contexto de um contrato de franquia, muito comuns no setor alimentício⁸⁰⁸ ou entre as franquias das academias

807 Este foi o primeiro acordo com o DOJ relativo a *no poach* após a edição do Guia de RH. A opção do DOJ foi de não processar criminalmente as empresas porque os acordos iniciaram e tiveram fim antes da edição do Guia. Acordos que tenham iniciado ou continuado a valer desde outubro de 2016 têm maior chance de serem perseguidos criminalmente (ARTEAGA e STELLA, 2018).

808 Restaurantes *fast-food* como Carl’s Jr. Burguer King, Pizza Hut, Domino’s e Mc Donald’s têm - ou tinham - cláusulas de *no-poach* em seus contratos com os franqueados. Também entre as franquias das academias de ginástica Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Como exemplo, temos uma ação coletiva proposta por empregados da franquia de hamburguerias Carl’s Jr em 2017. Estes empregados questionavam uma cláusula contratual imposta pelo franqueador a seus franqueados impedindo que estes contratem supervisores de outros restaurantes (HELTZER, DUBROW, *et al.*, 2017).

de ginástica⁸⁰⁹. Considera-se em alguns casos a existência de razoabilidade como ocorreu no caso *Eichorn v. AT&T*, de 2001, em que foi realizado um acordo para não contratar empregados no contexto de um desinvestimento⁸¹⁰. O tribunal julgou a cláusula válida, por ser acessória à venda dos negócios e pela razoabilidade do escopo e da duração (profissionais mais qualificados e estratégicos para as empresas, em um período de tempo determinado). (U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT, 2001). Portanto, é importante que os acordos de não contratar, no contexto de atos de concentração, sejam limitados em duração (da *due diligence* até um período razoável após a consumação do negócio) e no seu escopo, i.e. os profissionais visados (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 12).

Regra geral, os *no-poach agreements* vêm sendo considerados ilegais *per se* nos EUA. Esses acordos podem ser implementados de diversas maneiras, tais como: i) não oferta do emprego, ii) monitoramento e repasse de informações sobre ofertas de emprego, iii) não apresentação de contraproposta a ofertas de emprego, e iv) negativa de seleção e recrutamento de um empregado de um concorrente. O DOJ reforçou a interpretação de que não é necessário que as empresas sejam concorrentes entre si no mercado relevante dimensão produto para que pratiquem condutas nocivas à concorrência no mercado de trabalho. Em que pese isso, é possível que tais acordos sejam considerados razoáveis no contexto do controle de concentrações, a depender do seu prazo e do seu escopo de abrangência.

809 Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Segundo estudo recente realizado por Krueger e Ashenfelter (2018, p. 1-4), 58% das maiores empresas franqueadoras dos EUA possuem cláusulas de *no-poach*, que impedem que um franqueado possa contratar funcionários de outra loja da mesma rede.

810 A vendedora acordou com suas antigas subsidiárias que não contratariam profissionais (com salários superiores a 50 mil dólares anuais) umas das outras num período de oito meses após o desinvestimento.

2.3. CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA EM CONTRATOS DE TRABALHO

Nos EUA, cláusulas de não concorrência⁸¹¹ têm gerado discussões há mais de 600 anos⁸¹². Quando presentes nos contratos de trabalho, historicamente eram permitidas, desde que razoáveis em seu escopo e duração. Em agosto de 2016, a Casa Branca emitiu relatório em que apontou cinco principais problemas identificados nas cláusulas de não concorrência⁸¹³ recomendando aos empregadores⁸¹⁴ que: (i) fossem banidas as cláusulas de não concorrência para certas categorias de empregados; (ii) melhorassem a transparência; (iii) fornecessem contrapartida para além da manutenção de emprego para trabalhadores que assinem acordos de não concorrência. Em adição, foi incentivado aos empregadores a elaboração de contratos

811 As cláusulas de não concorrência foram introduzidas no Brasil por influência do direito anglo-saxão e têm como objetivo garantir a proteção dos segredos de negócios. A confidencialidade dos contratos de trabalho (sobretudo de grandes executivos, que geralmente são os detentores das informações) e o sigilo dos processos judiciais trabalhistas que envolvem assuntos estratégicos das empresas dificultam a pesquisa empírica. Essa dificuldade não existe somente no Brasil. Para um bom recorte empírico realizado nos EUA, em casos de CEOs, ver BISHARA, Norman D; MARTIN, Kenneth J; THOMAS, Randall S. An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants. *Vanderbilt Law Review*, v. 68, n. 1, p. 1-51, 2015.

812 Em 1414, um tribunal inglês ouviu o caso de John Dyer, um aprendiz cujo dono o impedira de exercer sua profissão por seis meses. “O contrato é contrário à lei comum”, decidiu o juiz, para quem os indivíduos devem ser livres. Cf. **Dyer’s case** (1414) 2 Hen. V, fol. 5, pl. 26. Mais sobre o tema, veja-se: (LETWIN, 1965, p. 39-42).

813 Segundo os termos do documento, tais seriam os principais problemas: (i) imposição da cláusula ao empregado em contratos de adesão; (ii) menor poder de barganha dos empregados após aceitar um novo emprego; (iii) falta de compreensão dos empregados de como são executáveis os acordos de não concorrência e as suas implicações; (iv) ausência de contrapartida adicional aos empregados, isto é, ao admitir a cláusula não há nada a não ser a promessa de continuar com seus empregos; (v) imposição de contratos bem mais amplos fixados pelos empregadores, com a confiança de que os tribunais irão “corrigi-los” em um possível processo judicial. (WHITE HOUSE, 2016). Ou seja, os aspectos listados acima denotam evidente assimetria de informação entre empregados e empregadores em suas relações contratuais.

814 Office of the Press Secretary, the White House, State Call to Action on Non-Compete Agreements (October 25, 2016).

executáveis, desencorajando o uso de cláusulas inexecutáveis com o objetivo de coação do empregado supostamente desinformado da ilegalidade (ERNST, 2018, p. 1).

2.4. TROCAS DE INFORMAÇÕES SENSÍVEIS SOBRE TERMOS E CONDIÇÕES DE TRABALHO

As trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são objeto de análise pela regra da razão, diferentemente dos acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) e dos acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”), que, conforme apresentado acima, geralmente são considerados ilegais *per se*. Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, as empresas não devem trocar informações sobre sua política de recrutamento de empregados e/ou salários e outros benefícios praticados (planos de saúde, estacionamento, auxílio-alimentação ou refeição, auxílio-moradia, auxílio-transporte, entre outros). As trocas de informações são consideradas lícitas se preencherem algumas condições, ou seja, quando: (i) forem realizadas por uma terceira parte neutra; (ii) envolverem dados antigos; (iii) houver uma junção das informações para proteção da identidade das fontes; (iv) existir fontes suficientes agregadas para prevenir que competidores possam identificar qual seria a fonte em particular de cada uma das informações; (v) relacionadas a uma *due diligence* prévia a um ato de concentração, com precauções prévias a serem tomadas para evitar compartilhamento de informações⁸¹⁵. Por sua vez, as trocas de informações sensíveis sobre

815 O Guia também faz referência à Seção 6 do Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, lançado por DOJ e FTC em 1996, que trata das trocas de informações de preço e custo no setor de saúde. Como trocas de informação de mercado saudáveis no âmbito antitruste, o documento aponta pesquisas escritas sobre remuneração ou benefícios de profissionais de saúde podem ser trocadas se (i) a informação for tratada por um terceiro (comprador, agência do governo, consultor do setor, instituição acadêmica ou associação de comércio); (ii) a informação fornecida pelos participantes da pesquisa seja baseada em dados anteriores a três meses;

termos e condições de emprego são consideradas potencialmente ilícitas se forem periódicas, e especialmente se tiverem o efeito de diminuir o valor dos salários. (U.S. DOJ; FTC, 2016)

Quanto ao item (v), tem-se que o impedimento de compartilhar informações não afeta o direito das empresas de reunir informações sobre empresas-alvo em operações de fusões, aquisições ou incorporações, desde que sejam tomadas as devidas precauções⁸¹⁶ para o compartilhamento de informações, evitando o *gun jumping*⁸¹⁷. Tal compartilhamento é inclusive esperado, uma vez que o comprador precisa ter acesso aos custos com funcionários da empresa-alvo.⁸¹⁸ A troca de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho pode representar uma conduta anticompetitiva no contexto em que é usada por empregadores para diminuir e uniformizar salários de determinada categoria de empregados. Existem exceções a essa proibição, quais sejam (i) um contexto de ato de concentração ou (ii)

(iii) haja no mínimo cinco participantes reportando os dados sobre os quais cada estatística divulgada é baseada, nenhum dado individual provido represente mais de 25% em uma base ponderada dessa estatística, e qualquer informação disseminada seja suficientemente agregada de tal forma que não permitiria que os destinatários identificassem os dados, preços cobrados ou compensação paga por qualquer provedor em particular. (tradução livre). (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, 1996)

816 Em linhas gerais, isso significa a assinatura de acordos de confidencialidade e a limitação das pessoas que têm acesso às informações sensíveis sobre remuneração e benefícios de empregados (“*clean team*”), e a avaliação das informações do “mercado de trabalho a jusante” ou “mercado relevante dimensão trabalho” por advogados antitruste antes de seu compartilhamento. (DEVLIN e JACKSON, 2018, p. 5).

817 “Por *Gun Jumping* entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica”. (ATHAYDE, 2012, p. 58-59). No Brasil, o CADE publicou um guia que sugere procedimentos para diminuição do risco de consumação prévia de atos de concentração econômica. (CADE, 2015)

818 Como exemplo de combate ao compartilhamento de informações sensíveis nos EUA, tem-se o caso U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources, de 1994 que já exploramos acima (no item II.1), em que além de combinação de salários (*wage-fixing*), eram trocadas informações sobre orçamento para pessoal e planejamento de futuras remunerações dos enfermeiros.

tratamento específico prévio para retirar da informação o potencial de causar colusão.

3. PERSPECTIVAS PARA O BRASIL DIANTE DAS INTERFACES DIRETAS ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO TRABALHISTA

Ainda que questões mais complexas não tenham sido enfrentadas no Brasil, como nos EUA, há alguns processos administrativos nos quais o CADE enfrentou o tema de modo coadjuvante. No Processo Administrativo n. 08012.003021/2005-72, o CADE investigou um suposto cartel em licitações públicas e privadas para contratação de serviços de tecnologia da informação. Um dos acertos entre os concorrentes, membros de um sindicato patronal, era a *“política de ‘respeitar’ o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho, conduta essa que poderia impor condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação”*. Segundo a Nota Técnica da Superintendência Geral, essa conduta *“imporia condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação,”* sendo que, essas condições artificiais *“[...] teriam por objeto ou efeito, por exemplo, manter os salários de seus empregados mais baixos do que seria verificado em um ambiente de competição efetiva”*⁸¹⁹ (CADE, 2014). Trata-se de conduta assemelhada à prática de *No Poach Agreements*. Também houve alegação de existência de acordo de não contratar empregados de concorrentes no Processo Administrativo n. 08012.002812/2010-42, que investigou cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares pré-pagos. Um dos alegados sistemas de operacionalização do cartel foi a redução do mercado de trabalho dos funcionários das empresas participantes. A prática não foi comprovada, mesmo com

819 O Processo Administrativo n. 08012.003021/2005-72 teve sua tramitação prejudicada pela impetração de Mandado de Segurança contra o CADE cuja sentença declarou a extinção da pretensão punitiva da Administração Pública. Por esse motivo, houve julgamento do Tribunal do CADE sobre o caso.

Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessaçã⁸²⁰, e nos votos apresentados no caso não houve menção à conduta ao acordo de não contratar funcionários de concorrentes (CADE, 2010).

Sobre trocas de informações concorrencialmente sensíveis há o PA n. 08700.006386/2016-53, envolvendo o mercado independente de peças automotivas de reposição. A conduta envolve o compartilhamento de informações relevantes na configuração de estratégia empresarial, tais como a estrutura comercial; número de representantes e seus salários/benefícios. O processo segue em análise pela Superintendência-Geral. (CADE, 2016)

Por fim, vale mencionar um Inquérito Administrativo em curso no CADE que abordou variáveis de RH que surgiram da denúncia feita pelo Nubank contra os cinco principais bancos do país: Itaú, Bradesco, Santander, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil. Neste caso o Nubank alega que o Itaú teria praticado assédio aos seus funcionários estratégicos da área de tecnologia. A Nota Técnica da SG considerou que o “[...] episódio narrado [...] está inserido em um quadro natural de prospecção de profissionais no mercado de trabalho”, e optou por não continuar investigação relacionada à prática. O caso continua em andamento no CADE, mas sem investigações relacionadas ao capital humano de profissionais de tecnologia das instituições financeiras. (CADE, 2014).

O CADE, num possível caso de acordo entre concorrentes para restrição do mercado de trabalho, poderia enquadrar referida conduta em seu artigo 36, incisos I ou III⁸²¹. O inciso III, aumento arbitrário de

820 “Quanto ao suposto acordo de que os participantes do cartel não contratariam ex-funcionários uns dos outros, os indícios não puderam ser comprovados quando da instrução probatória, tendo as testemunhas, ainda, indicado que não havia qualquer restrição para a contratação de empregados que já trabalharam para uma das empresas”. Parecer n. 49/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Processo Administrativo. n. 08012.002812/2010-42.

821 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” (g.n).

lucros, poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago de salário ao empregado de um mercado afetado pela conduta e o valor efetivamente pago, fruto desse arranjo entre concorrentes. Já o enquadramento no inciso I deveria considerar que o mercado em que a livre concorrência afetada é no mercado de trabalho dos profissionais de determinada função. Também é possível que seja vista essa prática como uma conduta comercial concertada nos termos do inciso II do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529⁸²².

Na perspectiva do controle de concentrações econômicas envolvendo o direito trabalhista no Brasil, as análises com base na teoria clássica e guias de análise, tendem a definir os mercados relevantes na dimensão produto e geográfico⁸²³, mas não costumam

822 Esse tipo de conduta ocorre em entidades de classe ou sindicatos, como se viu no PA n. 08000.011520/1994-40 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Alagoas. “[...] As provas que foram consideradas pelo CADE como suficientes à caracterização da conduta foram: (i) Ofício subscrito pelas Representadas, dirigido aos Diretores das Cooperativas de Trabalho, empresas de Seguro Saúde e Medicinas de Grupo, no qual informam as decisões das deliberações da AGE de 7 de junho de 1994; (ii) Comunicado da Sociedade Alagoana de Radiologia emitido em 23/05/1994 no qual informa deliberação de AGE que determinou a “paralisação de todos os serviços de imagem e radioterapia em Maceió, para os convênios que não acatarem a Tabela da AMB”; e (iii) Ofício assinado pelos presidentes das Representadas, informando que os procedimentos deveriam seguir tabela referencial única e que esta deveria ser confirmada, sob pena de suspensão do atendimento dos conveniados com relação a todos os serviços médicos, inclusive hospitalares. [...] O Plenário do CADE, decidiu por unanimidade [...] pela caracterização da conduta das Representadas como infrativa à ordem econômica, [...] determinou a abstenção, a partir da publicação da decisão, de elaborar e divulgar quaisquer tabelas de preços, ou qualquer outra informação sobre preços dos serviços médicos e hospitalares, entre seus associados, como também de influenciá-los de qualquer outra forma que possa resultar na uniformização de conduta entre os ofertantes destes serviços. (DOMINGUES e GABAN, 2016, p. 512-513). No mesmo sentido: PA n. 08000.010318/1994-73 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Brasília, DF. PA n. 08000.011518/1994-06 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. AMB em Sergipe. PA n. 08012.002153/2000-72 – Associação dos Médicos de Santos (AMS) v. UNIDAS – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (antiga CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde) et al. Cf: DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 523-526.

823 “Na definição do mercado relevante antitruste, limita-se o conjunto de empresas que geram forças competitivas frente a aumentos de preços pelas empresas em foco, ou seja, aquelas que participaram de um ato de concentração ou processo administrativo. Este mercado relevante apresenta dimensões de produto e espaço.” (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE - DEE, 2010, p. 3)

verificar a criação de monopsônios ou oligopsônios no mercado relevante na dimensão trabalho e seus possíveis efeitos adversos.⁸²⁴ Uma variável que não é explorada na análise dos atos de concentração no Brasil é o que chamaremos aqui de “mercado relevante na dimensão trabalho”, i.e. o mercado de empresas que compete por empregados com o mesmo tipo de especialização⁸²⁵. Por fim, vale recordar que o CADE considera em seu Guia de *Gun Jumping* a remuneração de funcionários como uma hipótese de troca de informações ilícita entre concorrentes no âmbito de atos de concentração (CADE, 2015, p. 7).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos EUA, o desenvolvimento do tema pela doutrina e jurisprudência demonstra que os fatores trabalhistas tendem a ganhar cada vez mais importância na análise concorrencial. No Brasil, entretanto, a quantidade esparsa de decisões pode demonstrar tanto uma política da autoridade de concorrência de não perseguir esse tipo de conduta, quanto, também, a ausência de percepção do teor antitruste do tema. Existe também a hipótese de que os recursos escassos do CADE levem à escolha de um enfoque em condutas que a autarquia considera mais relevantes do ponto de vista do dilema do “cobertor-curto”.

De todo modo, dado o enfoque crescente em acordos de *no-poach*, os empregadores devem considerar a adoção ou implementação de

824 Da mesma maneira, são muito mais comuns as condutas anticompetitivas e os atos de concentração analisados tenham como foco principal o bem-estar social ligado aos efeitos ao consumidor, sobretudo verificando a variação dos preços dos produtos, do que a salários de empregados ou a sua possibilidade de mudança de empregador.

825 As autoridades dos EUA já perceberam a existência desses “*upstream labor markets*” (mercados de trabalho a montante), que se opõem à tradicional análise dos “*downstream good markets*” (mercados relevantes de produtos a jusante) (DEVLIN e JACKSON, 2018, p. 5).

melhores práticas. Estas também podem vir a ser sistematizadas em um guia a ser elaborado pelo CADE⁸²⁶ no futuro.

Seja qual for a decisão de enfrentamento de condutas relacionadas ao direito do trabalho pelo CADE, é fato que em mercados em que o trabalho pode ser visto como um insumo preponderante - pela necessidade de extrema qualificação de profissionais e investimento na capacidade intelectual dos empregados - troca de informações de variáveis relacionadas a Recursos Humanos entre empresas, mesmo que não concorrentes, deve ser analisada com cautela tanto em atos de concentração quanto em processos administrativos. Nesse contexto, também as cláusulas de não concorrência devem ser analisadas levando em conta seu potencial restritivo de mobilidade no mercado relevante na dimensão trabalho.

826 Dentre as melhores práticas: I) os empregadores devem informar e treinar todos os funcionários com responsabilidades no RH para compreender os fundamentos da lei antitruste; II) Os funcionários não devem entrar em acordos escritos ou verbais sobre remuneração (ou outros termos relacionado ao emprego), ou sobre recrutamento de funcionários, com profissionais de empresas concorrentes; III) ao compartilhar informações confidenciais de funcionários, quando há uma transação que resulte em Ato de Concentração, as empresas devem considerar o uso de um terceiro (agente neutro) para gerenciar a troca de dados, anonimizar os dados (apresentando-os por posição ou de forma agregada) e limitar o acesso a tais dados ou informações; IV) as empresas devem garantir que as disposições de não-concorrência nos documentos da transação sejam adaptadas ao negócio e razoáveis em duração e escopo.

Amanda Athayde

DENUNCIANTE PREMIADO? *WHISTLEBLOWER* NO BRASIL E O DIREITO ANTITRUSTE

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 28/03/2018.*

Amanda Athayde

Mylena Matos

Em 10 de janeiro de 2018 foi publicada a Lei nº. 13.608/2018, que a nosso ver instituiu formalmente a figura do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro.⁸²⁷ Cumpre primeiro entender o que vem a ser propriamente um *whistleblower*, denominado aqui como “denunciante premiado”, antes mesmo de analisar a lei e a sua interface com o direito antitruste. Em suma, trata-se de um terceiro, não participante do ilícito ou crime, que decide reportá-lo à autoridade competente⁸²⁸, com vistas à obtenção de alguma recompensa (como uma retribuição pecuniária).

Diz a “lenda” que essa figura teria nascido ainda na Idade Média, na Inglaterra, quando o Rei *Wihfred of Kent* estabeleceu que, se um homem livre trabalhasse durante o período proibido (*the sabbath*), ele perderia seu emprego. A fim de desincentivar a prática proibida, instituiu-se que o homem e/ou a mulher que reportasse às autoridades este fato obteria metade dos bens e lucros decorrentes do trabalho proibido executado⁸²⁹. Posteriormente, essa figura foi institucionalizada pelo *Common Informers Act*, na Inglaterra, e pelo *False Claims Act* e pelo *U.S Securities and Exchange Commission – SEC*⁸³⁰,

827 A Lei nº. 13.608/2018 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 Pública para esses fins.

828 STUCKE, Maurice E. *Leniency, Whistleblowing and the individual: Should we create another race to the competition agency*. Hart Publishing, 2015.

829 WHITAKER, L. Paige; *The whistleblower protection act: an overview*. Washington: Congressional Research Service. 2007.

830 *Ibid.*, p. 7.

nos Estados Unidos. A experiência internacional assevera, assim, que para uma adequada implementação do instituto do *whistleblower* é necessária a criação de um robusto sistema de incentivos.

O primeiro incentivo ao *whistleblower* é a **proteção de sua identidade**, justamente para evitar possíveis retaliações diretas e indiretas.⁸³¹

Nos Estados Unidos, um *whistleblower* pode realizar uma denúncia anônima no âmbito da SEC, desde que devidamente representado por seu advogado, e caso identifique-se, a SEC é obrigada a manter o sigilo da identidade do *whistleblower*, salvo em determinadas situações excepcionais.⁸³² No Brasil, no âmbito da Lei nº. 13.608/2018, também foi assegurado o sigilo dos dados do informante⁸³³, que deve ser interpretada, a nosso ver, como uma garantia de sigilo da identidade do informante.

Por sua vez, o segundo incentivo ao *whistleblower* é a existência de uma **recompensa**, tipicamente na forma de **retribuição pecuniária**.

Nos Estados Unidos, a SEC pode recompensar um *whistleblower* com determinado percentual (de 10% a 30%) sob o valor final da multa aplicada aos infratores denunciados caso a informação resulte em sanções pecuniárias superiores a USD 1.000.000,00 (um milhão de dólares). No Brasil, no âmbito da Lei nº. 13.608/2018, também foi autorizado o estabelecimento de formas de recompensa pelo oferecimento de informações úteis à prevenção, repressão ou apuração de crimes ou ilícitos administrativos.⁸³⁴ Não foram definidas, porém,

831 BANISAR, David. **Whistleblowing: International Standards and Developments**. 2011. O autor aponta que alguns dos principais receios de se realizar uma denúncia são: o medo de retaliações internas e externas e da perda do seu emprego ou da exclusão da área de trabalho em que atuava; a existência de barreiras em vários países que impõem obrigação de lealdade e fidelidade; leis criminais que proíbem a revelação de segredos militares e/ou de Estado; bem como a própria barreira cultural, sob a qual os *whistleblowers* são considerados “traidores”.

832 Uma das exceções previstas ao sigilo é, por exemplo, o compartilhamento de tais informações com outras autoridades, como o DOJ (*Department of Justice*).

833 Lei nº 13.608/2018. “Art. 3º. O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados”.

834 Lei nº 13.608/2018. “Art. 4º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento

em quais circunstâncias tais recompensas serão aplicáveis: ficará condicionada ao resultado? O resultado deverá ter cunho financeiro? Será um percentual desse resultado? Tais condicionantes deverão ser regulamentadas, portanto, de modo infralegal, pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas respectivas competências.

Diante disso, e considerando que o cartel é um ilícito administrativo e criminal, respectivamente previstos na Lei nº. 12.529/2011 e na Lei nº. 8.837/90, pergunta-se: seria interessante que a União regulamentasse o instituto do *whistleblower* especificamente para o direito da concorrência brasileiro? Em nossa opinião, esse pode ser um sim um novo e interessante instrumento de combate às infrações à ordem econômica no Brasil, em especial aos cartéis (condutas plurissubjetivas), na medida em que incentiva denúncias qualificadas às autoridades competentes⁸³⁵.

Alguns autores⁸³⁶ sustentam que o *whistleblower* serviria como mais um método de detecção de cartéis, dado que os programas existem (especialmente o Programa de Leniência⁸³⁷), em que pese exitosos, não chegam a impedir a realização de cartéis, que tendem a ser identificados pelos órgãos competentes muito após o seu início. Assim, o *whistleblower* poderia ser um instrumento de detecção deste ilícito ainda no estágio inicial de sua operação. Esse é o entendimento,

de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos.”

835 Maria BIGONI, Sven-Olof FRIDOLFSSON, Chloé Le COQ e Giancarlo SPAGNOLO defendem que embora a aplicação de multa e as políticas antitruste modernas (notadamente a leniência) sejam instrumentos bem sucedidos na dissuasão de formação de cartéis, estes não parecem reduzir preços e/ou aumentar o bem-estar da sociedade, motivo pelo qual a recompensa pecuniária de *whistleblowers* pode mostrar-se mais efetiva.. BIGONE, FRIDOLFSSON, LE COQ, SPAGNOLO; Maria, Sven-Olof, Chloé and Giancarlo. **Fines, Leniency and Rewards in Antitrust**. Research Institute of Industrial Economics, 2011.

836 *Ibid.*

837 A respeito do Programa de Leniência no Brasil, dados oficiais do Cade indicam que, em 2018, foi assinado um número recorde de Acordos de Leniência. Ao total, foram celebrados 21 novos Acordos de Leniência, sendo que o maior recorde até então tinha sido de 2017, com 11 novos Acordos de Leniência. Vide: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>.

inclusive, da Comissão Europeia, cujo Diretor-Geral de Concorrência recentemente se manifestou no sentido de que o Programa de *whistleblower* compensaria um recente decréscimo percebido nos pedidos de Acordo de Leniência no bloco europeu.⁸³⁸

É certo que hoje já existem canais de denúncia disponíveis, tanto nos sites do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), via “Clique Denúncia”, quanto nos sites dos Ministérios Públicos e das Polícias. Apesar de essas denúncias poderem ser feitas anonimamente, caso as partes queiram se identificar, não há garantia legal específica ao sigilo da identidade do denunciante. Assim, há um desincentivo à autoidentificação na denúncia, o que pode prejudicar que a autoridade competente interaja com o informante para a obtenção de maiores informações. Ademais, não há previsão legal a respeito de recompensas de qualquer tipo pelo oferecimento de informações, o que reforça o incentivo perverso a denúncias anônimas e pouco qualificadas. A título de exemplo, observa-se dos dados oficiais do Cade⁸³⁹ que em 2017 foram feitas 831 denúncias via “Clique Denúncia”, e, destas, 651 foram arquivadas (78%). Esses dados sinalizam, portanto, a baixa relevância dessa denúncia simples como ferramenta efetiva de detecção de condutas anticompetitivas no Brasil, bem como o “espaço” para melhora das denúncias ao Cade caso elas passem a ser qualificadas, como é o caso de um *whistleblower*.

O denunciante *whistleblower*, nesse sentido, poderia se beneficiar da proteção de sua identidade e de uma recompensa (possivelmente na forma de retribuição pecuniária) no âmbito do direito da concorrência. Importante, porém, que este *whistleblower* não se confunda, de forma alguma, com o colaborador em um Acordo de Leniência ou em um Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

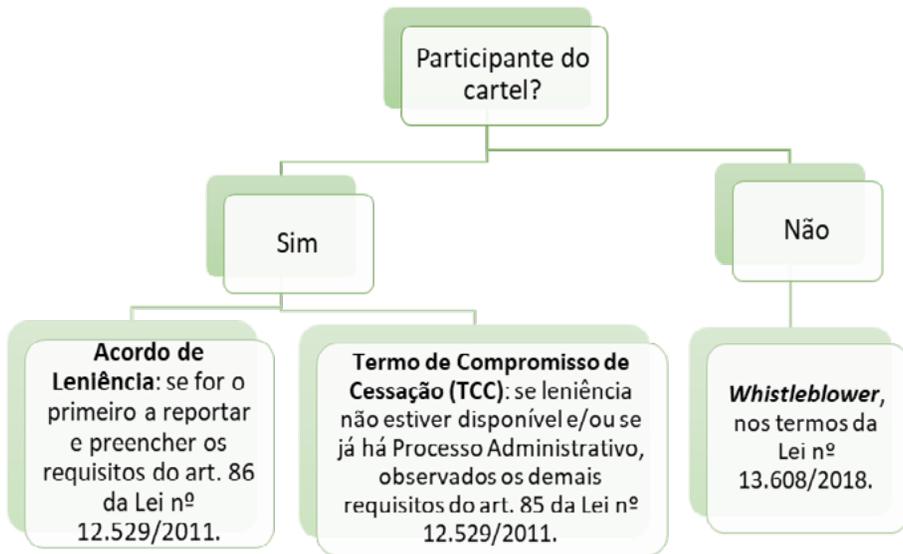
838 Global Competition Review. *Leniency Applications are “not going up”*, says DG Comp Official. Disponível em: https://globalcompetitionreview.com/article/1159219/leniency-applications-are-%E2%80%9Cnot-going-up%E2%80%9D-says-dg-comp-official?utm_source=Law+Business+Research&utm_medium=email&utm_campaign=9196583_GCR+Headlines+21%2F02%2F2018&dm_i=1KSF%2C5H44N%2CPBZBAX%2CL7VHZ%2C1#.Wo3yOb4QbWs.email.

839 Vide www.cade.gov.br, na Aba “Cade em Números”.

Nos termos da art. 86 da Lei nº 12.529/2011, o Signatário de um Acordo de Leniência é participante do ilícito, sendo o primeiro a reportar ao Cade conduta anticompetitiva, em momento no qual a autoridade não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou pessoa física. O Compromissário de um TCC, por sua vez, nos termos da art. 85 da Lei nº 12.529/2011, também é participante do ilícito, mas não foi o primeiro a procurar a autoridade competente com informações e documentos sobre a infração⁸⁴⁰.

Assim, é preciso que se estabeleça uma regra clara para essa futura legislação que regulamente um *whistleblower* no direito da concorrência brasileira: se participou da infração à ordem econômica, não é cabível habilitar-se como *whistleblower* e, em consequência, receber especial qualquer tipo de recompensa (como na forma de retribuição pecuniária). A este participante do ilícito antitruste caberá apenas o Acordo de Leniência ou o TCC, nos termos previstos na Lei nº 12.529/2011. O diagrama abaixo evidencia a distinção entre cada um dos instrumentos:

840 Segundo o “Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade”, fl. 20: “24. Qual a diferença do Acordo de Leniência para o Termo de Compromisso de Cessação (TCC)?” “O Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes ao Cade (art. 86, p. 1º, I da Lei n. 12.529/11) (...) e cujos os benefícios são tanto administrativos quanto criminais (art. 86, p. 4º c/c art. 87 da Lei n. 12.529/11). O TCC, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei n. 12.529/11), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal (...)”.



Em suma, a Lei nº. 13.608/2018 represente de modo amplo a instituição do *whistleblower* no ordenamento jurídico brasileiro como meio à persecução de crimes e infrações administrativas. Nesse sentido, vislumbra-se a possibilidade de que uma futura regulamentação específica da União que permita sua previsão no âmbito do direito da concorrência no Brasil. Assim, poder-se-ia com o *whistleblower* antitruste instituir um método novo meio de detecção de infrações contra a ordem econômica, administrativa e criminalmente, que deverá se distinguir claramente do simples “Clique Denúncia” e dos Acordos de Leniência e TCC, já previstos na Lei nº 12.529/2011, retroalimentando positivamente os demais métodos de detecção de condutas anticompetitivas no Brasil.⁸⁴¹

841 Nesse sentido, sugere-se a leitura de HARRINGTON Jr., Joseph E., CHANG, Myong-Hun. *When can we expect a corporate leniency Program to result in fewer cartels?* 2015. Disponível em: <http://assets.wharton.upenn.edu/~harrij/pdf/Leniency_01.15.pdf>. p. 3.

A EVOLUÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E DOS TCCS NOS 5 ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011

Publicado originalmente em: *Evolução do Antitruste no Brasil / Organizadores: Celso Campilongo, Roberto Pfeiffer. São Paulo: Editora Singular, 2018.*

Eduardo Frade

Diogo Thomson

Amanda Athayde

1. INTRODUÇÃO

A ideia de que os cartéis constituem as mais gravosas condutas anticompetitivas tem se expandido internacionalmente *pari passu* à expansão da própria cultura da livre concorrência no mundo, com a respectiva adoção de legislações e mecanismos estatais voltados à promoção desta cultura. Cresce também a consciência de que essa persecução deve merecer das autoridades responsáveis pela detecção e punição deste tipo de ilícito uma ação prioritária e rigorosa. Nesta linha, na esteira da experiência americana da promoção da livre concorrência e do combate a cartéis, viu-se desenvolver, nas últimas três décadas, uma centena de autoridades antitruste nos mais diversos países, as quais, para serem efetivas, necessitam de um cabedal de instrumentos e mecanismos de atuação.

É fato que, diretamente proporcional à gravidade dos cartéis, está a dificuldade de sua detecção e punição. Normalmente se tratam de acordos clandestinos e sofisticados, enredados por meio de mecanismos de organização, monitoramento e retaliação, bem como por uma consciência da ilicitude e a respectiva cautela na execução do ajuste. Ao mesmo tempo, como o “fim” de um cartel é proporcionar

aos seus membros o maior ganho possível por meio da eliminação da competição entre estes, é natural que, ao longo do tempo, as desconfianças e instabilidades desenvolvam-se naturalmente entre seus membros. E é exatamente sobre este aspecto da existência dos cartéis, ou seja, sua inerente instabilidade, que nasce, para as autoridades antitruste, a oportunidade de valer-se de mecanismos de incentivos que permitam, ao mesmo tempo, que se descubra o cartel e que se encontre evidências suficientes para punir seus membros.

O principal mecanismo deste tipo é o acordo de leniência, hoje bastante difundido entre as autoridades de defesa da concorrência no mundo, e previsto expressamente pela legislação de diversos países. A lógica subjacente deste acordo é incentivar, por meio de imunidade na punição ou descontos nas multas e outros benefícios, que algum dos membros do cartel colabore com a autoridade, identificando os demais participantes e trazendo elementos da constituição da conduta, permitindo assim tanto o desbaratamento do mesmo como a sua efetiva punição.

Para além, porém, de mecanismos de leniência, que dão imunidade ou outros benefícios diferenciados ao primeiro agente que traga à autoridade a notícia da existência de um cartel e evidências que o comprovem, as principais autoridades antitruste do mundo também se valem de outras espécies de acordos. Estes outros acordos são oferecidos a outros participantes da conduta anticompetitiva que também queiram colaborar com as investigações, em troca de algum benefício, conquanto inferior às benesses de um de acordo de leniência. Na prática da autoridade de concorrência brasileira, essa espécie de acordo é conhecida como Termo de Compromisso de Cessação – TCC.

A evolução desses dois mecanismos – acordos de leniência e TCCs – no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), nos últimos 5 anos, foi vertiginosa. Viu-se a consolidação e um crescimento significativo do uso do programa de leniência da autoridade antitruste, bem como, em especial a partir de 2013, o início de um uso intenso do programa de TCCs pelas pessoas físicas e

jurídicas investigadas pela autarquia. Essa evolução verdadeiramente alterou, de forma substancial, as feições da autoridade concorrencial no âmbito da nova Lei de Defesa da Concorrência, no que diz respeito ao uso de acordos na política de combate a cartéis, conforme se passa a expor.

2. DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Hoje é cediço que o Programa de Leniência Antitruste é reconhecido nacional⁸⁴² e internacionalmente^{843 844} como um dos instrumentos mais eficazes para detectar, investigar e coibir condutas anticompetitivas com potencial lesivo à concorrência e ao bem-estar social. Constitui, assim, um importante pilar da política de combate a cartéis⁸⁴⁵. O Programa de Leniência foi introduzido, no Brasil, pela

842 CADE. Requerimento nº 08700.004992/2007-43, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 17/12/2008. “O Programa de Leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de ‘obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis’, mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para detecção de cartéis e o próprio TCC que, como visto, é parte do programa de combate a cartéis”.

843 OCDE. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. 2002. p. 11. “Some jurisdictions have developed programs that offer leniency in order to encourage violators to tell these secrets, to confess and implicate their co-conspirators with first-hand, direct “insider” evidence that provides convincing proof of conduct parties want to conceal. The programs uncover conspiracies that would otherwise go undetected. They elicit confessions, direct evidence about other participants, and leads that investigators can follow for other evidence too. The evidence is obtained more quickly, and at lower direct cost, compared to other methods of investigation, leading to prompt and efficient resolution of cases. To get this information, the parties who provide it are promised lower fines, shorter sentences, less restrictive orders, or even complete amnesty.”

844 Terminologicamente, em algumas jurisdições se utiliza os termos “*amnesty*” ou “*immunity*” para se referir às hipóteses de acordo em que há imunidade total, ao passo que “*leniency*” é o termo utilizado para aqueles acordos em que há apenas redução da penalidade aplicável.

845 Em linhas gerais, cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação, bem como para a troca de informações comercialmente sensíveis.

Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/94 (artigos 35-B e C)⁸⁴⁶, com o objetivo de fortalecer a atividade de repressão de infrações à ordem econômica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Atualmente, o Programa de Leniência Antitruste brasileiro encontra previsão legal nos artigos 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11)^{847 848}, além de ser objeto de um Guia do Cade para detalhar cada uma das fases de sua negociação⁸⁴⁹.

A exigência básica no Programa de Leniência Antitruste é que o proponente – empresa e/ou indivíduo⁸⁵⁰ – do Acordo de Leniência seja o primeiro a trazer ao conhecimento do Cade a infração noticiada. Caso assim aconteça, o proponente deve confessar sua

846 Na vigência da Lei nº 8.884/1994, o Programa de Leniência foi disciplinado pela Portaria do Ministério da Justiça nº 4/2006 (artigo 61) e pela Portaria do Ministério da Justiça nº 456/2010 (artigo 59).

847 Nos termos dos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 e nos artigos 197 a 210 do Regulamento Interno do CADE (RICADE), o Programa de Leniência Antitruste é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos na legislação; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência.

848 A Lei nº 12.529/11 trouxe algumas sutis - mas importantes - modificações do Programa de Leniência Antitruste em relação à Lei anterior, notadamente: (i) a alteração da autoridade competente para celebrar o acordo (na Lei 8.884/94 era a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico e na Lei 12.529/2011 é o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral); (ii) o fim do impedimento para que o líder do cartel seja Proponente do acordo; e (iii) a ampliação dos ilícitos penais cobertos pela imunidade concedida ao Signatário (na Lei 8.884/94 eram apenas os ilícitos da Lei 8.137/90 e na Lei 12.529/2011 são ilícitos tais como os da Lei 8.137/90, da Lei 8.666/93 e do art. 288 do Código Penal).

849 CADE. Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade. Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-Cade-final.pdf>.

850 Cumpre ressaltar que, nos termos do art. 86 §1º, inciso I da Lei 12.529/2011 c/c art. 198 do RICADE, a proposta de acordo de leniência realizada pela empresa será estendida às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, desde que o firmem em conjunto. Terá o mesmo efeito da assinatura em conjunto a adesão ao acordo formalizada em documento apartado e em momento subsequente, quando admitida pela autoridade, segundo critério de conveniência e oportunidade. Por sua vez, se a proposta de acordo de leniência for realizada separada e antecipadamente pelo indivíduo funcionário e/ou ex-funcionário da empresa, os efeitos não se estenderão à empresa, no que se destaca ser uma “corrida pelo *marker*” também entre empresa e indivíduos.

participação no ilícito, colaborar plena e permanentemente com as investigações e cessar completamente seu envolvimento na infração a partir da propositura do acordo. Da sua colaboração, deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

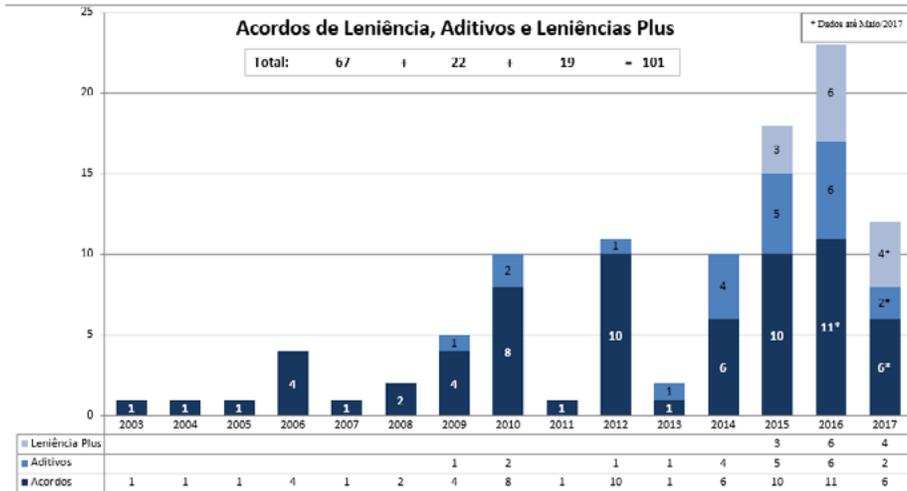
O Programa de Leniência Antitruste brasileiro resulta então em benefícios significativos às investigações, na medida em que o Cade passa a ter conhecimento sobre um cartel antes desconhecido, além de ter também acesso “direto” a informações, provas e detalhes da conduta anticompetitiva. Há, ainda, benefícios à política concorrencial em geral, pois, em termos da função repressiva, o Cade passa a ter acesso a provas de difícil obtenção, e em termos da função preventiva, insere-se um elemento adicional na incerteza inerente dos conluios. Por sua vez, há também benefícios para os proponentes, na medida em que a legislação oferece imunidade tanto administrativa quanto criminal em relação às penas aplicáveis (art. 87 da Lei 12.529/2011), uma vez que cartéis, além de reprimidos administrativamente pelo Cade (artigo 36 da Lei 12.529/2011⁸⁵¹), também são alvo de perseguições no âmbito penal (artigo 4º da Lei nº 8.137/1990⁸⁵²).

851 Lei 12.529/2011, 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. (...)§ 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; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”.*

852 Lei 8.137/1990, Art. 4º “*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; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de*

Ao longo dos quase dezoito anos de existência legislativa do Programa de Leniência Antitruste brasileiro – quinze destes de efetivo uso do instrumento, dado que o primeiro acordo foi assinado apenas em 2003⁸⁵³ – até maio de 2017, foram assinados 67 novos Acordos de Leniência (vide Figura I abaixo).

Figura I



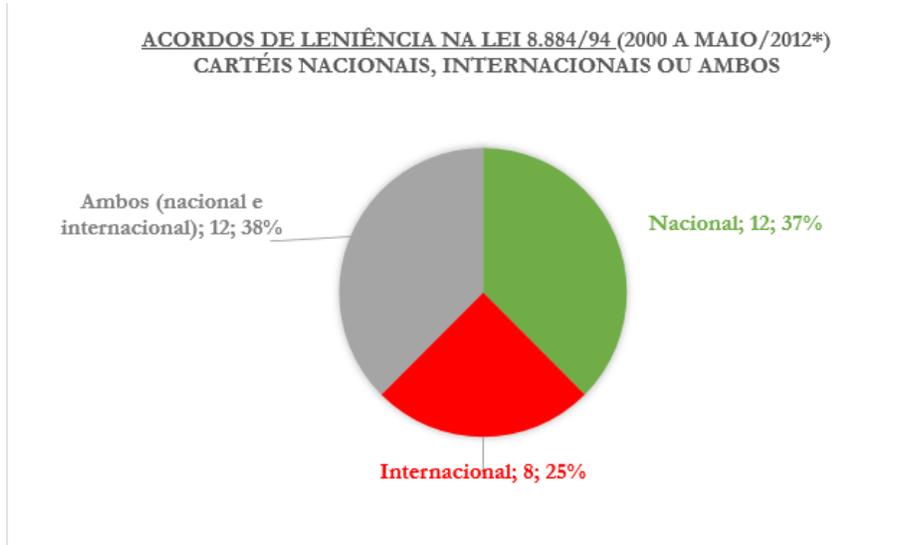
Cabe então se questionar: já há um novo legado do Programa de Leniência nesses 5 anos da Lei 12.529/2011? Seria possível observar alguma mudança de padrão desses acordos comparativamente com aqueles assinados durante a vigência da Lei 8.884/94? Para responder essa pergunta, são adotadas duas variáveis como metodologia de análise para fins do presente artigo: (i) a nacionalidade dos cartéis denunciados no Acordo de Leniência e (ii) o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado.

fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.” Essa sanção pode, ainda, ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.

853 A respeito dos avanços e desafios do Programa de Leniência brasileiro, sugere-se: ATHAYDE, Amanda. FIDELIS, Andressa. Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and challenges in cartel prosecution. *CPI Antitrust Chronicle*, v.3, p.39 - 45, 2016.

Quando se analisa a nacionalidade dos cartéis em nacionais, internacionais ou mistos⁸⁵⁴, é possível se verificar que, durante a vigência da Lei 8.884/94, mais de 60% dos Acordos de Leniência dizia respeito a cartéis internacionais (25% no todo internacional e 38% pelo menos em parte internacional).

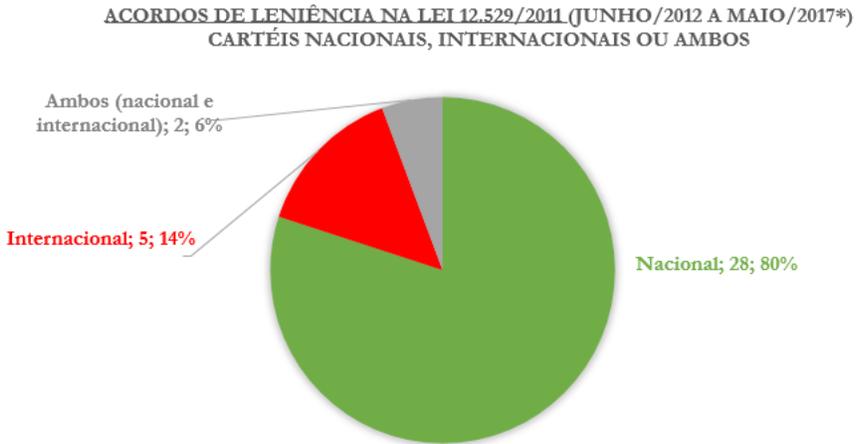
Figura II



Por sua vez, nesses 5 anos da Lei 12.529/2011 é possível notar uma mudança substancial quanto à nacionalidade dos cartéis investigados, já que mais de 80% dos Acordos de Leniência passa a tratar de cartéis nacionais (80% no todo nacional e 6% em parte nacional).

854 A respeito dessa classificação, sugere-se também a leitura: ATHAYDE, Amanda. FERNANDES, Marcela. *A glimpse into Brazil's experience in International cartel investigations*. In. *Revue des Droits de la Concurrence*. Concurrences n. 3-2016.

Figura III



Diversas são as possíveis razões para essa mudança de padrão quanto à nacionalidade dos Acordos de Leniência, mas a nosso ver, trata-se de um reflexo do amadurecimento do Programa de Leniência brasileiro. Se no início da sua trajetória histórica o Brasil “bebia em águas estrangeiras” para iniciar suas principais investigações de cartéis, atualmente o Cade é capaz de perseguir cartéis nacionais. Esse também é um reflexo, na nossa opinião, do aumento da percepção de risco de detecção pelas empresas no Brasil, que puderam observar, ao longo dos anos, um aumento nas taxas de condenação de condutas anticompetitivas e, também, um aumento significativo nos valores das multas⁸⁵⁵.

855 A partir de 2007, ainda sob a vigência da Lei 8.884/94 começou a se consolidar na jurisprudência do CADE um maior rigor nas multas aplicadas a cartel. Dentro de um espectro previsto de 1 a 30% do faturamento bruto, previsto na legislação vigente, verifica-se, sobretudo a partir do julgamento do cartel dos vigilantes (PA nº 08012.001826/2003-10) um mínimo de 15% para cartéis, alíquota esta que deveria ser agravada para os líderes do cartel e que foi sendo gradativamente aumentada até atingir o patamar mais alto no caso do cartel dos Peróxidos (PA nº 08012.007818/2004-68). A mesma gradação ocorreu nas multas para os administradores (que são baseadas na multa da pessoa jurídica), assim como se passou, também, a aplicar outras penas, como, por exemplo a de proibição de licitar. Após o advento da Lei 12.529/11, mesmo com a alteração da base de cálculo para 0,1 a 20% do faturamento bruto no ramo de

O advento da nova Lei trouxe consigo duas mudanças fundamentais: a notificação prévia dos atos de concentração econômica, e uma nova estrutura institucional, inclusive no que diz respeito a cargos e unidades. A notificação prévia dos atos de concentração, embora não diretamente relacionada ao combate aos cartéis acabou por permitir, como consequência, uma maior efetividade na análise destes casos, sendo que a grande maioria sequer tem a necessidade de ser julgada pelo Tribunal do CADE, encerrando-se na Superintendência-Geral. Neste sentido, o Tribunal passou a ter um menor estoque de atos de concentração e uma maior disponibilidade para priorizar o julgamento de casos de conduta anticompetitiva. Com isso, uma parte importante do *enforcement*, que ainda não havia atingido um grau satisfatório de desenvolvimento no Brasil pode ser alcançado, qual seja, o julgamento e condenação dos cartéis, inclusive e principalmente, aqueles detectados por leniência. Se a existência do programa de leniência e a investigação proativa da autoridade são elementos que aumentam o risco de detecção de condutas, aumentando os incentivos ao Programa de Leniência, a condenação e a efetiva punição destas condutas, com a definição de critérios claros de ilegalidade e de *standard* probatório pelo Tribunal tornam a ameaça de ser detectado real e imediata. O impacto disto nos programa de leniência justifica em grande parte o aumento da procura por estes acordos nos últimos 5 anos.

Por outro lado, a existência de uma melhor estrutura para investigação, incluindo uma unidade fortalecida responsável pelo Programa de Leniência permitiu ao “novo” Cade, uma reformulação da prática e até normativa, no âmbito regimental, do próprio programa. Isso aumentou a segurança aos proponentes e signatários deste tipo de acordo e também a transparência do processo em si, aumentando consequentemente os incentivos de se colaborar com o Cade. Sem dúvida, aumentando-se a previsibilidade e transparência dos critérios,

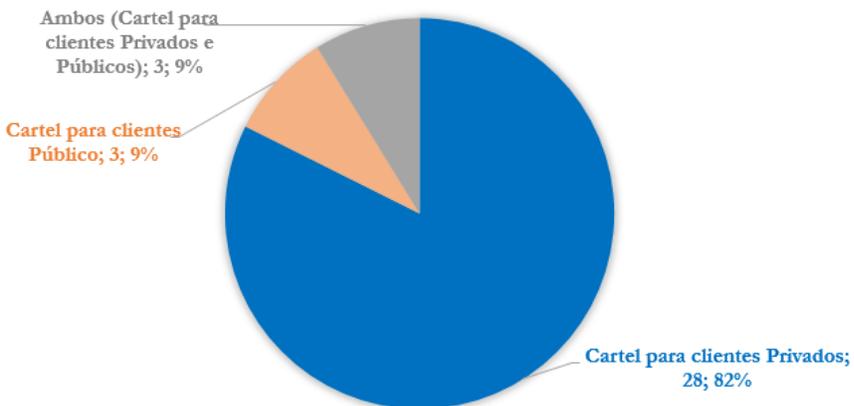
atividade, o que poderia parecer uma redução *in abstracto* das multas, a jurisprudência manteve o patamar alto das condenações por cartel, considerando hoje, como patamar base 15% para cartéis clássicos (vide, p.ex., o disposto no Guia de TCC do CADE).

aumenta-se a capacidade de uma empresa decidir que o custo-benefício de um acordo de leniência é melhor do que o do risco de continuar engajando-se em uma conduta anticompetitiva, promovendo, assim, um incremento geral no *compliance*. A consolidação destes critérios resultou tanto em alterações regimentais (como as promovidas pela Resolução nº 15, de 2016) como, principalmente, na edição de um Guia do Programa de Leniência⁸⁵⁶, em português e inglês e disponível no sítio eletrônico do CADE. Este Guia permite que qualquer interessado em negociar um acordo de leniência com o CADE possa avaliar de antemão o custo-benefício de fazê-lo, seus requisitos, direitos e deveres, bem como permite que a sociedade saiba como funciona este programa.

Quando se analisa o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado, é possível se verificar que, durante a vigência da Lei 8.884/94, mais de 90% dos Acordos de Leniência dizia respeito a cartéis para clientes privados (82% no todo voltado a clientes privados e 9% em parte para clientes privados

Figura IV

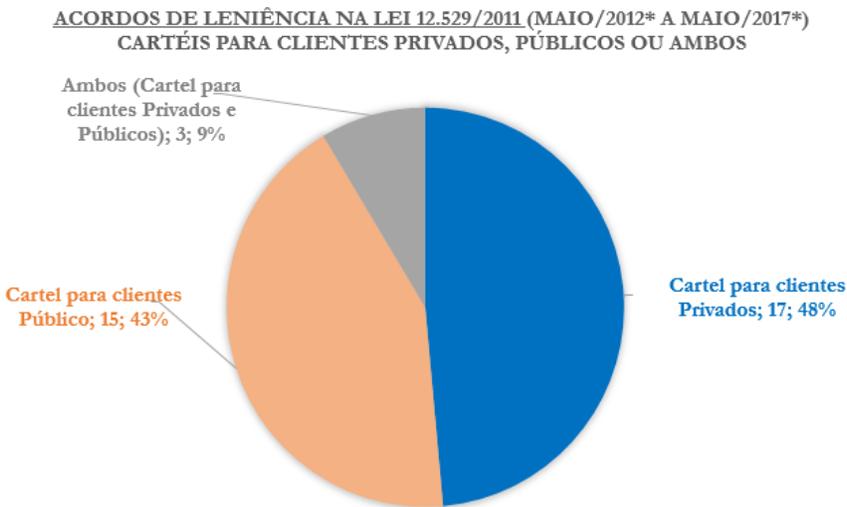
ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEI 8.884/94 (2000 A MAIO/2012*)
CARTÉIS PARA CLIENTES PRIVADOS, PÚBLICOS OU AMBOS



856 Disponível para consulta em <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-Cade-final.pdf>.

Por sua vez, nesses 5 anos da Lei 12.529/2011 é possível se notar uma mudança substancial quanto aos clientes dos cartéis investigados, já que aproximadamente 50% dos Acordos de Leniência passa a tratar de cartéis públicos (43% no todo para clientes públicos e 9% em parte para clientes públicos). Em outras palavras, cresceram os acordos de leniência reportando cartéis dirigidos a licitações públicas.

Figura V



Diversas também são as possíveis razões para essa mudança de padrão quanto ao tipo de cliente objeto da conduta delatada no Acordo de Leniência, mas a nosso ver se trata de uma comprovação do incremento das políticas de combate a cartéis e fraudes a licitação.

No âmbito do Cade, essa política se traduz em diversos esforços focados na detecção e punição desse tipo de ilícito: a fixação de uma unidade de análise antitruste focada em cartéis em licitações; a criação de uma unidade de investigação com treinamento e instrumentos voltados à detecção pró-ativa de cartéis e análise aprofundada de provas; o desenvolvimento de filtros para análise de dados de licitações com vistas a detectar possíveis cartéis; o estreitamento dos contatos e

colaboração com diferentes autoridades de controle e de investigação, como CGU, tribunais de contas e membros do Ministério Público espalhados pelo Brasil. Sem dúvida, os esforços de autoridades de combate a fraudes e corrupção relacionadas a licitações, comumente vinculadas a conluíus, também tem contribuído para o acirramento dessas políticas.

Ademais, nos últimos anos, a experiência e sucesso do Programa de Leniência do Cade tem inspirado a que outras autoridades administrativas e criminais, que também analisam ilícitos relacionados a licitações tenham adotado mecanismos similares de colaboração premiada ou leniência. Ainda que seja necessária uma coordenação maior entre estes diferentes mecanismos, respeitando as competências e expertises de cada órgão – o que, certamente, é um dos principais desafios do Cade no futuro próximo -, a mera existência destas novas possibilidades também, por certo, contribuiu para o aumento de acordos de leniência em casos de cartéis de licitações publicas no âmbito do Cade.

Concluindo, esta mudança de padrão dos acordos de leniência do Cade nos últimos 5 anos, tanto quanto sua nacionalidade, como pela sua maior capacidade de abranger também cartéis voltados a clientes públicos, nos parece um resultado quase que inexorável da maturidade do Programa de Leniência do CADE, para a qual o advento da Lei 12.529/11 contribuiu de maneira fundamental, permitindo uma maior capacidade e estrutura para, aproveitando-se da experiência acumulada nos anos anteriores, direcionar os esforços da autoridade para tornar o Programa de Leniência Antitruste brasileiro mais efetivo, mais abrangente e mais transparente.

3. DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

A outra forma de “solução antecipada” para resolução dos casos do Cade prevista na legislação é a celebração de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Este tipo de acordo está previsto

desde a edição da Lei 8.884/94. A ideia geral deste tipo de acordo consiste, como o nome já diz, na obtenção da cessação da conduta por parte dos agentes que, ao se comprometerem a fazê-lo e mediante o preenchimento de outros requisitos, podem com isso obter a suspensão do processo administrativo e o posterior arquivamento do mesmo, cumpridas as obrigações previstas no acordo.

Não obstante sua previsão legal inicial para todos os tipos de conduta anticompetitiva, com a adoção, em 2000 (Lei 10.149/00) do Programa de Leniência, entendeu-se que, da forma como dispostas as obrigações do TCC na redação original, a permissão do mesmo para cartel acabaria com qualquer incentivo à leniência. Isso porque no TCC a parte poderia, sem reconhecer a conduta e apenas se comprometendo a cessar a conduta, ter o processo suspenso e arquivado, enquanto que o signatário da leniência, além de confessar e colaborar desde o início do processo teria de ficar no polo passivo do mesmo até o seu julgamento final pelo Cade, quando confirmado o cumprimento do acordo.

Com o passar dos anos, a experiência demonstrou que, para além daquele que tinha sido o primeiro a se apresentar ao Cade e obter a leniência, outros representados e investigados teriam condições e vontade de colaborar com as investigações ou, ao menos, encerrar o caso antecipadamente, ainda na via administrativa. Neste sentido, em 2007, uma nova alteração legislativa incluiu novamente a possibilidade de celebração de TCCs em cartéis, exigindo-se, para estes casos, o recolhimento de uma contribuição pecuniária baseada na multa. Além disso, por meio de regulamento buscou-se alinhar os incentivos da leniência com os do TCC em cartéis, exigindo que, quando houvesse leniência anterior, o TCC também deveria exigir o reconhecimento de participação na conduta investigada de seu compromissário.

Esta alteração representou uma mudança significativa à época e permitiu que o Cade (então responsável pela negociação dos TCCs, em detrimento da então Secretaria de Direito Econômico – SDE) consolidasse um conhecimento técnico aprofundado sobre negociações e soluções antecipadas, de modo que o TCC passou a

ser parte importante do *enforcement*. O desenho legislativo na época ainda continha imperfeições, sobretudo porque não incentivava o TCC como complemento à leniência (pela exigência de confissão sem uma contrapartida proporcional como ocorria com a imunidade da leniência) e tampouco como forma de obtenção de evidências e colaboração com as investigações (tanto em razão de ser negociado pela autoridade julgadora – Cade – e não pela investigadora – SDE, como porque a colaboração não era um requisito de celebração e não havia contrapartida proporcional prevista caso realizada).

O modelo de TCC em cartel então vigente se constituiu em um tipo de acordo denominado “*pay-to-go*”, que embora representasse um avanço em termos de solução antecipada e “economia administrativa” (evitando discussões judiciais alongadas), não se constituía em um elemento de obtenção de provas e tampouco um complemento à leniência. Ao contrário, chegou-se a observar que, nas vezes em que houve TCCs após a leniência durante a vigência da Lei 8.884/94, o arquivamento prematuro do processo em relação ao compromissário, ainda que pagando multa e confessando, trazia questionamentos em relação a desigualdade de tratamento com relação ao beneficiário da leniência, que permaneceria no processo até o final.

Esta experiência, no entanto, foi fundamental para que se pudesse, com o marco legal trazido na Lei 12.529/11, promover os avanços necessários e aperfeiçoar os TCCs em casos de cartel. A primeira grande mudança da Lei 12.529/11 foi expressar, de forma bastante objetiva, que o TCC é celebrado conforme a *conveniência e oportunidade* do CADE⁸⁵⁷. Assim retirando-se qualquer discussão sobre ser o acordo direito subjetivo do investigado, deixou-se claro que o Cade poderia, para cada tipo de conduta e em cada caso estabelecer seus próprios requisitos de conveniência e oportunidade, incluindo aí não somente os benefícios da solução antecipada no caso concreto, mas também em termos de incentivos futuros, dissuasão, preservação do *enforcement* e alinhamento com o Acordo de Leniência. Some-se a

857 Art. 85, *caput*, da Lei 12.529/11.

esta alteração, em reforço, outra inovação da Lei 12529/11, que foi alçar ao patamar legislativo o dispositivo normativo que permite ao Cade propor, via regimento, normas complementares para a negociação e celebração dos TCC's, abrindo-se assim, espaço para que o próprio Cade decida seus requisitos de conveniência e oportunidade.⁸⁵⁸ Por fim, a nova estrutura, que uniu Cade e SDE em um único órgão, o "Super Cade", também foi fundamental para o aperfeiçoamento do modelo. Isto porque na Lei 12.29/11 fica claro que os TCCs podem ser firmados pelo Cade como um todo, o que, naturalmente, inclui tanto SG como Tribunal⁸⁵⁹.

Todas estas mudanças trazidas pela Lei 12.529/11, aliadas à experiência anterior do Cade com TCCs em casos de cartéis, permitiram que, em março de 2013, um ano após a entrada em vigência da Lei, o CADE editasse a Resolução nº 5, alterando o seu Regimento Interno, trazendo normas complementares sobre TCC, sobretudo em relação aos TCCs em cartéis. O que norteou a Resolução foi justamente a necessidade de se incentivar um novo modelo de acordo em cartéis, voltado à colaboração com a instrução (e não somente *pay-to-go*) e que pudesse ser negociado pelo órgão instrutor (Superintendência-Geral), tendo como incentivo, em contrapartida, a previsão expressa de descontos na contribuição pecuniária (que na Lei 12.529/11 continuou sendo exigência obrigatória nos casos de cartel) por colaboração e pelo momento processual.

Além disso, de maneira geral, a exigência de reconhecimento de participação na conduta investigada para todos os TCCs em casos de cartel, sejam negociados na Superintendência-Geral com colaboração, seja no Tribunal do Cade, bem como o arquivamento do processo com relação ao compromissário também apenas quando do julgamento final do processo administrativo, delimitou de maneira definitiva o TCC em cartel como efetivo mecanismo de *enforcement*, complementar ao Acordo de Leniência.

858 Art. 85, § 14, da Lei 12.529/11.

859 Art. 85, *caput*, da Lei 12.529/11.

Conforme mencionado anteriormente, o Acordo de Leniência no Cade está disponível apenas àqueles que forem os primeiros a reportar à autoridade antitruste a ocorrência de uma infração concorrencial da qual o Cade não tenha conhecimento prévio (leniência total) ou não tenha suficientes para assegurar a condenação (leniência parcial), nos termos do art. 86 §1º c/c §4º, incisos I e II da Lei 12.529/2011. O que acontece, porém, com as empresas e/ou indivíduos que queiram colaborar com as investigações de cartel, mas que não tenham chegado a tempo de obter um *marker*? A opção para tais investigados, então, é propor a negociação de um TCC.

Nos termos do artigo 85 da Lei nº 12.529/2011, o Cade poderá tomar compromisso de cessação da prática investigada ou de seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que tal compromisso atende aos interesses protegidos por lei. O §1º deste mesmo dispositivo legal estabelece os requisitos mínimos que deverão constar do referido termo de compromisso, a saber: (i) a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (ii) fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível; e (iii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas. Outros requisitos, a serem observados tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes (ou seja, em casos de cartel), são: (iv) reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário, nos termos do art. 185 do RICADE⁸⁶⁰ – exigência esta considerada legítima e confirmada pelos tribunais brasileiros⁸⁶¹ –, (v) colaboração do compromissário com a instrução

860 RICADE. Regimento Interno do CADE. Art. 185. “*Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário*”.

861 Sobre a exigência de reconhecimento da participação na conduta, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu no sentido de que “*a norma inserta no Regimento Interno do CADE não extrapolou os limites estabelecidos na legislação de regência, mas apenas veio regulamentar, com base em critérios objetivos, em que situações seria possível a*

processual, nos termos do art. 186 do RICADE⁸⁶² e (vi) obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária, nos termos do art. 85, §2º da Lei 12.529/11.

Note-se que estes requisitos regimentais de colaboração e reconhecimento de participação na conduta investigada para os casos de cartel foram introduzidos pela Resolução nº 5 de 2013, com fundamento no art. 85, § 14, da Lei 12.529/11, e constituem-se em elementos de conveniência e oportunidade da autoridade para a aceitação dos acordos em cartel. Esta Resolução, conforme já mencionado, buscou trazer aos acordos de cartéis no CADE simetria com as melhores práticas internacionais, além de aumentar os incentivos e possibilidades de acordo a depender da fase processual e do grau de colaboração dos proponentes, constituindo-se assim em verdadeiro marco da política de acordos na vigência da Lei 12529/11.

O novo regramento dos TCCs em cartel, trazido pela Resolução, consolida a utilização deste mecanismo não apenas como forma de solução antecipada de conflitos, mas também como efetivo instrumento de investigação, complementar ao acordo de leniência, alinhando os incentivos entre os dois tipos de acordo. Além disso, a prática posterior à Resolução, e o sucesso deste mecanismo como elemento de *enforcement* fez com que, atualmente, a negociação dos TCCs em casos de cartel seja objeto de um Guia do Cade⁸⁶³, cujo objetivo é dar ainda mais transparência e previsibilidade ao instrumento.

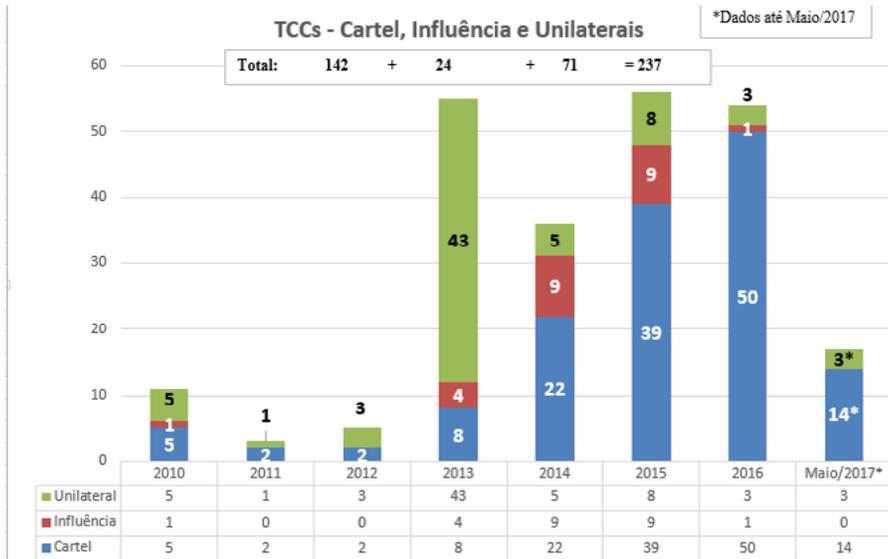
celebração de Termo de Compromisso de Cessação, sendo que, no caso, é condição essencial para tanto o reconhecimento da participação na conduta por parte do compromissário.”. Agravo de Instrumento 0070598-57.2013.4.01.0000/DF (30.01.2014) e Agravo de Instrumento 0004708-40.2014.4.01.0000 (03.02.2014), Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian.

862 RICADE. Regimento Interno do CADE. Art. 186. “*Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, termos do Art. 181, §4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução*”.

863 CADE. Guia dos Termos de Compromisso de Cessação para os casos de cartel. Disponível em: <http://www.Cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf>.

Ao longo dos anos de existência legislativa do Programa de TCCs do Cade, até a presente data, foram homologados mais de 160 TCCs referentes à conduta anticompetitiva de cartel (vide figura abaixo).

Figura VI



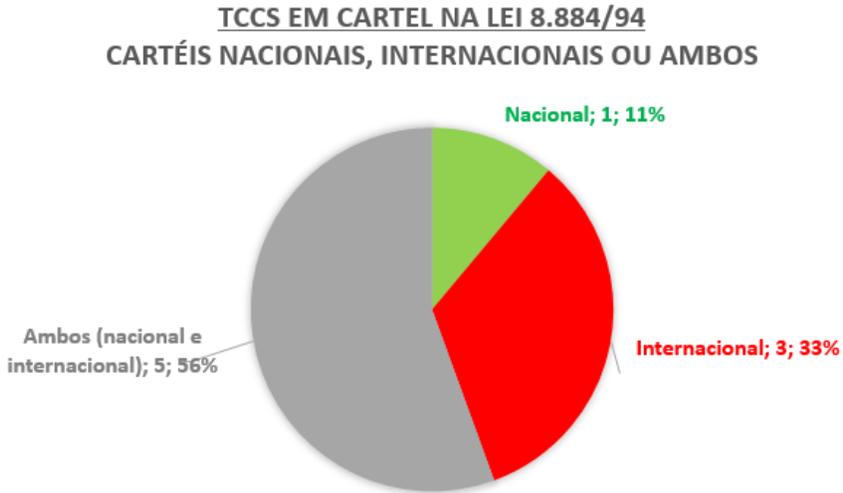
Novamente, cabe então se questionar: já há um novo legado do Programa de TCCs nesses 5 anos da Lei 12.529/2011? Seria possível observar alguma mudança de padrão desses acordos comparativamente com aqueles homologados durante a vigência da Lei 8.884/94? Para responder essa pergunta, adotam-se quatro variáveis como metodologia de análise: (i) a nacionalidade dos cartéis denunciados no TCC, (ii) o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado, (iii) o elevado crescimento do número de TCCs homologados pelo Cade, especialmente a partir de 2013; e (iv) a mudança do conteúdo dos acordos e a maior variedade dos tipos de TCCs homologados pelo Cade a partir de 2013 nos casos de cartel.

Quando se analisa a nacionalidade dos cartéis em nacionais, internacionais ou mistos⁸⁶⁴, é possível se verificar que, durante

864 A respeito dessa classificação, sugere-se novamente a leitura: ATHAYDE, Amanda. FERNANDES, Marcela. *A glimpse into Brazil's experience in International cartel*

a vigência da Lei 8.884/94, quase 90% dos TCCs dizia respeito a cartéis internacionais (33% no todo internacional e 56% em parte internacional).

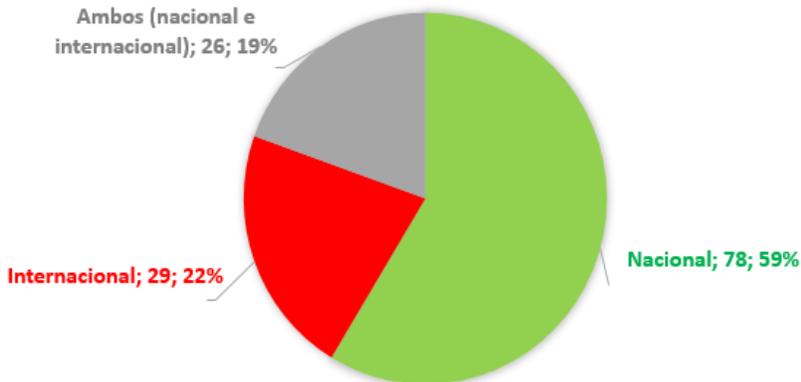
Figura VII



Por sua vez, nesses 5 anos da Lei 12.529/2011 é possível se notar uma mudança substancial quanto à nacionalidade dos cartéis investigados, já que quase 80% dos TCCs passa a tratar de cartéis nacionais (59% no todo nacional e 19% em parte nacional).

Figura VIII

TCCS EM CARTEL NA LEI 12.529/2011
CARTÉIS NACIONAIS, INTERNACIONAIS OU AMBOS



Diversas são as possíveis razões para essa mudança de padrão quanto à nacionalidade dos TCCs, mas a nosso ver, trata de um reflexo do amadurecimento do Programa de Leniência brasileiro, supramencionado. Conforme já manifestado, com a transformação dos TCCs em instrumento complementar à leniência, é natural que o aumento de leniências voltados aos casos nacionais também gere um aumento de TCCs em casos de cartéis nacionais. Mas, para além disso, cumpre ressaltar que esta mudança de padrão também se relaciona, diretamente, à transformação da gestão dos casos de cartel e da investigação deste tipo de ilícito proporcionada pela nova estrutura do Cade, após a alteração da legislação.

Neste sentido, procurou-se especializar o combate a cartéis internamente, promovendo-se uma separação funcional das coordenações responsáveis pelos casos de cartel das demais coordenações e outra separação entre as coordenações de cartéis responsáveis pelo processamento dos casos, *i.e.*, após a abertura do processo administrativo, e aquelas responsáveis pela iniciação

dos casos. Assim, fortaleceu-se a unidade de leniência, criou-se mecanismos de triagem e unidades de análise de informações e inteligência. Isto permitiu uma maior eficiência para, ao mesmo tempo, concluir casos importantes e iniciar casos robustos e de setores diversificados.

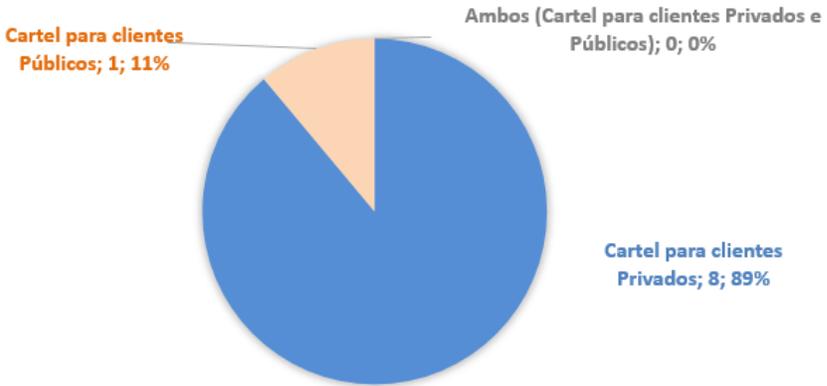
Basta ver que, neste período, o número de acordos de leniência firmados é muito superior ao número de acordos firmados na vigência da lei anterior (v. Figura I acima), além do fato de que a metade das medidas de buscas e apreensões realizadas pelo CADE ocorreram nos últimos 5 anos (sendo que o instrumento é previsto na lei desde o ano 2000)⁸⁶⁵. Ademais, procurou-se diversificar esta atuação proativa entre os mais diversos e importantes setores da economia nacional, o que, certamente, aumentou a consciência do risco nestes setores, levando a mais casos de acordo.

Por sua vez, quando se analisa o tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado, é possível se verificar que, durante a vigência da Lei 8.884/94, mais de 90% dos TCCs dizia respeito a cartéis para clientes privados (89% no todo voltado a clientes privados).

⁸⁶⁵ Fonte: Balanço do CADE - 2016, disponível em <<http://www.Cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/apresentacao-balanco-2016.pdf/view>>

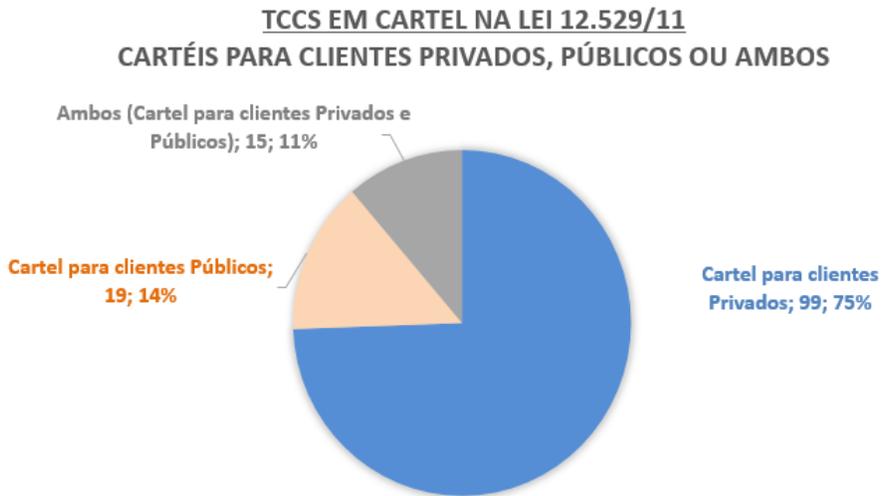
Figura IX

TCCS EM CARTEL NA LEI 8.884/94
CARTÉIS PARA CLIENTES PRIVADOS, PÚBLICOS OU AMBOS



Por sua vez, nesses 5 anos da Lei 12.529/2011 é possível se notar uma mudança razoável quanto ao tipo de cliente afetado pelo cartel, seja público ou privado, já que aproximadamente 25% dos Acordos de Leniência passa a tratar de cartéis para clientes públicos (14% no todo voltado para clientes públicos e 11% em parte para clientes públicos).

Figura X



Diversas também são as possíveis razões para essa mudança de padrão quanto ao tipo de cliente objeto da conduta delatada no TCC, mas a nosso ver a taxa em TCCs em cartéis voltados a clientes públicos não é tão elevada tendo em vista a inexistência de repercussões criminais imediatas desse tipo de acordo – diferentemente do Acordo de Leniência, que possui imunidade criminal (art. 87 da Lei 12.529/2011) – concomitantemente à maior sensibilidade dos Ministérios Públicos quanto a cartéis em licitação. De fato, cartéis em licitação são, em muitos casos, partes de delitos criminosos muito maiores e que envolvem diversos outros tipos de ilícitos administrativos e criminais. Neste sentido, o risco, principalmente para pessoas físicas, de celebrar um TCC com reconhecimento da participação nos fatos, pode ser bastante alto a depender da complexidade do ilícito. De uma maneira geral, porém, o aumento do interesse dos órgãos criminais e de controle no combate aos ilícitos relacionados à licitação, aliado à expertise do Cade na detecção destes ilícitos e ao desenvolvimento de espécies de colaboração premiada no âmbito criminal e administrativo

por diversas legislações, deve resultar, em breve, no aumento ainda mais significativo deste tipo de acordo no Cade.

Nesta linha, esforços recentes têm sido implementados pelo Cade, em conjunto com o Ministério Público, com o intuito de sanar essa potencial lacuna, nos casos em que a autoridade administrativa e a criminal entendam que a assinatura de um TCC seguido de colaboração seja útil para as investigações. A título de exemplo, em 15 de março de 2016 foi firmado entre o Cade e o Ministério Público Federal em São Paulo um Memorando de Entendimentos⁸⁶⁶, que, basicamente, consigna que uma empresa ou indivíduo que tenha interesse em assinar um TCC com o Cade possa procurar o Ministério Público, ou vice-versa, a fim de verificar a possibilidade de obter, concomitantemente, um acordo com o *Parquet* que lhe garanta algum benefício na esfera penal. É de se ressaltar que o *leading case* que levou a este memorando foi justamente um caso de cartel em licitações, em que o MPF/SP havia assinado a leniência em conjunto com o Cade e, para preservação da leniência e pela necessidade de se obter provas complementares, realizou acordos de colaboração premiada e delação premiada concomitantes aos TCC's assinados pelo Cade pelas mesmas pessoas físicas. Note-se, ademais, que no mais substancial caso de cartel em licitações relacionado a outros ilícitos, a Operação "Lava-Jato", o mesmo sistema vem sendo adotado, qual seja, este "casamento" entre os TCCs firmados com o Cade e acordos de colaboração criminal com o MPF.

Note-se, finalmente, que especialmente após a edição da Resolução nº 5 de 2013, que regulamentou os TCCs em casos de cartel no Cade, houve um crescimento exponencial das negociações e homologações dessa espécie de acordo no âmbito da autarquia. Isso ocorreu mesmo diante da fixação de exigências relativamente severas, como o reconhecimento de participação da conduta, a necessidade de contribuição pecuniária e a obrigatoriedade de colaboração com

866 Disponível para consulta 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>.

as investigações. Ainda assim, aparentemente, a maior clareza sobre parâmetros de negociação e aplicação dos acordos (inclusive prevendo faixas de desconto a depender do proponente ter sido o primeiro, segundo ou terceiro, etc., a requerer um acordo) foi suficiente para atrair as partes à uma solução negociada. O sucesso da nova política de TCCs pós Resolução de 2013 e a experiência prática colhida nos seus primeiros anos de existência fez com que, em 2016 fosse editado um Guia para este tipo de acordo em cartel⁸⁶⁷, aumentando a transparência e previsibilidade dos parâmetros dos TCC's neste tipo de conduta.

Do ponto de vista privado, para além da obtenção de um desconto da multa, o TCC significa uma oportunidade de resolver, de forma mais célere e bilateral, um processo em relação à parte acusada. Do ponto de vista público, significa, também, maior celeridade, redução de custos administrativos e menos questionamentos judiciais. Mais do que isso, porém, a exigência de colaboração com as investigações contribui significativamente para a obtenção de provas e robustez do processo administrativo.

Além disso, talvez a mudança mais significativa no padrão dos TCCs em cartel na vigência da nova legislação, seja a mudança de conteúdo dos acordos e a variedade de modelos complementares de TCCs hoje disponíveis em casos de cartel. Como antes mencionado, mesmo após a mudança legislativa de 2007, que reincorporou a possibilidade de TCCs em casos de cartéis na Lei 8.884/94, o instituto ainda continha imperfeições, sobretudo por somente se constituir em um modelo *pay-to-go* e também por um certo desalinhamento com os incentivos à leniência. A maior prova destas imperfeições era o fato de que praticamente inexistiam acordos que encerravam obrigações de colaboração com a investigação, mesmo quando firmados com o processo ainda em instrução, e também o fato de que em pouquíssimos

867 Disponível para consulta em: <http://www.Cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>.

casos houve TCCs firmados de maneira subsequente à leniência⁸⁶⁸ até a edição da Resolução nº 5 de 2013.

Hoje, no entanto, todos os acordos em cartel firmados na SG (que representam praticamente 90% dos acordos celebrados pelo Cade em casos de cartel) tem como requisito de aceitação a colaboração com as investigações, mediante apresentação de evidências da conduta e da autoria da mesma, com rigor semelhante ao de uma leniência. Mesmo no Tribunal, embora não seja obrigatório, tem se exigido (e as partes tem atendido) alguma colaboração pontual ou processual ainda restante e que repercute em desconto na contribuição pecuniária. O resultado disso são casos mais robustos, céleres e tendentes a condenação severa daqueles implicados que não desejam colaborar. No longo prazo, aumenta-se o *awareness* e gera-se maior incentivo ao *compliance*. Da mesma forma, hoje as estatísticas constataam que, para cada acordo de leniência assinado, se tem ao menos um TCC subsequente. Isso resulta tanto do maior rigor na leniência, que gera casos mais robustos, como do fato de que, hoje o TCC se apresenta como um instrumento complementar bastante eficaz como resposta rápida à sociedade e ao mesmo tempo, como porta de saída para aqueles que desejam adotar um *compliance*.

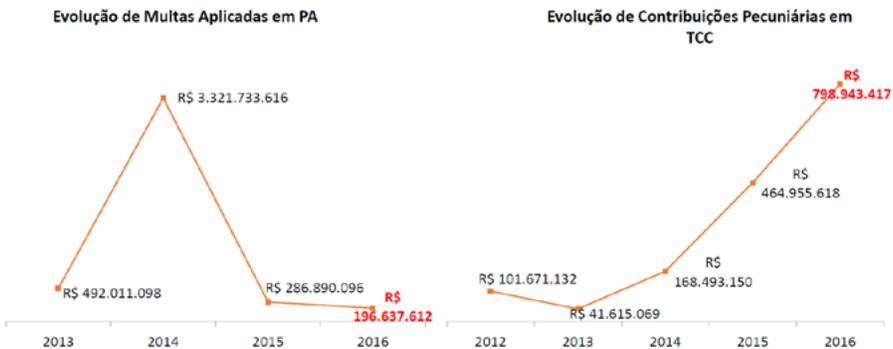
Mas, para além disso, continua coexistindo com esse crescente número de acordos, a possibilidade de, ao final do processo, se obter um acordo mais próximo do que seria um *pay-to-go*, com a diferença de que se tem que reconhecer a participação no ilícito e de que há um teto máximo de desconto no Tribunal, além, é claro de uma diminuição da conveniência e oportunidade conforme mais robusto (pela colaboração de outros TCCs) se torne o caso. Esta variedade de tipos de TCCs em cartel, conforme o momento processual e os requisitos e interesses

868 Chama a atenção neste sentido o caso do cartel da carga aérea (PA nº 08012.011027/2006-02), caso de cartel internacional e que nas diversas autoridades que o investigaram tiveram em média 5 acordos posteriores à leniência que continham colaboração com as investigações e no Brasil, cujas empresas envolvidas eram as mesmas que haviam fechado acordos no exterior, nenhuma empresa havia ocorrido ao CADE para celebrar TCC até a edição da Resolução. Apenas após a publicação da Resolução é foram firmados alguns acordos no caso e já na fase de julgamento final pelo Tribunal do CADE.

das partes é, sem dúvida, uma das causas do aumento exponencial no número de acordos, conforme acima mencionado.

Finalmente, ao contrário do que poderia se pensar, o aumento de soluções via acordos, com descontos na contribuição pecuniária a ser paga pelas empresas e indivíduos, não significou uma redução do *enforcement* antitruste. Pelo contrário, conforme demonstrado na Figura XI abaixo, a política de TCCs significou um aumento elevado das contribuições pecuniárias pagas ao Cade por empresas e executivos acusados de cartel, em proporção muito maior do que o patamar de multas impostas pelo Cade anteriormente ao acirramento da política de TCCs.

Figura XI



Além disso, verifica-se que o aumento dos TCCs em cartel coincide também com o aumento dos números de acordos de leniência e de leniência *plus*⁸⁶⁹, o que demonstra claramente que também a resposta rápida à sociedade que é dada com a aplicação das contribuições pecuniárias e o aumento da robustez dos casos mediante a colaboração sucessiva de diversos dos investigados, aumenta o risco de ser detectado como participante da conduta, demonstrando que tais instrumentos também contribuem para a dissuasão e para incentivar o *compliance*. É claro que esta evolução ainda representa um primeiro, porém importantíssimo passo. A manutenção dos incentivos e da

869 V. Figuras I e VI, acima.

capacidade dissuasória do instrumento dependem de sua constante atualização e revisão, principalmente diante dos desafios que já se apresentam, como, por exemplo, um maior interesse pelo *enforcement* privado por parte dos agentes econômicos, a necessidade de se coordenar com diversos outros órgãos investigadores que possuem mecanismos semelhantes nos casos em que os cartéis se relacionam com outros ilícitos e o equilíbrio entre os benefícios da solução negociada e a atuação proativa de investigação e punição.

4. CONCLUSÃO

Neste artigo foi possível verificar que a nova sistemática introduzida pela Lei 12.529/2011 trouxe alterações significativas nos resultados dos programas de acordos no âmbito do Cade – leniências e TCCs. Aproveitou-se, evidentemente, as bases e avanços passados, introduzindo-se incrementos relevantes, com resultados aparentemente positivos. Curiosamente, grande parte dos resultados se deveram a políticas e regramentos internos, e não propriamente de alterações legais.

Os resultados demonstram uma maior maturidade e estabilidade do programa de leniência, com o aumento do número de pedidos de *marker* e de celebração de acordos, combinada com a geração de casos robustos. Ao mesmo tempo, verifica-se um incremento exponencial do uso dos TCCs como meio de resolução dos processos de cartel mas, em especial, como meio para obtenção de provas e crescimento do *enforcement* antitruste e de sua capacidade dissuasória. Os 5 primeiros anos da Lei 12.529/11 parecem ter sido, portanto, de evolução dos Programas de Leniência e TCC, restando ver os novos desafios e as novas respostas a serem dadas pelo Cade nos próximos anos.

LENIÊNCIA, COMPLIANCE E O PARADOXO DO OVO OU DA GALINHA: DO COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL

Publicado originalmente em: *Compliance Perspectivas e desafios dos programas de conformidade / Coordenadores: Ana Frazão, Ricardo Villas Bôas Cueva. 1ª Edição. Editora Fórum. 2019.*

Amanda Athayde

Ana Frazão

RESUMO: O que acontece primeiro no âmbito de uma empresa: um acordo de leniência ou um programa de *compliance*? Com base na perspectiva das autoras de que é possível se ter ambos os cenários, o presente artigo visa a identificar e expor a existência de incentivos públicos e privados que fazem que com a Leniência seja tanto causa quanto consequência dos Programas de Compliance. Ademais, introduz-se a noção de *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial. Ao final, faz-se uma avaliação das consequências desse novo cenário na postura dos advogados, trabalhadores, administradores e controladores das sociedades empresárias, da própria empresa e dos servidores públicos.

ABSTRACT: What happens first within a company: a leniency agreement or a compliance program? Based on the authors' perspective that it is possible to have both scenarios, this article aims to identify and expose the existence of public and private incentives responsible for making Leniency as both cause and consequence of Compliance Programs. Furthermore, it is introduced the notion of compliance as an instrument of corporate self-regulation. Finally, the article evaluates the consequences of this new scenario in the attitude of lawyers, workers, companies' administrators and controllers, the company itself and the public servants.

1. INTRODUÇÃO

O famoso paradoxo do ovo ou da galinha traz o seguinte questionamento: quem nasceu primeiro: o ovo ou a galinha? Para alguns o ovo veio primeiro, pois a galinha, para nascer, teria que surgir a partir de um ovo. Para outros, a galinha veio primeiro, pois o próprio ovo, para ser colocado, demandaria a existência de uma galinha.

Analogicamente, esse paradoxo pode ser trazido para a realidade empresarial em algumas situações, nas quais igualmente haverá pergunta semelhante: quem “nasce” primeiro, um acordo de leniência ou um programa de *compliance*? Para alguns, a descoberta de um ilícito leva à busca pela negociação de um acordo de leniência e, em seguida, conduz à instituição de um programa de *compliance* empresarial. Por outros, o programa de *compliance* existente é que levaria à descoberta das infrações e, conseqüentemente, a um acordo de leniência. Trata-se, portanto, de uma discussão sobre causa e consequência. A leniência é causa ou consequência de um Programa de *Compliance*?

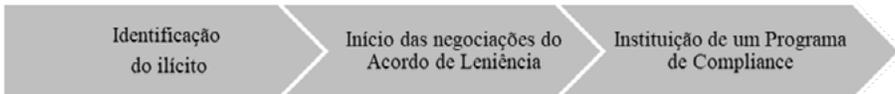
A nosso ver, sob a perspectiva dos acordos de leniência, é possível se ter ambos os cenários, e tentaremos identificar e expor neste artigo a existência de incentivos públicos e privados que levam a cada uma das situações. Em seguida, faremos breves considerações sobre o *compliance* como mecanismo de autorregulação empresarial, bem como as suas conseqüências na postura dos administradores das sociedades empresárias. Ao final, serão apresentadas nossas conclusões preliminares sobre essa reflexão.⁸⁷⁰

2. LENIÊNCIA COMO CAUSA E COMPLIANCE COMO CONSEQUÊNCIA

A leniência pode ser a causa da instituição de Programas de *Compliance*. Pense-se na situação hipotética de uma sociedade empresária que identificou, mesmo sem existir um *compliance*

⁸⁷⁰ Agradecemos à pesquisadora Agnes Macedo de Jesus pela pesquisa bibliográfica que subsidiou a elaboração desse artigo pelas autoras.

prévio, o cometimento de um ilícito. Ao solicitar aconselhamento jurídico do seu advogado, foi recomendado que procurasse as autoridades competentes para que iniciasse, desde logo, a negociação de uma leniência. A depender do tipo de ilícito detectado, a decisão empresarial por procurar um Programa de Leniência pode resultar no início de uma multiplicidade de negociações, com diferentes órgãos. Assim, como requisito para a celebração final do referido acordo, algum (ou alguns) órgão(os) exigiu(ram) que a empresa⁸⁷¹ instituisse um Programa de *Compliance*. O fluxo que se observa nestes casos, portanto, é o seguinte, no qual o *compliance* é uma consequência da negociação de acordos de leniência:



Tal *iter* pode ser verificado no Decreto regulamentar da Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013), Decreto de nº. 8.420/2015, no qual há a previsão de que eventual Acordo de Leniência celebrado deverá conter, necessariamente, cláusula que verse sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa de integridade (art. 37, inciso IV do Decreto nº. 8.420/2015).

Assim, independentemente da prévia existência de um programa de *compliance* ser critério para redução da penalidade aplicável⁸⁷², na

871 A referência à empresa é proposital – e não às sociedades empresárias – para designar o agente econômico, qualquer que seja o meio de sua organização e independentemente das formas jurídicas, especialmente da personalidade jurídica. É com esse sentido que a expressão “empresa” será utilizada ao longo de todo o artigo.

872 Exemplificativamente, na “Lei Anticorrupção” (Lei nº. 12.846/2013), o art. 7º, VIII prevê que a existência de 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 serão levados em consideração na aplicação das sanções. Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº. 12.529/2011), por sua vez, não há previsão legal de que a existência de um Programa de *Compliance* possa ser considerado no âmbito da aplicação das penas. Em que pese isso, no Guia de *Compliance* do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), há a sinalização de que esse fator pode ser levado em conta no momento da dosimetria da

ausência deste, a sua implementação será requisito necessário para a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção⁸⁷³ em âmbito federal. Igualmente, nos “Acordos de Leniência com o Ministério Público”, a Orientação 7 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal é que os Acordos de Leniência com efeitos cíveis e criminais terão como requisito mínimo o compromisso de

pena, enquanto elemento caracterizador de “boa-fé” do infrator, nos termos amplos do art. 45 desta Lei nº. 12.529/2011.

873 A competência para celebração dos Acordos de Leniência Anticorrupção, no âmbito federal, é da Controladoria Geral da União (CGU), mas diante de controvérsias jurídicas, a Advocacia-Geral da União (AGU) também tem atuado nessas negociações, que em seguida são submetidos ao Tribunal de Contas da União (TCU). O art. 16 da Lei nº 12.846/2013 prevê que: “§10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira”. A portaria interministerial CGU/AGU, de 15 de dezembro de 2016, determina que, assim que receber a solicitação, a CGU deverá comunicar a AGU, que indicará membros para compor a comissão de negociação (art. 3º, §2º). Ainda, conforme o art. 5º da referida portaria, “§4º No âmbito da comissão de negociação, compete especificamente aos membros indicados pela Advocacia-Geral da União avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais”; “§5º O relatório final conterá capítulo próprio com a análise das questões jurídicas realizada pelos membros indicados da Advocacia-Geral da União”. Por sua vez, a Instrução Normativa nº 74 do TCU dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal. “A fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União, inclusive suas alterações, será realizada com a análise de documentos e informações [...]” (art. 1º). Veja que “a apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência [...] constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes” (art. 3º). Importante ressaltar ainda que Leniência Anticorrupção depende do preenchimento de alguns requisitos, nos termos da legislação atualmente vigente no Brasil: (I) ser primeira: que a empresa candidata seja a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; (II) cessar a conduta: que a empresa cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (III) admitir participação: que a empresa admita sua participação no ilícito; (IV) cooperar: que a empresa coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final (inclusive com o cálculo dos valores); (V) cooperar e obter resultado: que da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e (VI) existir um programa de integridade: que a empresa institua ou aperfeiçoe o Programa de Integridade empresarial.

implementar programa de *compliance*/conformidade/integridade ou equivalente.⁸⁷⁴

Em linha com essas iniciativas, que relacionam diretamente a leniência ao *compliance*, verifica-se também o crescimento de incentivos públicos à criação de programas de *compliance* empresariais. Ora, diante da definição da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) de que uma de suas prioridades seria a criação de mecanismos que incentivassem a adoção de programas de integridade em contratações públicas (Ação 5/2016)⁸⁷⁵, este modelo

874 Item 7.5. “Obrigações da colaboradora (mínimas), da Orientação 7 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal: “compromisso de implementar programa de *compliance* (conformidade ou integridade) ou equivalente e de se submeter a auditoria externa, às suas expensas, se for o caso”. A Orientação 7 da CCR do MPF traz ainda os requisitos para o chamado Acordo de Leniência “Cível-Criminal”, quais sejam (I) oportunidade: a circunstância de ser a primeira empresa a revelar os fatos desconhecidos à investigação; (II) efetividade: a capacidade real de contribuição da colaboradora à investigação, por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova; (III) utilidade: devendo ficar explicitados quantos e quais são os fatos ilícitos e pessoas envolvidas, que ainda não sejam de conhecimento do MPF, bem como quais são os meios pelos quais se fará a respectiva prova; (IV) informações e provas: apresentação de informações e provas relevantes; (V) cessação: cessar as condutas ilícitas; (VI) *compliance*: implementar programa de *compliance*/conformidade/integridade/equivalente e se submeter a auditoria externa; (VII) colaboração: Colaborar de forma plena, sem qualquer reserva, com as investigações, durante toda a vigência do Acordo de Leniência, portando-se com honestidade, lealdade e boa-fé; (VIII) reparação de danos: pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressalvado o direito de outros órgãos buscarem o ressarcimento adicional, prestando garantias; e (IX) multa: pagamento da multa, prestando garantias. Veja que a Leniência “Cível-Criminal” não se confunde com a Colaboração Premiada, de cujos requisitos são (conforme o art. 4º da Lei 12.850/2013): (I) colaboração: colaboração efetiva e voluntária com a investigação e o processo criminal; (II) resultado 1 – coautores e partícipes: da colaboração resulte a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (III) resultado 2 – estrutura hierárquica e divisão de tarefas: da colaboração resulte a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (IV) resultado 3 – prevenção: da colaboração resulte a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (V) resultado 4 – recuperação do proveito ou produto: da colaboração resulte a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e (VI) resultado 5 – localização da vítima: da colaboração resulte a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

875 Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Ações de 2016, XIII Reunião Plenária. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2016>>.

de incentivos públicos para a criação de programas de *compliance* tem se espalhado em legislações federais e estaduais ao redor do Brasil.

Na nova “Lei das Estatais” (Lei nº. 13.303/2016), são exigidas regras de governança corporativa e práticas de *compliance* no estatuto das companhias estatais⁸⁷⁶. Ainda, o Ministério da Fazenda passou a condicionar, a partir de 2017, a concessão de seguro de crédito à exportação⁸⁷⁷ às empresas que demonstrassem ter Programa de *Compliance* anticorrupção instituído, visando a promover um ambiente de negócios mais íntegro, nacional e internacionalmente.⁸⁷⁸

A Lei Estadual do Rio de Janeiro nº. 7.753/2017, por exemplo, sancionada em outubro de 2017, dispõe sobre a obrigatoriedade de instituição de Programa de Integridade⁸⁷⁹ nas empresas que

876 É o que dispõe o art. 6º da Lei nº 13.303/2016, *in verbis*: “O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei”. A referida Lei, no que concerne às práticas de governança exigidas, determina a criação e divulgação de um Código de Conduta e Integridade (art. 9º, §1º), de um “canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais” (art. 9º, §1º, inciso III), de “mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias” (art. 9º, §1º, inciso IV), realização de treinamentos periódicos sobre o Código de Conduta a seus empregados (art. 9º, §1º, inciso VI), análise de pré-qualificação de fornecedores com a exigência de consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (art. 37) e presença da matriz de riscos como cláusula contratual (art. 69, inciso X).

877 O seguro de crédito à exportação provê cobertura da União para operações de crédito à exportação contra riscos comerciais, políticos e extraordinários para quaisquer bens e serviços exportados a partir do Brasil. Encontra previsão legal na Lei nº. 6.704/1979

878 Para maiores informações: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/em-evento-sobre-anticorruptacao-sain-apresenta-medidas-para-fortalecer-seguro-de-credito-a-exportacao>>; <<http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/1946-definicao-de-diretrizes-para-o-sistema-de-compliance-do-seguro-de-credito-a-exportacao>>; <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/maio/sain-apresenta-novos-procedimentos-de-compliance-a-exportadores>>; e <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/credito-e-garantia-as-exportacoes/compliance-no-seguro-de-credito-a-exportacao>>.

879 Lei Estadual do Rio de Janeiro nº. 7.753/2017, que dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. *O Programa de Integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de*

contratarem com o Poder Público fluminense. Essa exigência tem por objetivo, segundo o art. 2º da Lei, (I) proteger a administração pública estadual dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; (II) garantir a execução dos contratos em conformidade com a Lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; (III) reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência na sua consecução; e (IV) obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais.

O mesmo se verifica no Distrito Federal, onde a Lei 1806/2017, sancionada em fevereiro de 2018, também torna obrigatória a implantação de programas de integridade para empresas que celebrem contratos acima de determinado valor com o Distrito Federal.⁸⁸⁰ Nota-se, nesse contexto, que a redação de ambas as legislações estaduais é basicamente idêntica, o que sugere um padrão que pode vir a se espalhar para outros estados e municípios no país.

Há divergências na doutrina quanto aos efeitos dessa exigência. Por um lado, autores como BEATON-WELLS e TRAN⁸⁸¹ sustentam que seria plenamente razoável exigir que a criação de um Programa de

integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública do Estado do Rio de Janeiro.

880 Projeto de Lei Distrital n. 1.806/2017, que dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder, e dá outras providências. O Programa de Integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, controle e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública do Distrito Federal.

881 BEATON-WELLS C, TRAN C (eds) (2015) *Anti-cartel enforcement in a contemporary age*. Hart Publishing, Oxford. p. 192. Segundo os autores, as discussões sobre esse tema giram em torno de cinco pontos: (A) o Programa de Compliance como uma condição para o programa de leniência corporativo e o mecanismo de auto-regulação; (B) a exigência de um “programa de leniência adequado”; (C) ações disciplinares internas com relação à conduta de cartel sujeita ao Programa de Leniência; (D) políticas de leniência internas; (E) tentativas do proponente da leniência para obstruir, sonegar ou manipular informações para o Programa de Leniência.

Compliance seja uma condição necessária para a celebração de Acordos de Leniência, dado que o benefício do acordo supera sobremaneira os custos da instituição de um programa de *compliance*. Por outro lado, William J. Kolasky, ex-procurador-geral adjunto da Divisão Antitruste do DOJ (*Department of justice*) entende que “*the true benefit of compliance programs is to prevent the commission of antitrust crimes, not to enable organizations that commit such violations to avoid prosecution for them*”⁸⁸².

É importante ressaltar, entretanto, que a exigência de adoção de programas de *compliance* em acordos de leniência não tem como objetivo propriamente evitar investigações, mas sim o objetivo mais amplo de evitar a prática do ilícito, mantendo-se a legalidade e a ética nas práticas empresariais. Por mais que a própria OCDE ressalte que não existe um consenso global sobre o peso legal dos programas de *compliance* na avaliação da responsabilidade e da multa apropriada a serem impostas ao infrator⁸⁸³, parte-se da premissa de que tais programas, se consistentes e efetivos, podem ter importante papel na modificação da própria cultura empresarial.

Nota-se, portanto, que há boas razões para que a leniência possa ser a causa para a instituição de programas de *compliance*, dado que instituições públicas ou mesmo legislações estatais condicionam um determinado ato (celebração de um acordo de leniência, contratação pública, etc.) à existência do programa.

Apesar de louváveis as iniciativas, nota-se que o *compliance*, nestes casos, acaba indo a reboque das legislações, ou seja, se torna uma consequência de incentivos públicos, que induzem o comportamento empresarial nesta direção. Dessa maneira, o *compliance* acaba se tornando um bilhete de ingresso para a obtenção de benefícios perante

882 Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-compliance-programs-government-perspective>>. Acesso em: 11 abril 2018.

883 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), *Policy Roundtable: Promoting Compliance with Competition Law*. 2011, OCDE, 27 de março de 2012, p. 14. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>. Acesso em: 11 abril 2018. Segundo a OCDE, “there is no international consensus on whether competition law violators that had compliance programmes in place at the time of the violation should be given lighter sanctions”.

o Poder Público. Quer celebrar contrato com a Administração Pública? Institua um Programa de Integridade. Quer obter seguro de crédito à exportação? Demonstre-me que tem um Programa de *Compliance*. Quer celebrar um acordo de leniência? Mostre-me que já possui ou que vai criar um Programa de *Compliance*/Conformidade/Integridade. Trata-se, a nosso ver, de estratégia que leva o *Compliance* “à força” as empresas, como solução de curto prazo, o que pode resultar em diversos riscos, como a criação de um Programa de Integridade “de fachada”, sem o efetivo comprometimento da alta administração e dos funcionários.

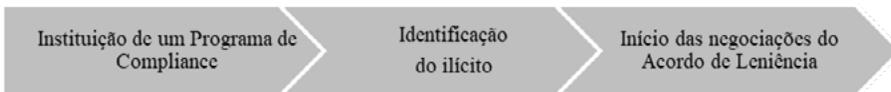
Isso mostra aspecto delicado da questão da exigência, ainda que indireta, do *compliance* em qualquer circunstância, e especialmente como requisito para a celebração de acordos de leniência. Como a obrigatoriedade, mesmo que transversa, é algo incompatível com a espontaneidade que deve caracterizar a autorregulação, a sua consequência prática pode ser a proliferação de programas de *compliance* com pouco potencial para efetivamente mudar as práticas e a cultura corporativa das empresas afetadas.

3. COMPLIANCE COMO CAUSA E LENIÊNCIA COMO CONSEQUÊNCIA

O *compliance*, por sua vez, também pode ser causa da celebração de acordos de leniência. Pense-se, por exemplo, em uma situação hipotética em que a sociedade empresária instituiu um Programa de *Compliance* no Brasil, em decorrência da orientação da matriz estrangeira. Com isso, uma série de procedimentos é iniciada, dentre eles os treinamentos e as entrevistas, desde o mais alto escalão até o escalão operacional. Nestes, foi possível identificar os principais riscos a ilícitos e instituir mecanismos para se prevenir riscos futuros de práticas indevidas por seus funcionários. Ademais, com a instituição de um “canal direto” de denúncias (“*hot line*”), por exemplo, foi possível que outras informações tenham sido obtidas diretamente

dos funcionários envolvidos ou daqueles próximos, que tiveram conhecimento da infração.

Diante disso, é possível que a empresa identifique que alguns de seus funcionários e executivos pratica ou praticou ilícitos. Em casos assim, a empresa pode decidir por não apenas cessar sua participação e evitar que isso aconteça novamente no futuro, mas também iniciar negociações com as autoridades competentes para Acordos de Leniência, por exemplo. O fluxo que se observa nestes casos, portanto, é o seguinte, no qual o *compliance* é a causa da negociação de acordos de leniência:



Este parece ser o cenário, a nosso ver, na seara antitruste. Nem o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil⁸⁸⁴, nem o Departamento de Justiça dos Estados Unidos⁸⁸⁵, nem a Comissão

884 No âmbito do direito da concorrência, o Programa de Leniência Antitruste encontra previsão na Lei nº. 12.529/2011, e visa a combater infrações à ordem econômica. O órgão competente para celebrar os acordos é a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nos termos do art. 86 da Lei nº. 12.529/2011, “o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência [...]”. A referida Lei traz ainda os requisitos para a celebração do Acordo de Leniência Antitruste, quais sejam: (I) primeira: que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (II) cessação: que a empresa cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (III) provas da SG/CADE: que no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do Proponente; (IV) confissão: que a empresa confesse sua participação no ilícito; (V) cooperação: que a empresa coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Cade; e (VI) resultado da cooperação: que da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

885 Requisitos da Leniência nos Estados Unidos antes do início das investigações: (I) ineditismo na denúncia fornecida ao órgão antitruste; (II) após a denúncia, que a empresa cesse sua participação na prática ilícita; (III) cooperação total da empresa leniente nas investigações; (IV) o crime denunciado deve ser um ato da própria empresa e não atos isolados de funcionários ou executivos da mesma; (V) quando possível, a

Europeia na Europa⁸⁸⁶, nem o *Bundeskartellamt* na Alemanha⁸⁸⁷, exigem

empresa deve indenizar as partes lesadas; e (VI) necessidade de a empresa delatora não ter coagido outras empresas a participarem da atividade ilegal, bem como não ter liderado ou incentivado a prática infratora. Requisitos da Leniência nos Estados Unidos no curso da investigação: (I) ser a primeira empresa a apresentar a denúncia, e que esta a habilite a ingressar no Programa de Leniência; (II) necessidade de o órgão antitruste não ter provas contra a empresa delatora no momento em que esta decide fazer a denúncia; (III) após a denúncia, que a empresa cesse sua participação na atividade ilícita; (IV) cooperação total da empresa nas investigações; (V) possibilidade de a empresa indenizar a parte lesada (*restitution clause*); (VI) o crime denunciado deve ser um ato da própria empresa, e não atos isolados de seus funcionários ou executivos; (VII) a Divisão Antitruste deve determinar que a concessão de leniência para esta empresa não seja injusta com outros; para tanto, deve considerar a natureza da atividade ilegal, isto é, do crime antitruste, além do papel que a empresa denunciante desempenhou na atividade ilícita, bem como o momento em que decidiu apresentar-se ao órgão responsável pela punição. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>>. Acesso em: 11 abril 2018.

886 Na União Europeia, os requisitos para o Acordo de Leniência Antitruste são os seguintes: (I) a empresa é a primeira a fornecer evidências que permitem a Autoridade da Concorrência (AC) investigar o suposto cartel; (II) a AC, quando do momento do pedido de leniência, ainda não tinha evidências suficientes para iniciar a investigação ou ainda não tinha iniciado uma investigação relacionada ao alegado cartel; e (III) cumprimento das condições associadas à leniência, quais sejam: (a) encerrar o envolvimento com o suposto cartel imediatamente após o pedido de leniência, salvo se a continuidade do envolvimento seja necessária para preservar as investigações; (b) que a empresa coopere genuinamente, inteiramente e de forma contínua, desde o pedido de leniência até o encerramento do caso; e (c) a empresa não ter destruído evidências importantes para o caso nem divulgado o cartel ou qualquer conteúdo contemplado pelo requerimento de leniência (salvo para outras ACs, sejam elas da UE ou não). Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf>. Acesso em: 11 abril 2018.

887 O *Bundeskartellamt* (autoridade da concorrência alemã) prevê como requisitos dos Acordos de Leniência: Parágrafo 3 - (I) que o participante seja o primeiro do cartel a contatar a autoridade alemã e antes que esta tenha evidências suficientes para obter um mandado de busca; (II) que o participante forneça informações verbais e escritas e, quando possíveis, evidências que permitam a obtenção do mandado de busca; (III) que o participante não tenha sido o único líder do cartel e nem tenha coagido outros participantes a entrar no conluio; e (IV) que o participante coopere inteiramente e de forma contínua com a autoridade alemã. Se quando da requisição do acordo de leniência o *Bundeskartellamt* já tiver obtido um mandato de busca, o participante receberá imunidade se: Parágrafo 4 - (I) for o primeiro do cartel a contatar a autoridade alemã e antes que esta tenha evidências suficientes para provar a existência do ilícito; (II) que o participante forneça informações verbais e escritas e, quando possíveis, evidências que permitam a comprovação da existência do ilícito; (III) que o participante não tenha sido o único líder do cartel e nem tenha coagido outros participantes a entrar no conluio; (IV) que o participante coopere inteiramente e de forma contínua com a autoridade alemã; e (V) nenhum outro participante do cartel obtenha a imunidade do parágrafo 3. Disponível em: <<http://www.bundeskartellamt>>.

como pré-requisito para a celebração de um Acordo de Leniência a existência de um Programa de *Compliance*. Todos eles tendem a ver a negociação de um acordo de leniência como consequência da adoção de comportamentos empresariais adequados, sem a necessidade de vincular a negociação à existência de um programa de *compliance*.⁸⁸⁸ Tampouco se trata da realidade dos Acordos de Leniência no Sistema Financeiro Nacional, recentemente previstos na Lei nº. 13.506/2017, a

de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Leniency%20Guidelines.pdf?__blob=publicationFile&v=5>. Acesso em: 11 abril 2018.

888 Ressalva-se, porém, o fato de que, por vezes, o CADE tem celebrado Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) com empresas investigadas que contêm como cláusulas do acordo a instituição de programas de *compliance*. Para maiores informações sobre o TCCs, sugere-se a leitura do Guia de TCCs do CADE. Disponível em: <>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

serem celebrados pelo Banco Central do Brasil (BC) e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁸⁸⁹⁻⁸⁹⁰.

Nestes casos, o *compliance* decorre dos próprios agentes privados. Essa tomada de decisão pode ser resultado de diversos

889 No sistema financeiro nacional, os Acordos de Leniência foram instituídos por meio da Lei nº. 13.506/2017, sob a denominação de “Acordos em Processo de Supervisão”. São competentes para celebrar este tipo de acordo tanto o Banco Central do Brasil (BACEN) quanto a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O art. 30 da Lei nº. 13.506/2017 prevê que “o Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial [...]”. Em seu art. 34, a Lei nº. 13.506/2017 determina que “aos processos administrativos sancionadores conduzidos no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 19 e nos arts. 21, 22, 24, 25, 29, 30, 31 e 32 desta Lei [...]”. Em outras palavras, o referido artigo permite à CVM firmar acordos de leniência. A Lei nº. 13.506/2017 traz também alguns requisitos para a Leniência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional: (I) primeira: que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (mas pode não ser a primeira também – art. 30, §4º); (II) cessação: que a empresa cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (III) provas do BACEN/CVM: que no momento da propositura do acordo, a autoridade não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do Proponente; (IV) confissão: que a empresa confesse sua participação no ilícito; (V) cooperação: que a empresa coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Bacen/CVM; e (VI) resultado da cooperação: que da cooperação resulte utilidade para o processo, a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

890 Na SEC (Securities and Exchange Commission) dos Estados Unidos, em contrapartida, os requisitos para a concessão da leniência às companhias são: (I) auto-policimento antes da descoberta do ilícito, incluindo o estabelecimento de procedimentos eficazes de compliance e um *tone at the top* (exemplo de cima) apropriado; (II) reportar a conduta ilícita quando esta for descoberta, incluindo a realização de um relatório completo acerca da natureza, extensão, origens e consequências da conduta inadequada, bem como a divulgação completa, efetiva, imediata da má conduta ao público, às agências reguladoras e às organizações autorreguladas; (III) remediação, incluído a demissão ou o disciplinamento apropriado dos infratores, modificando e melhorando os controles e procedimentos internos para prevenir a reincidência da má conduta, e compensando adequadamente os prejudicados; e (IV) cooperação com as autoridades responsáveis pela aplicação da lei, incluindo o fornecimento ao pessoal da SEC de toda a informação relevante para as violações subjacentes e bem como informações acerca dos esforços da empresa para reparar os danos do ilícito. Disponível em: <<https://www.sec.gov/spotlight/enforcement-cooperation-initiative.shtml>>. Acesso em: 11 abril 2018.

fatores, como, por exemplo, obrigações societárias e de governança corporativa em bolsas de valores, análises internas sobre os riscos de não cumprimento das leis e seus custos financeiros, instituição de um programa global para o grupo econômico empresarial, exigência de fornecedores ou contrapartes contratuais, fatores reputacionais, elementos morais/éticos da alta direção, investigações e processos em curso ou anteriores, dentre outros. Independentemente da origem da tomada de decisão, o mais importante resultado é a mudança da cultura organizacional da empresa.

Nesse sentido, o *compliance* começa a se consolidar como uma cultura, e não uma política⁸⁹¹. O Programa de *Compliance* passa a ser, assim, por iniciativa própria do agente privado, o elemento motriz das mudanças, e não uma simples consequência de incentivos públicos. Ao se colocar como causa dos acordos de leniência, o *compliance* mostra todo o seu potencial de efetividade, possibilitando que o ilícito seja reportado às autoridades quando elas não têm sequer conhecimento ou quando ainda não têm provas suficientes para a sua identificação.

4. COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL

Pode-se dizer ainda que o *compliance* é uma importante ferramenta para a autorregulação⁸⁹² das empresas. Esta autorregulação, como

891 SNYDER, Brent. *Compliance is a Culture, Not Just a Policy*. Remarks as Prepared for the International Chamber of Commerce/ United States Council of International Business Joint Antitrust Compliance Workshop. New York, Sept. 2014.

892 Dentre as possíveis formas de autorregulação, o modelo de autorregulação regulada (ou, na doutrina anglo-saxônica, *self-regulation*) é a mais comum e importante forma de manifestação da participação privada no processo regulatório, sendo destacados três possíveis modelos para sua implementação: *delegated self-regulation*, *devolved-self-regulation* e *cooperative self-regulation*. A autorregulação regulada é caracterizada pela intervenção dos entes privados no processo de regulação, de forma subordinada aos fins de interesse público estabelecidos pelo Estado. Este, titular do direito de regular, recorre às empresas para que colaborem com a elaboração de normas. Neste sentido, ver mais em: OGUS, Anthony. *Self-regulation*, in PARISI, Francesco (org.) *Production of Legal Rules*. *Encyclopedia of Law and Economics*, 2ª ed. Edward Elgar, vol. 7, 2011.

bem coloca STUCKE⁸⁹³, deve ser uma grande frente a ser explorada, a fim de se buscar uma mudança nos valores e práticas empresariais, por meio da criação de uma nova cultura empresarial, baseada na ética e no cumprimento das normas legais. Mesmo que a regulação pelo Estado e suas multas continuem tendo papel essencial⁸⁹⁴, veja que o Estado já não é capaz de, por si só, garantir um mercado livre de práticas anticoncorrenciais, atos de corrupção e ilícitos financeiros, i.e. condutas ilegais e antiéticas.

Cada vez mais se torna claro, portanto, que a adesão e o comprometimento voluntário dos agentes econômicos é crucial para o efetivo e eficaz combate às tais ilegalidades. Neste ponto, os programas de *compliance* como instrumentos de autorregulação ganham grande destaque na medida em que, como defendem RILEY e SOKOL⁸⁹⁵, o *enforcement* tradicional, por si só, não é capaz de produzir o comprometimento com a lei que os programas de *compliance* pretendem construir. A aplicação de sanções, por si só, não consegue alcançar a percepção de moralidade do comportamento que está sendo regulado ao meramente colocar um preço no descumprimento das normas. De acordo com os autores, há então a necessidade de tirar o debate do papel do Estado e voltá-lo às necessárias mudanças dos valores sociais. A autorregulação e, especificamente, o *compliance*, procuram fazer parte da construção dessa cultura de respeito

893 STUCKE, Maurice. *Search of Effective Ethics & Compliance Programs*. Journal of Corporation Law. v. 39, n.4, 2014. p. 771-772. Disponível em: <<https://cclg.rutgers.edu/wp-content/uploads/39JCorpL769.pdf>>. Acesso em: 12 abril 2018.

894 FRAZÃO (em FRAZÃO, Ana (Org.). *Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017, p. 18. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf>>. Acesso em: 12 abril 2018) ressalta que para que haja um real engajamento dos agentes do mercado nessa cruzada ética é crucial que o Estado promova os devidos incentivos. Daí porque, para a autora, a extensão e a eficácia da autorregulação dependem necessariamente da heterorregulação (a regulação tradicional do Estado). Nas palavras da autora, “Com efeito, a autorregulação apenas faz sentido se a sua eficácia puder ser atestada e monitorada. Consequentemente, a mera adesão a um programa de compliance não deixa de ser um protocolo de boas intenções, as quais dependerão de certo tempo para a comprovação da sua eficácia”.

895 RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. *Rethinking Compliance*. Journal of Antitrust Law, p. 45. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959> Acesso em: 12 abril 2018.

voluntário à legalidade. Assim, RILEY e SOKOL reforçam: “*compliance is on the agenda not because of a fear of enforcement, but rather because ethical and compliant business is “the right thing to do”*”⁸⁹⁶.

Isso posto, ainda assim é possível se questionar: tendo em vista que a regulação provoca relativo cerceamento de liberdade, por que os agentes econômicos teriam incentivos para se autorregular? A lógica é a de que a autorregulação permite aos agentes, como maiores conhecedores de sua atividade e dia-a-dia empresarial, estabelecer padrões de qualidade e normas de conduta de forma mais efetiva e eficiente. Daí, mais uma vez, a importância da adoção de incentivos para programas de *compliance*, vistos como instrumentos de uma mudança “de dentro para fora”, como controles da ilicitude através de “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada”⁸⁹⁷, capazes de fornecer diretrizes adequadas à estrutura interna das empresas para que os ilícitos sejam prevenidos de maneira mais efetiva, muitas vezes antes de projetarem seus efeitos⁸⁹⁸.

Nesse ponto, FRAZÃO⁸⁹⁹ ressalta a importância do Estado na eficácia dos programas de *compliance*, por meio da criação de estímulos, incentivos, legitimação e segurança para que os agentes econômicos tomem medidas de autorregulação, como o *compliance*, que, ainda que benéfico, é normalmente custoso e trabalhoso.

Nesse sentido, o Estado, por meio da heterorregulação, deve i) esclarecer os principais objetivos de um programa de *compliance*, os critérios materiais que devem ser atendidos, bem como os sistemas de monitoramento e readequações; ii) ser sensível à necessária adaptação desta exigências de acordo com o porte e o perfil dos

896 Idem.

897 SIEBER, Ulrich. *Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. v.1., p. Lima: Fondo, 2001. p. 205-246.

898 FRAZÃO, op. cit., 2017, p. 17 e 18.

899 FRAZÃO, Ana (Org.). *Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017, p. 18. Disponível em: <<http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf>>. Acesso em: 12 abril 2018

agentes econômicos, a fim de não criar custos excessivos ou mesmo inexecutáveis, especialmente para os pequenos e médios empresários; iii) criar canais de comunicação com os agentes econômicos; e iv) fiscalizar adequadamente a eficácia dos referidos programas.

Todos esses objetivos, como é intuitivo, estão muito além das discussões relacionadas aos acordos de leniência, mas se aplicam igualmente a tais hipóteses, já que provavelmente apenas será causa da leniência um programa de *compliance* que atenda aos requisitos já mencionados e que possa identificar rapidamente a prática ilícita. Da mesma forma, só faz sentido que um programa de *compliance* seja consequência da leniência se for para atender aos referidos requisitos, evitando a reincidência e ainda prevenindo, de forma mais ampla, os ilícitos corporativos.

5. CONCLUSÃO

Uma vez superada a apresentação do paradoxo do ovo ou da galinha entre leniência e *compliance*, bem como a introdução da noção de *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial, cumpre avaliar as consequências desse novo cenário na postura dos advogados, dos trabalhadores, administradores e controladores das sociedades empresárias, da própria empresa e dos servidores públicos.

Há alguns anos, podia-se dizer com relativa serenidade que o padrão da advocacia tradicional em casos de investigação de ilícitos de “colarinho branco”, no exterior⁹⁰⁰ e no Brasil⁹⁰¹, era de dificultar

900 Esse padrão internacional da advocacia tradicional é reconhecido, por exemplo, por SCHROEDER, Dirk. Squaring the circle in cartel cases: compliance, fines, leniency and settlement from a private practitioner's perspective. *Competition L. Int'l* 39 (2008).

901 De acordo com Antonio Rodrigo Machado, presidente da Comissão Anticorrupção e Compliance, o cenário brasileiro de crise e escândalos de corrupção demanda uma nova postura dos advogados: “a nossa atuação vai se dar no Poder Judiciário, nas instâncias administrativas, mas também com criatividade e inovação na busca de um mercado empresarial cada vez mais voltado à atuação responsável e eficiente perante o Poder Público. Por isso, o setor de compliance torna-se tão importante para a atuação do profissional da advocacia, agindo de forma preventiva e colaborando com a proteção do dinheiro público e uma concorrência empresarial cada vez mais

ao máximo o acesso às evidências pela autoridade investigadora e, após eventual condenação, recorrer ao Judiciário para questionar todos possíveis vícios formais e materiais da decisão, em todas as instâncias cabíveis. Esses tempos, porém, parecem estar mudando, e repercutindo também na definição de novas estruturas das sociedades empresárias e no comportamento dos seus administradores.

Tem-se notado que, em ilícitos como o cartel e a fraude a licitação, por exemplo, as multas aplicadas pelas autoridades públicas têm crescido exponencialmente. Ademais, nestes ilícitos e também em outros, como os de corrupção e lavagem de dinheiro, a persecução criminal tem se tornado concreta⁹⁰², e trazido riscos reais quanto ao

voltada à responsabilidade social”. (<<http://www.oabdf.org.br/noticias/compliance-representa-o-futuro-das-pessoas-juridicas-no-brasil/>>). Veja que os “Escritórios de advocacia e consultorias chegaram a quadruplicar as equipes que oferecem serviços para empresas que querem corrigir ou prevenir condutas irregulares” (<<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/compliance-vira-mercado-em-alta-para-escritorios-de-advocacia-e-consultorias.ghtml>>).

902 Nos Estados Unidos, dá-se grande importância à criminalização de cartéis, pois “Criminalization has many investigative and prosecutorial advantages. Criminalization results in enhanced domestic investigative powers, the use of Mutual Legal Assistance Treaties for investigative assistance between jurisdictions, greater possibilities for extradition, increased incentives for individuals to cooperate with investigations, and increased incentives for leniency applications.” (<<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/07/10/247824.pdf>>). Por isso, nos EUA “prosecuting cartel offenses – and deterring the formation of cartels and the activities of cartelists – continues to be our [Antitrust Division of the U.S. Department of Justice] highest priority” (<<https://www.justice.gov/atr/speech/global-antitrust-enforcement>>). No Brasil, “though in the books for over 20 years, the crime of cartels was very seldom prosecuted until the last ten years, having really taken off in the last five years, before reaching the point today where over 300 individuals are currently facing criminal prosecution in Brazil” (Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/CalliariSep-151.pdf>>. Acesso em: 11 abril 2018). De acordo com Ana Paula Martinez (em MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, apêndice IV), as sanções mais significativas aplicadas a cartéis pelo Cade entre 1994 e 2012 foram nos cartéis de Aço, Combustíveis em Lages, Companhias Aéreas, Jornais no Rio de Janeiro, Vergalhões de Aço, Pedra Britada, Laboratórios de referência, Vitaminas, Vigilância privada, Frigoríficos, Extração de Areia, Gases Industriais e hospitalares e Peróxido de Hidrogênio. As multas para as empresas vão de R\$ 3.034,41 (multa da COMPROVE Consultoria Cível e Contábil no cartel de extração de areia) e chegam a R\$ 1.758.545.326,50 (multa da White Martins Gases Ind. Ltda no cartel de gases industriais e hospitalares). Veja também dados da Operação Lava Jato acerca da quantidade de tempo de prisão dos indivíduos condenados: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-personagens.html?mobi=1>>.

efetivo cumprimento de tempo de pena de reclusão pelos indivíduos.⁹⁰³ As ações de reparação de dano, públicas e privadas, vêm sendo ajuizadas e começam a ter suas decisões proferidas e cumpridas⁹⁰⁴. Buscas e apreensões se tornam de certo modo uma realidade cotidiana⁹⁰⁵, e o oferecimento de denúncias cíveis e criminais, a abertura de processos administrativos, todos noticiados pela mídia em tempo real, têm tornado as investigações de certo modo palpáveis e palatáveis para a sociedade.

Essa nova realidade traz, consigo, um novo padrão da advocacia, preocupado com a prevenção de ilícitos e com a mitigação dos danos em caso de seu cometimento prévio. Os chamados profissionais de *Compliance*⁹⁰⁶ passam então a atuar fortemente dentro das empresas,

903 Exemplificadamente, pode-se mencionar: “Foram condenados por corrupção ativa e associação criminosa os ex-executivos da Andrade Gutierrez Antônio Pedro Campello de Souza Dias (15 anos, somando as penas de três crimes, pois ele também foi condenado por lavagem de dinheiro), Elton Negrão de Azevedo Júnior (oito anos, dois meses e 29 dias), Flávio Gomes Machado Filho (oito anos, dois meses e 20 dias) e Paulo Roberto Dalmazzo (oito anos, dois meses e 20 dias)” (<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-08/lava-jato-moro-condena-renato-duque-e-ex-executivos-da-andrade-gutierrez>>). Ainda, “A Justiça Federal em Curitiba condenou nesta quarta-feira (5 de agosto de 2015) executivos e ex-executivos da OAS, empreiteira investigada na Operação Lava Jato” (<<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/08/justica-condena-executivos-da-oas-por-crimes-investigados-na-lava-jato.html>>). E mais: “Executivos da Galvão Engenharia têm pena aumentada em processo da Lava Jato” (<<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/executivos-da-galvaoenharia-tem-pena-aumentada-em-processo-da-lava-jato.ghtml>>)

904 As ações de reparação de dano podem ser postuladas tanto pelos clientes prejudicados pela conduta, com base no CPC e na responsabilidade civil do CC (comprovado dano individual, nexó de causalidade e culpa), bem como pelo Ministério Público, com base na Lei de Ação Civil Pública (comprovado o dano social).

905 Só no âmbito da Operação Lava Jato, deflagrada em 2014 e que continua até os dias atuais, já foram cumpridos, pelo menos, 844 mandados de busca e apreensão, tanto no Brasil quanto no exterior (<<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>). Ademais, o caso de corrupção e fraude nos Fundos de Pensão contou também com aproximadamente 106 mandados de busca e apreensão (<<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/09/operacao-contra-fraude-em-fundos-de-pensao-leva-pf-8-estados-e-df.html>>).

906 O termo “compliance” advém do verbo inglês “to comply”, que significa “to act according to an order, set of rules, or request” (<<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/comply>>). Assim, compliance denota estar em conformidade com as leis, cumprir com os regulamentos internos e externos das instituições, e tem como função principal garantir que as exigências dos órgãos de regulamentação e seus padrões estejam efetivamente sendo colocados em prática, em todos os níveis

tanto na estruturação quanto na manutenção dos chamados Programas de *Compliance*. Ao invés de dificultar o acesso às evidências pela autoridade investigadora, esse novo perfil de advogado pode recomendar que a empresa e os indivíduos procurem pró-ativamente a autoridade investigadora para colaborar, antes mesmo desta ter conhecimento da infração. Pode, ademais, recomendar que seu cliente abra mão de recursos judiciais, caso essa seja uma condição para a celebração de um acordo de colaboração, por exemplo. O advogado reconhece então que a diferença de minutos, horas ou dias pode ser crucial para determinar o nível de redução de pena que um colaborador pode ter⁹⁰⁷, de modo que a leniência passa a ser objeto de

existentes da empresa (previdenciário, trabalhista, contábil, fiscal, ambiental, financeiro, jurídico, etc.). A gestão de compliance garante a existência de um sistema de controles internos que demonstre, de forma transparente, que a estrutura organizacional adotada e os procedimentos internos estão em conformidade com os regulamentos externos e afetos à organização. Tal atividade não se confunde com a auditoria interna (atividade objetiva e sistemática que, por meio de amostragens, busca acrescentar valor e melhorar as operações e o desempenho econômico de uma organização) e a gestão de risco (voltada à identificação, avaliação, mitigação e monitoramento de riscos). Antes, tais áreas são complementares e formam os pilares de uma boa governança corporativa (adoção de boas práticas em uma entidade – em especial, transparência, princípios de equidade, *accountability* e responsabilidade corporativa – visando atender às necessidades e interesses ligados a exigências econômicas, regulatórias e jurídicas).

907 Veja que no Cade, por exemplo, existe uma ordem de chegada para a negociação do Acordo de Leniência. Assim, havendo disponibilidade para a propositura do acordo de leniência a respeito de uma determinada conduta, o primeiro proponente a comparecer perante a SG para denunciar tal infração poderá apresentar ao órgão uma proposta de Acordo de Leniência. Caso mais tarde apareçam outros proponentes, estes entrarão em uma “fila de espera”, organizada por ordem de chegada (2º, 3º e 4º colocados, por exemplo). Importante pontuar que os proponentes não têm conhecimento da posição exata em que se encontram na fila de espera. Conforte o Guia do Cade para Acordo de Leniência, (<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa_de-leniencia-do-cade-final.pdf>) “constar em ‘fila de espera’ pode ser importante por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar porque o próximo proponente da fila (2º, 3º, 4º, etc., conforme a ordem cronológica) será convidado a negociar novo Acordo de Leniência caso a negociação do Acordo de Leniência Antitruste em andamento seja rejeitada”. Em segundo lugar, “porque, caso a negociação do Acordo de Leniência em andamento seja aceita e o acordo seja assinado, os proponentes que ainda estiverem ‘em fila de espera’ terão seus pedidos de senha automaticamente convertidos em pedidos para negociação de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) [...]. Nesse caso, os proponentes serão convocados, também segundo a ordem dos pedidos de senha para negociação de leniência, para manifestar interesse na negociação de TCC”.

discussões entre amigos em conversas informais e internamente nas tomadas de decisão empresariais.

Com isso, a postura dos investigados também parece mudar. O dilema do prisioneiro⁹⁰⁸, que antes era desconhecido por muitos, passa a ser assunto discutido entre amigos em rodas de conversas informais. Qual o risco de ser pego cometendo um ilícito? Vale a pena delatá-lo, “entregar” os coautores e obter reduções de pena? Em quais circunstâncias? Qual o melhor momento para colaborar com uma investigação? Será que o trabalhador que tem conhecimento de uma determinada infração tem o dever de denunciar? Ou será que esse dever é exigido dos administradores e controladores, enquanto faceta do dever de diligência⁹⁰⁹ destes exigido nos termos da lei societária?⁹¹⁰

Essa mudança de mentalidade, por sua vez, passa também a influenciar a estruturação interna das empresas, que passam a se preocupar com o eventual cometimento de ilícitos por seus funcionários e executivos, diante das múltiplas repercussões daí decorrentes. Quais as áreas mais sensíveis ao cometimento de ilícitos na empresa? Quais as cautelas que devem ser adotadas? Há treinamentos específicos a serem realizados a fim de prevenir os ilícitos? E diante da constatação

908 O dilema do prisioneiro, jogo que simula o impasse entre cooperar e trair, se estrutura da seguinte maneira: dois criminosos, A e B, são presos e interrogados separadamente. A polícia não possui provas suficientes para os condenar, então oferece a ambos um acordo: (i) se um dos criminosos trair e o outro permanecer em silêncio, o que traiu sai livre e o silente cumpre 10 anos de prisão; (ii) se ambos ficarem em silêncio (cooperarem entre si), serão condenados a 1 ano de prisão cada; e (iii) se ambos traírem, cada um leva 5 anos de prisão. Logicamente, o melhor resultado conjunto a ser obtido pelos criminosos seria se os dois quedassem silentes, pois assim ambos serão soltos. Porém, o melhor resultado individual (para um prisioneiro apenas e não para outro) é a traição: caso “A” traia e “B” não, “A” sairá livre; se “A” trai e “B” também, “A” pegará uma pena menor.

909

910 Para maiores discussões a respeito do assunto, sugere-se a leitura de artigos anteriores destas autoras: ATHAYDE, Amanda. *Can shareholders claim damages against company officers and directors for antitrust violations? The Japanese experience and possible lessons to Brazil*. in, *Competition Law and Policy in Latin America: recent experiences*. Paulo Burnier da Silveira (Org.). Editora Kluwer, 2017, 244. FRAZÃO, Ana. *Dever de diligência: novas perspectivas em face de programas de compliance e de atingimento de metas*. Portal Jota, 15 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/constituicao-empresa-mercado/dever-de-diligencia-15022017>>. Acesso em 16 de Abril de 2018.

de que um ilícito foi cometido, qual deve ser a postura empresarial? Quais os mecanismos de governança interna que são possíveis a fim de se mitigar tais riscos?

Essa nova realidade também traz consigo um novo padrão de servidores públicos, que têm que estar preparados para a negociação de acordos com as empresas e os indivíduos que pretenderem colaborar, respeitados, sempre, os limites previstos nas respectivas legislações. Uma mentalidade estritamente punitivista destes deve dar espaço a uma compreensão mais ampla de que os acordos de leniência e os programas de *compliance* podem ser relevantes aliados para a obtenção de resultados sociais promissores de médio e longo prazo no Brasil.

Por fim, destacamos que há de se ter muita cautela ao lidar com o problema da corrupção e dos ilícitos corporativos, a fim de que as soluções enderecem não apenas as consequências atuais e pontuais do problema, mas sobretudo as suas causas. Daí a importância de medidas que, como a cooperação e a autorregulação em favor do *compliance*, possam modificar as instituições vigentes, que propiciam, incentivam ou toleram excessivamente as práticas de corrupção⁹¹¹. Somente por meio da alteração das regras do jogo, da dinâmica competitiva dos mercados e da reformulação dos espaços de ação tanto do Estado como dos agentes econômicos é que se poderá pensar em uma solução isonômica, prospectiva e eficaz para o problema dos ilícitos corporativos.

911 Ver FRAZÃO, Ana. *Arquitetura da corrupção e as relações de mercado*: Somente uma mudança institucional profunda pode gerar frutos consistentes e duradouros. Portal Jota, 30 de Maio de 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/arquitetura-da-corrupcao-e-relacoesde-mercado-30052016>. >. Acesso em 16 de Abril de 2018.

**A GLIMPSE INTO BRAZIL'S EXPERIENCE IN INTERNATIONAL
CARTEL INVESTIGATIONS: LEGAL FRAMEWORK,
INVESTIGATORY POWERS AND RECENT DEVELOPMENTS
IN LENIENCY AND SETTLEMENTS POLICY**

Publicado originalmente em: *Concurrences. Competition Law Review*,
n° 3, 2016.

Amanda Athayde

Marcela Campos Gomes Fernandes

INTRODUCTION

International cartels can cause harmful effects to consumers and to the economy, possibly leading to higher overcharges than domestic ones⁹¹². Their impact can be especially severe for developing countries.⁹¹³ In Latin America only, the estimated overcharges due to the 84 global cartels discovered between 1990 and 2000 are worth at least 35 billion dollars⁹¹⁴. International cartel enforcement, which has been considered a top priority by competition authorities in North America and Europe for several decades, has been on the rise in the so-called “Rest of the World” (ROW): Africa, Asia and Latin America.⁹¹⁵

912 J. M. Connor, *Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition* (February 24, 2014). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2400780> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>.

913 M. Levenstein, V. Suslow and L. Oswald, *International Price-Fixing Cartels and Developing Countries: A Discussion of Effects and Policy Remedies*, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003. Available at: <http://www.nber.org/papers/w9511.pdf>.

914 J. M. Connor, *Latin America Cartel Control* (March 14, 2008). Chapter XIV pp. 291–324, in *Competition Law and Policy in Latin America*, E. M. Fox and D. D. Sokol (eds.), Oxford: Hart Publishing (July 2009). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1156401> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1156401>.

915 J. M. Connor, *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America* (January 6, 2016). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2711972> or

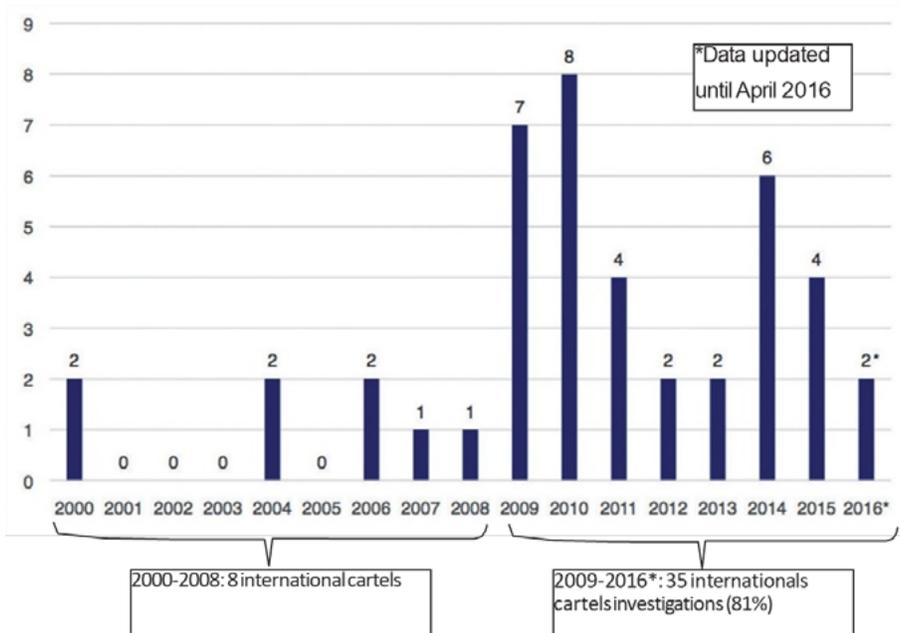
In this paper, the authors present a brief overview of Brazil's experience in this area,⁹¹⁶ examining improvements and challenges to overcome. As the statistics⁹¹⁷ show, the Brazilian Competition Authority (the Administrative Council for Economic Defense – CADE, in its Portuguese acronym) has made important improvements in the prosecution of international cartels in the last decade and a half. From 2000 to April 2016, the Authority opened 43 new proceedings to investigate international cartels (see figure 1 below). Even though the first two investigations started in the year 2000, the prosecution of international cartels in Brazil truly took off in 2009, with the opening of 7 new proceedings in the same year. Likewise, 35 of the 43 proceedings were initiated between 2009 and April 2016, which indicates that in the last seven years Brazil has opened 81% of the total number of investigations into international cartels. This leads to the inference that the enforcement of international cartels in Brazil has only really started recently and is rising.

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2711972>.

916 For the purposes of this paper and due to limitations of our research, we will consider as international cartel investigations only the ones in which the alleged violations are international in a geographic sense and have alleged potential effects in Brazil. They include cartels that operated nationally, but were part of an international agreement. They do not include national cartels with one or more offenders located outside Brazil.

917 All the numbers presented in this paper were extracted from CADE's proceedings and information, and aggregated by the authors. They have been updated to April 30, 2016. Any inaccuracy is the authors' responsibility only.

Figure 1. Number of new proceedings per year in Brazil (international cartels only)



Within the same time frame (i.e., from 2000 to April 2016), 27 leniency agreements regarding either fully or at least partially international cartels allowed the initiation and/or the continuation of the international cartel investigations (see figure 4 below), and 44 settlement agreements were signed related to international cartel proceedings (see figure 5 below).

However, challenges associated with the investigation of this kind of violation still need to be dealt with by the Authority.⁹¹⁸ As the numbers indicate, only 14 of the 43 proceedings against international cartels resulted in a formal final decision by CADE's Tribunal⁹¹⁹ by April

918 In these cross-border violations, companies and individuals involved are typically located in different countries, all around the world, as well as are most of the evidences and the witnesses, making it difficult to the authorities to get together all the pieces of the puzzle. Besides, language barriers and procedural obstacles can also represent a great burden when dealing with transnational investigations.

919 At the end of each investigation, CADE's General Superintendence (hereafter "SG/CADE"), which is the investigative body, issues an opinion either on the condemnation

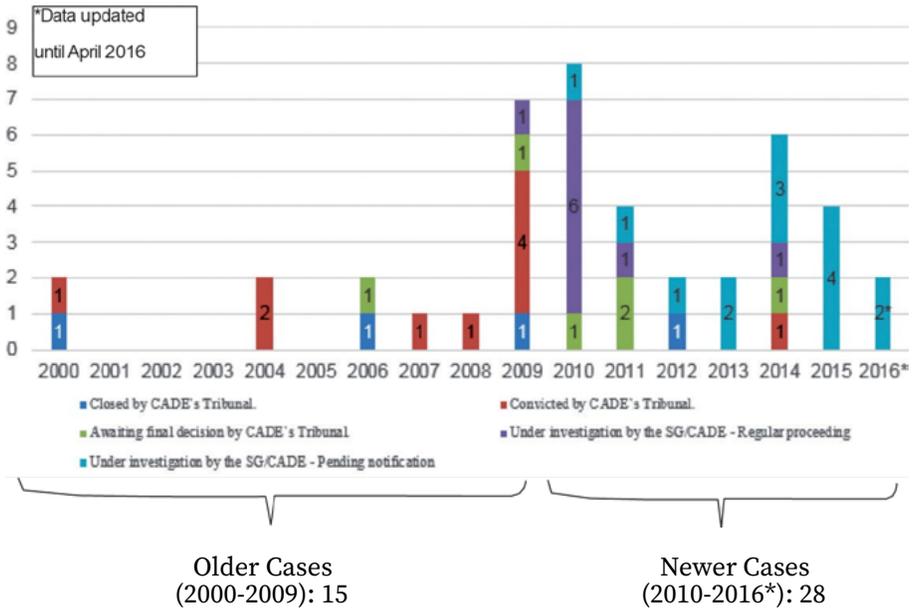
2016 (32%). 10 of them ended convicted (23%) and 4 closed (9%)⁹²⁰. In 14 cases, the authorities are still trying to locate all the companies and/or individuals involved and notify them of being subject to investigation in order to initiate the legal deadline for presenting their defenses (32%).⁹²¹ 9 further cases are under investigation by CADE's investigative body (the General Superintendence—SG/CADE in its Portuguese acronym) (21%) and 6 are awaiting a final decision by CADE's Tribunal (14%) (see figure 2 below).

or the closing of the case and submits it for judgment by CADE's Tribunal (which is the final decision body).

920 By convicted, we also considered the proceedings closed after a settlement. By closed, we also considered cases that are still under investigation, but already had their international part closed.

921 According to Art. 70 of Law 12,529/2011, in “*the decision initiating the administrative proceeding, the respondent shall be notified so that, within thirty (30) days, he presents a defense and specifies the evidence to be produced, and presents the complete qualifications of up to three (03) witnesses. The initial notice shall contain the entire contents of the decision approving the initiation of the administrative proceeding and representation, as the case may be.*” In case of international cartels, individual defendants residing outside Brazil also have to be notified. The exact location of foreign individuals is often an obstacle for the Authority, especially when they are former employees of the companies being investigated or when they live in countries with personal data protection laws that forbid the employers to provide their addresses.

Figure 2. Current phases of the proceedings per year (international cartels only)



When it comes to the 15 older cases, i.e. those started between 2000 and 2009, SG/CADE has already made a recommendation for 14 (93%). The majority of those 14 cases have already been judged by CADE's Tribunal (12), the majority with conviction (9) and a few closed (3). There are other 2 cases awaiting final decision by CADE's Tribunal. However, when it comes to the 28 newer cases, i.e. those started from 2010 to April 2016, the majority of those (22) are either pending notification of the defendants (14) or under the regular proceeding of this evidentiary stage (8). 4 of them are awaiting a final decision by CADE's Tribunal, 1 was convicted and 1 closed. Therefore, the bottleneck associated with locating and notifying the defendants seems to have narrowed since 2010.

The bottleneck was probably caused by at least two factors. One is that the above period coincided with the Brazilian Competition

Authority's decision to intensify investigations against individuals⁹²². In turn, this increased the burden of locating individual defendants. The other factor was related to legal issues regarding having the notification documents translated into the defendants' language⁹²³. These translation issues slowed down the notification process of individual and corporate defendants.

To deal with this bottleneck, the Authority first chose to split the proceedings between defendants notified and not yet notified, but this division had the effect of multiplying the number of cases. Additionally, since 2015 the Authority has resorted to shifting the burden of providing the translation of the notification documents to the leniency and settlement applicants. The solution was achieved by introducing clauses of procedural cooperation for document translation in the Leniency and Settlement Agreements. Since this shift was only introduced last year, however, the results are not yet reflected in the numbers. An additional tool for speeding up investigations was incentivizing defendants to negotiate settlements with SG/CADE even if the proceedings were still pending notification of the defendants or under proceeding of this evidentiary stage. The incentive came in the form of offering discounts on penalties for approaching the Authority as early as possible (as detailed in section III).

Below, the authors analyze in more detail Brazil's international cartel enforcement. In the first section, the authors give a quick overview of the legal framework on cartels in Brazil, as well as of

⁹²²This tendency of prosecution against individuals is also verified in the United States, for instance. According to the Deputy Assistant Attorney General of the Department of Justice, Brent Snyder, "During the 1990s, the Antitrust Division prosecuted almost equal numbers of individuals (476) as corporations (480). From 2000–2009, we prosecuted more than twice as many individuals (453) as corporations (220). And during the most recent five-year period, we prosecuted almost three times as many individuals (352) as corporations (123)." B. Snyder, Individual Accountability for Antitrust Crimes, Remarks as Prepared for the Yale School of Management—Global Antitrust Enforcement Conference, Feb. 19, 2016.

⁹²³In order to resort to international legal cooperation mechanisms, based in Mutual Legal Assistance Treaties or reciprocity agreements, it is usually required a certified or official translation of the proceedings documents into the requested country official language. Specific requirements related to the translation are those of the requested country.

CADE's main investigatory powers. In the second and third sections, the authors describe CADE's Leniency Program and Settlement Policy, respectively, which are the two main pillars of Brazilian international cartel investigations. In the last section, the authors present their final considerations about the issues discussed in the paper.

LEGAL FRAMEWORK ON CARTELS IN BRAZIL AND CADE'S MAIN INVESTIGATORY POWERS

In Brazil, cartels are an administrative⁹²⁴ as well as a criminal⁹²⁵ violation. Regarding the administrative prosecution of international cartels, the Brazilian Competition Law adopts the "effects doctrine" and therefore applies it to any practice performed, in full or in part, on the national territory, or that produces or may produce effects

924 In the administrative area, the Brazilian Competition Law (Law No. 12.529/2011) is the legislation governing the prosecution. The administrative prosecution focus on companies and individuals that agree, join, manipulate or adjust with competitors, in any way, on one of the following market variants: (i) the prices of goods or services individually offered; (ii) the production or sale of a restricted or limited amount of goods or the provision of a limited or restricted number, volume or frequency of services; (iii) the division of parts or segments of a potential or current market of goods or services by means of, among others, the distribution of customers, suppliers, regions or time periods; or (iv) the prices, conditions, privileges or refusal to participate in public bidding. Those acts will be considered administrative violations in Brazil under any circumstance if they have as an objective or may have, regardless of fault, even if not achieved, one of the following effects: (a) to limit, restrain or in any way injure free competition or free initiative; (b) to control the relevant market of goods or services; (c) to arbitrarily increase profits; and (d) to exercise a dominant position abusively. Law 12.529/2011 (Brazilian Competition Law), Article 36, § 3º, I. Available at: <http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/legislacao/law-no-12529-2011-english-version-from-18-05-2012.pdf/view>

925 In the criminal area, the Brazilian Economic Crimes Law (Law No. 8.137/1990, Article 4, II) is the legislation governing the prosecution. The criminal prosecution focus only on the individuals that reach an agreement, compromise, adjustment or alliance among offers aiming at one of the following objectives: (a) artificially fixing prices or quantities sold or produced; (b) regional control of the market by a company or group of companies; (c) or control of a distribution or supply network, detrimental to the competition. Those acts of the individuals face a penalty in Brazil of two to five years of imprisonment and fines, and the prosecution is charge of the Public Prosecution Service—either by the State Prosecutors or the Federal Prosecutors.

thereon.⁹²⁶ It is also relevant to note that CADE considers cartels as a violation by its object, and therefore it is not required to prove its actual effects⁹²⁷.

Although Brazilian Law could theoretically reach a wide scope of national and international cartels around the world with any kind of actual or potential direct/ indirect impact on the Brazilian economy, CADE only prosecutes the ones that fulfill the minimum requirements established by the Authority. In a recent leading case,⁹²⁸ SG/CADE made public what those requirements are, providing a clear position on at least three types of international cartels. These are: (i) international cartels of global scope or involving specific regions or countries in which there is evidence of the inclusion of Brazil in the scope of the agreement—this type of cartel can be prosecuted and punished under Brazilian jurisdiction; (ii) international cartels of global scope or involving specific regions or countries in which there is evidence that some or all of the participants in the collusion exported the cartelized product directly to Brazil—this type of cartel can be prosecuted and punished under Brazilian jurisdiction, and even companies that did not export their products directly to Brazil may be subject to liability; (iii) cartels involving regions of the world or specific countries in which there is no evidence that its members exported the cartelized product directly to Brazil, but only indirectly⁹²⁹—this type of cartel may or may not be prosecuted and punished under Brazilian jurisdiction depending on the materiality and substantiality of the potential effects of the conduct in Brazil.

To investigate domestic and/or international cartels, CADE has the most common and relevant investigatory powers available for

926 Law No. 12.529/2011 (Brazilian Competition Law), Article 2.

927 Leading Cases: Administrative Proceedings (PA) No. 08012.002127/2002-14, 08012.004702/2004-77 and 08012.004472/2000-12.

928 The document in which that position was first stated was the SG/CADE's final conclusion in the CRT glass' Administrative Proceeding (PA) No. 08012.005930/2009-79, dated from November 2015.

929 For "indirectly" exporting we refer the entry into Brazil of final products manufactured with intermediate products sold by the cartel members outside Brazilian territory.

competition authorities around the world. Since 2000, Brazil has had a well-structured and strong Leniency Program⁹³⁰ as well as the power to request search and seizure warrants.⁹³¹ Additionally, in 2012, Brazil acquired the power to make unannounced inspections,⁹³² and in 2013 it introduced a major change in its Settlements Policy,⁹³³ which resulted in an impressive increase in the use of this investigative tool.

When it comes to international cartels, Brazil usually relies intensively, even though not exclusively, on Leniency and Settlements Agreements. In addition, the Authority often resorts to the use of decisions and settlements from other jurisdictions as an investigative resource. Moreover, international cooperation with other antitrust authorities is being intensified. For instance, when a case originates from a leniency agreement, international cooperation is commonly established if the leniency applicant provides SG/CADE with a waiver,⁹³⁴ either procedural or full, which may continue during the entire proceeding. Finally, informal cooperation to exchange impressions and non-confidential information about the case is usual too.

Through the use of all of these instruments, Brazil has investigated some of the most well-known international cartels, such

930 Law 12.529/2011 (Brazilian Antitrust Law), Articles 86 and 87, and CADE's Internal Rules Articles 197 to 210. For further information, check the English version of the draft of CADE's Guidelines on the Leniency Program: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guidelines-cades-antitrust-leniency-program.pdf>

931 Law 12.529/2011 (Brazilian Antitrust Law), Article 13, VI, d).

932 Law 12.529/2011 (Brazilian Antitrust Law), Article 13, VI, c).

933 Law 12.529/2011 (Brazilian Antitrust Law), Article 85 and CADE's Internal Rules Articles 179 to 196. For further information, check the English version of the draft of CADE's Guidelines on the Settlements in Cartel cases: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guidelines_tcc.pdf

934 CADE does not share information from a leniency agreement with antitrust authorities of other countries, except if the leniency applicants and/or recipients expressly allow the sharing of the provided information with the authorities of other jurisdictions (waiver). The waiver can involve both formal aspects (procedural waiver) and material aspects of the investigation (full waiver).

as the ones in the lysine,⁹³⁵ vitamins,⁹³⁶ hydrogen peroxide,⁹³⁷ gas and air insulated switch- gears (GIS⁹³⁸ and AIS⁹³⁹), marine hoses,⁹⁴⁰ air cargo,⁹⁴¹ compressors,⁹⁴² sodium perborate,⁹⁴³ graphite electrodes,⁹⁴⁴ TFT-LCD,⁹⁴⁵ CRT glass,⁹⁴⁶ soda ash,⁹⁴⁷ Cathode Ray Tube for television

935 **Lysine's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.004897/2000-23. Closed by CADE's Tribunal.

936 **Vitamins'** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.004599/1999-18. Convicted by CADE's Tribunal.

937 **Hydrogen Peroxide's** Administrative Proceedings (PA) No. 08012.004702/ 2004-77 and 08012.007818/2004-68. Both convicted by CADE's Tribunal.

938 **Gas Insulated Switchgear's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.001376/2006-16. Awaiting final decision by CADE's Tribunal.

939 **Air Insulated Switchgear's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.001377/2006-52. Although the proceeding is still under investigation by the SG/CADE, the probe about a possible international aspect of the violation was closed by CADE's Tribunal.

940 **Marine Hoses'** Administrative Proceedings (PA) No. 08012.010932/2007-18 and 08012.001127/2010-07. Both convicted by CADE's Tribunal.

941 **Air Cargo's** Administrative Proceedings (PA) No. 08012.011027/2006-02 and 08012.000084/2010-34. Both convicted by CADE's Tribunal. The first one was convicted in formal final decision. The other was archived after a settlement with recognition of participation on the cartel (considered in this paper as convicted).

942 **Compressors'** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.001104/2009-51. Convicted by CADE's Tribunal.

943 **Sodium Perborate's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.001029/2007. Convicted by CADE's Tribunal.

944 **Graphite Electrodes'** Administrative Proceedings (PA No.08012.009264/2002-71, 08700.007247/2014-85 and 08700.009509/2012-84. The first two were closed by CADE's Tribunal due to procedural issues. The third one was archived after a settlement with recognition of the participation on the cartel (considered in this paper as convicted).

945 **TFT-LCD** Administrative Proceedings (PA) No. 08012.011980/2008-12 and 08012.008871/2011-13. Both under investigation by the SG/CADE. The first one is under regular proceeding of investigation by the SG/CADE. The second is pending notification of the defendants.

946 **CRT glass'** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.005930/2009-79. Awaiting final decision by CADE's Tribunal.

947 **Soda ash'** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.008881/2010-60. Under investigation by the SG/CADE—regular proceeding.

sets (CPT⁹⁴⁸), Color Display Tubes for computer monitors (CDT⁹⁴⁹), DRAM,⁹⁵⁰ submarine cables,⁹⁵¹ air and sea international transport

948 **CPT's** Administrative Proceedings (PA) No. 08012.002414/2009-92 and 08700.010731/2013-00. Both under investigation by the SG/CADE. The first one in under regular proceeding of investigation by the SG/CADE. The second is pending notification of the defendants.

949 **CDT's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.010338/2009-99 and 08700.010979/2013-71. Both under investigation by the SG/CADE. The first one in under regular proceeding of investigation by the SG/CADE. The second is pending notification of the defendants.

950 **DRAM's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.005255/2010-11. Awaiting final decision by CADE's Tribunal.

951 **Submarine Cable's** Administrative Proceedings(PA) No. 08012.003970/2010-10 and 08700.008576/2012-81. The first one in under regular proceeding of investigation by the SG/CADE. The second is pending notification of the defendants.

services/freight forwarding,⁹⁵² methionine,⁹⁵³ ODD,⁹⁵⁴ TPE plastic,⁹⁵⁵ ABS plastic,⁹⁵⁶ auto parts,⁹⁵⁷ capacitors⁹⁵⁸, FOREX⁹⁵⁹ and shipping⁹⁶⁰ markets.

In the light of recent developments, in the next two sections we will focus our analysis on the impact of two of CADE's investigatory powers in international cartel investigations: the Brazilian Leniency Program (II.) and the Brazilian Settlement Policy (III.).

952 **Air and sea international transport services/freight forwarding's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.001183/2009-08. Under investigation by the SG/CADE—regular proceeding.

953 **Methionine's** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.009581/2010-06. Under investigation by the SG/CADE—regular proceeding.

954 **ODD's** Administrative Proceedings (PA) No. 08012.001395/2011-00 and 08012.011403/2011-18. Both under investigation by the SG/CADE. The first one is under regular proceeding of investigation by the SG/CADE. The second is pending notification of the defendants.

955 **TPE Plastic** Administrative Proceeding (PA) No. 08012.000773/2011-20. Awaiting final decision by CADE's Tribunal.

956 **ABS Plastic** Administrative Proceedings (PA) No. 08012.000774/2011-74 and 08700.009161/2014-97. Both are awaiting final decision by CADE's Tribunal.

957 In 2014, 2015 and 2016, the General Superintendence opened eight Administrative Proceedings to investigate cartels from different automobile parts, domestic and/or international. Among them, there are international cartels, such as those related to: The **sparkling plugs** market (Administrative Proceeding (PA) No. 08700.005789/2014-13)—under investigation by the SG/CADE, pending notification of the defendants—; The **anti-friction bearings** market (Administrative Proceeding (PA) No. 08012.005324/2012-59 and 08700007052/2015-16) — the first one is under regular proceeding of investigation by the SG/CADE. The second is pending notification of the defendants.—; The **clutch coating** market (Administrative Proceeding (PA) No. 08700.010321/2012-89)—under investigation by the SG/CADE, pending notification of the defendants—; The **wire harnesses** market (Administrative Proceeding (PA) No. 08700.009029/2015-66)—under investigation by the SG/ CADE, pending notification of the defendants—; The **honeycombs market** (Administrative Proceeding (PA) No. 08700.009167/2015-45)—under investigation by the SG/CADE, pending notification of the defendants; The **steering systems** (Administrative Proceeding (PA) 08700.003735/2015-02) —under investigation by the SG/CADE, pending notification of the defendants The auto parts market was already the object from dawn raids complied by the SG/CADE in August 2014. There are still other investigations ongoing in the sector.

958 **Capacitors'** Administrative Proceeding (PA) No. 08700.0010056/2014-09. Under investigation by the SG/CADE. Pending notification of the defendants.

959 **FOREX's** Administrative Proceeding (PA) No. 08700.004633/2015-04. Under investigation by the SG/CADE. Pending notification of the defendants.

960 **Shipping's** Administrative Proceeding (PA) No. 08700.001094/2016-26. Under investigation by the SG/CADE. Pending notification of the defendants.

BRAZILIAN LENIENCY PROGRAM

Leniency⁹⁶¹ Programs are an important, if not the most important, investigatory tool designed to fight cartels.⁹⁶² The Brazilian Leniency Program was started in 2000, and since then it has been able to attract different companies and/or individuals in different markets and provide them with relevant benefits to cooperate⁹⁶³ with the Authority.⁹⁶⁴

961 For the purpose of this paper, “leniency” refers to full immunity, amnesty or reduction in fine in the case CADE is already aware of the reported violation but still doesn’t have enough evidence against the candidate. According to article 86, paragraph 4, of Law No. 12.529/2011, combined with article 208 of the Internal Rules of CADE, once CADE’s Tribunal declares that the leniency agreement has been fulfilled, the leniency recipients will benefit from: (i) administrative immunity under Law No. 12.529/2011, in cases in which the leniency agreement’s proposal is submitted to CADE’s General Superintendence when this authority was not aware of the reported violation; or (ii) a reduction by one to two-thirds of the applicable fine under Law No. 12.529/2011, in cases in which the leniency agreement’s proposal is submitted to the SG/CADE after this authority becomes aware of the reported violation.

962 S. D. Hammond. Cornerstones of an Effective Leniency Program. In: ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 2004, pp. 22–23. Available at: <http://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-lenieny-program>.

963 According to the Brazilian Competition Law, there are six cumulative requirements to apply for a leniency agreement, which are the following: “(i) the company must be the first in with respect to the violation reported or under investigation; (ii) the company and/or individual must cease its participation in the violation reported or under investigation; (iii) when the agreement is proposed, CADE’s General Superintendence must not have sufficient evidence to ensure the conviction of the company and/or the individuals; (iv) the company and/or individuals must confess the wrongdoing; (v) the company and/or individual must fully and permanently cooperate with the investigation and the administrative proceeding, and attend, at their own expenses, whenever requested, at all procedural acts, until a final decision is rendered by CADE on the reported violation; and (vi) the cooperation must result on the identification of the others involved in the violation and the collection of evidentiary information and documents of the offense reported or under investigation.”

964 “According to article 86 of Law No. 12.529/2011, the government body responsible for negotiation and execution of Leniency Agreements is [SG/CADE]. CADE’s Tribunal does not participate in the negotiation and/or execution of Leniency Agreements and is only responsible for issuing a final decision as to whether or not the agreement has been fulfilled, at the time of the judgment of the administrative proceeding (art. 86, paragraph 4, of Law No. 12.529/2011). Although arts. 86 and 87 of Law No. 12.529/2011 do not expressly require the participation of the state and/or federal Prosecution Services for entering into a Leniency Agreement, CADE’s consolidated experience shows that, in light of the criminal repercussions of a cartel, the Prosecution Service should be invited to co-sign, as it is the competent entity to

In the administrative sphere, the first candidate entering into a leniency agreement can obtain full immunity or a reduction of the applicable fine. In the criminal sphere, entering into a leniency agreement leads to the suspension of the limitation periods⁹⁶⁵ and prevents the criminal prosecution of the candidate with respect to the antitrust crimes set forth in the Economic Crimes Act (Law No. 8.137/1990) and other crimes directly related to participation in a cartel, such as those set forth in the General Procurement Act (Law No. 8.666/1993) and in Article 288 of the Criminal Code (criminal conspiracy). It is important to stress that the Brazilian Leniency Program offers this benefit only to the first company and/or individual who approaches the Competition Authority, and all the others who later approach CADE can negotiate settlements with benefits that are quite different than those offered to leniency applicants (see section III below).

Over the years, domestic and international corporations and/or individuals became aware of the Brazilian Leniency Program and started applying for Leniency— perhaps realizing the threat of severe sanctions and fearing detection. From 2000 to April 2016, Brazil has signed 54 new leniency agreements and 17 addendums,⁹⁶⁶ referring

bring criminal charges and initiate a public criminal action. Hence, the state and/or federal Prosecution Services can participate in the agreement as an interested party, in order to grant greater legal security for the leniency recipients and facilitate the criminal investigation of the cartel.” In this sense, the administrative and the criminal investigations are independent in both spheres, including in international cartel investigations.

965 In Brazil, Article 46 of Law No. 12.529/2011 provides for a five-year limitation period determined either from the date when the anticompetitive practice took place or, in the event of a permanent or continued violation, the date on which it ceases. In situations where the conduct investigated under the Antitrust Law is also a criminal violation (such as cartels), the limitation period is twelve years, applied both to the Criminal Public Prosecutor and to CADE.

966 An addendum to the leniency agreement means signing of a document to include individuals to the original leniency agreement. *“It should be noted that an Addendum to the Leniency Agreement will be possible only upon the fulfillment of the requirements for execution of a Leniency Agreement, such as having participated in the conduct, confessing the wrongdoing, and collaborating with the investigations, and as long as the SG/CADE does not have sufficient evidence to ensure a conviction.”*

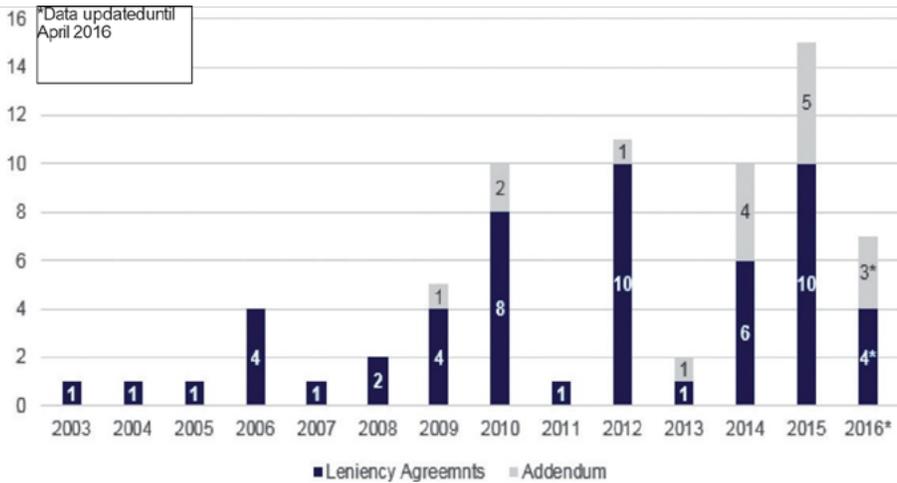
to domestic, international and mixed⁹⁶⁷ cartels (see figure 3 below). Even though the legislation came into force in 2000, the first leniency agreement was signed only in 2003, paving the way for the first ever cartel search and seizure warrant in Brazil. Of the more than fifteen years of the Leniency Program, twelve of which included signing leniency agreements, the last four need to be highlighted. From 2012⁹⁶⁸ to April 2016, 31 new leniency agreements were signed, which represent 57% of the total number of new leniency agreements signed in the history of the Brazilian Program. These numbers clearly demonstrate the importance of the Brazilian Leniency Program in detecting cartels.

Among the new leniency agreements, Brazil has a diversified portfolio of domestic, international or mixed (domestic and international) cartel investigations (see figure 4 below). Twenty-seven of the total of 54 new leniency agreements relate to domestic cartels

967 For “mixed” cartels, we refer to those investigations in which the alleged violation operated both domestic and internationally.

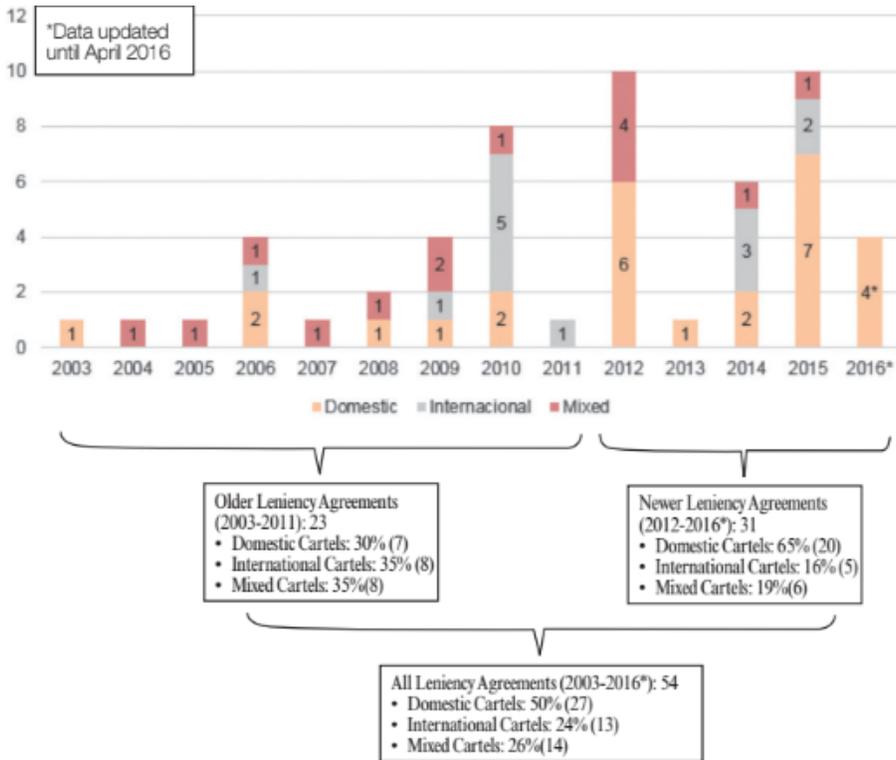
968 Before the entry into force of the Law No. 12.529/2011 (Brazilian Competition Law), the law governing the competition issues was the Law No. 8.884/1994.

Figure 3. Number of new leniency agreements/ addendums per year in Brazil (including domestic, international and mixed cartels)



(50%), 13 to international cartels (24%) and 14 to mixed ones (16%). Whereas in the beginning of the Brazilian Leniency Program the new Agreements were mostly related to international cartels, this is no longer the case in recent years even though Brazil continues to use leniency agreements to detect international violations. From 2003 to 2011, 30% of the total of 23 new leniency agreements were domestic cartels, 35% international and 35% mixed ones. On the other hand, from 2012 to April 2016, 65% of the total of 31 new leniency agreements were domestic cartels, 16% international and 19% mixed ones.

Figure 4. Types of cartels investigated as a result of leniency agreements per year in Brazil



The above numbers clearly reveal some important features in the Brazilian Leniency Program, especially regarding the direction it has been taking in the last four years. The first feature is that the leniency applicants have to provide strong information and evidence not only on the existence of the collusion, but also about the potential anticompetitive effects of the international cartel in Brazil.⁹⁶⁹ The second feature is that Brazil is prosecuting a wide range of types of cartels, including domestic, international and mixed ones, in different markets. The third one is that the Brazilian investigations

969 B. Rosenberg, S. Terepíns, L. Galvao and M. Exposto, Recent Trends in Leniency Agreements in Brazil, *CPI*, Feb 26, 2014.

of inter- national cartels are not reliant exclusively on the Leniency Program.⁹⁷⁰ The fourth feature is that the new leniency agreements, each time more robust, are generating external impacts on the Settlements Policy in Brazil, which is visible from the fact that, in 2015, 90% of the new leniency agreements were followed by at least one request to settle. And the fifth feature is that the domestic and international business community — including lawyers, business employees, compliance staff, individuals, etc.—is becoming more aware of Brazil's activities on the prosecution of cartels, which in turn increases the effectiveness of the Brazilian Leniency Program.

To further enhance transparency, accessibility, predict- ability and legal certainty in the Brazilian Leniency Program, in 2015 CADE released the preliminary version of its Frequently Asked Questions (also available in English⁹⁷¹). The FAQs are meant to provide further insight for the national and international competition community into the Brazilian Leniency Program.

BRAZILIAN SETTLEMENT POLICY

In Brazil, the Settlement Agreement signed with the Competition Authority in a cartel investigation is called TCC, which is the Portuguese acronym for Termo de Compromisso de Cessaçao (Cease and Desist Consent/ Agreement). Through this instrument CADE can suspend and afterwards close the investigations against companies and/or individuals charged for collusive violations under certain circumstances and subject to the commitment of ceasing the practice

970 In 2015, for example, CADE received 244 new claims of anticompetitive conducts and opened 37 formal proceedings to investigate them, among which only a few were originated from the leniency agreements. This means that the Brazilian Competition Authority not only relies on leniency applications to prosecute cartels.

971 English version of the draft of CADE's Guidelines on the Leniency Program: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guidelines-cades-antitrust-leniency-program.pdf>

and paying a pecuniary contribution. The TCC, unlike the leniency agreement, does not offer any automatic criminal benefits.⁹⁷²

Until 2013, there were few cartel cases in which TCCs were actually used since the regulation of the instrument did not provide enough incentives for the Authority and for the defendants to settle. On the one hand, the TCC did not require an obligation on the defendants' part to cooperate with the investigations, making it less attractive for the Authority to settle when there was enough evidence for a conviction. On the other hand, there were no clear rules on how the amount of the pecuniary contribution would be defined, making it less attractive for defendants to settle due to a lack of legal certainty about the outcomes of the negotiations.

In 2013, however, CADE changed its Settlement Policy.⁹⁷³ The goal was to make TCCs more similar to leniency agreements in terms of incentives and thus to encourage companies and/or individuals involved in cartel cases to cooperate with the Authority when they were not the first in and therefore did not qualify for a leniency agreement.⁹⁷⁴ Accordingly, more stringent requirements were established to sign a TCC in a cartel investigation. To settle in such a case, defendants now have not only to (i) cease their involvement and (ii) pay a pecuniary contribution, but also to (iii) admit the practice that is being investigated, and, in order to have greater financial benefits, they have to (iv) cooperate with the investigations by providing evidence and/or explaining, translating and supplying details about documents and information.

972 Since the TCC does not generate automatic benefits in the criminal sphere, the Prosecution Service does not participate in the agreement and may bring criminal action against the parties to the TCC. Nevertheless, if the person interested, in entering into a TCC with CADE also wishes to concurrently negotiate a cooperation agreement with the Prosecution Service and/or the Federal Police, then SG/CADE can assist in the interaction with the Prosecution Service and/or Federal Police, and the negotiation and execution of any agreements will be up to the discretion of such authorities.

973 Article 179 and following of Cade's Internal Rules.

974 As explained above, in Brazil, only the first one to contact the Authority is eligible to a leniency agreement.

The new Settlement Policy also introduced clear discount slots⁹⁷⁵ related to the expected fine. While a proceeding is still being investigated by SG/CADE, the first TCC applicant can be granted a reduction of 30 to 50% of the expected fine, the second one can receive a reduction of 25 to 40% and the others a reduction of up to 25%. The exact amount of the discount is primarily determined by the quality of the cooperation with the investigation as whole. If, however, the proceeding is already at CADE's Tribunal to be decided, cooperation is not required by the regulation (although it can be requested by the Authority) and the TCC applicant can receive a reduction of up to only 15% of the expected fine.

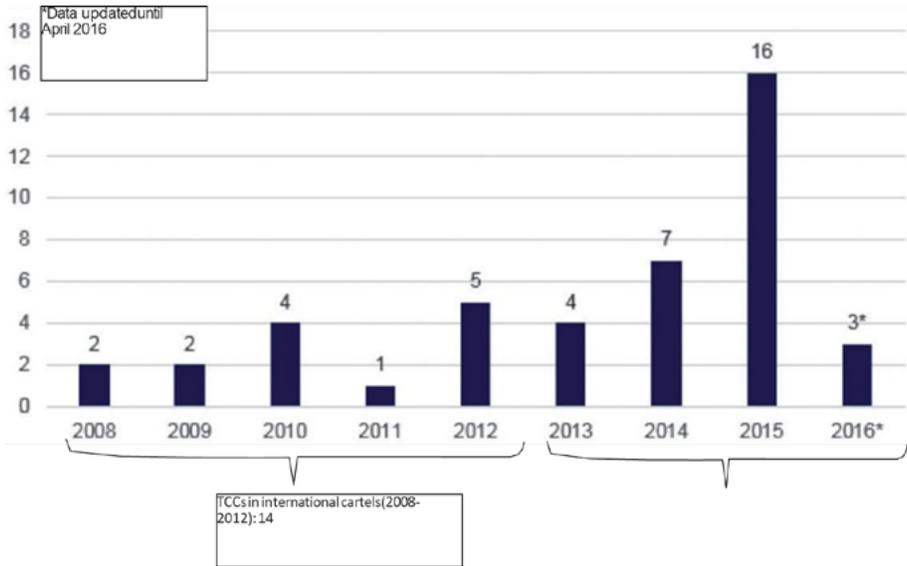
In the context of those changes, Brazil has seen an impressive increase in the number of TCCs signed. Regarding international cartels, until 2013, Brazil had 14 TCCs in international cartel cases (see figure 5 below).⁹⁷⁶ After the new Settlement Policy came into force, that is from 2013 to April 2016, the country had 30 TCCs, which is more than a twofold increase.⁹⁷⁷

975 The Department of Justice of the United States uses the expression “cooperation discounts” to refer to the “discount slots” mentioned in this paper.

976 Before 2008, there wasn't any TCC signed on cartel investigations.

977 It is relevant to note that the number of TCC's subscribers had an even bigger increase, given that, after the entry into force of the new Settlement Policy, companies and their employees can sign the TCC jointly, what was not an option before.

Figure 5. Number of TCCs per year in Brazil (international cartels only)



This shift in Brazil's Settlement Policy represents important steps for the country's cartel enforcement as more TCCs translate into less procedural costs, into shorter proceedings, into better-documented cases with high chances to result in convictions and into advance payment of pecuniary contributions for the Authority. The impact for international cartel investigations is particularly relevant, as the cooperation can help the Competition Authority to break territorial barriers to access evidences, to locate offenders and to collect advanced payments of fines from companies and/or individuals with no assets in Brazil.⁹⁷⁸

Finally, it is worth mentioning that another development in Brazil's Settlement Policy was announced in January 2016, when CADE released the preliminary version of its Guidelines for TCC negotiations

⁹⁷⁸ In fact, today it is common to have defendants presenting themselves spontaneously to CADE in the early stages of an investigation, what did not used to happen before, especially in international cartel cases.

in cartel cases.⁹⁷⁹ The Guidelines contain CADE's best practices in the field and also aim to provide more transparency and predictability for the negotiations. The document explains all the steps of the negotiation process and indicates clearly the Authority's criteria for establishing the base amount and the percentages of the expected fine,⁹⁸⁰ and for calculating the exact percentage of the discount on the expected fine within the established discount slots. This step forward might also help the international competition community gain a clearer insight into the Brazilian Settlement Policy.

FINAL OBSERVATIONS

In this paper, we attempted to provide a glimpse into the Brazilian experience in international cartel investigations. Recent improvements in the Leniency Program and Settlement Policy seem to have boosted Brazil's results. In our opinion, some factors provided the incentives and legal certainty that the parties involved in anti-competitive misdeeds need to "become clean" with Brazilian authorities. Among those factors, the relentless cartel enforcement promoted by CADE's Tribunal with its increasingly heavy fines evince the threat of severe sanctions and the high risk of detection. Additionally, the above-mentioned definition and consolidation of

979 English version of the draft of CADE's TCC Guidelines on cartel investigations: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guidelines_tcc.pdf

980 According to Brazilian Law (Article 37), antitrust infringements subjects the ones responsible to the following fines, among other penalties: (i) in the case of a company, a fine of 0.1% to 20% of the gross sales of the company, group or conglomerate, in the last fiscal year before the establishment of the administrative proceeding, in the field of the business activity in which the violation occurred, which will never be less than the advantage obtained, when possible the estimation thereof; (ii) in the case of the administrator, directly or indirectly responsible for the violation, when negligence or willful misconduct is proven, a fine of 1% to 20% of that applied to the company or to legal entity; (iii) in the case of other individuals or public or private legal entities, as well as any association of persons or de facto or the jure legal entities, even if temporary, or unincorporated, which do not perform business activity, not being possible to use the gross sales criteria, a fine between fifty thousand reais and two billion reais.

clearer and more objective applicable criteria regarding requirements and internal proceedings of the Leniency and Settlement programs provided transparency, predictability and certainty, This context has resulted in a greater number of investigations and has provided even more incentives for the companies and/or individuals currently investigated to settle up and to early approach the competition authority for leniency. Hence, that has helped improving of the quality of CADE's international cartel cases, as they have been able to count on more confessions and on robust evidences. In a virtuous circle, this has paved the way to even better decisions and higher penalties.

However, due to the specificities of this kind of investigation, access to evidence, location of offenders, enforcement of decisions and, above all, deterrence of international cartels may remain challenges to overcome in Brazil. These challenges are likely to be shared by other competition authorities from developing countries—and may also be faced by the ones in developed countries. Additionally, it is important to note that 29 of the 43 proceedings opened to investigate international cartels in Brazil have not had yet a final decision of CADE's Tribunal (67%). These cases might provide further basis for even deeper discussions on the Brazilian policy regarding the prosecution of international cartels and the criminal prosecution of those involved.

One of the keys to overcoming the above challenges can be the strengthening of cooperation between competition authorities. To deal with global suboptimal deterrence, in our opinion, it is crucial that competition authorities join their resources in the fight against such a geographically dispersed violation. Important traditional strategies such as Leniency and Settlement Agreements may reach some limit and new approaches in this field should be considered, especially in multi-jurisdiction investigations, where there is the risk of global exposure.⁹⁸¹ We advocate the establishment of an

981 B. Snyder, *Leniency in Multi-Jurisdictional Investigations: Too Much of a Good Thing?*, Remarks as Prepared for Delivery at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust, Chicago, Illinois June 8, 2015. Available at: <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/06/30/315474.pdf>.

international intelligence network to share non-confidential filings of international cartel cases, non-confidential information of interest to specific countries, successful strategies, etc., through the creation of an appropriate data warehouse. In our view, this could have a huge impact on the performance and results, especially those of competition authorities from developing countries, such as Brazil.

PROGRAMA DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E REPERCUSSÕES CRIMINAIS: DESAFIOS E OPORTUNIDADES RECENTES

Publicado originalmente em: *A Lei 12.529 e a Nova Política de Defesa da Concorrência / Organizador: Vinícius Marques de Carvalho. Editora Singular. 2015.*

Amanda Athayde

Rodrigo de Grandis

RESUMO

O Acordo de Leniência Antitruste, previsto no Brasil nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, concede imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis àquele que confessar e colaborar com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração. As repercussões criminais imediatas desse acordo são a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento a oferecer a denúncia, sendo que, ao final do processo – ou seja, quando declarado o cumprimento do acordo –, ter-se-á a extinção da punibilidade. Nesse contexto, o presente artigo visa a apresentar algumas das discussões recentes acerca da repercussão criminal do Acordo de Leniência Antitruste. Qual seria a abrangência dos crimes contidos na imunidade criminal do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011? Ademais, como compatibilizar e coordenar o Acordo de Leniência Antitruste com outros instrumentos de colaboração premiada previstos na legislação brasileira, especialmente aqueles recentes da Lei de Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/2013) e da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013)? Ainda, haveria a possibilidade de celebrar um acordo de colaboração diante de infrações relacionadas à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)? Por fim, quais seriam as repercussões criminais do Termo de Compromisso de Cessação (TCC) celebrado no Cade e algumas maneiras de também se

coordenar com outros órgãos competentes? No entender dos autores, todos esses desafios representam, inexoravelmente, oportunidades para o Programa de Leniência Antitruste brasileiro, tanto na seara administrativa quanto criminal, continuar se consolidando cada vez mais no cenário nacional e internacional.

1. INTRODUÇÃO

O Programa de Leniência Antitruste é reconhecido nacional⁹⁸² e internacionalmente^{983 984} como um dos instrumentos mais eficazes para detectar, investigar e coibir condutas anticompetitivas com potencial lesivo à concorrência e ao bem-estar social. Constitui, assim, um importante pilar da política de combate a cartéis⁹⁸⁵. O Programa de Leniência foi introduzido, no Brasil, pela Lei nº 10.149/2000, que alterou

982 CADE. Requerimento nº 08700.004992/2007-43, Relator Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, julgado em 17/12/2008. “O Programa de Leniência não é um fim em si mesmo, mas um importante mecanismo para dissuadir condutas uniformes lesivas à concorrência, este sim um fim da política de defesa da concorrência. O mesmo se aplica à eliminação de ‘obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis’, mandados de busca e apreensão, métodos estatísticos para detecção de cartéis e o próprio TCC que, como visto, é parte do programa de combate a cartéis”.

983 OCDE. Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. 2002. p. 11. “Some jurisdictions have developed programs that offer leniency in order to encourage violators to tell these secrets, to confess and implicate their co-conspirators with first-hand, direct “insider” evidence that provides convincing proof of conduct parties want to conceal. The programs uncover conspiracies that would otherwise go undetected. They elicit confessions, direct evidence about other participants, and leads that investigators can follow for other evidence too. The evidence is obtained more quickly, and at lower direct cost, compared to other methods of investigation, leading to prompt and efficient resolution of cases. To get this information, the parties who provide it are promised lower fines, shorter sentences, less restrictive orders, or even complete amnesty.”

984 Terminologicamente, existe em algumas jurisdições diferença entre os termos “leniency” e “amnesty”, para se referir às hipóteses em que há apenas redução da penalidade aplicável para aquelas em que há imunidade total, respectivamente.

985 Em linhas gerais, cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação, bem como para a troca de informações comercialmente sensíveis.

a Lei nº 8.884/94 (artigos 35-B e C)⁹⁸⁶, com o objetivo de fortalecer a atividade de repressão de infrações à ordem econômica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Atualmente, o Programa de Leniência Antitruste brasileiro encontra previsão legal nos artigos 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11).^{987 988}

Sua premissa básica é a de que os denominados “Signatários” do Acordo de Leniência confessem e colaborem com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação. O Programa de Leniência Antitruste brasileiro oferece, em troca, imunidade tanto administrativa quanto criminal em relação às penas aplicáveis, uma vez que cartéis, além de reprimidos

986 Na vigência da Lei nº 8.884/1994, o Programa de Leniência foi disciplinado pela Portaria do Ministério da Justiça nº 4/2006 (artigo 61) e pela Portaria do Ministério da Justiça nº 456/2010 (artigo 59).

987 Nos termos dos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011e nos artigos 197 a 210 do Regimento Interno do CADE (RICADE), o Programa de Leniência Antitruste é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos na legislação; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência.

988 A Lei nº 12.529/11 trouxe algumas sutis - mas importantes - modificações do Programa de Leniência Antitruste em relação à Lei anterior, notadamente: (i) a alteração da autoridade competente para celebrar o acordo (na Lei 8.884/94 era a União, por intermédio da Superintendência-Geral e na Lei 12.529/2011 é o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral); (ii) o fim do impedimento para que o líder do cartel seja Proponente do acordo; e (iii) a ampliação dos ilícitos penais cobertos pela imunidade concedida ao Signatário (na Lei 8.884/94 eram apenas os ilícitos da Lei 8.137/90 e na Lei 12.529/2011 são ilícitos tais como os da Lei 8.137/90, da Lei 8.666/93 e do art. 288 do Código Penal).

administrativamente pelo Cade (art. 36 da Lei 12.529/2011⁹⁸⁹), também são alvo de persecuções no âmbito penal (art. 4º da Lei nº 8.137/1990⁹⁹⁰).

Os arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 não exigem, para a celebração do acordo de leniência antitruste, a participação do Ministério Público, dado que, pela dicção legal, a competência para tal celebração é apenas da Superintendência-Geral do Cade. Em que pese isso, tendo em vista as repercussões criminais derivadas da leniência, a experiência consolidada do Cade é no sentido de viabilizar a participação do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal. Assim, o Ministério Público Estadual e/ou o Federal participa como agente interveniente no acordo, a fim de conferir maior segurança jurídica aos Signatários do Acordo de Leniência.

Para que fique evidente essa experiência consolidada do Cade na atuação conjunta e coordenada com os Ministérios Públicos, cumpre pontuar que, dos 45 (quarenta e cinco) Acordos de Leniência Antitruste celebrados pelo Cade até junho de 2015, aproximadamente

989 Lei 12.529/2011, Art. 36º “*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. (...) § 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; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”.*

990 Lei 8.137/1990, Art. 4º “*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; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.”. Essa sanção pode, ainda, ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.*

95% dos casos envolveram a participação do Ministério Público, sendo que nos demais casos não houve a participação do Ministério Público porque o acordo envolvia somente pessoas jurídicas, o que não atrairia a competência criminal.

Assim, uma vez estabelecida a premissa de que o Cade (competente para a investigação administrativa do ilícito de cartel) e o Ministério Público (incumbido para a investigação criminal do crime de cartel) atuam conjuntamente na celebração dos Acordos de Leniência Antitruste, passa-se à análise de alguns dos desafios relacionados às repercussões criminais desse tipo de acordo.

2. REPERCUSSÕES CRIMINAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E SEUS DESAFIOS

Dentre várias discussões recentes sobre as repercussões criminais do Acordo de Leniência Antitruste, destacam-se, no presente artigo, três, consideradas bastante relevantes na atual realidade brasileira, quais sejam: (II.1.) a análise sobre a abrangência criminal do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011; (II.2.) a conciliação e a coordenação do Acordo de Leniência Antitruste com outros instrumentos de colaboração premiada; e (II.3.) a interpretação do reconhecimento de participação da conduta em casos de Termo de Compromisso de Cessação com sua repercussão criminal.

2.1. A ABRANGÊNCIA DO ARTIGO 87 DA LEI Nº 12.529/2011

Um primeiro desafio recente da repercussão criminal do Acordo de Leniência diz respeito à análise sobre a abrangência criminal do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011. Nos termos do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011, são duas as repercussões criminais imediatas do Acordo de Leniência Antitruste: (i) a suspensão do curso do prazo prescricional

e (ii) o impedimento a oferecer a denúncia⁹⁹¹. Ambas as repercussões criminais se aplicam ao agente Signatário da leniência, nos crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, em seu art. 4º) e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados

991 Sobre o impedimento a oferecer a denúncia, entende-se que essa repercussão criminal independe da participação do Ministério Público, mas, como já mencionado, a experiência consolidada do Cade é no sentido de promover a participação dos Ministérios Públicos na celebração dos Acordos de Leniência Antitruste. Nesse sentido, Ana Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy aduz: “*se o Ministério Público, como titular da ação penal pública incondicionada, apresentar denúncia contra o leniente sob o argumento de que o Acordo não possui validade no âmbito judicial, estar-se-á patrocinando uma brutal afronta ao devido processo legal constitucional. 9...0 O argumento formal trazido pelo Ministério Público a respeito de sua legitimidade privativa e a indisponibilidade da ação penal não se equiparam ao direito fundamental à liberdade individual, à paridade de armas - a perfectibilização do princípio da igualdade em seu viés material - e à autorização de não produzir provas contra si mesmo. (...) Com efeito, o reflexo penal do Acordo de Leniência é incondicionado, não havendo proibição penal quanto à plenitude desse dispositivo legal*”. LAMY, Ana Carolina Pereira Cesarino Faraco. *Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal - a implementação do instituto ao Direito Penal Econômico Brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014. p. 148.

na Lei nº 8.666/1993 (Lei das Licitações, em seus arts. 89 a 99⁹⁹²) e no art. 288⁹⁹³ do Código Penal (crime de associação criminosa).

Assim, MENDRONI leciona que, “no curso das investigações e do processo administrativo, o órgão acusador é impedido de oferecer denúncia penal contra o beneficiário da leniência, garantindo, assim, eficácia para o instituto. Entretanto, o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal fica suspenso durante tal período, o que afasta a possibilidade do beneficiário não auxiliar a administração na persecução do ilícito administrativo e penal, e ainda ter em seu favor o transcurso do prazo prescricional, que poderia levar à extinção da punibilidade”⁹⁹⁴.

992 Lei 8.666/93. “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: (...) Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: (...) Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: (...) Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (...) Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: (...) Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: (...) Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: (...) Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: (...) Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: (...) Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: (...)”

993 Art. 288 “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

994 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado, Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 5a Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 174.

Essa nova redação, dada pelo artigo 87 da Lei nº 12.529/2011 (em contraponto à redação anterior, do artigo 35-C da Lei nº 8.884/1994⁹⁹⁵), amplia a lista exemplificativa⁹⁹⁶ de crimes abrangidos pelo Acordo de Leniência Antitruste – tanto que chega a usar a expressão “tais como”. Surge, assim, uma discussão: quais seriam os outros “*crimes diretamente relacionados à prática de cartel*” que não estão expressamente nominados?

Imagine-se, por exemplo, o caso de um grupo de agentes que se reúnem em cartel e, sob esse contexto, praticam crimes de corrupção ativa⁹⁹⁷, 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? Ainda, pense-se, por exemplo, em um grupo de pessoas que, após fraudar uma licitação, oculta os recursos advindos da fraude no exterior por intermédio de uma conta bancária aberta em nome de uma pessoa jurídica *offshore*. Neste caso, além do crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/1993, incidiriam, também, os delitos de lavagem de dinheiro⁹⁹⁸ e de evasão de divisas⁹⁹⁹. Estariam ou não essas

995 Essa redação do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011 consiste em uma ampliação da repercussão criminal do acordo de leniência antitruste quando comparado com o dispositivo da lei anterior, Lei nº 8.884/94. Vide Lei 8.884/94, Art. 35-C. “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso 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”.

996 Sobre a discussão a respeito da extensão dos efeitos do acordo de leniência para outros delitos, MENDRONI apresenta alguns pontos sobre a discussão, indicando a existência de uma análise sistemática e de uma análise lógica. MENDRONI, Batlouni. *Op. Cit.* p. 325.

997 Código Penal “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. 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.”

998 Lei nº 9.613/1998. “Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.”

999 Lei nº 7.492/1986. “Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Pena: Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

infrações penais compreendidas no Acordo de Leniência? Ao extremo, um participante do cartel agride fisicamente outro participante do cartel, causando-lhe lesão corporal grave ou até mesmo a morte, cometendo crime de homicídio¹⁰⁰⁰. Estariam ou não essas infrações penais abrangidas no Acordo de Leniência? Este, sem dúvida, é um terreno fértil para discussão.

Parece-nos que o cerne do debate está na interpretação da expressão legal “*crimes diretamente relacionados à prática do cartel*”, que pode ser interpretada tanto do aspecto processual penal como do Direito Penal. Dessa forma, a resposta ao problema da abrangência do Acordo de Leniência Antitruste passa pela escolha do melhor e mais seguro critério de resolução.

Sob o aspecto processual penal, estariam abrangidos pelo acordo aqueles crimes que ostentam vínculo de *conexão* com o cartel, a qual, segundo o Código de Processo Penal, pode ser tanto teleológica¹⁰⁰¹ como probatória ou instrumental¹⁰⁰². Por esse critério, em especial pela conexão probatória, é possível a interpretação de que praticamente todos os crimes relacionados ao cartel estariam abrangidos pela leniência, inclusive aqueles que possuem natureza jurídica completamente distinta do cartel, como é o caso da corrupção ativa, da lavagem de dinheiro, da evasão de divisas e do homicídio.

De outro lado, sob o aspecto do Direito Penal, ao indicar o legislador que os crimes diretamente relacionados ao cartel são – embora não exclusivamente – os previstos na Lei de Licitações e o de associação criminosa, ele parece indicar uma relação de meio para fim. Nesse sentido, note-se que os elementos típicos que compõem os

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

1000 Código Penal. “Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”

1001 Código de Processo Penal “Art. 76, II: A competência será determinada pela conexão: II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas.”

1002 Código de Processo Penal “Art. 76, III: quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.”

crimes da Lei n.º 8.666/1993 e, principalmente, o delito de associação criminosa, podem ser encontrados no artigo 4º da Lei n.º 8.137/1990. Em relação aos crimes licitatórios, o elemento típico estaria em razão da natureza do bem jurídico tutelado, intrinsecamente ligado à isonomia e à livre concorrência¹⁰⁰³. Em relação à associação criminosa, por sua vez, o elemento típico estaria em virtude de a pluralidade de pessoas configurar um pressuposto de ambas as condutas criminosas.

Assim, 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, originariamente estabelecido para a resolução do conflito aparente de normas penais¹⁰⁰⁴, 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.

Assim, no caso do exemplo figurado proposto neste artigo, entendemos que a corrupção ativa, a lavagem de dinheiro, a evasão de divisas e o homicídio não constituem, sob o aspecto típico, uma normal fase de preparação ou de execução do delito de cartel, de modo que não estariam, pelo menos em tese, alcançados pelo Acordo de Leniência Antitruste.

Ademais, outra discussão possível é a seguinte: a redação do artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011 pode abarcar apenas *crimes*

1003 A doutrina brasileira tem destacado que, em geral, os crimes da Lei n.º 8.666/1993 tutelam a moralidade administrativa, a lisura e a regularidade das concorrências e, em alguns casos específicos, como sucede com o tipo penal do art. 90, protege-se também a igualdade e a competitividade do certame. Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

1004 FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal, parte general*, Bogotá-Colômbia: Editorial Themis, 2006, p. 676.

diretamente relacionados à prática de cartel ou também outros *ilícitos administrativos*?¹⁰⁰⁵ Ora, considerando que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, somente tem incidência quando constatada a insuficiência dos demais ramos do Direito, se a legislação possibilitou a abrangência de outros crimes na concessão de imunidade dada pelo Acordo de Leniência, parece-nos que seria razoável interpretar que outros ilícitos administrativos, em razão de uma questão de proporcionalidade, também poderiam ser considerados abrangidos. Essa abrangência, novamente, dependeria, a nosso ver, da interpretação sobre o ilícito administrativo em questão estar ou não diretamente relacionado à prática de cartel. Novamente, entendemos que se trata de uma discussão a ser amadurecida pelo debate.

Dito isso, e cientes de que ao longo do processo a repercussão criminal imediata é a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento a oferecer a denúncia, tem-se que, ao final do processo, uma vez declarado cumprido o Acordo de Leniência Antitruste, extingue-se automaticamente a punibilidade criminal do agente em relação aos crimes referidos. O cumprimento do acordo, por sua vez, se dá mediante declaração do Tribunal do Cade, nos termos do art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011, o que ocorre apenas ao final de toda a instrução processual do respectivo Processo Administrativo para a Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica (artigos 69 a 83 da Lei nº 12.529/2011).

1005 “Ao contrário do que ocorre com os ilícitos penais relacionados a cartel, a assinatura de um acordo de leniência com o Cade não afasta a incidência de sanções para o signatário com relação a outros ilícitos administrativos, o que pode diminuir a atratividade do instituto, especialmente em caso de cartel em licitações.”. MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Ed. Singular, 2013. p. 280.

2.2. ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E OUTROS INSTITUTOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Um segundo desafio recente da repercussão criminal do Acordo de Leniência diz respeito à conciliação e à coordenação do Acordo de Leniência Antitruste com outros instrumentos de colaboração premiada. A nosso entender, o Acordo de Leniência Antitruste, previsto na Lei nº 12.529/2011, pode ser compreendido como uma das espécies do gênero denominado “colaboração premiada”¹⁰⁰⁶, constante em diferentes leis especiais do ordenamento jurídico brasileiro, como na Lei nº 7.492/86 (sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu art. 25, § 2º¹⁰⁰⁷), Lei nº 8.072/90 (sobre crimes hediondos, em seu art. 8º, § único¹⁰⁰⁸), Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, art. 16, § único¹⁰⁰⁹), Lei nº 9.613/1998 (sobre os crimes de “lavagem” e ocultação de bens, direitos e valores, em seu art. 1º, §5º¹⁰¹⁰), Lei nº 9.807/1999

1006 Em linhas gerais, a colaboração premiada é um acordo entre as partes do processo penal (Ministério Público e investigado ou acusado, sempre assistido por seu defensor), através do qual o agente criminoso confessa sua responsabilidade na conduta criminosa e se compromete a contribuir com a (i) identificação dos demais co-autores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por ele praticadas, com a (ii) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, com a (iii) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, com a (iv) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais e com a (v) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

1007 Lei nº 7.492/1986, Art. 25, § 2º, alterada pela Lei nº 9.080/95. “*Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços*”.

1008 Lei 8.0872/1990, Art. 8º, § único “*O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços*.”.

1009 Lei 8.137/1990, Art. 16, § único: “*Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços*.”.

1010 Lei 9.613/1988. Art. 1º, §5º. “*A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe*

(sobre a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, em seu art. 14¹⁰¹¹), Lei nº 11.343/2006 (sobre crimes previstos na lei de drogas, art. 41¹⁰¹²), no Código Penal (em seu art. 159¹⁰¹³) e na Lei nº 12.850/2013 (sobre crimes de organização criminosa, em seu art. 4^{o1014}).

colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

1011 Lei 9.807/1999. Art. 14. “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”

1012 Lei 11.343/2006, Art. 41. “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

1013 Código Penal, Decreto-Lei 2.848/1940, Art. 159, §4º, alterada pela Lei nº 9.269/96. “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

1014 Lei 12.850/2013. Art. 4º “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). § 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com

Nestes dispositivos legais de colaboração premiada, observa-se que o benefício ao autor denunciante tende a ser, na grande maioria dos casos, uma redução de um a dois terços da pena, podendo, em alguns casos, chegar ao perdão judicial. No Acordo de Leniência Antitruste da Lei nº 12.529/2011, o benefício será da imunidade total administrativa e criminal, no caso de não se ter conhecimento prévio da infração notificada, ou a redução de um a dois terços das penas aplicáveis, no caso de os órgãos investigadores já terem, quando da proposta de acordo de leniência antitruste, conhecimento da infração.

Recentemente, uma nova espécie do gênero “colaboração premiada” surgiu na legislação brasileira, qual seja: o acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”, sobre os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeiras, em seu art. 16). Agora, portanto, a depender da natureza das condutas praticadas, poderão incidir, ao mesmo tempo, três diferentes diplomas legais: a Lei do Cade (Lei nº 12.529/2011), a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Basta,

a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. § 7o Realizado o acordo na forma do § 6o, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8o O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. § 9o Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações. § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. § 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor. § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”. Essa lei revogou a Lei nº 9.034/95, que previa, em seu art. 6º “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.”.

por exemplo, que um grupo de sociedades empresárias se ajuste sob um cartel e que uma delas ofereça vantagens a um funcionário público visando à obtenção de alguma facilitação para existir espaço legislativo para a utilização dos três institutos de modo concomitante. Trata-se, portanto, de um grande desafio, reconhecido inclusive pelo atual Presidente do Cade, Vinícius Marques de Carvalho.¹⁰¹⁵

Quanto ao *acordo de colaboração premiada da Lei sobre crimes de organização criminosa* (Lei nº 12.850/2013, 4º), trata-se de instituto que deve ser objeto de homologação pelo juiz¹⁰¹⁶, por meio de requerimento do Delegado de Polícia, do Ministério Público ou do colaborador, sempre assistido por seu defensor. Este tipo de acordo poderá ser celebrado apenas por pessoas físicas, e não apenas com a primeira delas: se for a primeira a prestar efetiva colaboração, poderá inclusive não ser denunciada, mas se forem mais pessoas físicas e estas colaborarem efetivamente e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, podem se beneficiar do perdão judicial ou a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou a substituição por restritiva de direitos.

Assim, a grande novidade instituída pela Lei nº 12.850/2013 foi a implementação de um verdadeiro *sistema* delineando, em termos precisos e particularizados, o procedimento da colaboração

1015 Global Competition Review. “CADE president: overlapping leniency regimes “a huge challenge””. 17.04.2015. Disponível em: < <http://globalcompetitionreview.com/news/article/38435/cade-president-overlapping-leniency-regimes-a-huge-challenge> > (último acesso em 18.07.2015).

1016 Há autores, como Douglas Fischer e Eugênio Paccelli, que entendem que ainda que não ocorra homologação, o juiz pode considerar a postura do réu na dosimetria da pena ou mesmo para a aplicação dos benefícios constituídos pelo *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, independentemente da existência de acordo formal de colaboração: “*Para bem logo, porém, esclareça-se que os benefícios constantes do caput do art. 4º da referida legislação poderão ser aplicados até mesmo no caso de inexistir a formalização do acordo de colaboração. O que é decisivo para a respectiva incidência é a efetiva colaboração em juízo (ou na investigação) e da qual tenham resultado os objetivos definidos nos incisos I a V do mesmo dispositivo legal (art. 4º). Ou seja, a eficácia da colaboração constitui matéria ao alcance da jurisdição, independentemente da formalização do acordo, podendo ser reconhecida na sentença e mesmo após ela, no que respeita, por exemplo, à afirmação do direito do colaborador a cumprir pena em estabelecimento diverso dos demais corréus ou condenados (art. 5º, VI)*”. PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 5ª ed. Atlas, 2013.

premiada.^{1017 1018} O art. 4º da citada lei amplia o campo da licitude penal e, desse modo, veicula uma norma penal mais benéfica, verdadeira *lex mitior* ou norma permissiva de aplicação retroativa e ultra ativa, sujeitando-se, inclusive, à analogia e à interpretação analógica. Acredita-se, assim, que sua incidência seja ampla e irrestrita a todos as infrações penais, perpetradas ou não sob o contexto de uma organização criminosa, conceituada na forma do artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/2013.

A colaboração premiada, portanto, na forma estipulada na Lei n.º 12.850/2013, tem um caráter *híbrido*. Trata-se, ao mesmo tempo, de um instituto de Direito Penal e de Direito Processual Penal¹⁰¹⁹, na medida em que proporciona ao agente colaborador benefícios de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena privativa de

1017 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 3ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 453.

1018 Discute-se doutrinariamente se a colaboração premiada seria exclusiva dos delitos perpetrados sob o contexto de uma organização criminosa - ou ainda sob uma das hipóteses definidas no art. 1º, § 2º - caracterizada nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/2013, ou poderia aplicar-se sobre toda e qualquer modalidade delitiva. Cezar Roberto Bittencourt e Paulo César Busato sustentam que a colaboração incide exclusivamente sobre as condutas penais relacionadas às organizações criminosas, haja vista tratar-se de norma incriminadora. BITTENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa, Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124-125. Em sentido oposto, assinala Gustavo Badaró que a colaboração processual delineada na Lei de ORCRIM não ficará restrita ao âmbito da criminalidade organizada, na exata medida em que inexistente peculiaridade ou especificidade nas outras condutas delituosas que justifique tratamento diverso. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, Op. Cit., p. 453. Esclarece Badaró, no ponto: “Não é, pois, um caso de *lex specialis derogat generali*. O que inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um coimputado. E isso não é diferente se o agente colaborador participa de organização criminosa, de tráfico de drogas, de lavagem de dinheiro ou de crime contra o sistema financeiro nacional” (Op. Cit., p. 453).

1019 Sob a óptica processual penal, as informações fornecidas pelo agente colaborador ingressarão na ação penal, na maioria das vezes, por intermédio da oralidade. Assim, dar-se-ão as informações por ocasião do interrogatório, se o colaborador também vier a ser imputado, ou durante a instrução processual, ouvindo-se o colaborador na condição de testemunha anômala. É imperioso, contudo, segundo observa Gustavo Badaró, que, dado o seu caráter de prova oral, será da essência do ato a sua produção sob contraditório judicial, “assegurando-se o direito à perguntas e reperguntas das partes e, em especial, daquele que foi delatado. Sem isso, resta inviabilizado o direito à prova do delatado, no caso, o direito de se defender provando”. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Op. Cit., p. 457.

liberdade), e de índole processual penal, relacionados intimamente à persecução penal, espaço onde ganha destaque a sua condição de *meio de obtenção de prova* e de *causa suspensiva* ou *impeditiva* do oferecimento da denúncia (*imunidade processual*) pelo Ministério Público¹⁰²⁰.

Quanto ao *acordo de leniência da Lei Anticorrupção* (Lei nº 12.846/2013, art. 16¹⁰²¹), trata-se de instituto que pode ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade, de modo que, no âmbito do poder executivo federal, a Controladoria-Geral da União é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência. Este tipo de acordo pode ser celebrado apenas com pessoas jurídicas, não se aplicando a pessoas físicas. Ademais, seus efeitos são restritos à esfera

1020 Lei n.º 12.850/2013. Art. 4º, §§ 3º e 4º

1021 Lei 12.846/2013, Art. 16 “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. § 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. § 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. § 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. § 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei. § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

administrativa, e isenta a pessoa jurídica da sanção de publicação de decisão condenatória (art. 6º, inciso II) e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (art. 19, inciso IV). Ainda, reduz em até 2/3 do valor da multa aplicável, mas não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Essa lei foi recentemente regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, estando em plena fase de consolidação no Brasil. Alguns questionamentos vêm surgindo sobre o modo de sua aplicação e a compatibilização com as demais legislações já existentes. Haveria repercussão criminal imediata do acordo de leniência anticorrupção? Haveria a necessidade de intervenção do Ministério Público? Como compatibilizar o fato de a Lei Anticorrupção não conferir imunidade às pessoas físicas, com a imunidade concedida pela Lei Antitruste, em um Acordo de Leniência celebrado em ambos os órgãos? Como se sabe, são desafios em franco processo de elaboração de respostas, que estão sendo alvo de debate e reflexão.

Diante do exposto, retomamos o exemplo acima, de um grupo de sociedades empresárias que se ajustam sob um cartel e que uma delas oferece vantagens a um funcionário público visando à obtenção de alguma facilitação. Nessa situação, como já dito, existe espaço legislativo para a utilização dos três institutos de modo concomitante: a Lei do Cade (Lei n.º 12.529/2011), a Lei de Organizações Criminosas (Lei n.º 12.850/2013) e a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013). Como, portanto, conciliá-las, caso se entenda que o crime de corrupção não está diretamente relacionado à prática de cartel e que o ilícito administrativo da corrupção também não é abarcado pelo artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011?

A nosso ver, a conciliação entre os três institutos será possível e dependerá dos esforços de coordenação entre os órgãos competentes no caso concreto, bem como da atuação dos proponentes e seus procuradores. Por se tratar de um desafio recente, por algum período

inicial, é possível que algumas dúvidas existam, mas à medida que os primeiros casos forem surgindo e a prática, bem como a jurisprudência, se consolidando, a imperiosa segurança jurídica se sobressairá, em benefício de toda a sociedade. Aos advogados que representam as pessoas jurídicas e/ou físicas, caberá analisar previamente a “predominância” do tipo de ilícito, de modo que o proponente à colaboração premiada direcionará seu pedido ao Cade, ao Ministério Público e/ou à Controladoria Geral da União (CGU)/Tribunal de Contas da União (TCU).

Ao que nos cabe (ou seja, quanto ao relacionamento do crime de cartel com outros possíveis crimes e ilícitos administrativos), parece-nos que, caso se trate mais de cartel do que de outros ilícitos, procura-se primeiramente o Cade, que faz a intermediação com o Ministério Público para a celebração do Acordo de Leniência Antitruste com repercussões criminais imediatas ao crime de cartel e aos demais diretamente relacionados. Por outro lado, caso se trate mais de outros ilícitos (como lavagem de dinheiro e organização criminosa), sendo o cartel apenas uma pequena parcela diante de todos os crimes praticados, pode-se entender ser mais interessante procurar o Ministério Público, que poderá imediatamente contatar o Cade para que seja iniciada a negociação de um Acordo de Leniência Antitruste – isso, claro, se estiverem preenchidos os requisitos legais da Lei nº 12.529/2011. Ainda, caso se trate mais de corrupção do que de cartel, ao proponente caberá avaliar como levar seu caso ao Ministério Público e/ou à CGU/TCU, que também poderão, em seguida, contatar o Cade, mantidas as garantias de sigilo legal exigidas pela legislação do Acordo de Leniência Antitruste (art. 86 da Lei nº 12.529/2011).

Finalmente, cabe-nos discutir mais uma situação que se põe como desafio: seria possível realizar acordo do gênero “colaboração premiada” em *infrações relacionadas à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)*? De fato, tendo presente que os crimes contra a administração pública, como, por exemplo, o peculato e a corrupção passiva, representam também atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (cf. art. 9º da Lei nº 8.429/1992),

o agente público estará submetido, ao mesmo tempo, ao Código Penal e à Lei de Improbidade Administrativa. Seria o caso, por exemplo, de um ato de enriquecimento ilícito, em prejuízo ao erário, do agente privado em coautoria com um agente público, que implementa, dentre seus objetivos, um cartel para fraudar uma licitação pública. Diante da previsão legal do art. 17, §1º da Lei nº 8.429/1992, que veda transação, acordo ou conciliação nesse tipo de ação, questiona-se: seria possível celebrar um acordo de colaboração premiada quanto às infrações que caracterizam improbidade administrativa?

Em que pese a existência de corrente doutrinária que nega essa possibilidade, cumpre pontuar o argumento vanguardista de MENDONÇA no sentido da sua viabilidade: “*a interpretação teleológica nos conduz nesse mesmo sentido. É indubitável que a vedação da lei de improbidade visa impedir que o interesse público seja lesionado. Porém, em casos de colaboração, sobretudo quando auxilia na recomposição no patrimônio público lesionado, o interesse público está sendo mais bem protegido, pois a Administração atingida é a mesma, as partes são as mesmas e o acordo acelera a reparação do dano causado ao erário e recuperação de ativos*”.¹⁰²² Assim, é possível, sim, que se vislumbre a celebração de um acordo de colaboração premiada, sendo que, nesse caso, o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, autores da ação, realizarão pedido meramente declaratório quanto à ação de improbidade em face do colaborador, sem demandar a efetiva aplicação das sanções.

1023

Esse raciocínio já foi aceito, por exemplo, em sede da Ação de Improbidade Administrativa n. 2006.50.01.009819-5113, que tramitou perante a Justiça Federal de Vitória/ES, em que se aplicou a colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa

1022 MENDONÇA, Andrey Borges de, *Roteiro de Colaboração Premiada*, São Paulo: Mimeo, 2012.

1023 No sentido da existência de dois pedidos principais quando de uma ação de improbidade administrativa: “*primeiramente, o pedido de que o juiz reconheça a conduta de improbidade (pedido originário, de natureza declaratória); depois, o pedido de que, sendo procedente a ação, sejam aplicadas ao réu as respectivas sanções (pedido subsequente, de natureza condenatória)*”. CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2011.

aos réus.¹⁰²⁴ Ademais, vem sendo também pleiteado, por exemplo, na Ação de Improbidade Administrativa n. 5006628-92.2015.4.04.7000, que tramita perante a Justiça Federal do Paraná, na denominada “Operação Lava Jato”.¹⁰²⁵

2.3. ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Um terceiro desafio recente da repercussão criminal do Acordo de Leniência diz respeito à celebração dos Termos de Compromisso de Cessação com o Cade (TCC): qual seria sua repercussão criminal, especialmente quando comparado com as repercussões criminais imediatas do Acordo de Leniência Antitruste?

Nos termos do artigo 85 da Lei nº 12.529/2011, o Cade poderá tomar compromisso de cessação da prática investigada ou de seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que tal compromisso atende aos interesses protegidos por lei. O §1º deste mesmo dispositivo legal estabelece os requisitos mínimos que deverão constar do referido termo de compromisso, a

1024 Ação de Improbidade Administrativa n. 2006.50.01.009819-5113, Justiça Federal de Vitória/ES: “a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade e de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios, com redução expressiva da sanção imposta”.

1025 Ação de Improbidade Administrativa n. 5006628-92.2015.4.04.7000, Justiça Federal do Paraná: “É de se ver também o que dispõe o art. 37 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, categoria na qual, *mutatis mutandis*, enquadraram-se os atos de improbidade administrativa: (...) O raciocínio é aplicável para a extensão dos efeitos penais de um acordo de colaboração à esfera cível, ainda que o contrário não possa ser feito. As normas penais, dado seu caráter fragmentário e residual, representam a tutela mais extrema dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Se uma sanção penal, mais grave, pode ser afastada ou mitigada para alcançar um bem maior, uma penalidade menos grave também pode, especialmente quando isso é necessário para manter a coerência da atuação do Estado e criar um ambiente favorável à descoberta e comprovação de novos fatos criminosos por meio de acordos de colaboração futuros. Por fim, destaca-se que, em caso de quebra do acordo firmado, o MPF poderá, a qualquer momento, pleitear a aplicação das sanções correspondentes aos atos de improbidade praticados.”.

saber: (i) a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (ii) fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível; e (iii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas. Outros requisitos, a serem observados tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes (ou seja, em casos de cartel), são: (iv) reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário, nos termos do art. 185 do RICADE¹⁰²⁶, e (v) colaboração do compromissário com a instrução processual, nos termos do art. 186 do RICADE¹⁰²⁷.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a exigência contida no Regimento Interno do Cade do reconhecimento de participação na conduta investigada – exigência esta considerada legítima e confirmada pelos tribunais brasileiros¹⁰²⁸ – pode ser interpretada como não representativa, necessariamente, de confissão formal nos moldes criminais (prevista no artigo 65, III, “d” do Código Penal e nos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal). Isso porque a confissão pressupõe o elemento subjetivo do agente (culpa e/ou dolo), com o reconhecimento da imputação legal que lhe é feita no crime, ao passo

1026 RICADE. Regimento Interno do CADE. Art. 185. “*Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário*”.

1027 RICADE. Regimento Interno do CADE. Art. 186. “*Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, termos do Art. 181, §4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução*”.

1028 Sobre a exigência de reconhecimento da participação na conduta, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu no sentido de que “*a norma inserta no Regimento Interno do CADE não extrapolou os limites estabelecidos na legislação de regência, mas apenas veio regulamentar, com base em critérios objetivos, em que situações seria possível a celebração de Termo de Compromisso de Cessação, sendo que, no caso, é condição essencial para tanto o reconhecimento da participação na conduta por parte do compromissário*”. Agravo de Instrumento 0070598-57.2013.4.01.0000/DF (30.01.2014) e Agravo de Instrumento 0004708-40.2014.4.01.0000 (03.02.2014), Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian.

que o TCC exige simplesmente o reconhecimento de participação *nos fatos*, sem esse elemento subjetivo. Trata-se, portanto, de forma mais tênue de reconhecimento, que pode ser interpretada como resultante apenas em efeitos administrativos, sem repercussões criminais imediatas. O reconhecimento da participação na conduta investigada, em sede do TCC no processo administrativo, portanto, não poderia ser processualmente utilizado como se confissão formal fosse no processo criminal.

Em que pese isso, caso o Compromissário em sede do TCC queira colaborar também com a investigação criminal, será necessário conciliar a celebração do TCC no Cade com um acordo de colaboração premiada no âmbito criminal. Nesse contexto, tem-se a oportunidade de o infrator da legislação antitruste, querendo colaborar em ambas as investigações, solicitar ao Cade que intermedeie seu contato com o órgão do Ministério Público que detém atribuição para a persecução criminal. Havendo espaço e interesse na colaboração premiada, esta poderá ser negociada com o Ministério Público e homologada pelo juiz. Cumpre pontuar que, nesse caso, ao contrário do que acontece com o Acordo de Leniência, cada órgão atuará de maneira independente, respeitando suas respectivas legislações específicas, não sendo necessário – apesar de não ser impossível – a assinatura de um único documento com efeitos em ambas as esferas. A coordenação entre os dois órgãos, mais uma vez, deve imperar, para a garantia da segurança jurídica e para o benefício dos administrados e da sociedade brasileira.

3. CONCLUSÃO

O Programa de Leniência Antitruste brasileiro comemora neste ano quinze anos. Ao total, até o presente momento - junho de 2015 -, foram celebrados 45 (quarenta e cinco) novos acordos, que permitiram o dismantelamento de cartéis em diversos mercados e que, dada a natureza secreta do ilícito, muito dificilmente seriam descobertos de outro modo. Com fundamento, dentre outros fatores, no Programa de

Leniência Antitruste, o Cade foi reconhecido, em 2015, como a melhor autoridade antitruste das Américas: *“the development of CADE’s work also produced na increase in the leniency agreements number in Brazil and forced companies to improve their compliance programmes”*¹⁰²⁹.

Em paralelo, recentemente tem-se verificado uma onda de colaborações processuais no Brasil, que tem permitido a descoberta e a persecução de crimes que muito possivelmente também não seriam descobertos se não fosse pela utilização desses institutos de “colaboração premiada”. Observa-se, também, que o ilícito do cartel está muitas vezes relacionado à prática de outros crimes, como o de fraude à licitação, corrupção, lavagem de dinheiro, associação criminosa, falsificação de documentos, dentre outros, o que evidencia a interface recente e crescente dos Acordos de Leniência Antitruste com aquelas “colaborações premiadas” previstas em outras legislações especiais no Brasil.

Foram propostas no presente artigo breves considerações – mais em forma de questionamentos do que de apresentação e respostas objetivas – a respeito de alguns dos desafios que se impõem na atualidade ao Programa de Leniência Antitruste brasileiro em sua interface criminal. Todos esses desafios representam importantes oportunidades para que o Cade continue consolidando seu posicionamento nacional e internacional como órgão de excelência na persecução a cartéis, capaz de se coordenar com diversos órgãos da Administração Pública de maneira eficiente e eficaz, notadamente o Ministério Público.

Além destes desafios, outros não deixam de aparecer e também merecem ser debatidos com profundidade e seriedade pela doutrina jurídica brasileira, como por exemplo, a necessidade de definição clara, pela jurisprudência brasileira, sobre a competência na justiça

1029 Global Competition Review. *CADE receives award of Agency of the Year – Americas* (15.05.2015). Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/>> e <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?3df00108190ee220ea58eb471f28>> (último acesso em 18.07.2015).

criminal para a investigação dos crimes de cartel¹⁰³⁰, bem como e a possibilidade de se coordenar com outras autoridades antitruste no exterior em casos de leniência multijurisdicional, tanto para na fase de negociação do Acordo de Leniência Antitruste quanto na fase de eventual condenação e prisão dos infratores¹⁰³¹. Ainda, ao longo dos próximos anos, certamente novos desafios irão surgir, de modo que a força do Programa de Leniência brasileiro continuará a ser evidenciada não tanto pelos eventuais problemas e/ou desafios, mas sim pelo posicionamento firme, inovador e juridicamente seguro de agir diante dessas situações, tornando os desafios em oportunidades.

1030 MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Ed. Singular, 2013. p. 280.

1031 SNYDER, Brent. *Leniency in Multi-Jurisdictional Investigations: Too Much of a Good Thing?*, 06.07.2015. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/315474.pdf>> (último acesso em 18.07.2015).

Amanda Athayde

CARTÉIS INTERNACIONAIS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Publicado originalmente em: *Defesa da Concorrência: estudos e votos /*
Organizador: Vinícius Marques de Carvalho. Editora Singular. 2015.

Vinícius Marques de Carvalho

Amanda Athayde

Bernardo Becker Fontana

RESUMO: Este artigo pretende analisar a estratégia de combate a cartéis internacionais adotada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Inicialmente, demonstra-se a importância da tarefa de investigação, persecução e punição de cartéis, fundamentada na legislação brasileira, e defini-se o conceito de cartel internacional. Em seguida, o objetivo de combate aos cartéis internacionais é inserido no contexto de formulação de políticas públicas no Brasil. Adiante, promove-se uma breve exposição do histórico brasileiro de combate aos cartéis internacionais. Após, são expostas as dificuldades enfrentadas pelas autoridades antitruste na persecução de cartéis internacionais, e são listados os instrumentos à disposição do SBDC para realizar a tarefa. Por fim, o artigo apresenta as perspectivas da estratégia de combate a cartéis internacionais para o Novo CADE, levando em consideração a sanção presidencial da Lei nº. 12.529, de 1º de dezembro de 2011, que reformula o SBDC.

ABSTRACT: This essay aims to assess the work of the Brazilian Competition Policy System (BCPS) towards fighting international cartels. First, it demonstrates the importance of the task of investigating, prosecuting and punishing cartels, according to Brazilian Law, and it gives a definition to the concept of international cartel. Second, it displays the fight against international cartels within the context of public policy-making in Brazil. Third, it presents a brief historical overview of the fight against international cartels in Brazil.

Forth, the difficulties faced by antitrust authorities when prosecuting international cartels are exposed, as well as the tools available for BCPS to tackle them. Finally, the essay presents the perspectives for the fight against international cartels in the New CADE, taking in regard the presidential sanction to Law No. 12,529 of January 1st, 2011, which reformulates BCPS.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil – concorrência – antitruste – política pública – cartel – internacional

KEYWORDS: Brazil – competition – antitrust – public policy – cartel – international

1. A ESTRATÉGIA DE COMBATE A CARTÉIS NO BRASIL

Cartel é um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar preços e/ou quotas de produção e dividir clientes e/ou mercados de atuação.¹⁰³² Trata-se, portanto, de qualquer ato que tenha por objeto ou efeito limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a concorrência ou a livre iniciativa. Essa conduta anticompetitiva pode envolver as seguintes práticas: (a) fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado; (b) estabelecimento de restrições e/ou quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou à produção de bens ou serviços; (c) adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas – por exemplo, combinação quanto ao teor de cada

1032 Essa definição de cartel vem sendo usualmente utilizada pela Secretaria de Direito Econômico em suas Notas Técnicas e também nas cartilhas de difusão da cultura da concorrência. Nesse sentido também afirma HOVENKAMP, para quem “cartel é um acordo entre empresas concorrentes para reduzir sua produção aos níveis acordados ou vender a um preço acordado”. Tradução livre de “*A cartel is na agreement among otherwise competing firms to reduce their output to agreed upon levels, or sell at an agreed upon price*”. HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Group, 1999. para. 4.1.

uma das propostas; e (d) divisão e/ou alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores.¹⁰³³

Considerado a mais grave lesão à concorrência dentre as condutas anticompetitivas, o cartel prejudica seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Além disso, tal conduta limita artificialmente a concorrência e traz prejuízos à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. O resultado é a perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, a perda da competitividade da economia nacional. Os objetivos primordiais da persecução de cartéis são, assim, a cessação da conduta, a compensação das vítimas e a dissuasão de práticas similares no futuro.

Segundo a OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo,¹⁰³⁴ causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. A literatura econômica também é unânime em apontar que os efeitos líquidos do cartel à sociedade são sempre negativos. Ademais, a experiência em jurisdições com grande tradição antitruste é uníssona na constatação de que os prejuízos à economia são sempre significativos, e qualquer modelo teórico de livro-texto aponta como lição básica os prejuízos líquidos na alocação ineficiente dos recursos produzidos na sociedade pelos cartéis. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) também presume os efeitos negativos à sociedade decorrentes de acordos de cartéis.¹⁰³⁵

No Brasil, a persecução aos cartéis encontra fundamentação legislativa no artigo 1º, “*caput*”, da Lei nº 8.884/94 (artigo 1º, “*caput*”,

1033 SDE. **Combate a cartéis e programa de leniência.** Coleção SDE/CADE n. 01/2009. p. 25.

1034 OCDE. **Fighting Hard Core Cartels:** Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs. Paris: OCDE, 2002, p. 77. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf>>. Acesso em: 02.12.2011. Tradução livre de “[...] *estimates that on average, cartels produce overcharges amounting to 10% of the affected commerce and cause overall harm amounting to 20% of affected commerce*”.

1035 Vide, por exemplo, Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas).

da recém sancionada Lei nº 12.529/11), em linha com os preceitos contidos nos artigos 170 e 173, §4º, da Constituição Federal de 1988. Preceitua-se que constituem função estatal a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Há, desta feita, um poder-dever do Estado de agir para investigar, com todos os recursos possíveis, práticas que possam representar utilização abusiva do poder de mercado, como é o caso dos cartéis.

O combate a cartéis no Brasil deve incrementar, cada vez mais, seus resultados, e sensibilizar um maior contingente da sociedade, e para isso é preciso garantir ações estruturantes em três eixos: administrativo, criminal e civil.

Para a persecução dos cartéis no eixo administrativo, o incremento de resultados é possível por meio da intensificação das investigações, da melhoria da gestão dos processos e da detecção dos setores mais propícios à prática do conluio. Considerando que em 1º de dezembro de 2011 foi sancionada e publicada a nova lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), mais vigor é dado à investigação administrativa das condutas anticompetitivas de cartel. Isso porque a estrutura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Novo CADE”) será reformulada, e passará a ser composta pela Superintendência-Geral, pelo Departamento de Estudos Econômicos, pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e pela Procuradoria Federal. A Superintendência-Geral será o órgão responsável pela investigação dos casos de cartel, e incorporará as atividades de combate às condutas anticompetitivas atualmente exercidas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). De acordo com dados de dezembro de 2011, a SDE conta com 509 processos administrativos em instrução (incluindo Procedimentos Administrativos, Averiguações Preliminares e Processos Administrativos *stricto sensu*), sendo que, destes, 209 são investigações de cartel e 31 tratam de influência de

conduta uniforme entre concorrentes. Mais estrutura e maior corpo técnico possibilitarão um incremento da capacidade investigativa desses conluos pelo Novo CADE.

No eixo criminal, cumpre pontuar que a Lei nº 12.529/11 alterou a tipificação dos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/90¹⁰³⁶ e manteve a regra de competência atualmente vigente¹⁰³⁷. Ademais, encontra-se em fase de consulta pública a proposta de alteração da Lei nº 8.137/90 que iguala a pena de cartel à de furto qualificado. Hoje, a pena é de dois a cinco anos de prisão ou pagamento de multa, e a proposta é de que a punição passe a ser de dois a oito anos de prisão, acrescida necessariamente de multa. Até 2010 contabilizou-se que 250 pessoas, entre donos e diretores de empresas, respondiam a processos por formação de cartel, sendo que ao menos 29 executivos já haviam sido condenados em decisão final – de primeiro ou segundo grau – por crime de cartel, a penas que superaram os cinco anos previstos na lei específica, em vista de aplicação de agravantes previstas no Código Penal.

Outros países também reconhecem a importância da persecução criminal para o combate efetivo a cartéis. Nos Estados Unidos, por exemplo, um administrador pode ser condenado a até 10 anos de prisão e ao pagamento de multa de até US\$ 1 milhão. A pena média aplicada para cartéis nos Estados Unidos é de 31 meses de prisão, sendo que desde 2000 mais de 150 executivos já cumpriram pena no país por prática de cartel, **inclusive executivos estrangeiros**. Tanto é assim que, em outubro de 2011, a mídia¹⁰³⁸ noticiou que o Departamento de Justiça norte-americano (DoJ) está processando criminalmente dois executivos brasileiros (presidentes, no Brasil, da Whirlpool e da

1036 Lei nº 8.137/90, artigo 4º.

1037 Veto ao artigo 120 da Lei nº 12.529/11.

1038 DoJ. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/275408.htm>. Acesso em: 02.12.2011. Matéria também publicada no jornal Valor Econômico. Disponível em:

<<http://www.valor.com.br/brasil/1043438/eua-estao-processando-brasileiros-por-cartel>>. Acesso: 02.12.2011.

Tecumseh), por terem participado como gestores de empresas com participação no cartel internacional dos compressores.¹⁰³⁹

Paralelamente, no eixo civil, se aposta em um salto de qualidade que advirá do estímulo à cultura da reparação de danos causados por cartéis. Essas ações privadas de ressarcimento permitem que pessoas prejudicadas por cartéis sejam ressarcidas pelos prejuízos sofridos, via ação reparatória de iniciativa do Ministério Público, de entidades de defesa do consumidor ou dos próprios consumidores.¹⁰⁴⁰

Esses três eixos de ação – administrativo, criminal e civil – têm um papel a desempenhar no âmbito do combate a cartéis internacionais. Segundo o artigo 2º da Lei nº 8.884/94¹⁰⁴¹ (artigo 2º da Lei nº 12.529/11), estão sujeitos à jurisdição da autoridade brasileira os atos que possam gerar efeitos reais ou potenciais no território brasileiro. Em se tratando, portanto, de um cartel que cause impactos negativos ao mercado interno, ainda que os atores não sejam brasileiros ou a prática não seja diretamente perpetrada no Brasil, com fundamento na “teoria dos efeitos” a SDE – e futuramente a Superintendência-Geral do Novo CADE – possui competência para, e dever de, perseguir os **cartéis internacionais** que causem danos à sociedade brasileira.

A preocupação com os cartéis internacionais não é exclusiva do Brasil. Nos últimos anos organizações multilaterais e autoridades antitruste ao redor do mundo – como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o DoJ e a Comissão Européia – mostraram-se cada vez mais preocupados com as distorções no mercado internacional resultantes da manipulação dos preços e dos mercados perpetradas por cartéis privados de empresas localizadas

1039 No Brasil, o cartel dos compressores é investigado em sede do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11.

1040 Segundo John M. Connor, a presença de um esquema institucional e legal que propicie ações privadas de reparação de danos por prejuízos advindos de cartel é determinante como fator dissuasório da conduta (**Global antitrust prosecutions of modern international cartels**, in: *Journal of industry, competition and trade*, 4:3, 239-267, 2004, pp. 24/25).

1041 Lei nº 8.884/94, 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.

em países industrializados, que reprimem a concorrência nos próprios países industrializados e também naqueles em desenvolvimento.¹⁰⁴²

Para que um cartel seja tratado como internacional, a conduta deve envolver potenciais impactos competitivos no mercado interno do país ou nas suas relações de comércio exterior. Assim, apesar de os comportamentos anticompetitivos em um cartel internacional afetarem vários países, a persecução deve ser realizada por cada autoridade antitruste nacional, de acordo com o dano que a prática causa no mercado relevante doméstico.

Dessa forma, para fins do presente artigo, **define-se cartel internacional como a conspiração para restringir o comércio, implementada por participantes – indivíduos e/ou empresas – que têm ou supostamente têm sede, residência ou nacionalidade fora da jurisdição da autoridade antitruste investigadora.** Nesse sentido, o DoJ exige o preenchimento de pelo menos um dos seguintes critérios para que um dado cartel seja considerado internacional: (i) pelo menos uma das partes envolvidas não ser nacional do país; (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não estar situada no país; (iii) a conduta considerada ilegal pela lei do país ter sido praticada fora de seu território; e (iv) para a análise ou investigação do caso ser necessária a cooperação de autoridades antitruste estrangeiras.¹⁰⁴³

Os cartéis internacionais prejudicam os **consumidores**, que sofrem com o aumento do preço do produto e/ou do serviço, e também os **produtores nacionais** (especialmente de países em desenvolvimento como o Brasil), que são impedidos de exportar para os mercados em que atuam os membros do cartel¹⁰⁴⁴. Estudo publicado no ano de 2006 indica que 79% dos casos de cartel internacional são relativos a

1042 YU, Yinne. **The impact of private international cartels on developing countries.** Stanford University, 2003, p. 3. Disponível em: < http://economics.stanford.edu/files/Theses/Theses_2003/Yu.pdf >. Acesso em: 02.12.2011.

1043 DoJ. Antitrust Division. **International Competition Policy Advisory Committee.** Final Report, 2000. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>>. Acesso em: 02.12.2002.

1044 YU. **The impact of private international cartels on developing countries**, 2003, p. 6.

produtos manufaturados (químicos, minerais não metálicos, papéis, impressões e dispositivos eletrônicos, nesta ordem), sendo que os 21% restantes se referem a serviços (construção, sistema financeiro e comunicações, nesta ordem).¹⁰⁴⁵

2. CARTEIS INTERNACIONAIS E POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRENCIA NO BRASIL

Quando o Estado interfere nos padrões institucionais da alocação de recursos econômicos, de algum modo ele está intervindo no processo de transformação da liberdade formal de iniciativa em liberdade material que caracteriza o poder na esfera econômica. Como aponta Celso Furtado¹⁰⁴⁶, o poder econômico revela-se pela capacidade do agente influenciar e modificar o meio em que atua, apresentando no seu comportamento um fator volitivo criador de novo contexto. O comportamento de quem não tem poder é meramente adaptativo, já a faculdade de transformar o contexto em que atua eleva o agente à posição de elemento motor do sistema econômico. A empresa com elevado poder econômico planifica setorialmente uma parte da atividade de um sistema econômico.

Em tese, quanto mais atomizado o poder econômico, mais espaço para uma ação coordenada macroeconômica, na medida em que maior poder se confere ao centro decisório nacional e mais distante essa racionalidade fica da soma das racionalidades individuais. Por outro lado, quanto maior a concentração de poder econômico, maior o espaço de influência dos agentes na racionalidade macroeconômica, e mais próxima ela se torna da soma das racionalidades microeconômicas. Enfim, o poder econômico concentrado pode limitar a capacidade

1045 CONNOR, John. M. **Statistics on modern private international cartels**, 1990-2005. Purdue University, Department of Agricultural Economics. 2006, p. 17-18. Disponível em:

<http://www.agecon.purdue.edu/working_papers/workingpaper.connor.11.10.06.pdf>. Acesso em: 02.12.2011.

1046 Criatividade e Dependência na Civilização Industrial. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 36 e ss.

de o Estado ordenar variáveis macroeconômicas, e de formular e implementar um conjunto coerente de diretrizes chamado política econômica.

Tomando como ponto de partida esse diagnóstico, o Estado pode dimensionar políticas públicas que tenham por objetivo: (i) regular os agentes detentores de poder econômico, controlando variáveis como preços, quantidades, entrada e saída do mercado; (ii) estabelecer a participação do Estado na produção econômica por meio de empresas estatais de modo a compensar ou equilibrar as relações de poder (poder compensatório) ou ainda criar novos mercados; e (iii) por fim, atuar no controle do abuso do poder econômico, preservando a liberdade de concorrência, através do direito antitruste.

Por quaisquer desses caminhos revela-se a inadequação da noção de “mercado livre”. Aliás, todos os países têm regulamentações estatais definindo quem pode participar de que mercados e em que termos. Como aponta Chang¹⁰⁴⁷, é unicamente porque certas regulamentações estatais (e os direitos e obrigações que elas apóiam ou até mesmo criam) são totalmente aceitas (pelos que fazem a observação, assim como pelos que participam do mercado), que alguns mercados parecem não ter “intervenção” nenhuma e, portanto, ser “livres”.

Na história brasileira nem sempre houve coerência na organização desses vetores de ação pública. Até hoje convivemos com uma aparente sobreposição de instituições responsáveis pela implementação de políticas de intervenção do Estado que nem sempre conversam entre si e, por isso, muitas vezes, atuam em sentidos opostos. Buscar essa interação e fazer da sobreposição e conflito um estímulo ao diálogo institucional e à complementaridade é um dos desafios da atual geração de gestores estatais. **Definir o combate a cartéis internacionais como uma prioridade da defesa da**

1047 “Rompendo o Modelo. Um economia política institucionalista alternativa à teoria neoliberal do mercado e do Estado”. In: ARBIX, Glauco et alli (org.). *Brasil, México, África do Sul, Índia e China: diálogo entre os que chegaram depois*. São Paulo: Unesp/Edusp, 2002, p. 107.

concorrência no Brasil é uma tentativa nessa direção. Nos próximos parágrafos tentaremos explicar o porquê.

As diversas interpretações sobre o que causou o desenvolvimento do Brasil repousam, em geral, em uma discussão sobre o processo de industrialização e suas condicionantes. Quatro interpretações são as mais conhecidas: (i) teoria dos “choques adversos”; (ii) industrialização liderada pela expansão das exportações; (iii) teoria do capitalismo tardio; (iv) e industrialização intencionalmente promovida por políticas de governo. Não é nosso objetivo aqui descrever cada uma delas, muito menos pugnar pela exatidão de uma visão específica,¹⁰⁴⁸ mas apenas ressaltar um traço comum a todas, qual seja, o de que o processo de desenvolvimento brasileiro dependeu de como a sociedade (Estado e Mercado) reagiu aos sinais recebidos do exterior.

De maneira consciente ou não, pouco importa, os atores sociais conquistaram relativa autonomia na organização de um sistema econômico razoavelmente complexo, a partir da “digestão” de sinais externos e da acumulação de capital gerada pela atividade exportadora brasileira, notadamente de commodities como o café. Talvez a nossa realidade não tenha mudado tanto nos últimos anos no que se refere ao “caminho para o desenvolvimento”. O desafio que se impõe a cada momento histórico singular é o mesmo e consiste em identificar e aproveitar, no contexto internacional, as brechas e transformá-las em verdadeiras oportunidades. Trata-se, de fato, de uma visão heterodoxa, baseada na idéia de “improviso”¹⁰⁴⁹ (*bootstrapping*)¹⁰⁵⁰ do crescimento. Ela pressupõe que economias em desenvolvimento possuem muitas das instituições e capacidades necessárias ao crescimento e que sua obstrução se deve, em geral, a uma combinação de dois obstáculos: (i) impedimentos diretos às trocas no mercado; e (ii) ausência de bens

1048 Para um estudo aprofundado sobre o tema ver: SUSIGAN, Wilson. Indústria Brasileira, origem e desenvolvimento. São Paulo: Hucitec, 2000, p. 25-46.

1049 Não uma tradução direta. O sentido buscado é o desenvolvimento de uma solução não padrão e específica às circunstâncias.

1050 SABEL, Charles. “Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth”. In: http://law.wisc.edu/gls/documents/lands_canons/bootstrapping_development_sabel.pdf

públicos de apoio, necessários à exploração do potencial. A visão de processo ou “improviso” assume que, mesmo quando ausentes distorções de mercado, o desenvolvimento requer aprendizado social contínuo. O objetivo é, portanto, criar instituições que consigam aprender a identificar e mitigar obstáculos diversos ao crescimento. Ao invés de buscar instituições públicas perfeitas, o processo busca promover a auto-correção das mesmas.

O sistema de defesa da concorrência talvez seja o exemplo mais contumaz de uma política pública com incidência nas relações econômicas em que prevalece o caráter residual, reativo e eventual.

Por meio dela é possível encontrar atalhos institucionais indutivos, menos custosos socialmente e adaptáveis a momentos históricos específicos. Nesse sentido, explorar o papel da defesa da concorrência, no contexto atual, significa interagir com duas dinâmicas: (i) um contexto de crise econômica mundial; e (ii) a conseqüente busca de estratégias de proteção nacionais contra os seus efeitos. Uma interpretação talvez um pouco açodada dessas circunstâncias poderia realçar o papel do Estado na organização de uma estrutura regulatória mais interventiva e na intensificação direta da sua atuação na economia como reação natural à crise, constatando uma perda de protagonismo da defesa da concorrência.

No entanto, o nosso aprendizado recente em termos de *enforcement* concorrencial já é suficiente para encontrarmos um espaço razoavelmente amplo para a defesa da concorrência, inclusive nos dias atuais, por vários motivos. Em primeiro lugar porque é bastante conhecida a aliança entre abuso de poder econômico no Brasil e resiliência a políticas anti-inflacionárias. Quanto maior a concentração de poder, maior o poder de planejamento setorial nas mãos dos agentes privados; maior o poder de determinar os preços de produtos essenciais; maior a resistência a reduzi-los diante do combate à inflação. Em segundo lugar, por mais que se busquem alternativas para “blindar” o país dos efeitos de uma crise, não se considera como alternativa viável, ou mesmo desejável, abortar ou desestimular as relações comerciais internacionais, de modo que

práticas anticompetitivas continuarão acontecendo em âmbito interno ou externo. Por fim, quando nos debruçamos sobre a recente política industrial, chamada “Brasil Maior”, percebemos que o almejado aumento de produtividade e competitividade da indústria nacional ancora-se em medidas de estímulo à inovação tecnológica, motor essencial da competição.

Há também, é claro, um esforço no aprimoramento das medidas de defesa comercial como instrumento de proteção do mercado interno. E é exatamente nesse aspecto que encontramos espaço para conjugar a política industrial com a defesa da concorrência, especificamente reforçando nossa capacidade de detecção e investigação de cartéis internacionais. Reafirmamos, assim, que a proteção do mercado interno não se faz apenas com a proteção da indústria vítima de prática predatória, mas também com a proteção do mercado interno de consumo. E isso deve ocorrer mesmo quando há um cartel internacional que, ao aumentar os preços para o consumidor brasileiro, torna o bem produzido aqui competitivo, ou torna substitutos produtos que não o eram, ampliando determinados mercados relevantes. Ainda que isso ocorresse, seria muito raro, na medida em que o cartel tende a elevar o preço até um nível em que não haja substitutos viáveis. Isso não significa que a conduta não extraia renda do consumidor e, que, portanto, não deva ser punida, simplesmente porque não houve uma alteração no mercado relevante. Explica-se.

De acordo com o Guia de Análise de Atos de Concentração da SEAE e da SDE, utiliza-se o teste do monopolista hipotético para definição do mercado relevante. Referido teste consiste na busca pela menor delimitação de mercado em que uma suposta estrutura monopolística – criada artificialmente no mercado – conseguiria impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento dos preços”. Para implementá-lo, é possível proceder a análises formais envolvendo simulações, testes de perda crítica, testes de cointegração de preços, dentre outros.

No entanto, quando se analisam condutas anticompetitivas, é possível que os efeitos da prática já tenham ocorrido no mercado, não sendo razoável supor que a análise prognóstica utilizada em atos de concentração seja a mais adequada. Tal questão é conhecida como “falácia do celofane”. Com efeito, esta falácia diz respeito à crítica a uma decisão da Suprema Corte Norte-americana no caso *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, (ou simplesmente caso du Pont)¹⁰⁵¹. Na prática, isso quer dizer que **um cartel internacional pode, ao aumentar o preço de um produto, causar um impacto negativo não só ao consumidor, como à indústria nacional**, seja quando o produto passar a fazer parte de outro mercado relevante, seja quando se tratar de um insumo usado na cadeia produtiva. Nesse último caso, a conduta pode implicar aumento de preço no produto final, tornando-o menos competitivo em relação ao produto final importado de um país em que o impacto do cartel internacional é inexistente ou menor.

Após definirmos cartéis, seu impacto na vida econômica, e fundamentarmos como opção de *policy* o fortalecimento das estratégias de combate a cartéis internacionais, passaremos a uma breve análise descritiva dos casos mais importantes de persecução administrativa desta conduta anticompetitiva pelas autoridades brasileiras.

3. O BRASIL NA PERSECUÇÃO DOS CARTÉIS INTERNACIONAIS

Ao longo dos últimos anos, pôde-se verificar que a experiência brasileira relativa à persecução e à punição de cartéis internacionais

1051 No referido caso, a empresa Du Pont havia sido acusada de tentar monopolizar o mercado de celofane. Por outro lado, a Du Pont argumentou que havia grande elasticidade cruzada da demanda entre o celofane e outros papéis para embrulhos. Assim, em razão disto, a Du Pont passaria a ter apenas 17% do mercado, o que demonstrava a inexistência de poder de mercado e, portanto, a impossibilidade de ter monopolizado o mercado. De acordo com alguns doutrinadores, o erro da Suprema Corte foi ter utilizado o teste do monopolista hipotético em um caso de investigação de prática anticoncorrencial, já que antes da prática anticompetitiva, não havia a referida elevada substitutibilidade entre celofane e outros papéis. Aliás, foi justamente o aumento do preço do celofane que teria possibilitado a reconceituação do próprio mercado relevante.

perpassa, necessariamente, o julgamento do **Cartel Internacional das Vitaminas**, dado que este **foi o primeiro cartel internacional investigado e punido pelo SBDC**.¹⁰⁵² Entre 1990 e 1999, as nove maiores fabricantes mundiais de vitaminas (incluindo BASF AG, F. Hoffman La Roche AG, Aventis S.A, Merck KgaA e Solvay Pharmaceuticals) dividiram o mundo em regiões de atuação e discutiram preços e volume de vendas das vitaminas A, E, B2, B5, C e beta-caroteno.

Pelo teor dos documentos norte-americanos, verificou-se que a formação do cartel se deu por meio de participação em reuniões e conversas, realizadas tanto nos Estados Unidos quanto em outros países. Durante os encontros, pactuavam-se o aumento e a manutenção de preços das vitaminas; a divisão entre co-autores corporativos dos respectivos volumes aproximados a serem comercializados; o intercâmbio de informações acerca das vendas e dos clientes com o objetivo de monitorar e reforçar a adesão dos participantes do cartel; a divulgação de preços e cotações segundo o acordado entre os participantes; e a venda dessas vitaminas pelos preços pactuados e de acordo com os volumes decididos em comum entre os participantes. Quanto aos complexos vitamínicos, pactuavam-se formas de fraudar licitações – como, por exemplo, por meio da abstenção de apresentação de propostas ou apresentação de propostas intencionalmente altas, tudo de forma a antecipar, entre os participantes, o vencedor selecionado para aquelas licitações.¹⁰⁵³

O cartel foi descoberto porque um dos participantes, a empresa Rhone-Poulenc (atual Aventis), confessou a prática às autoridades norte-americanas e europeias e colaborou com as investigações em troca de imunidade. Como resultado da investigação, o DoJ fez acordos com as investigadas F. Hoffman La Roche e BASF, que resultaram na confissão da prática por tais empresas e no pagamento de, respectivamente, US\$ 500 milhões e US\$ 225 milhões de multa. Houve também prisão dos executivos envolvidos. Na mesma linha, em 2011

1052 Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18.

1053 Voto do então Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva, Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18, p. 11.

a Comissão Europeia multou participantes do cartel em mais de € 850 milhões, tendo a Rhone-Poulenc recebido imunidade administrativa por confessar a prática no âmbito do programa de leniência.

No Brasil, a SDE iniciou investigação do Cartel das Vitaminas em maio de 1999, após a veiculação de matérias em jornais informando acerca das ações do DoJ em face das empresas formadoras desse cartel internacional no mercado de vitaminas. No processo administrativo, figuraram como representadas as empresas que comercializavam vitaminas no Brasil, pertencentes ao grupo econômico das empresas condenadas.¹⁰⁵⁴ Em 2007 o CADE condenou as empresas BASF, F. Hoffman La Roche e Aventis em mais de R\$ 15 milhões pela prática de cartel com efeitos no mercado brasileiro. Segundo o Conselho, essas empresas teriam restringido a oferta e elevado preços de vitaminas na segunda metade da década de 90 no Brasil, além terem impedido a entrada de vitaminas chinesas a preços mais baratos no Brasil.

Estudo publicado em 2003, realizado por pesquisadores estrangeiros, estimou que o impacto desse cartel no Brasil ao longo de toda a sua duração (1990 a 1999) teria levado a um prejuízo de mais de US\$ 183 milhões com o sobrepreço pago sobre as importações de numerosos tipos de vitaminas.¹⁰⁵⁵ Essa diferença de valor entre a multa aplicada pelo CADE e os cálculos econômicos registram a dificuldade de se definir o montante exato do dano causado à sociedade brasileira como decorrência do cartel.

No âmbito do suposto cartel internacional no setor de **mangueiras marítimas**, a opção adotada pelo CADE em 2008 foi a celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC).¹⁰⁵⁶ Por força desse acordo, a Administração Pública, por meio do CADE, com a intervenção do Ministério Público, abriu mão do prosseguimento do processo

1054 Parecer da SDE no Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18, p. 11.

1055 CLARKE, J. L. SIMON, J. E. **The deterrent effects of national anticartel laws: evidence from the international vitamins cartel.** *Antitrust Bulletin*, 2003. pp. 720-723. *Apud* Voto do então Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva. Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18, p. 18.

1056 Vide Requerimentos nº 08700.005321/2008-81, nº 08700.001882/2008-19 e nº 08700.002312/2009-19.

administrativo enquanto estivessem sendo cumpridos os termos do compromisso,¹⁰⁵⁷ ao passo que os administrados se comprometeram às obrigações nele expressamente previstas.¹⁰⁵⁸ Essa pode ser uma alternativa interessante tanto para a Administração Pública quanto para o administrado, e compõe um dos instrumentos utilizados pelo SBDC voltado a elevar o grau de eficácia material da legislação.¹⁰⁵⁹

Atualmente está em análise do Conselho, sob a relatoria do Conselheiro Carlos Emmanuel Ragazzo, processo administrativo que busca avaliar se houve ou não colusão internacional com efeitos no Brasil no setor de **lisinas**, um aminoácido obtido da soja e utilizado em diversos aditivos de alimentos.¹⁰⁶⁰ Segundo parecer da SEAE, o cartel – já condenado em países como Estados Unidos e México e na União Européia – teria ocorrido entre junho de 1992 e junho de 1995 com o objetivo de: acordar em nível mundial o patamar de preços da lisina para ração animal e seus incrementos; acordar o volume de vendas de cada participante no mercado mundial; acordar a forma e as datas para o anúncio dos preços; impedir a entrada de novas empresas no mercado; e participar de reuniões para vigiar e forçar a adesão aos acordos anteriores.

Também pendente de análise do CADE está o processo administrativo que investiga suposto cartel internacional no setor de **peróxidos**.¹⁰⁶¹ Neste, as empresas teriam participado de um cartel internacional entre os anos de 1992 e 2004 com o intuito de combinar o preço do peróxido de hidrogênio e dividir o mercado.

1057 FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 144/145.

1058 Eros Grau e Paula Forgioni sustentam que o administrado comprometer-se-ia a fazer cessar imediatamente a prática, sem confessar matéria de fato ou reconhecer eventual ilicitude (Compromisso de Cessação e Compromisso de Desempenho na Lei Antitruste Brasileira. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 232/233).

1059 GRAU; FORGIONI. Compromisso de Cessação e Compromisso de Desempenho na Lei Antitruste Brasileira, 2005, p. 231.

1060 Processo Administrativo nº 08012.004897/2000-23.

1061 Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77.

Outro caso que merece atenção é o suposto cartel dos **compressores** (Processo Administrativo 08012.000820/2009-11).¹⁰⁶² Trata-se de um *case* de sucesso em sede de persecução de cartéis internacionais, dado que a obtenção de provas do conluio foi possível graças à realização de busca e apreensão simultaneamente pelas autoridades antitruste do Brasil, pelo DoJ e pela Comissão Européia. As buscas foram feitas em São Paulo, São Carlos e Joinville e em empresas nos Estados Unidos, na Itália e na Dinamarca. Até o presente momento foram firmados TCCs com 18 representados – 15 pessoas físicas e 3 pessoas jurídicas – dentre os 20 investigados no total.

Atualmente, há 209 processos administrativos cuja conduta é cartel em sede de instrução na SDE – dado de dezembro de 2011. Destes, 23 analisam supostos cartéis internacionais com efeitos no Brasil. A instauração de todos esses processos decorreu da celebração de acordos de leniência, o que confirma a importância desse programa institucional para a estratégia de combate a cartéis, conforme será salientado adiante. Algumas dessas principais investigações são as seguintes: Processo Administrativo nº 08012.003267/2008-97 sobre fertilizantes; Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18, sobre mangueiras marítimas; Processo Administrativo nº 08012.009264/2002-71, sobre eletrodos de grafite; e Processo Administrativo nº 08012.011980/2008-12, sobre painéis de TFT-LCD.

Observa-se, com base no exposto, que o SBDC vem acumulando experiência na persecução dos cartéis internacionais ao longo dos anos. A evolução recente do Brasil nessa seara é digna de nota, como bem ressaltado por autoridades internacionais¹⁰⁶³ e também

1062 SDE. Nota de instauração do Processo Administrativo 08012.000820/2009-11, versão pública. “Compressores herméticos para refrigeração são equipamentos concebidos para comprimir fluido refrigerante. Os compressores são utilizados para diversas aplicações da indústria de refrigeração, incluindo os produtos da chamada “linha branca” (refrigeradores e freezers, “R&F”), além de outras, tais quais, resfriadores de líquidos, vending machines, bebedouros, tanto para aplicação doméstica quanto comercial.”

1063 Durante a Conferência da Rede Internacional de Concorrência (*International Competition Network - ICN*) de 2008, o representante do DoJ, Scott Hammond, ressaltou que o programa brasileiro de leniência era um modelo a ser seguido. Esse posicionamento foi reafirmado em 2011, em palestra interna apresentada pelo mesmo

por advogados atuantes no sistema¹⁰⁶⁴. Ocorre que, pela sua própria natureza internacional, o combate a essas condutas demanda da autoridade antitruste brasileira instrumentos processuais e de investigação mais complexos. Além disso, a criação do Novo CADE apresenta perspectivas interessantes para essa tarefa, que pode contar com um fortalecimento dos instrumentos já existentes, como será demonstrado a seguir.

4. A PERSECUÇÃO DE CARTÉIS INTERNACIONAIS NA PRÁTICA: DIFICULDADES E INSTRUMENTOS

Atualmente, o Brasil ocupa papel de destaque na comunidade internacional pelos resultados obtidos em seu programa de combate a cartéis, e qualquer observador atento reconhecerá que muito já foi feito em nosso país. Apesar disso, ainda há muito que ser aprimorado, especificamente no que se refere a cartéis internacionais. Nessa tarefa, a experiência das jurisdições estrangeiras com longa tradição antitruste é de extrema valia para nosso aprendizado.

Cientes disso, cumpre-nos pontuar, inicialmente, algumas das dificuldades enfrentadas pelas autoridades nacionais nessa tarefa de persecução à conduta anticompetitiva considerada a mais danosa para a sociedade (4.1). Em seguida, passar-se-á à exposição dos instrumentos considerados mais relevantes para a eficácia dessa estratégia (4.2).

representante ao corpo técnico da SDE. Ainda, pontue-se que, em dezembro de 2010, em painel que discutia cartéis internacionais no Seminário do IBRAC, dois advogados estrangeiros afirmaram que seus clientes consideram a relevância do programa de leniência brasileiro em mesmo patamar daqueles realizados nos Estados Unidos e na União Européia.

1064 MEDRADO, René G. S. TORRE, Eduardo Felisoni. **Cooperação Internacional no Combate a Cartéis**. 2009. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_artigo/pdf/130509155121anexo_bi2056.pdf>. Acesso em: 02.12.2011.

4.1. DIFICULDADES INERENTES À PERSECUÇÃO DE CARTÉIS INTERNACIONAIS

Segundo o guia de melhores práticas de combate a cartéis da Rede Internacional de Concorrência (*International Competition Network – ICN*)¹⁰⁶⁵, a cooperação internacional entre as autoridades de concorrência pode ocorrer em todas as fases do processo investigativo e persecutório.¹⁰⁶⁶ Na fase prévia à efetiva investigação, o auxílio seria mais informal, relativo ao modo de coleta de informações, à definição dos mercados relevantes, à seleção de empresas-alvo e à indicação das medidas que visam à preservação das provas. Durante o processo investigativo propriamente dito, os órgãos poderiam, por exemplo, realizar concomitantemente operações de busca e apreensão (o que aconteceu no caso do suposto cartel internacional dos compressores, supra mencionado) ou mesmo realizar intimações e depoimentos de executivos que estejam localizados em outras jurisdições. Ainda, na fase pós-investigação, as autoridades poderiam colaborar por meio da discussão do caso entre membros do corpo técnico de cada órgão e também pelo **intercâmbio de documentos** obtidos durante a investigação.

Existe verdadeira celeuma, no entanto, a respeito da utilização desses documentos obtidos em sede de investigação do cartel em outra jurisdição, especialmente quando decorrentes de leniência em outro

1065 A ICN tem por objetivo a troca de experiências e melhores práticas em defesa da concorrência, bem como fomentar a cultura de defesa da concorrência em países em desenvolvimento e prestar assistência às agências mais jovens, criadas recentemente. A rede promove estratégias de convergência, referentes aos procedimentos e forma de tratamento dos casos, visando à geração de benefícios tanto para empresas nacionais e internacionais, quanto para as agências antitruste, por meio de uma política de concorrência internacional inequívoca. Site oficial da ICN: < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>.

1066 International Competition Network: Cartel Working Group – Subgroup 1 – General framework: **Co-operation between Competition agencies in Cartel investigations**. Sixth Annual ICN conferente, Moscow, Russia (May 30 – June 1, 2007). Disponível em: <http://en.fas.gov.ru/netcat_files/Analitical%20materials/MKS/Report%20on%20Co-operation%20between%20competition%20agencies%20in%20cartel%20investigations.pdf>. Acesso em: 02.12.2011

país. Levantam-se possíveis nulidades processuais, como a garantia de o acusado não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo; a ilegalidade na utilização de provas que, mesmo importadas, tenham sido produzidas em condições não aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro; além da dificuldade de se coordenarem processos com graus diversos de complexidade entre agências com graus distintos de maturidade institucional.¹⁰⁶⁷ A par dessas dificuldades, sugere-se a possibilidade de serem intercambiadas as seguintes informações:¹⁰⁶⁸

- i. *Informações públicas*: nesse caso, uma agência simplesmente auxilia a outra a otimizar seu tempo e repassa informações que já estão no domínio público, como, por exemplo, um relatório de marketing, divulgado pela própria empresa, o qual seja de difícil obtenção;
- ii. *Informações da agência/órgão*: são informações que não estão necessariamente em domínio público, mas que são produzidas pela própria agência, como, por exemplo, o estágio da investigação, os próximos passos que foram planejados, uma orientação preliminar sobre o caso, ou as conclusões alcançadas sobre o mercado e sobre a natureza da conduta;
- iii. *Informações das partes envolvidas em domínio da agência investigadora*: essas informações podem ter sido fornecidas voluntariamente (em sede de acordo de leniência) ou compulsoriamente (por exemplo, decorrentes de buscas e apreensões ou de respostas a ofícios encaminhados pela autoridade);
- iv. *Informações das partes obtidas por outra agência*: são aquelas obtidas quando duas agências investigativas possuem estreitos laços de cooperação e uma delas obtém a informação a pedido da outra.

1067 MEDRADO, René G. S. TORRE, Eduardo Felisoni. **Cooperação Internacional no Combate a Cartéis**, p. 3.

1068 ICN. **Co-operation between Competition agencies in Cartel investigations**, p. 7.

Outra difícil tarefa na atividade de investigação e persecução de cartéis é a **quantificação dos ganhos ilícitos** obtidos pelas empresas em colusão, bem como o esforço de **mensuração dos danos provocados** pelo cartel internacional à economia nacional. Isso porque não se tem, de forma exata, a quantidade de produtos e/ou serviços que foram importados e/ou vendidos no país com sobrepreço, especialmente quando se trata de um produto intermediário ou um serviço. Como auferir, por exemplo, o impacto de um sobrepreço decorrente de cartel internacional no mercado de borracha? Caso o mercado tenha produção apenas internacional e o Brasil obtenha a borracha apenas por meio de importações – o que já é uma simplificação da realidade – não se poderia utilizar simplesmente o montante total de produto importado e seu respectivo valor. Isso porque a borracha é utilizada como insumo de diversos produtos, que devem ser indiretamente considerados na análise, por também resultarem em sobrepreço.

A maneira simplificada de se quantificar o ganho ilícito decorrente do cartel é multiplicar o aumento do preço resultante do acordo cartelizante pelo montante de receita, em unidades, sujeita ao acordo. Ocorre que, para a quantificação da margem de lucro ilícita, é necessária a determinação do preço hipoteticamente competitivo, para ser comparado com o efetivamente cobrado e, assim, se obter o *overcharge*. Para tanto, pode-se fazer uma previsão de qual seria o preço de mercado ou utilizar um marco de preço (*benchmark price*), determinado a partir do exame de um ou mais mercados comparáveis àquele afetado pela colusão.¹⁰⁶⁹ Ambas as simplificações podem resultar em erro de cálculo, o que dificulta a análise dos incentivos das empresas à perpetração da conduta.

Quanto à mensuração dos danos provocados pelo cartel no mercado, esta tampouco constitui tarefa fácil.¹⁰⁷⁰ É nesse sentido que afirma a OCDE, *in verbis*:

1069 OCDE, **Fighting hard core cartels**, 2002, p. 72. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf>>. Acesso em: 02.12.2011.

1070 Ainda que, na esteira da jurisprudência do CADE, não seja necessário provar a ocorrência desses prejuízos aos consumidores para condenar o cartel, já que seus

“Não é, no entanto, fácil quantificar esses efeitos. Isso requer uma comparação da situação atual do mercado sob o cartel com a que existiria em um hipotético mercado competitivo. Autoridades de defesa da concorrência normalmente não tentam realizar tais cálculos, porque eles são igualmente difíceis e desnecessários na maioria das legislações”.¹⁰⁷¹

Particularmente no que diz respeito aos cartéis internacionais e seus danos provocados aos **países em desenvolvimento**, o exercício de mensuração se mostra ainda mais árduo. A par da atuação secreta dos cartéis, fato é que a ausência de persecução antitruste em diversos países em desenvolvimento leva à falta de informação sobre as atividades dos cartéis nestes mercados e à falta geral de dados sobre transações individuais que possam ter sido influenciadas pela atuação do cartel em tais países.¹⁰⁷² Nesse contexto, uma das saídas apontadas pela doutrina é o aprimoramento dos mecanismos governamentais nacionais destinados à coleta de dados sobre o comércio ao nível dos produtos (*product level*).¹⁰⁷³

Não obstante a dificuldade da realização desse cálculo econômico acerca de danos causados por um suposto cartel, potencializado pelo fato de ele ser internacional, constata-se uma notável perda social decorrente dessa prática. Sabe-se que uma elevação artificial de preços sustentável a longo-prazo implica redução da quantidade comercializada, de forma que a magnitude dessa redução terá relação direta com os prejuízos impostos pela cartelização. Assim, considerando a Lei de Demanda – em que aumentos de preço são acompanhados por reduções na quantidade

efeitos deletérios são presumidos (Voto Vogal do então Conselheiro Luiz Delorme Prado no Processo Administrativo nº 08012.004599/1999-18).

1071 OCDE, **Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges**, Paris: 2003, p. 8.

1072 LEVENSTEIN; SUSLOW; OSWALD. **Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy**, 2003, p. 40. Disponível em:

<<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/14590/1/wp03-10.pdf>>. Acesso em: 02.12.2011.

1073 LEVENSTEIN; SUSLOW; OSWALD. **Contemporary International Cartels and Developing Countries**, p. 50.

demandada – esta se reduzirá em decorrência do aumento do preço do cartel internacional.¹⁰⁷⁴ Disso, dois são os principais efeitos nocivos à sociedade: (i) a transferência de renda dos consumidores que continuam adquirindo o bem ou serviço, mas agora a um preço mais elevado; e (ii) a sonegação de oportunidades de negócios aos consumidores que deixaram de consumir o bem ou serviço por considerar o preço muito alto.

No caso dos países em desenvolvimento, há dados seguros que comprovam os prejuízos causados especialmente a essas nações pelos cartéis internacionais. Do ponto de vista dos ofertantes, companhias em colusão em países desenvolvidos podem fechar o mercado para empresas oriundas de países em desenvolvimento que queiram passar a comercializar em nível internacional. Do ponto de vista dos consumidores, há estudos que comprovam o sobrepreço suportado por consumidores de países em desenvolvimento na importação de produtos ou serviços objeto de cartelização nos países de origem.¹⁰⁷⁵

Em que pesem esses obstáculos e tendo em vista os comprovados prejuízos causados por esses acordos ilícitos, há razões convincentes para se empreender a tarefa de quantificação dos ganhos ilícitos e de mensuração dos danos ocasionados pela ação de cartéis internacionais no Brasil. No estágio atual de difusão da cultura da concorrência no país, a razão primordial é de cunho pedagógico e informativo, qual seja, informar aos consumidores e aos formuladores de políticas públicas sobre a importância da implementação de um programa governamental agressivo contra essa prática. Também, pode ser necessário calcular o dano para proporcionar reparação aos consumidores que sofrem os efeitos do cartel, por meio de ações de ressarcimento de iniciativa do Ministério Público, de entidades de

1074 Essa afirmação tem como pressuposto a elasticidade preço-demanda do produto/serviço. A respeito da relação entre sobrepreço dos cartéis, muitas previstas pela legislação e efeito dissuasório, ver CONNOR, John M. **Global antitrust prosecutions of modern international cartels**, in: *Journal of industry, competition and trade*, 4:3, 239-267, 2004, p. 1/2.

1075 LEVENSTEIN; SUSLOW; OSWALD. *International price-fixing cartels and developing countries: A discussion of effects and policy remedies*. Political Economy Research Institute, Working Paper Series, n. 53, 2003, pp. 10ss.

defesa do consumidor ou dos próprios consumidores. Ainda, porque somente mediante a compreensão do incentivo econômico das empresas (ou seja, dos ganhos esperados pela empresa com a conduta anticompetitiva) é que se poderá aplicar sanções apropriadas que tenham um real efeito dissuasório.¹⁰⁷⁶

4.2. DOS INSTRUMENTOS DE PERSECUÇÃO AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS

Vários são os instrumentos que vêm sendo utilizados pela SDE e que, futuramente, continuarão a ser empregados pela Superintendência-Geral do CADE na investigação de cartéis internacionais. O primeiro e mais notório deles é o **acordo de leniência**, por ser um dos mais efetivos instrumentos para se prevenir e punir os cartéis. Introduzido na legislação brasileira no ano 2000, o artigo 35-B da Lei nº 8.884/94 (artigo 86 da Lei n. 12.529/11) autoriza que a União, por intermédio da SDE, celebre acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, em troca de confissão e colaboração na investigação da prática denunciada, com a consequente extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável ao infrator.

O primeiro acordo de leniência no Brasil foi firmado em 2003, com um dos membros do cartel promovido por empresas de serviços de vigilância do Rio Grande do Sul.¹⁰⁷⁷ Atualmente a SDE tem a experiência acumulada de 23 (vinte e três) leniências firmadas, sendo que 100% delas tratam de cartel. Destas, 18 (dezoito) referem-se a cartéis internacionais (ou seja, quase 80% dos casos), sejam eles decorrentes de conduta praticada efetivamente no Brasil ou apenas com efeitos no país. Observa-se, portanto, que o programa de leniência, calcado no reconhecimento de que é do interesse público conceder benefícios ao participante do cartel que queira pôr fim à

1076 OCDE, Fighting hard core cartels, 2002, p. 72.

1077 Cartel dos Vigilantes, Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10.

conduta e de que o interesse no desmantelamento no cartel supera o interesse de sancionar-se uma única empresa ou indivíduo que trouxe a infração ao conhecimento das autoridades, é uma das ferramentas mais importantes para o incremento e para a eficácia condenatória dos processos administrativos investigando cartéis internacionais.¹⁰⁷⁸

Além disso, cumpre trazer à tona o fato de que a SDE está viabilizando a contratação da *Private International Cartels data set*, uma ampla **base de dados** sobre cartéis internacionais, elaborada por John M. Connor.¹⁰⁷⁹ O documento consiste em uma planilha com uma lista de mais de 600 (seiscentos) cartéis ao redor do mundo, contabilizando cerca de 1,6 milhões de células, que identificam, de forma atualizada, (i) quais foram as empresas condenadas por cartéis em outros países; (ii) qual sua participação de mercado (iii) quais foram as punições que tais empresas receberam; (iv) se há líderes no cartel; (v) a duração do cartel; (vi) o sobrepreço estimado do cartel; e (vii) a nacionalidade de cada empresa. Com a aquisição desse estudo, ter-se-á uma ferramenta que poderá auxiliar na identificação dos cartéis que já foram condenados em outras jurisdições e que requerem a abertura de processo administrativo no Brasil, pelos efeitos que causam em nosso território. Ademais, o documento poderá ser utilizado como um instrumento que permitirá a realização – internamente à SDE e futuramente ao Novo CADE – de estudos aprofundados sobre setores e mercados de amplitude internacional.¹⁰⁸⁰

Existe, ainda, a perspectiva de fortalecimento da **articulação entre diferentes atores do Poder Público nacional**. A investigação

1078 Maiores informações sobre o Programa de Leniência estão disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA05C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>.

1079 John M. Connor é Professor da Purdue University, EUA. Uma amostra de seu trabalho pode ser conferida em: <http://www.agecon.purdue.edu/staff/connor/papers/Zimmerman_Connor_Determinants_of_Cartel_Duration_04_04_05.pdf>. Acesso em: 02.12.2011.

1080 Em meados de 2010, o CADE enviou à SDE a Nota Técnica 001/2010/GRI, na qual o recém formado Grupo Técnico de Relações Internacionais (GTI/CADE) sugeriu algumas medidas a serem tomadas para fortalecer o combate a condutas colusivas transfronteiriças. Dentre as referidas medidas, o GTI sugeriu a aquisição da base de dados elaborada por John M. Connor pela SDE.

e persecução de cartéis internacionais pode depender de variáveis como a obtenção de provas resultantes de interceptação telefônica e/ou de busca e apreensão autorizada pelo Judiciário (possivelmente realizada em parceria com as polícias), da existência de dados sobre os produtos e serviços importados e/ou exportados pelo Brasil para a quantificação dos danos à sociedade (obtidos, por exemplo, no *ALICE-Web* do Ministério da Indústria, Desenvolvimento e Comércio Exterior¹⁰⁸¹). Por isso se almeja firmar parcerias institucionais ou mesmo informais com outros atores do Poder Executivo Federal, como a Polícia Federal, a Advocacia Geral da União e os Ministérios setoriais, e também com entes dos demais Poderes da União, além da coordenação de atividades com o Ministério Público (por exemplo, via MPCrim). O primeiro passo já foi dado em 2009, mediante a criação da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ENACC). Na medida que a ENACC ressalta o papel do combate a cartéis no contexto de uma política de Estado, ela possibilita uma mudança de rumo no tratamento da criminalidade organizada no Brasil, implicando atuação efetiva e articulada de todos os agentes públicos envolvidos com o tema.

Outro instrumento imprescindível para uma efetiva persecução internacional de cartéis diz respeito à **cooperação internacional**. Os processos de produção e comercialização de bens e serviços cada vez mais se baseiam em cadeias que se espalham pelos territórios de diferentes países, aumentando a interdependência econômica entre diversas regiões do globo. Assim, a cooperação internacional permite que a autoridade concorrencial nacional melhor compreenda a forma de estruturação das cadeias produtivas e o modo de atuação dos agentes econômicos ao redor do globo. Para além disso – e também por isso –,

1081 O Sistema de Análise das Informações de Comércio Exterior via Internet, denominado ALICE-Web, da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), foi desenvolvido com vistas a modernizar as formas de acesso e a sistemática de disseminação dos dados estatísticos das exportações e importações brasileiras. De acesso gratuito, O ALICE-Web é atualizado mensalmente, quando da divulgação da balança comercial, e tem por base os dados obtidos a partir do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), que administra o comércio exterior brasileiro. Disponível em: <<http://aliceweb.mdic.gov.br/>>. Acesso em: 02.12.2011.

a cooperação internacional vem a desempenhar papel fundamental, dado que a troca de informações de maneira bilateral ou em fóruns multilaterais permite que sejam identificadas aquelas condutas que transbordam os limites de um único Estado nacional e que se apurem as maneiras mais eficazes para a persecução dos responsáveis pelas práticas.

Assim, imbuída do intuito de incrementar a estratégia de combate aos cartéis internacionais, a SDE vem participando ativamente nos mais importantes fóruns internacionais de discussão de políticas de defesa da concorrência, como a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, da sigla em inglês), a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) – em que o Brasil é membro observador do Grupo de Concorrência – e a ICN. Em tais fóruns, a SDE (i) apresenta suas experiências com a investigação de cartéis e outras práticas anticoncorrenciais que possam ser úteis a outros países, principalmente aqueles nos quais a política de concorrência está em fase inicial de implementação; (ii) identifica boas práticas de condução de investigações de ilícitos anticoncorrenciais e de análise de concentrações econômicas que possam ser incorporadas à realidade brasileira de forma a melhorar sua atuação; e (iii) dialoga com outras autoridades concorrenciais para buscar formas de cooperação para lidar com problemas comuns, tais como a investigação de cartéis internacionais.

Além dos fóruns internacionais, a SDE também participa ativamente nos trabalhos do Comitê Técnico de Trabalho nº 5 do Mercosul, que tem como objetivo a harmonização das regras de defesa da concorrência dos países membros, assim como a gradual integração e cooperação das autoridades. Em vista da atuação no Comitê, foi criado o Protocolo de Defesa da Concorrência,¹⁰⁸² que prevê obrigações que devem ser assumidas por cada um dos Estados Membros, além de definir quais condutas constituem infrações à ordem econômica. Ademais, a participação no Comitê levou à realização de projetos

1082 Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo_Defesa_Concorrenca_Mercosul.pdf>. Acesso em: 02.12.2011.

de cooperação e estabeleceu canais para a troca de informações e experiências. Os projetos mais relevantes do Comitê incluem: (i) o levantamento de dados para avaliação dos setores julgados sensíveis para a concorrência regional; (ii) o acompanhamento da criação de órgãos de defesa da concorrência em países como Uruguai e Paraguai; e (iii) a apresentação de casos e a troca de informações. Essa experiência tem caminhado na direção de harmonizar as práticas das autoridades nos países membros do Mercosul. Além disso, a participação da SDE nesse arranjo levou a um avanço significativo na área dos acordos bilaterais, qual seja, a inclusão de cláusulas de defesa da concorrência nos acordos bilaterais negociados pelo Mercosul. O primeiro acordo bilateral a conter tal previsão foi assinado em novembro de 2007 entre o Mercosul e Israel, e outros em fase de negociação deverão se atentar à política de defesa da concorrência.

Além da participação em fóruns multilaterais, a SDE também coopera mais de perto com autoridades concorrenciais de países com os quais o Brasil possui tratado bilateral ou protocolo específico na área de aplicação do direito da concorrência. Atualmente, há acordos bilaterais, memorandos de entendimento ou protocolos de cooperação técnica firmados entre, de um lado, os três órgãos do SBDC e, de outro, sete autoridades nacionais e supranacionais de defesa da concorrência.¹⁰⁸³ Para o futuro, o desafio do SBDC é fazer com que os acordos já existentes permaneçam ativos e sejam renovados, além de buscar novas parcerias com nações que crescem em importância para o comércio bilateral brasileiro, ou ainda com aquelas cujas autoridades nacionais, historicamente, têm figurado em grande número como representados em processos administrativos do SBDC.

1083 Os órgãos do SBDC firmaram acordo conjunto, memorando de entendimentos ou protocolos de cooperação técnica com as seguintes autoridades: Comissão Europeia (2009); Argentina (2003); Canadá (2008); Chile (2008); Estados Unidos (1999); Portugal (2005; 2010); e Rússia (2001; 2006/2007; 2010/2011). Disponível em: <portal.mj.gov.br/sde>.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PERSPECTIVAS PARA A PERSECUÇÃO DE CARTÉIS INTERNACIONAIS NO “NOVO CADE”

No dia 30 de novembro de 2011 a Presidenta Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.529, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Após anos de expectativa, é chegada a hora em que a arquitetura institucional do SBDC sofrerá as maiores mudanças desde a promulgação da Lei nº 8.884 de 1994. As atribuições que hoje pertencem à SDE serão exercidas por uma Superintendência-Geral que, juntamente com a Procuradoria Federal e o Departamento de Estudos Econômicos, somar-se-ão ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica para compor o Novo CADE. À Secretaria de Acompanhamento do Ministério da Fazenda caberá a promoção da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade civil.

Nesse espírito de mudança e renovação, é preciso reforçar alguns ideais que já balizavam a atuação do SBDC e que serão encampados pela nova estrutura. Esse é o caso do combate aos cartéis internacionais.

Como visto, o fenômeno da globalização econômica impõe uma forte vertente internacional à política de defesa da concorrência, e a doutrina especializada parece ser unânime no sentido de apontar como significativos os efeitos ocasionados pela atuação de cartéis internacionais sobre a economia de países em desenvolvimento – tanto do ponto de vista da perda de bem-estar do consumidor, quanto da diminuição da competitividade da economia nacional. No caso do Brasil, uma vez constatados os reais perigos à economia nacional representados por esses acordos ilícitos, levados a cabo em outras jurisdições, impõe-se a necessidade cada vez maior de preveni-los, perseguir-los e puni-los.

A junção das estruturas atuais de SDE e CADE, apoiados pela SEAE, potencializarão a experiência já adquirida pelos órgãos do SBDC com cartéis internacionais. Uma estrutura mais ampla e, sobretudo, um maior contingente humano serão essenciais para dar ainda mais

impulso às ações estruturantes nos eixos administrativo, criminal e civil.

O fortalecimento do programa de leniência, juntamente com o aumento dos esforços tendentes à maior cooperação com autoridades estrangeiras e organismos multilaterais, desempenhará papel essencial nesse esquema. A isso se somará um empreendimento inédito de maior articulação institucional do SBDC com outros órgãos do Poder Público. Acredita-se que um trabalho reforçado com os demais entes da Administração Pública – para sensibilizar tanto os órgãos persecutórios quanto aqueles que podem fornecer dados essenciais sobre o ambiente de negócios – será fundamental para tornar o combate aos cartéis internacionais, pelo Brasil, ainda mais exitoso.

ANÚNCIOS PÚBLICOS FEITOS POR EMPRESAS, ASSOCIAÇÕES E SINDICATOS: É PRECISO TER CUIDADO PARA NÃO INFRINGIR A LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Amanda Athayde

Leonardo Rocha e Silva

Luis Henrique Perroni Fernandes

“O preço da gasolina aumentará mais R\$ 0,10 no DF a partir desta terça-feira”. Esta frase, dita publicamente pelo Presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do DF (*Sindicombustíveis/DF*) em 16.2.2021, é objeto do mais novo processo administrativo instaurado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁰⁸⁴ para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, mais uma vez no mercado de combustíveis.¹⁰⁸⁵

Após quase um ano de investigação preliminar, o CADE entendeu que havia indícios de que diferentes declarações públicas do Presidente do Sindicombustíveis/DF relacionadas a reajustes futuros nos preços, somadas a circulares publicadas periodicamente pelo sindicato a respeito do mesmo tema, poderiam revelar uma tentativa de influenciar o mercado revendedor de combustíveis a se comportar uniformemente, o que é vedado pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11).¹⁰⁸⁶

1084 Processo Administrativo nº 08700.000899/2021-18, instaurado em 11.1.2023.

1085 O mercado de combustíveis tem sido alvo constante de preocupações no sistema brasileiro de defesa da concorrência, tendo sido objeto de estudos na Cartilha da SDE de Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis e no Caderno CADE sobre os Mercados de Distribuição e varejo de combustíveis líquidos. Maio de 2022. Disponível em: < <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/CarteisRevendaCombustiveis.pdf> > e < https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Mercados-de-distribuicao-e-varejo-de-combustiveis-liquidos.pdf >.

1086 A infração concorrencial é intitulada “influência à conduta comercial uniforme”, inserida dentro do gênero mais amplo das condutas coordenadas. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer

A preocupação externada pela Superintendência Geral do CADE, ao iniciar a investigação é a de que, ao receberem a notícia de aumento de preços, os revendedores de combustíveis teriam grandes incentivos para repassar imediatamente aos consumidores o acréscimo, exatamente no mesmo patamar anunciado, mesmo antes de terem realmente sido afetados por ele, em suas negociações privadas com os distribuidores.

Pelo que consta dos autos públicos, o Sindicombustíveis/DF defende que tais declarações decorrem do dever público de comunicação do sindicato, sendo que havia razões concretas e excepcionais para os anúncios feitos, tais como o impacto do conflito entre Rússia e Ucrânia, majoração dos preços da gasolina e do álcool anidro nas refinarias, alteração do valor do ICMS, elevação de tributos decorrente do fim da desoneração de tributos federais, entre outras questões.

Embora o CADE reconheça o papel fundamental das associações de classe e sindicatos na sociedade, que podem inclusive contribuir para maior eficiência do mercado em que suas associadas atuem ao promoverem ações que sejam pró-competitivas, está claro que, em determinadas situações, as condutas das associações de classe podem ultrapassar os limites – as vezes tênues – impostos pela Lei de Defesa da Concorrência no que tange à proibição de medidas que gerem uniformização de condutas de agentes econômicos que devem competir diretamente.¹⁰⁸⁷ Não há “autorização especial” para que as associações de classe e sindicatos deixem de observar os termos da Lei de Defesa da Concorrência, mesmo sob o argumento de atender a sua

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; [...] IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

1087 A preocupação histórica do sistema brasileiro de defesa da concorrência com condutas anticompetitivas no bojo de associações e sindicatos é evidenciada pela publicação da Cartilha SDE de combate a cartéis em associações e sindicatos. 2009. Disponível em: < https://www.abitam.com.br/site/download/cartilha_sindicatos.pdf>.

função institucional ou constitucional. Aliás, muito pelo contrário: a Lei de Defesa da Concorrência deixa claro que se aplica a quaisquer associações de entidade ou pessoas.¹⁰⁸⁸

Essa não é a primeira vez em que o CADE entende que anúncios públicos podem ser considerados ilegais. Em 2010, no mercado de avicultura, por exemplo, foi firmado um acordo, ou seja, um Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) entre o CADE, a União Brasileira de Avicultura (UBA) e o seu presidente, após recomendação para que empresas produtoras de frango afiliadas diminuíssem a produção em 20% e limitassem o plantel a 400 milhões de frangos até determinado período.

Já em 2013, no mercado de chocolates, foi celebrado um acordo entre o CADE, a Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e derivados (ABICAB) e seu presidente, após este dizer publicamente que a Páscoa estaria 8% mais cara naquele ano de 2009. Naquele caso, nos termos do acordo firmado, foi admitido que a declaração pública teria sido ilegal, ou seja, uma violação aos termos da Lei de Defesa da Concorrência.

Ainda em 2013, o Sindicato do Comércio Varejista de Material de Escritório, Escolar e Papelaria do Estado de São Paulo e Região (*Simpa/SP*) também celebrou um acordo com o CADE, em razão de fala pública do seu presidente de que os pais deveriam antecipar a compra de material escolar para evitar alta de 7% decorrente do índice de inflação.

Tais casos deixam claro que os anúncios públicos podem ser considerados ilícitos pelo CADE, sendo necessário uma análise crítica específica dos líderes das associações de classe e diretores que avaliam os momentos e os conteúdos das manifestações de tais entidades, para evitar conflitos com a Lei de Defesa da Concorrência.

1088 Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Como regra geral, divulgações ao público em geral de dados dos setores, pelo fato de diminuírem a assimetria entre os diferentes agentes econômicos, aumentam a transparência e contribuem para uma maior eficiência do mercado, podendo ser consideradas pró-competitivas. Não por outra razão, são comumente vistos com bons olhos pelas autoridades de concorrência e são preferidos às comunicações privadas.

No entanto, há situações em que os anúncios públicos deixam de ser bem vindos, na medida em que podem (a) influenciar a adoção de prática comercial uniforme; ou (b) aumentar a probabilidade de colusão.

Em relação à possibilidade específica de anúncio público de preços, em especial aqueles voltados para políticas de preços, o risco é de que tais anúncios levem à uniformização de conduta no mercado afetado, fazendo com que as associações de classe e sindicatos sirvam de *price maker*, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelos agentes de mercado. Os efeitos da adoção de conduta uniforme entre concorrentes podem ser semelhantes aos efeitos de um cartel, na medida em que há um arrefecimento da concorrência com a implementação de políticas comerciais semelhantes e não definidas unilateralmente.¹⁰⁸⁹

Para além dessa preocupação mais tradicional, uma teoria do dano mais recente é a de que o anúncio público de informações pode também servir de sinalização entre concorrentes, substituindo os acordos anticompetitivos explícitos que na história do direito da concorrência têm aparecido com mais frequência. Trata-se, portanto, de forma alternativa de implementação de cartel, mas com os mesmos efeitos deletérios, na medida em que a colusão, seja ela implícita ou explícita, diminui a concorrência no mercado e aumenta artificialmente os preços praticados.

1089 Sobre os possíveis enquadramentos de condutas anticompetitivas no âmbito de associações, sugere-se: ATHAYDE, Amanda. Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo e plus factors. EALR, Brasília, V. 2, nº 1, p. 41-64, Jan-Jun, 2011. Disponível em: < file:///C:/Users/aat/Downloads/1761-Article%20Text-7586-5-10-20110807.pdf >.

Artigo publicado em 2022, de autoria de Joseph E. Harrington Jr., indicado como um dos melhores artigos pelo prêmio Concurrences de 2023,¹⁰⁹⁰ sugere que acordos entre concorrentes podem ser realizados por meio de anúncios públicos. Esse anúncio traria uma dificuldade adicional de persecução antitruste, pela ausência de um acordo expresse e pela justificativa mais genérica de que o anúncio é voltado para participantes de mercado, e não para os concorrentes. Nesse sentido, John Kepler inclusive sugere que esses anúncios públicos poderiam até mesmo substituir as comunicações privadas na coordenação entre concorrentes.¹⁰⁹¹

Nesse contexto, empresas, associações de classe e sindicatos devem, portanto, ser cautelosos e fazer um exame prévio dos termos e do contexto no qual o anúncio público pretendido está inserido. O enfrentamento de sete perguntas básicas pode auxiliar no processo de identificação e mitigação de riscos relacionados à violação à Lei de Defesa da Concorrência, quais sejam: (1) O anúncio público pretendido decorre de exigência legal? (2) O anúncio público pretendido tem como objetivo atender interesses ou exigências de investidores, clientes ou consumidores finais? (3) Há justificativa legítima para o anúncio público pretendido? Quem serão os beneficiados? (4) Há necessidade de se fazer um anúncio público anterior à ocorrência do evento a ser noticiado? (5) Para atingir o objetivo desejado com o anúncio público, todas as informações nele contida são estritamente necessárias? (6) O anúncio público pretendido contém informações comercialmente sensíveis?¹⁰⁹² (7) Qual é a estrutura da indústria a ser potencialmente afetada pelo anúncio público pretendido?

1090 HARRINGTON JR., Joseph E. Collusion in Plain Sight: firm's use of public announcements to restrain competition. ABA, June 2022, Vol. 84, Issue 2. Disponível em: < <https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/alj22.pdf?103460/d3ded543799c5510bd1383b6732c1a851cdd154ae7e9779c2b54f98b9f155ff2>>.

1091 KEPLER, John D., Private Communication Among Competitors and Public Disclosure, 71 J. ACCT. & ECON. 1, 1 (2021).

1092 A lista exemplificativa de informações comercialmente sensíveis contempla: (i) custos das empresas envolvidas; (ii) nível de capacidade e planos de expansão; (iii) estratégias de marketing; (iv) precificação de produtos (preços e descontos); (v) principais clientes e descontos assegurados; (vi) salários/benefícios de funcionários;

Essas são perguntas importantes e necessárias para evitar investigações e condenações pelo CADE, mas também por parte de outras autoridades de defesa da concorrência, que igualmente se preocupam com esses anúncios públicos e os seus efeitos nos comportamentos dos concorrentes, mesmo quando esses anúncios não são feitos por associações de classe, mas pelas empresas, unilateralmente.

Em 2018, por exemplo, o Tribunal de Concorrência do Reino Unido manteve a imposição de multa no valor de 50 milhões de libras à empresa *Royal Mail* por abuso de posição dominante, pelo fato de tal empresa ter publicamente anunciado a sua nova estrutura de preços.¹⁰⁹³ Decidiu-se que o anúncio dessa nova estrutura de preços seria uma forma de afastar competidores que pretendiam entrar no mercado de serviços postais, diminuindo por tanto, a concorrência potencial que a *Royal Mail* poderia enfrentar.

Ainda no Reino Unido, a autoridade de concorrência (CMA) local, após conduzir uma investigação detalhada no mercado de cimentos, decidiu em 2012 proibir o envio, por parte das empresas do setor, cartas genéricas aos consumidores contendo anúncio de preços a serem praticados. Por meio de acordo, ficou consignado que cartas contendo anúncio de preços deveriam ser específicas com detalhamento dos preços antigos e novos, além da descrição de eventuais outras cobranças aplicadas ao consumidor destinatário da carta.

Os anúncios públicos também foram considerados ilícitos pela Comissão Europeia em investigação relacionada ao mercado de transporte marítimo de carga (*container liner shipping*), iniciada em 2013 e concluída em 2016. A autoridade europeia entendeu que os anúncios públicos dos valores de frete a serem cobrados futuramente, feitos periodicamente pelas transportadoras em seus *sites* ou via

(vii) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados; (viii) informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); (ix) planos de aquisições futuras; e (x) estratégias competitivas, etc.

1093 <https://www.catribunal.org.uk/judgments/12991318-royal-mail-plc-v-office-communications-judgment-2019-cat-27-12-nov-2019>

imprensa, tinham o efeito de sinalizar aos concorrentes as respectivas estratégias comerciais. A Comissão Europeia não identificou ganhos relevantes para os consumidores finais, na medida em que as informações publicadas não eram úteis a eles da forma apresentada. As transportadoras celebraram acordo para encerrar o processo, interrompendo a conduta.¹⁰⁹⁴

Nos Estados Unidos¹⁰⁹⁵, há um número limitado de casos relacionados a anúncios públicos unilaterais, sendo que na grande maioria deles houve acordo. Por exemplo, em 2010, o Federal Trade Commission (FTC) entendeu que a estratégia comercial adotada pela empresa *U-Haul International* no mercado de aluguel de caminhões, de aumentar os seus preços, incentivar o aumento de preços de concorrentes, e ameaçar abaixar novamente os seus preços caso concorrentes não fizessem o mesmo, poderia resultar em um menor grau de concorrência no setor.

Em outro caso envolvendo publicidade de anúncios em jornais no mesmo ano, o CEO da empresa *Valassis Communications*, listada em bolsa, sabendo que seu concorrente estaria acompanhando conferência telefônica, anunciou nova estratégia de aumento de preços sem qualquer justificativa comercial legítima. Na ocasião, o FTC concluiu que a empresa pretendeu viabilizar um conluio por meio do anúncio.

Estes casos ilustram, portanto, que a preocupação externada pelo CADE no caso recentemente anunciado é também uma preocupação de outras autoridades, o que gera ainda mais riscos a associações de classe e empresas que percebem valor na comunicação pública de informações que são sensíveis do ponto de vista da concorrência.

O processo administrativo de Sindicombustíveis/DF revela que o CADE está acompanhando de perto, com interesse, os anúncios

1094 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2446; <https://www.gov.uk/government/news/cma-publishes-final-cement-price-announcement-order>

1095 <https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateralclosureofinformation2012.pdf>; <http://www.ftc.gov/os/caselist/0810157/100720uhaulcmpt.pdf>; <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008c4160ValassisDecisionandOrder.pdf>.

públicos de preços. O fato de os anúncios públicos terem diferentes formatos, conteúdos e extensão faz com que o CADE, nos precedentes existentes até aqui, não tenha respondido todas as perguntas que surgem, deixando importante espaço para debate.

As investigações do CADE referentes a anúncios públicos têm se concentrado, ainda, nas manifestações realizadas por líderes de associações e sindicatos. Pela atuação das autoridades europeias e norte-americana, nota-se, contudo, que o escrutínio dos anúncios públicos já chegou no nível da empresa. Novos desdobramentos tendem a surgir ao longo dos anos, de modo que empresas, associações e sindicatos devem ser cautelosos antes da realização de anúncios públicos.

AÇÕES PRIVADAS EM REPARAÇÃO CÍVEL

Amanda Athayde

SE, QUANDO E COMO APLICAR A LEI Nº 14.470/2022 NAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS CONCORRENCIAIS? UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE NO TEMPO DAS NORMAS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

Publicado originalmente em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/1029> em 11/01/2023.

Amanda Athayde

Carolina Trevizo

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Apesar de a Lei nº 14.470/2022 endereçar algumas das dificuldades enfrentadas no âmbito do private enforcement no direito concorrencial brasileiro, trouxe consigo novas dúvidas sobre aplicabilidade da nova lei no tempo, pois não consagrou em seu texto uma norma de direito intertemporal que regulasse essa questão. Em quais hipóteses, em que momento e como aplicar a Lei nº 14.470/2022 ou a lei antiga nas ações indenizatórias por danos concorrenciais (“ARDCs”) já extintas, ainda pendentes, e que ainda não foram iniciadas? A resposta a tais perguntas sobre a aplicabilidade imediata da Lei nº 14.470/2022 poderá determinar a viabilidade das ARDCs ou tornará o processo menos oneroso/mais compensatório para as vítimas.

Objetivo: O artigo tem como objetivo analisar como se dará a aplicabilidade das disposições novas da Lei nº 14.470/2022.

Método: As autoras analisaram a natureza das novas normas trazidas pela Lei nº 14.470/2022, classificando-as como de direito material e processual. A partir disso, examinaram as hipóteses de aplicação dessas disposições nas ARDCs já extintas, ainda pendentes, e que ainda não foram iniciadas.

Resultado: Verificou-se que as ARDCs pendentes são o foco das maiores controvérsias de aplicabilidade da Lei nº 14.470/2022,

em suma, devido à incerteza sobre a existência de situação jurídica pendente, o que permitiria a aplicação da nova lei, ou de formação de ato jurídico perfeito/direito adquirido nos processos ainda em curso, obrigando a observância à lei antiga.

Conclusões: A aplicação das disposições da Lei nº 14.470/2022 devem ser analisadas com cautela tanto pela doutrina quanto pelos tribunais brasileiros, vez que irão impactar a grande maioria das ARDCs ainda pendentes no Judiciário Brasileiro.

Palavras-chave: direito intertemporal; aplicabilidade; norma; processual; material; Lei nº 14.470/2022.

IF, WHEN AND HOW TO APPLY THE NEW PRIVATE ENFORCEMENT LAW NO. 14,470/2022 IN COMPETITION DAMAGE CLAIMS IN BRAZIL? AN ANALYSIS ON THE APPLICABILITY OVER TIME OF SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL LAW RULES

STRUCTURED ABSTRACT

Conceptualization: Law No. 14,470/2022 was enacted to address some of the difficulties faced in the context of private enforcement in Brazilian antitrust law. At the same time, however, difficulties began to be arise about the applicability of the new law over time, as it did not enshrine in its text a rule of intertemporal law that regulates this issue. The difficulty is even greater in the numerous competition damage claims (“ARDCs”) pending in the Brazilian Judiciary, in which the matters addressed by the new law are being discussed. Indeed, the proposed analysis is extremely important since the immediate applicability of the new law could determine the viability of these ARDCs or make the process less burdensome/more rewarding for the victims.

Objective: The article aims to analyze how the applicability of the new provisions of Law nº 14.470/2022 will take place.

Methodology: The authors analyzed the nature of the new provisions introduced by Law nº 14.470/2022, classifying them as substantive and procedural law. From this, they examined the

hypotheses of application of these provisions in the ARDCs that are already extinct, still pending, and that have not yet been initiated.

Results: It was verified that the pending ARDCs are the focus of the biggest controversies regarding the applicability of Law nº 14.470/2022, in short, due to the uncertainty about the existence of a pending legal situation, which would allow the application of the new law, or the formation of a perfect legal act/an acquired right in these ongoing proceedings, obliging the compliance with the ancient law.

Conclusion: The applicability of Law nº 14.470/2022's new provisions must be analyzed with caution both by the doctrine and by the Brazilian courts, because they will impact the vast majority of ARDCs, which are still pending in the Brazilian Judiciary, in which is being discussed, mainly, the matters addressed by the new law.

Keywords: intertemporal law; applicability; provision; material; procedural; Law No. 14,470/2022.

Classificação JEL: K2; K13; K15; K41; K42; Y10

Sumário: 1. Qual a natureza dos dispositivos da Lei nº 14.470/2022: processual ou material? 2. Como se aplicam as disposições de natureza processual em ARDCs com a entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022? 2.1. Art. 47-A: Decisão condenatória do CADE é apta a fundamentar a concessão liminar de tutela de evidência. 2.2. Art. 47, §4º: Distribuição do ônus da prova do repasse do sobrepreço ao réu, vedando a sua presunção. 3. Como ficam as disposições de natureza material em ARDCs no caso de os fatores geradores serem anteriores ou posteriores à Lei nº 14.470/2022? 3.1. Art. 46-A, §§1º e 2º: Prazo prescricional para as ações reparatórias é de 5 anos e o termo inicial é a data da publicação final do CADE. 3.2. Art. 47, §1º: Sistema de double damages em caso de cartel. 3.3. Art. 47, §3º: Exclusão da responsabilidade solidária para infratores signatários de Acordo de Leniência e TCC/02. 4. Conclusões preliminares.

INTRODUÇÃO

A tão esperada¹⁰⁹⁶ Lei nº 14.470/2022, que alterou a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei Federal nº 12.529/11) (“LDC”) para prever novas disposições com o intuito de aprimorar o cenário da repressão privada de infrações à ordem econômica no Brasil,¹⁰⁹⁷ entrou em vigor em 16/11/2022. Algumas primeiras reflexões sobre aspectos processuais decorrentes dessa nova lei já começaram a ser apresentados (ATHAYDE *et al*, 2023), principalmente porque a nova lei não trouxe uma norma de direito intertemporal que regulasse sua aplicação, em especial nas ações já em curso.

Considerando que as Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (ARDCs), seguindo uma infeliz situação de outros processos, ainda se arrastam durante anos no judiciário brasileiro, cumpre perguntar: como se dará a aplicabilidade imediata ou a retroatividade da Lei nº 14.470/2022?

Para responder a essa pergunta, serão feitas breves considerações iniciais sobre o conteúdo e a aplicação de normas de direito material e processual, que serão fundamentais para auxiliar na posterior classificação das normas contidas na nova Lei nº 14.470/2022 (1). Então, será possível analisar as diferentes hipóteses de aplicação

1096 De fato, a lei se tornou um marco para o private enforcement, na medida em que tratou de algumas dificuldades enfrentadas nas Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (“ARDCs”) e, pois, criou incentivos para que aqueles lesados por infrações concorrenciais, especialmente cartel, pleiteiem ressarcimento pelos danos sofridos.

1097 Em suma, a nova lei visou estimular o ajuizamento das ARDCs ao: (a) estipular que a decisão final do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia concorrencial brasileira, é capaz de fundamentar a concessão de tutela de evidência (art. 47-A); (b) determinar que o repasse de sobrepreço pela parte autora (passing-on defense) nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do §3º do art. 36 da Lei nº 12.529/11 (i.e., nos casos de cartéis) não se presume, atribuindo ao réu o ônus da sua prova (Art. 47, §4º); (c) estabelecer o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para as demandas reparatórias, a partir da publicação da decisão final do CADE, pois somente então considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito (art. 46-A e §1º); e (d) propor a criação de um sistema de double damage (art. 47, §1º), isentando os signatários de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação (“TCC/02”) (art. 47, §2º).

das disposições de natureza processual em ARDCs com a entrada em vigor Lei nº 14.470/2022 (2). E, por fim, serão estudadas as hipóteses de aplicação das disposições de natureza material em ARDCs, considerando ambos os fatores geradores anteriores e posteriores à Lei nº 14.470/2022 (3).

1. QUAL A NATUREZA DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 14.470/2022: PROCESSUAL OU MATERIAL?

A distinção entre normas processuais e materiais não só é clássica na teoria da norma jurídica, como também importante em razão das particularidades que devem ser observadas quando da sua interpretação e aplicação.

Tradicionalmente, as normas materiais são caracterizadas como aquelas que atribuem direitos aos indivíduos, tratando das relações jurídicas entre as partes referentes a bens e utilizados da vida. As normas processuais, por sua vez, são meramente instrumentais, vez que somente regulam a forma de tutela jurídica dos direitos através do processo, ou seja, a aplicação do direito material.¹⁰⁹⁸⁻¹⁰⁹⁹

1098 “O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concordarem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, 46).

1099 “As normas de direito material são aquelas que indicam quais os direitos de cada um. Por exemplo, a que diz que determinadas pessoas têm direito de postular alimentos de outras é material: atribui um interesse primário ao seu titular. As normas de processo são meramente instrumentais. Pressupõe que o titular de um direito material entenda que ele não foi respeitado, e recorra ao Judiciário para que o faça valer. O direito material pode ser espontaneamente respeitado, ou pode não ser. Se a vítima quiser fazê-lo valer com força coercitiva, deve recorrer ao Estado, do que resultará a instauração do processo. Ele não é um fim em si mesmo, nem o que almeja quem ingressou em juízo, mas um meio, um instrumento, para fazer valer o direito desrespeitado. As normas de direito processual regulamentam o instrumento de que se vale o Estado-juiz para fazer valer os direitos não respeitados dos que a ele recorreram.” (GONÇALVES, 2011, p. 36)

Diante dessa contextualização teórica, como classificar, portanto, os novos dispositivos trazidos na Lei nº 14.470/2022?

A nosso ver, é possível se vislumbrar que as normas contidas no art. 47-A e Art. 47, §4º são predominantemente processuais, pois instrumentalizam as questões da tutela de evidência e do ônus da prova do repasse do sobrepreço nas ARDCs,¹¹⁰⁰ ao passo em que as normas contidas no art. 46-A, §§1º e 2º, art. 47, §1º e §3º são normas materiais, vez que disciplinam, respectivamente, (até) quando a pretensão daqueles lesados por danos concorrenciais poderá ser exercida, a extensão da indenização/*quantum debeatur* que a vítima tem direito pelo dano concorrencial sofrido, e a solidariedade passiva ou não na totalidade do dano causado à vítima do infrator que celebrou Acordo de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”).

Tabela 1 – Classificação dos dispositivos da Lei nº 14.470/2022 enquanto norma processual ou material

| Dispositivo | Redação | Classificação |
|-----------------------------|--|-----------------------|
| Art. 46-A, §§1º e 2º | § 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão   reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilicito. § 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilicito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade. | NORMA MATERIAL |
| Art. 47 §1º | § 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuizos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuizo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal. | NORMA MATERIAL |

1100 Entendemos que o art. 47, §4º da Lei nº 14.470/2022 trata de norma processual devido à sua clara finalidade de impulso processual das ARDCs. O dispositivo esclarece, desde logo, que não se pode presumir o repasse do sobrepreço, atribuindo o  nus de provar esse tipo de defesa ao réu, vez que tratar-se-ia de fato extintivo do direito   parte autora.

| | | |
|--------------------|---|-------------------------|
| Art. 47 §3º | § 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica. | NORMA MATERIAL |
| Art. 47 §4º | § 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar. | NORMA PROCESSUAL |
| Art. 47-A | Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei. | NORMA PROCESSUAL |

Fonte: elaboração própria.

2. COMO SE APLICAM AS DISPOSIÇÕES DE NATUREZA PROCESSUAL EM ARDCS COM A ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 14.470/2022?

Com relação a sua aplicação, a norma processual se aplica de imediato, desde o início da sua vigência, aos processos em andamento, mas devem ser respeitados os atos processuais já realizados, ou situações consolidadas (i.e., ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada), de acordo com a lei anterior (art. 14, CPC/15).

Note-se que a simplicidade da aplicação de novas normas processuais (e materiais, como ver-se-á a seguir) é apenas aparente. Conforme apontam Yarshell e Pessoa (2016, p. 56), “*o difícil é saber em que hipóteses haverá uma situação processual consolidada*”.

Alguns conceitos, tais como os de situação jurídica consolidada e direito adquirido, não gozam de consenso na doutrina (BUENO, 2017, pp. 200-202). E, mesmo aqueles que estão mais estabelecidos, tal qual o de ato jurídico processual perfeito (i.e., aqueles já praticados sob a égide da lei antiga), são de difícil interpretação no caso concreto, principalmente quando há situação jurídica pendente (NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 241).

Não bastasse, alguns atos processuais não se aperfeiçoam com a simples prática, pois, ao longo do processo, alguns deles produzem efeito que se prolongam no tempo. Ademais, há atos posteriores que guardam tanta conexão com atos antigos que não podem ser submetidos a regimes jurídicos distintos (YARSHELL; PESSOA, 2016, pp. 56-57).

Sobre esse ponto, a doutrina do direito processual civil intertemporal criou um norte a ser seguido quando da verificação da lei aplicável – nova ou velha – em um processo pendente: a regra do isolamento dos atos processuais.

Nas palavras de Dinamarco: *“Cada ato é considerado em si mesmo, isoladamente, preservando-se a eficácia dos que houverem sido praticados antes segundo a lei velha e impondo a aplicação da nova aos que vierem a ser praticados a partir de sua vigência”* (DINAMARCO, 2018, pp. 143-144). Dessa forma, à luz do art. 14, do CPC/15, deve-se tentar resguardar as situações jurídicas processuais consolidadas, que envolvem os respectivos fatos constitutivos ou extintivos, bem como efeitos já produzidos, ao passo que, os efeitos pendentes de produção serão de regra regidos pela lei nova (BUENO, 2017, p. 202).

Como aplicar, portanto, os dispositivos do art. 47 da Lei nº 14.470/2022 que foram classificados como normas processuais? É o que se passa a apresentar.

2.1 ART. 47-A: DECISÃO CONDENATÓRIA DO CADE É APTA A FUNDAMENTAR A CONCESSÃO LIMINAR DE TUTELA DE EVIDÊNCIA

Por escolha metodológica, passa-se a analisar a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

Com base nas ponderações acima, em (2.1.i.) ARDCs já extintas, a Lei nº 14.470/2022 não poderá retroagir, vez que foram formadas situações jurídicas já consolidadas, independentemente se foi

concedida ou não a tutela de evidência e qual foi o seu fundamento jurídico. Além disso, a concessão de tutela de evidência pressupõe a existência de ação ajuizada para que seja possível a dedução de que o direito do autor é de fato evidente.¹¹⁰¹

Note-se que, antes da entrada em vigor da lei nova, a tutela de evidência já podia ser concedida liminarmente à vítima por dano concorrencial, com base na hipótese genérica do inciso IV, do art. 311, do CPC/15. Todavia, na grande maioria das ARDCs até hoje ajuizadas, o tipo de tutela provisória geralmente requerido é o de urgência, em razão da maior facilidade, até então, em comprovar os fundamentos do art. 300, do CPC/15 (probabilidade do direito e o perigo de dano/risco ao resultado útil do processo).

Conforme explica Adriano Camargo Gomes, a inclusão do art. 47-A na LDC foi muito positiva por 3 (três) motivos: (i) o dispositivo possibilita a concessão de tutela de evidência em caráter liminar; (ii) a tutela se presta a incentivar as vítimas a buscarem reparação no Judiciário, pois inverte o ônus decorrente do tempo do processo, que tende a demorar entre 10-15 anos; (iii) ao contrário do que dispõe o inciso IV do art. 311, do CC/02, o art. 47-A condiciona a concessão da liminar ao fato do réu não conseguir não impõe a condição de que o réu não seja capaz de opor “prova capaz de gerar dúvida razoável”, tornando, pois, mais difícil a tarefa do réu de impedir que a tutela de evidência seja concedida (2022, pp. 426-427).

No que tange à incidência da norma do art. 47-A nas (2.1.ii) ARDCs que estavam pendentes quando da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022, não se verifica a mesma dificuldade encontrada na aplicação das outras disposições novas. Isso se observa, na medida em que a concessão de tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado de mérito, porque decorre de atividade de cognição sumária do magistrado. Com efeito, não é apta a fazer coisa julgada material (THEODORO, 2016, p. 379).

1101 “[...] a tutela de evidência, por sua própria natureza, pressupõe ação já ajuizada, pois é através da dedução da pretensão posta em juízo e da análise dos documentos apresentados que é possível avaliar se o direito do autor é, de fato evidente” (THEODORO, 2016, p. 379)

Não bastasse, a nova norma trata de tutela de evidência, que é uma tutela provisória (art. 294, CPC/15), de maneira que a sua concessão pode vir a ser revogada ou modificada a qualquer momento (art. 296, CPC/15) (CASELTA, 2022).

Diante do exposto, é possível concluir que a norma nova deve:

(2.1.ii.a) ser aplicada imediatamente às **ARDCs pendentes em que a tutela de evidência ainda está em discussão**, i.e., **(2.1.ii.a.1)** *naquelas em que não houve nenhum juízo sobre o pedido de tutela de evidência ainda*, e **(2.1.ii.a.2)** *naquelas que estão sendo discutidas em sede de agravo de instrumento*,¹¹⁰² tendo em vista a natureza instável da tutela provisória e a aplicabilidade imediata da lei processual aos processos pendentes, de acordo com o art. 14, do CPC/15;

(2.1.ii.a) mas também poderia retroagir nas ARDCs em que a **tutela provisória de evidência foi indeferida por decisão interlocutória transitada em julgado**, se a decisão condenatória do CADE for apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência. Isso porque, conforme analisado anteriormente, não apenas inexiste a formação de coisa julgada material em se tratando de concessão ou rejeição de tutela de evidência, mas também a tutela é provisória, podendo vir a ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Por fim, e de compreensão mais simples, é incontroversa a aplicação imediata da Lei nº 14.470/2022 para **(2.1.iii.) ARDCs ainda não iniciadas**, em que não se cogita a existência de nenhum ato jurídico perfeito, direito adquirido, e muito menos de coisa julgada. Nesse caso, nos termos do art. 14, do CPC/15, o processo será inteiramente regido pelas normas processuais da lei nova e, portanto, eventual decisão condenatória proferida pelo CADE será apta a fundamentar a

1102 Concedida ou negada a tutela provisória de evidência por decisão interlocutória cabe agravo de instrumento para o respectivo tribunal (art. 1.015, inciso I, CPC/15).

concessão de tutela de evidência, pois comprova o ilícito concorrencial do qual decorreu o dano.

2.2 ART. 47, §4º: DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DO REPASSE DO SOBREPREGO AO RÉU, VEDANDO A SUA PRESUNÇÃO

Nas ações reparatórias por danos à ordem econômica, o autor tem o ônus de provar a ocorrência da infração, do dano e o nexo causal; ao passo que ao réu cabe o ônus de provar fatos que impediriam a configuração de sua conduta como infração ou modificariam seus efeitos, tal como o *passing-on defense*. A esse respeito, o novo §4º do art. 47 procurou eliminar uma das fontes de incerteza da responsabilidade civil concorrencial, ao distribuir claramente o ônus da prova em caso de alegação de repasse do sobrepreço ao réu, embora isso já fosse dedutível do art. 373, II, do CPC/15 (GOMES, 2022, p. 300).

Tendo isso esclarecido, passa-se a analisar pela metodologia proposta a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

No que diz respeito à norma que veda a presunção do repasse de sobrepreço e atribui ao réu o ônus da sua prova, as conclusões diferem parcialmente daquelas postas acima (item 2.1). Isso porque, para as (2.2.i.) ARDCs já extintas com base no *passing-on defense*, impossível a Lei nº 14.470/2022 retroagir, na medida em que já se formou a coisa julgada.¹¹⁰³ Da mesma forma, os processos das (2.2.iii) ARDCs ainda a serem iniciadas serão regidos integralmente pela Lei nº 14.470/2022, de maneira que, o repasse do sobrepreço não poderá ser presumido, e a comprovação da sua ocorrência será dever do réu mediante prova técnica.

Em relação às (2.2.ii.) ARDCs pendentes, todavia, a seguinte distinção merece ser feita entre aquelas em que:

¹¹⁰³ Vide: TJSP, Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Russo, DJ 27/11/2019.

(2.2.ii.a.) o repasse do sobrepreço foi presumido por decisão transitada em julgado: nessa hipótese, há a formação de coisa julgada e, portanto, a Lei nº 14.470/2022 não retroage.

(2.2.ii.b) o repasse do sobrepreço ainda está em discussão: essas ações ainda podem ser divididas entre:

(2.2.ii.b.1) *aquelas em que não houve ainda nenhum juízo sobre a questão do repasse e seu ônus de prova:* não havendo nenhuma apreciação sobre a questão, ela resta pendente, sendo aplicável a Lei nº 14.470/2022. Isto é, a comprovação do repasse é não pode ser presumido e deve ser comprovado mediante prova técnica pelo réu.

(2.2.ii.b.2) *aquelas que estão em sede de recurso:* essa é a situação de muitas ARDCs atualmente pendentes. Observe-se que, antes da entrada em vigor da lei nova, em vários casos, os Tribunais de Justiça brasileiros, especialmente do Estado de São Paulo, acabavam julgando a ação improcedente, pois invertiam o ônus e presumiam a ocorrência do repassa, por diversos motivos descabidos: **(i)** seria fato notório/regra de experiência¹¹⁰⁴, **(ii)** a autora não teria demonstrado nenhuma evidência de que não repassou o sobrepreço,¹¹⁰⁵ ou **(iii)** com fundamentado na análise do INCC.¹¹⁰⁶ Esses casos encontram-se pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse contexto, para fins de aplicabilidade da lei nova e, conseqüente viabilidade

1104 TJSP, Apelação nº 1049985-19.2017.8.26.0100, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, Dj 13/05/2021 (pendente de julgamento no STJ – Em segredo de justiça); TJSP, Apelação nº 1076730-36.2017.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Podestá, Dj 29/05/2019 (pendente de julgamento no STJ – REsp nº 1741194/SP);

1105 TJSP, Apelação nº 1076386-55.2017.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo, Dj 10/02/2022 (interposição de REsp, que ainda não subiu ao STJ).

1106 TJSP, Apelação nº 1076944-27.2017.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Dj 09/12/2020 (pendente de julgamento no STJ – Em segredo de justiça).

dessas ARDCs pendentes, entende-se pertinente o questionamento feito a seguir: a decisão, em primeira ou segunda instância, que inverteu o ônus da prova e presumiu a ocorrência do repasse do sobrepreço é ato jurídico processual perfeito e/ou advém para qualquer dos participantes direito adquirido? Com efeito, vislumbra-se uma controvérsia: no caso de uma resposta afirmativa, a Lei nº 14.470/2022 não retroage, e a ação está fadada à improcedência; do contrário, permanece uma situação jurídica pendente e, pois, nesses casos, caberia o retorno dos autos à origem para que o réu comprovasse a ocorrência do repasse do sobrepreço. Seguindo o entendimento da jurisprudência majoritária dos Tribunais de Justiça, no sentido de que não se opera a preclusão da decisão anterior que distribuiu ou inverteu o ônus da prova desde que a parte interessada recorra da decisão,¹¹⁰⁷ faz sentido a Lei nº 14.470/2022 ser aplicável nesses casos. Todavia, é preciso levar em consideração que há decisões no sentido de que a decisão que defere, indefere ou revoga a dinâmica instrutória pode ser altera pelo julgador, desde que antes da prolação da sentença, pois trata de regra de instrução, e não de julgamento.¹¹⁰⁸

1107 Vide: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2043052-51.2019.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, DJ 26/04/2019; TJSP, Agravo de Instrumento nº 2118438-24.2018.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Paulo Ayrosa, Dj 11/07/2018.

1108 Vide: TJRS, Agravo de Instrumento nº 0015994-39.2018.8.19.0000, 16ª Câmara Cível, Des. Rel. Mauro Discckstein, Dj 11/05/2018.

3. COMO FICAM AS DISPOSIÇÕES DE NATUREZA MATERIAL EM ARDCS NO CASO DE OS FATORES GERADORES SEREM ANTERIORES OU POSTERIORES À LEI Nº 14.470/2022?

Com relação a sua aplicação, o direito material é, em regra, avaliado e julgado conforme a lei vigente no seu tempo, refletindo os princípios da irretroatividade e imediatidade das leis, consagrados no art. XXXVI, da CF/88, e no art. 5 da LINDB. Significa dizer que quando da vigência da lei nova, essa terá eficácia imediata, podendo atingir somente situações futuras e pendentes, respeitados as situações consolidadas no tempo: ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada (NERY JUNIOR; NERY, 2017, p. 226).

Como de praxe, o princípio da irretroatividade não é absoluto. Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves, a lei poderá retroagir em 2 (dois) casos: (i) para atingir fatos já consumados somente quando não ofender as situações já consolidadas no tempo e (ii) quando o legislador expressamente mandar aplicar a lei nova às situações passadas (GONÇALVES, 2017, p. 84)

A impossibilidade de uma nova lei retroagir para alcançar situações jurídicas já consolidadas é vedada em razão do princípio da segurança jurídica, com a finalidade essencial de preservar as situações consolidadas sob a égide da lei anterior.¹¹⁰⁹

As hipóteses de aplicação das normas materiais são ainda mais complexas, na medida em que o direito material deve ser analisado e julgado conforme a lei vigente no seu tempo, devendo ser levado em consideração, em regra, não o curso do processo, mas os fatos geradores do direito, se são anteriores ou posteriores à lei nova.

1109 “O direito segurança jurídica no processo constitui direito certeza, estabilidade, confiabilidade e efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 281)

3.1 ART. 46-A, §§1º E 2º: PRAZO PRESCRICIONAL PARA AS AÇÕES REPARATÓRIA É DE 5 ANOS E O TERMO INICIAL É A DATA DA PUBLICAÇÃO FINAL DO CADE

Em se tratando de normas de natureza material, será realizada uma subdivisão na análise para se avaliar a aplicabilidade no caso de fatos geradores anteriores ou posteriores à Lei nº 14.470/2022.

3.1.1 ANÁLISE DA APLICABILIDADE NO CASO DE FATOS GERADORES ANTERIORES À LEI Nº 14.470/2022

Por metodologia, passa-se novamente a analisar a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas, com nuances modificações.

A regra é clara sobre as ARDCs (3.1.1.i) já extintas: a nova lei não pode retroagir devido à coisa julgada formada. No que diz respeito às ARDCs que já foram extintas preliminarmente com base em prescrição, o entendimento jurisprudencial sobre o prazo prescricional e o termo inicial aplicáveis variavam conforme o entendimento dos tribunais acerca da natureza da responsabilidade civil, i.e., extracontratual (aquiliana) ou contratual.

Nos casos em que entendeu equivocadamente tratar-se de ilícito contratual, o prazo prescricional aplicável seria de 10 (dez) anos, conforme regra do art. 205, do CC/02, e o termo inicial seria a celebração do contrato ou do aditamento (art. 189, CC/02).¹¹¹⁰ Em contrapartida, quanto os tribunais acertavam a natureza extracontratual do ilícito, aplicavam a regra geral para fins de reparação civil extracontratual para as ações individuais prevista no 206, §3º, inciso V, do CC/02, 3 (três) anos. O desentendimento, todavia, era com relação ao termo *a quo* da prescrição, alternando entre: **(i)** a data da violação do direito (art. 189, CC/02), e **(ii)** a data da ciência da violação do direito e da extensão dos

1110 E.g., TJSP, Apelação Cível nº 1013093-40.2015.8.26.0114, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Thiago de Siqueira, Dj 31/08/2018.

danos, que pode ocorrer após ação penal (art. 200, CC/02),¹¹¹¹ após a decisão condenatória final do CADE,¹¹¹² ou quando da celebração ou rescisão do contrato.¹¹¹³

Caso o (3.1.1.ii) processo esteja pendente no momento da entrada em vigor da lei nova (i.e., a ação tenha sido ajuizada até 15/11/2022, dia anterior à entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022), o prazo prescricional aplicável é o da lei antiga, ou seja, 3 (três) anos (art. 206, §3º, V, CC/02).

Se extrai da jurisprudência do c. STJ que inexistente direito adquirido a prazo prescricional em curso (mas apenas expectativa de direito), cabendo às partes se submeterem ao regimento jurídico novo. Segundo a Corte Especial, a contagem do novo prazo, por óbvio, só tem início com a entrada em vigor da inovação legislativa. A jurisprudência, no entanto, estabelece 2 (duas) exceções para a incidência do prazo definido pelo novo diploma legal: **(i)** se o prazo de prescrição aplicável anteriormente já tiver se consumado; ou **(ii)** se a ação já tiver sido ajuizada antes da entrada em vigor da lei nova.¹¹¹⁴

Recentemente, a Terceira Turma do STJ analisou a prescrição de pretensão de reparação de dano concorrencial decorrente de conduta anticompetitiva no Recurso Especial nº 2.095.107/SP, referente a uma ação ajuizada em 2016, e entendeu que se aplicava ao caso dos autos a regra prevista no art. 206, §3º, V, do CC/02, que define a prazo de prescrição de 3 (três) anos. Isso porque “quando da entrada em vigor do

1111 Vide: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2066435-97.2015.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sérgio Alfieri, Dj 15/09/2015.

1112 Vide: TJSP, Apelação nº 1076386-55.2017.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo, Dj 10/02/2022; TJSP, Apelação Cível nº 1076706-08.2017.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lino Machado, Dj 01/12/2021; etc.

1113 Vide: TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.984815-8/033, 11ª Câmara Cível, Des. Rel. Mariza de Melo Porto, DJe 06/07/2016; TJSP, Apelação Cível nº 1000180-60.2021.8.26.0067, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, Dj 08/08/2022; etc.

1114 Vide: STJ, Recurso Especial nº 2.022.552/RS, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, Dje 09/12/2022.

*prazo estabelecido pela nova legislação, a presente ação já se encontrava em andamento”.*¹¹¹⁵

Por fim, com relação às (3.1.1.iii) ARDCs ainda não iniciadas, que dizem respeito a ilícitos anticoncorrenciais ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022, conforme entendimento do c. STJ, há a incidência imediata do novo prazo de prescrição trazido por ela, desde que a prescrição ainda não tenha sido consumada.

No julgamento do recurso supramencionado, o Min. Rel. Villas Boas Cueva acompanha o entendimento da doutrina no sentido de que deve ser computado o decurso do tempo já transcorrido durante a vigência da norma anterior (i.e., até 3 anos), estando o novo prazo limitado ao tempo restante do período pretérito, quando mais reduzido em relação ao novo regramento.

Ou seja, para que seja aplicável o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para os fatores geradores anteriores à Lei nº 14.470/2022, o termo inicial da pretensão indenizatória tem que se dar dentro de 3 (três) anos anteriores à entrada em vigor da nova lei (i.e. 16/11/2022). Isso porque, se a pretensão for exercitável antes desses 3 (anos), o prazo prescricional será integralmente regido pela lei antiga (art. 206, §3º, V, do CC/02). Do contrário, se o prazo prescricional começar a correr dentro dos 3 (três) anos, há tempo suficiente para a Lei nº 14.470/2022 (e o prazo prescricional abrangente) incidir na pretensão.

3.1.2 ANÁLISE DA APLICABILIDADE NO CASO DE FATOS GERADORES POSTERIORES À LEI Nº 14.470/2022

Para as ARDCs que concernem fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022, segundo ATHAYDE *et al* (2023), o prazo prescricional

1115 STJ, REsp nº 2.095.107/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 06/10/2023.

e seu respectivo termo inicial muda de acordo com a modalidade da ARDC:¹¹¹⁶

(3.1.2.i) para as **ações follow-on**,¹¹¹⁷ é clara a imediata aplicação da Lei nº 14.470/2022 nos termos do §2º do art. 46-A, e, pois, aplicável o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, sendo seu termo inicial a publicação da decisão condenatória do CADE. Esse entendimento não destoaria daquele proferido no julgamento do REsp 2.095.107/SP;¹¹¹⁸

(3.1.2.ii) para as **ações stand-alone**,¹¹¹⁹ haveria uma nova controvérsia:

(3.1.2.ii.1) poder-se-ia defender a aplicação do prazo prescricional de 5 (cinco) anos da Lei nº 14.470/2022, com o termo inicial sendo o exato momento em que a vítima teve ciência inequívoca do ato lesivo e de sua extensão, estipulado pelo STJ no

1116 “Em relação à prescrição, a Lei nº 14.470/2022 é clara quando se trata de ações de indenização por danos concorrenciais que sejam derivadas de decisão condenatória do Cade (ações follow-on). Nesses casos, a prescrição é de cinco anos a partir da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade. [...] Para as ações stand-alone de reparação de danos **posteriores à Lei nº 14.470/2022**, há quem defenda que o prazo prescricional de cinco anos estabelecido na Lei nº 14.470/2022 continua sendo aplicado, com a mudança apenas do termo inicial da prescrição. Por outro lado, há também quem defenda que, em não havendo decisão condenatória do Cade, a melhor orientação não viria da Lei nº 14.470/2022, mas sim do julgado do STJ, ao determinar a aplicação da regra geral de três anos estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.” (ATHAYDE et al., 2023)

1117 ARDCs baseadas em uma condenação prévia do CADE.

1118 “[...] 4. A prescrição da pretensão de natureza reparatória de dano oriundo de infração à ordem econômica possui regulamentação na Lei nº 12.529/2011, que teve sua redação alterada pela Lei nº 14.470/2022. O prazo aplicado antes da alteração legislativa era o da regra geral para fins de reparação civil extracontratual prevista no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, ou seja, 3 (três) anos. A nova lei ampliou o prazo prescricional para 5 (cinco) anos e estabeleceu regras específicas para sua contagem, conforme redação do art. 46-A, caput e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011. [...] 7. O termo inicial da contagem do prazo prescricional para as ações follow-on, conforme dispõem os §§ 1º e 2º do art. 46-A, inicia-se apenas com a ciência inequívoca do ilícito. A lei esclarece que a ciência inequívoca se refere à publicação da decisão definitiva do CADE reconhecendo o ilícito.” (STJ, REsp nº 2.095.107/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 06/10/2023)

1119 ARDCs ajuizadas diretamente no Poder Judiciário, para comprovar conduta anticoncorrencial que não foi objeto de investigação ou condenação do CADE.

julgado do REsp 1.971.316/SP;¹¹²⁰ Esse entendimento é o mesmo extraído do REsp 2.095.107/SP, pois o acórdão trata o prazo prescricional de 5 (cinco) anos como um só para ambas as modalidades de ARDC;¹¹²¹

(3.1.2.ii.2) ao passo que, também é possível defender que a melhor orientação do prazo prescricional viria do julgamento do REsp nº 1.971.316/SP pelo STJ, ao determinar a aplicação do prazo do art. 206, §3º, V, do CC/02 (3 anos).

3.2 ART. 47, §1º: SISTEMA DE DOUBLE DAMAGES EM CASO DE CARTEL

Por se tratar também de natureza material, repetir-se-á a subdivisão na análise para se avaliar a aplicabilidade no caso de fatos geradores anteriores ou posteriores à nova lei.

3.2.1 ANÁLISE DA APLICABILIDADE NO CASO DE FATOS GERADORES ANTERIORES À LEI Nº 14.470/2022

Mais uma vez, por metodologia, passa-se a analisar a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

Sem delongas, a Lei nº 14.470/2022 não pode retroagir para as (3.2.1.i) ações já extintas, em razão da formação de coisa julgada.

Com relação às (3.2.1.ii) ARDCs pendentes não há jurisprudência e/ou doutrina acerca da existência ou não de direito adquirido ao cálculo da indenização devida. Por isso, propõe-se uma separação teórica dessas ações, entre aquelas em que:

1120 STJ, REsp nº 1.971.316/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 14/12/2022.

1121 “A nova lei ampliou o prazo prescricional para 5 (cinco) anos e estabeleceu regras específicas para sua contagem, conforme redação do art. 46-A, caput e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011.” STJ, REsp nº 2.095.107/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 06/10/2023

(3.2.1.ii.a) houve prolação de sentença condenatória transitada em julgado: a separação é teórica na medida em que não há registros de ações ressarcitórias por danos concorrenciais em que houve a prolação de sentença condenatória transitada em julgado. Na verdade, a grande maioria das ARDCs que já estão extintas não tiveram a chance de chegar à fase decisória, sendo julgadas extintas preliminarmente, em razão da suposta prescrição, ou ausência de demonstração de algum elemento de responsabilidade civil – geralmente, o dano. Todavia, para fins de completude, as ARDCs ajuizadas anteriormente à Lei nº 14.470/2022 fundamentaram o valor da sua pretensão indenizatória pela extensão do dano, nos termos do art. 944, CC/02.

(3.2.1.ii.b) o quantum debeatur ainda está em discussão: essas, por sua vez, podem ser separadas entre aquelas em que:

(3.2.1.ii.b.1) *não houve ainda nenhum juízo sobre o quantum indenizatório:* para esses casos, as autoras vislumbram 2 (duas) possibilidades, com base na existência ou inexistência de situação jurídica consolidada, ou formação de ato jurídico perfeito e/ou direito adquirido, bem como em respeito ao princípio da segurança jurídica: **(i)** a aplicação imediata da norma do §1º do art. 47 da Lei nº 14.470/2022, que institui o sistema de double damages; ou **(ii)** a aplicação da lei antiga, que estipula que a indenização realizar-se-á pela extensão dos danos sofridos (art. 944, CC/02);

(3.2.1.ii.b.2) *estão em sede de recurso:* caso haja alguma sentença condenatória com base no art. 944, CC/02, que estivesse sendo discutida em sede de recurso, não seria possível aplicar a Lei nº 14.470/2022 retroativamente para incidir o sistema de double damages, tendo em vista a violação do princípio de segurança jurídica.

No caso de (3.2.1.iii) ARDCs ainda não iniciadas, que concernem ilícitos concorrenciais ocorridos anteriormente da vigência da Lei nº 14.470/2022, se vislumbra a mesma problemática existente nas ARDCs em curso em que não houve ainda nenhum juízo sobre o valor indenizatório (item 3.2.1.ii.b.1)

3.2.2 ANÁLISE DA APLICABILIDADE NO CASO DE FATOS GERADORES POSTERIORES À LEI Nº 14.470/2022

Finalmente, para as ARDCs que concernem fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022, aplica-se imediatamente a nova lei, adotando o sistema de double damages para as decisões condenatórias supervenientes.

3.3 ART. 47, §3º: EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PARA INFRATORES SIGNATÁRIOS DE ACORDO DE LENIÊNCIA E TCC/02

Por fim, como o último dispositivo a ser analisado também trata de norma material, cabível a diferenciação entre a aplicabilidade nos casos em que os fatos geradores antecedem ou sucedem a Lei nº 14.470/2022.

3.3.1 ANÁLISE DA APLICABILIDADE NO CASO DE FATOS GERADORES ANTERIORES À LEI Nº 14.470/2022

De praxe, passa-se novamente a analisar a aplicação do §3º do art. 47 sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

Tendo em vista a determinação constitucional de que a lei nova não retroagirá o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa

julgada, por óbvio, a Lei nº 14.470/2022 não tem aplicação em ARDCs já extintas (3.3.1.i).

Já com relação às ARDCs ainda em curso (3.3.1.ii) a situação é mais complicada, podendo essas serem divididas entre aquelas em que:

(3.3.1.ii.a) a solidariedade passiva dos infratores foi reconhecida por decisão declaratória transitada em julgado:

aqui, a divisão também é apenas para fins de completude, vez que não há registros de ações ressarcitórias por danos concorrenciais em que o juízo proferiu alguma decisão, interlocutória ou não, analisando se os infratores pelos danos concorrenciais são solidariamente responsáveis pelo dano total ocasionado. De qualquer forma, pensando na situação hipotética de existir decisão com esse conteúdo transitada em julgado, a Lei nº 14.470/2022 não poderia retroagir. Nesse contexto, mesmo os infratores que firmaram com o CADE acordos premiados (Leniência ou TCC/02), em busca de extinção da punibilidade e desconto de multa, poderiam ser considerados solidariamente responsáveis pelos danos causados às vítimas, caso tivessem concorrido diretamente para os ilícitos concorrenciais. A solidariedade passiva entre eles seria inequívoca e encontra fundamento no art. 942, do CC/02 e art. 33, da LDC.

(3.3.1.ii.b) a solidariedade passiva dos infratores ainda está em discussão: essas, por sua vez, podem ser separadas entre aquelas em que:

(3.3.1.ii.b.1) *não houve ainda nenhum juízo sobre a questão da solidariedade passiva:* de igual forma, quando não houve ainda nenhuma apreciação sobre a quota-parte dos codevedores na obrigação ressarcitória, é possível pensar em 2 (duas) alternativas: **(i)** a possibilidade da aplicação imediata do dispositivo em questão, por meio do qual o investigado que cooperou com o CADE responde

apenas pelos danos que causou; ou **(ii)** a aplicação do instituto da solidariedade passiva entre os infratores, independentemente de celebração de Leniência ou TCC (art. 942, CC/02 c/c art. 33, LDC).

(3.3.1.ii.b.2) *estão em sede de recurso*: caso já houvesse alguma decisão exauriente sobre o assunto, com base nos dispositivos anteriores à Lei nº 14.470/2022, difícil seria argumentar pela sua retroatividade para retirar o infrator que colaborou da obrigação solidária pelos danos totais resultantes, à luz da potencial formação de direito adquirido da vítima de ser ressarcida por qualquer um dos codevedores (art. 275, do CC/02).

Analisando, pois, as (3.3.1.iii) ARDCs ainda não iniciadas, que dizem respeito ilícitos anticoncorrenciais ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022, entende-se pela existência da mesma controvérsia nas ações pendentes em que não foi proferido ainda nenhum juízo sobre a questão da solidariedade passiva (item 3.2.1.ii.b.1).

3.3.2 ANÁLISE DA APLICABILIDADE NO CASO DE FATOS GERADORES POSTERIORES À LEI Nº 14.470/2022

Enfim, no que concerne as ARDCs ainda não ajuizadas, que se referem à fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022, aplica-se imediatamente a nova lei, os infratores que celebraram acordos premiados com o CADE poderão somente ser responsabilizados pelo dano que causaram aos prejudicados, não respondendo pelos danos causados pelos demais co-infratores da infração à ordem econômica.

4. CONCLUSÕES PRELIMINARES

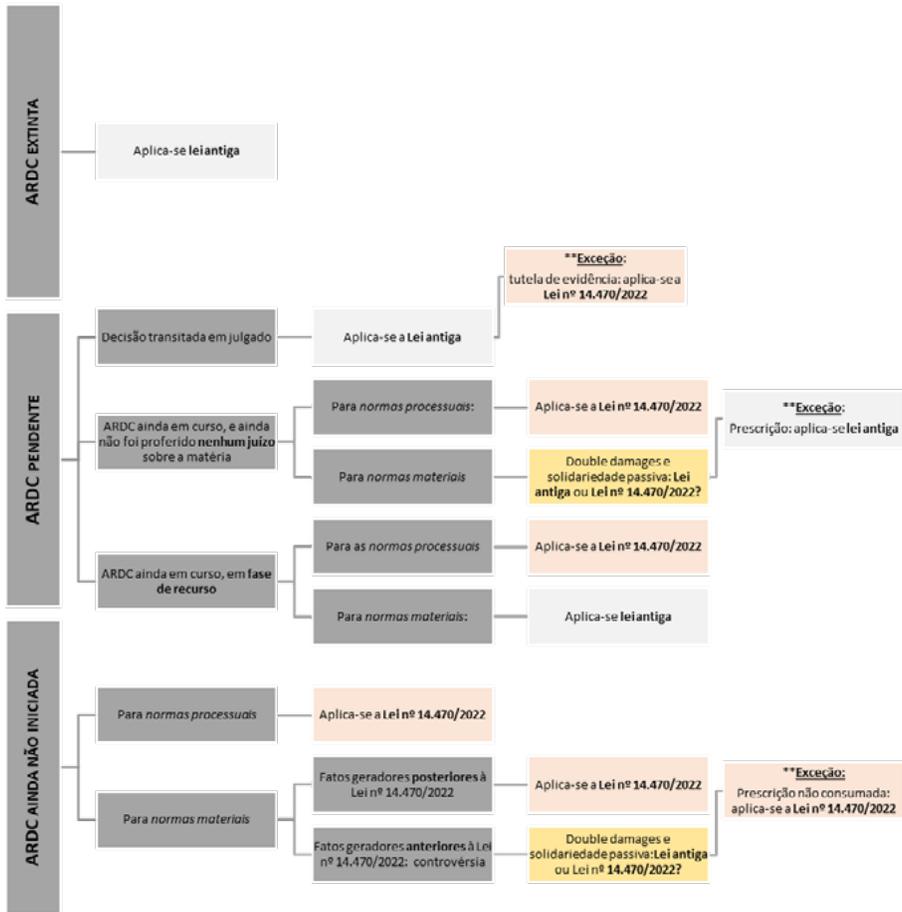
Diante de tudo que foi exposto, as hipóteses acerca da aplicação das disposições contidas na Lei nº 14.470/2022 devem ser analisadas

cuidadosamente pela doutrina e tribunais brasileiros, na medida em que terão um grande impacto no curso da maioria das ações reparatórias, que estão ainda em curso atualmente no Judiciário brasileiro.

A maior dificuldade parece residir, como já se poderia esperar, nas normas de natureza material, em especial, nas ARDCs ainda em curso e naquelas a serem iniciadas referentes à fatos geradores anteriores à entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022. Já para aquelas extintas ou a serem iniciadas referentes a fatos geradores posteriores à entrada em vigor da lei nova, as reflexões oriundas do direito processual parecem ser bem menos controversas.

A imagem a seguir apresenta todo o passo a passo a ser seguido quando da análise da aplicabilidade da Lei nº 14.470/2022, quando interpretada pela sua natureza material ou processual.

Organograma 1: Mapa mental da análise da aplicabilidade da Lei nº 14.470/2022 nas ARDCs extintas, pendentes e ainda não ajuizadas



Fonte: elaboração própria.

Em suma, portanto, é possível chegar a algumas conclusões preliminares sobre a aplicação da Lei nº 14.470/2022. No caso de **processos já extintos**, a Lei nº 14.470/2022 não retroage em nenhuma hipótese, tendo em vista a constituição de coisa julgada, ou, no caso da norma do art. 47-A, em razão da ausência de ação em trâmite para que seja possível a dedução de que o direito do autor é de fato evidente.

Para os **processos ainda pendentes**, é possível dissecar as hipóteses em 3 (três), de acordo com o momento processual da ARDC:

- Se houve decisão transitada em julgado, a Lei nº 14.470/2022 não retroage, tendo em vista a existência de coisa julgada. O art. 47-A se destaca como uma exceção a esse entendimento, vez que a concessão de tutela de evidência decorre de atividade de cognição sumária, e não exauriente e, portanto, não é apta a fazer coisa julgada material.
- Se a ação ainda está em curso, e ainda não foi proferido nenhum juízo sobre a matéria:
 - ◇ *Para as normas processuais:* aqui há uma situação jurídica pendente, portanto, aplica-se a Lei nº 14.470/2022.
 - ◇ *Para as normas materiais:* para as normas sobre double damages e solidariedade passiva, há uma controvérsia – se há a aplicação imediata da Lei nº 14.470/2022, ou aplicação da lei vigente ao tempo da conduta, tendo em vista os institutos do ato jurídico perfeito, direito adquirido, e em respeito ao princípio da segurança jurídica. Já no caso de prescrição, é entendimento da jurisprudência e doutrina que lei nova sobre prazo prescricional incide imediatamente, com exceção de ações já ajuizadas antes da entrada em vigor da lei nova.
- Se a ação está em curso, porém em fase de recurso:

- ◇ *Para as normas processuais:* aplica-se as normas da Lei nº 14.470/2022. No caso da tutela de evidência, trata-se de tutela provisória, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo; no caso do repasse do sobrepreço, é entendimento da jurisprudência que não opera a preclusão da decisão anterior que distribuiu ou inverteu o ônus da prova se a parte interessada recorreu da decisão.
- ◇ *Para as normas materiais:* as decisões que declaram as pretensões prescritas, definem o *quantum debeatur* e que reconhecem a responsabilidade solidária dos infratores podem ser caracterizados como atos jurídicos perfeitos ou resultam em direito adquirido, portanto, a Lei nº 14.470/2022 não retroage.

E, para os **processos ainda não iniciados**, a aplicabilidade das normas da Lei nº 14.470/2022 vai depender da sua natureza:

- Para as normas de direito processual (tutela de evidência e vedação do repasse do sobrepreço), a Lei nº 14.470/2022 incide desde logo, tendo em vista a aplicabilidade imediata do direito processual;
- Já para as normas de direito material (prescrição, double damages e exclusão da responsabilidade solidária) terão aplicabilidade imediata se os fatos geradores foram posteriores à Lei nº 14.470/2022. Caso os fatos geradores sejam anteriores à Lei nº 14.470/2022, nas normas sobre double damages e solidariedade passiva, vislumbra-se a mesma polêmica existente nas ações em curso em que ainda não foi proferido nenhum juízo sobre a matéria. No caso do prazo prescricional, todavia, há a incidência imediata do novo prazo

prescricional mais abrangente, desde que não consumada a prescrição.

Há que se acompanhar, portanto, a aplicação concreta das normas pelo judiciário, tendo em vista a certeza de que endereça inúmeros desafios não apenas para os profissionais atuantes no direito da concorrência, mas em especial para os processualistas.

HÁ EMBATE ENTRE A LEI 14.470/22 E A DECISÃO DO STJ NO RESP Nº 1.971.316/SP?

Publicado originalmente em: *Portal Conjur em 11/01/2023.*

Renê Guilherme S. Medrado

Amanda Athayde

Gianvito Ardito

Luís Henrique Perroni Fernandes

Em 25/10/2022, a 4ª Turma do STJ julgou o Recurso Especial nº 1.971.316/SP, com considerações a respeito do prazo prescricional e de seu respectivo termo inicial para ações de reparação por danos concorrenciais.

Poucos dias depois, em 16/11/2022, foi promulgada a Lei 14.470/2022, que alterou disposições da Lei de Defesa da Concorrência no Brasil (Lei nº 12.529/2011), após aproximadamente quatro anos de tramitação legislativa, que trata justamente sobre ações de reparação por danos concorrenciais e que define de forma expressa o prazo prescricional e o respectivo termo inicial dessas ações.

Para que se possa responder à pergunta do título desse artigo, sobre a existência ou não de embate entre a nova Lei e a decisão do STJ, serão brevemente apresentados, alguns aspectos salientes sobre o Recurso Especial nº 1.971.316/SP (1) e sobre a Lei nº 14.470/2022 (2). Após, será possível avançar para responder a algumas das perguntas que surgem: qual a força do julgado do STJ diante da Lei nº 14.470/2022 para ações de reparação por danos concorrenciais posteriores à Lei nº 14.470/2022? (3) E qual a força do julgado do STJ para a reparação por danos concorrenciais cujos fatos geradores são *anteriores à Lei?* (4)

1. ASPECTOS SALIENTES DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.971.316/SP

Em sessão de julgamento realizada 25/10'2022, o STJ manteve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que declarou prescrita a pretensão indenizatória por perdas e danos decorrentes de um suposto cartel no mercado de compra de laranjas, em que fabricantes de suco de laranja teriam supostamente combinado preços e volume de produção no Estado de São Paulo, o que seria proibido pela legislação concorrencial. O Cade instaurou processo administrativo para investigar o caso, tendo encerrado, sem decisão condenatória, diante da celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC) no qual as empresas acusadas confessaram a prática de cartel entre os anos de 1995 e 2006.

Em primeiro lugar, chamam a atenção as considerações feitas a respeito do marco inicial para a contagem do prazo prescricional, que tem sido objeto de intensa discussão nas últimas décadas. A decisão do STJ   didática e faz uma gradação do nível de dificuldade para identificar o marco inicial para a contagem do prazo prescricional:

(a) **para situações singelas**, deve-se considerar o “*momento da lesão propriamente dita ao direito subjetivo patrimonial, o que coincide com o nascimento da pretensão ou do exercício do direito de ação*”;

(b) **para situações em que há certa complexidade**, deve-se haver uma “*interpretação e análise adequada para o seu deslinde*”.

E, em relação às (b) situações complexas, a decisão propõe nova classificação:

(b.1) em se tratando de **obriga o contratual**, deve-se considerar o momento da violação do direito, ou seja, do descumprimento do contrato, independentemente da ciência do credor (princípio da *actio nata*); e

(b.2) em se tratando de **obriga o extracontratual**, deve-se considerar o momento em que o prejudicado teve ciência da conduta que afirma ser ilícita, da sua extensão e da autoria da lesão. Trata-se

de exceção à regra geral do artigo 189 do CC/02, para que não seja cometida injustiça ao se punir a vítima por uma negligência aparente, já que não há inércia quando há absoluta falta de conhecimento do dano.

O STJ entendeu, ainda, que **em ações de indenização por danos concorrenciais *stand alone***, em que não há decisão condenatória do CADE, o termo inicial da prescrição seguirá a **regra aplicada para ações de indenização por danos extracontratuais (b.2.)**, ou seja, que é o momento em que o ato ilícito causador do dano é propriamente conhecido pela vítima. Quanto às ações de *follow-on*, o julgado deixa claro que o termo inicial da prescrição seria a decisão definitiva do Cade.

Em segundo lugar, a decisão do STJ trata também dos diferentes tipos de prazo de prescrição, já que até então havia dúvida acerca da aplicação do prazo trienal ou quinquenal. Nos termos do voto do ministro relator, as ações reparatórias têm natureza **extracontratual e, portanto**, nos termos da jurisprudência do STJ, **o prazo prescricional é de três anos** (artigo 206, § 3º, V, do Código Civil).

Em terceiro lugar, ainda que não seja o foco da decisão do STJ, é preciso destacar as ponderações contidas na decisão a respeito da inexistência de correlação entre a caracterização de cartel e a ocorrência de danos individuais deles decorrentes: *“a revelação do cartel, enquanto instituto do direito concorrencial, não induz, necessariamente à afirmação de ocorrência dos danos individuais referidos”*. E, ainda, *“do mesmo modo, a afirmação de que o cartel não se verificou não significa, por si só, que as condutas investigadas não possam ter causado prejuízos às empresas nas transações obrigacionais”*. Tais afirmações estimulam o ajuizamento de ações de reparação de danos por condutas concorrenciais, mesmo sem ter havido decisão condenatória do Cade, ao mesmo tempo em que exigem responsabilidade daqueles que se dizem vítimas de cartel. Ainda que esse argumento fosse explorado por empresas e vítimas, o STJ não havia dito isso de forma tão clara, não havendo qualquer menção a esse assunto na Lei nº 14.470/2022.

Ou seja, em resumo:

| AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS | RECURSO ESPECIAL Nº 1.971.316/SP |
|---|--|
| Termo inicial da prescrição | <p>Para ações <i>stand-a/one</i>, o termo inicial da prescrição seguirá a <u>regra aplicada para ações de indenização por danos extracontratuais</u>, ou seja, que é o momento em que o ato ilícito causador do dano é propriamente conhecido pela vítima.</p> <p>Quanto às ações de <i>follow-on</i>, o termo inicial da prescrição é da decisão definitiva do CADE.</p> |
| Prazo prescricional | <p>As ações reparatórias têm natureza <u>extracontratual</u> e, portanto, nos termos da jurisprudência do STJ, <u>o prazo prescricional é de três anos</u> (artigo 206, § 3º, V, do Código Civil).</p> |

2. ASPECTOS SALIENTES DA LEI Nº 14.470/2022

A Lei nº 14.470/2022 apresenta inovações tanto processuais quanto materiais em relação às disposições da Lei nº 12.529/2011. Para fins do presente artigo, destacamos a definição, no texto da Lei nº 14.470/2022, com relação à **prescrição**, que define o prazo de 5 (cinco) anos para que vítimas de infrações à ordem econômica, como cartel, ingressem com ações judiciais de reparação de danos. Fica também determinado que o marco inicial da prescrição se dá com a ciência inequívoca do ilícito, qual seja, publicação da decisão do Cade.

Ou seja, em resumo:

| AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS | LEI Nº 14.470/2022 |
|---|---|
| Termo inicial da prescrição | <p>Para ações <i>stand-alone</i>, não há definição quanto ao termo inicial da prescrição</p> <p>Quanto às ações de <i>follow-on</i>: Art. 46-A § 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.</p> |
| Prazo prescricional | Art. 46-A § 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito. |

Diante disso, surgem algumas perguntas: qual a força do julgado do STJ diante da Lei nº 14.470/2022 para ações de reparação por danos concorrenciais posteriores à Lei nº 14.470/2022? (3) E qual a força do julgado do STJ para a reparação por danos concorrenciais cujos fatos geradores são *anteriores à Lei*? (4)

3. QUAL A FORÇA DO JULGADO DO STJ PARA A PRESCRIÇÃO EM AÇÕES *STAND-ALONE* DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS POSTERIORES À LEI Nº 14.470/2022?

Em relação à prescrição, a Lei nº 14.470/2022 é clara quando se trata de ações de indenização por danos concorrenciais que sejam derivadas de decisão condenatória do Cade (*ações follow-on*). Nesses casos, a prescrição é de cinco anos a partir da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.

A dúvida que fica é em relação ao termo inicial da prescrição para as ações de indenização por danos concorrenciais em que não há decisão condenatória do Cade (*stand-alone actions*), seja porque sequer há processo administrativo em curso, seja porque o processo

administrativo está em andamento, seja porque houve celebração de TCC.

Para as ações *stand-alone* de reparação de danos **posteriores à Lei nº 14.470/2022**, há quem defenda que o prazo prescricional de cinco anos estabelecido na Lei nº 14.470/2022 continua sendo aplicado, com a mudança apenas do termo inicial da prescrição. Por outro lado, há também quem defenda que, em não havendo decisão condenatória do Cade, a melhor orientação não viria da Lei nº 14.470/2022, mas sim do julgado do STJ, ao determinar a aplicação da regra geral de três anos estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Vale notar que a decisão do STJ faz referência ao então Projeto de Lei nº 11.275/2018, que culminou na Lei nº 14.470/2022, no que diz respeito ao prazo prescricional. O ministro Luis Felipe Salomão infere, em sua decisão, que o novo artigo 46-A, que determina a prescrição de cinco anos para a reparação de danos concorrenciais, estaria limitado aos casos em que há julgamento final do processo administrativo do Cade pela forma como está construído.

Parece-nos, portanto, haver uma lacuna, conforme explicitado abaixo:

| | <i>Ações stand-alone</i> | <i>Ações follow-on</i> |
|--|--|---|
| Prazo prescricional das ações de reparação por danos concorrenciais | | |
| Antes de 16.11.2022 | Recurso Especial nº 1.971.316/SP (3 anos) | Recurso Especial nº 1.971.316/SP (3 anos) |
| Após de 16.11.2022 | Controvérsia: <ul style="list-style-type: none"> Lei nº 14.470/2022 (5 anos) Recurso Especial nº 1.971.316/SP (3 anos) | Lei nº 14.470/2022 (5 anos) |
| Termo inicial da prescrição | | |
| Antes de 16.11.2022 | Recurso Especial nº 1.971.316/SP (momento em que o ato ilícito causador do dano é propriamente conhecido pela vítima) | Recurso Especial nº 1.971.316/SP (o termo inicial da prescrição é da decisão definitiva do CADE) |
| Após de 16.11.2022 | Recurso Especial nº 1.971.316/SP (momento em que o ato ilícito causador do dano é propriamente conhecido pela vítima) | Lei nº 14.470/2022 (ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo CADE) |

4. COMO FICA A PRESCRIÇÃO EM AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANOS CONCORRENCIAIS CUJOS FATOS GERADORES SÃO ANTERIORES À LEI Nº 14.470/2022?

Para as ações em que a prescrição foi decretada por decisão transitada em julgado, parece-nos que nem a Lei nº 14.470/2022, nem o julgado do STJ se aplicam diante da imutabilidade da coisa julgada. Não haveria espaço para a reconstituição de uma pretensão que já fora declarada prescrita.

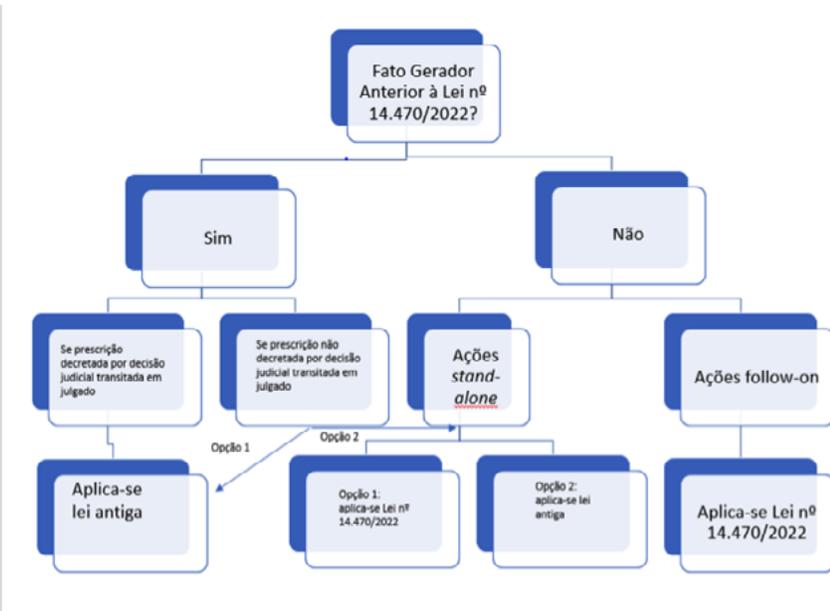
Para os casos em curso em que não há prescrição reconhecida, há, ao menos, duas possibilidades. A primeira corrente defende a aplicação do prazo prescricional e do respectivo termo inicial da nova Lei nº 14.470/2022 para os casos cuja prescrição ainda não teria ocorrido.

Já para a segunda corrente, a Lei nº 14.470/2022 só se aplicaria para os casos posteriores à sua vigência, aplicando-se a lei vigente

ao tempo da conduta lesiva ante o ato jurídico perfeito e segurança jurídica.

Parece-nos, portanto, haver uma lacuna, conforme explicitado abaixo:

| | Lei nº 14.470/20 | Recurso Especial nº 1.971.316/SP |
|--|--|---|
| Efeitos em ações de reparação por danos concorrenciais cujos fatos geradores são anteriores | | |
| Ações em curso em que a prescrição foi decretada por decisão transitada em julgado | Não se aplica | Não se aplica |
| Ações em curso em que não há prescrição reconhecida até o momento | Controvérsia: <ul style="list-style-type: none"> • Aplicação imediata da Lei nº 14.470/2022 (5 anos) • Aplicação da Lei nº 14.470/2022 (5 anos) para os casos posteriores à sua vigência | Poderia ser utilizado como referência para o termo inicial da prescrição e para o seu prazo em casos anteriores à vigência da Lei nº 14.470/2022. |



PRIMEIRAS CONCLUSÕES

Com base nas ponderações acima, a conclusão parece ser de que a aguardada Lei nº 14.470/2022 veio em boa hora e sanou lacunas processuais e materiais importantes, dando um passo largo para a efetividade das ações de reparação civil por danos concorrenciais no Brasil.

No entanto, está claro que a Lei nº 14.470/2022 não respondeu integralmente todas as lacunas criadas e que ainda há espaço para discussão em relação a temas centrais: Quais os parâmetros para se interpretar o *“momento em que o ato ilícito causador do dano é propriamente conhecido pela vítima”* na definição do termo inicial da prescrição em ações *stand-alone*? Deve-se aplicar a prescrição trienal ou quinquenal para tais ações *stand-alone*? Qual é o efeito da Lei nº 14.470/2022 nos casos em andamento? Essas e outras várias questões terão de ser enfrentadas e já começam a aparecer diferentes possibilidades de resposta.

O recente julgado do STJ no âmbito do Recurso Especial nº 1.971.316/SP é anterior à Lei nº 14.470/2022 e ainda assim dá orientações importantes de como tratar algumas das situações não cobertas pela Lei nº 14.470/2022. Além disso, essa mesma decisão comenta, ainda que brevemente, um ponto interessantíssimo que não pode passar despercebido: a não correlação automática entre cartel e danos individuais dele decorrentes.

Como se sabe, a caracterização de cartel não depende da comprovação da geração de efeitos anticompetitivos inevitavelmente derivados de tal prática (visto que a legislação e prática brasileira interpretam tal prática como sendo ilícito “por objeto”, sendo isso suficiente para fins da punibilidade de natureza sancionatória administrativa); todavia, não é demais lembrar – como fez o acórdão do STJ – que eventual condenação reparatória judicial dependerá da comprovação dos danos causados pela prática, dissociando-se claramente da prática administrativa.

O acórdão do STJ ainda sugere a possibilidade de apreciação de pleito indenizatório, em vista de impacto nas “transações obrigacionais” de empresas, mesmo na hipótese de a prática de cartel não restar verificada. Embora a hipótese vislumbrada – apenas em *obiter dictum* – pelo mencionado acórdão parecer desafiar a lógica (pois não caberia pretensão indenizatória quando a prática caracterizadora do ato ilícito não tenha se verificado), é certo que a intenção do mencionado acórdão foi a de enfatizar a necessidade de se empreender análise casuística das pretensões indenizatórias, lastreadas nos fatos e nas circunstâncias específicos de cada caso. Como se vê, trata-se de questão que seguramente renderá boas discussões entre empresas e supostas vítimas de ilícitos concorrenciais.

Essas novas questões e desafios, que se renovam com a Lei nº 14.470/2022 e com o recente posicionamento do STJ, fazem parte de um amadurecimento natural e necessário do tema, que começa a deixar de ser novidade no Brasil e passa a ser uma realidade. Acompanharemos com interesse os próximos capítulos que certamente virão.

RESSARCIMENTO VOLUNTÁRIO DE DANOS E ACORDOS NO CADE: O QUE ISSO SIGNIFICA PARA AS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANO POR CONDUTA ANTICOMPETITIVA NO BRASIL?

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 10/12/2018.*

Amanda Athayde

Isabela Maiolino

Em 12 de setembro de 2018, o Cade editou a versão final da Resolução nº 21 de 2018 (“Resolução 21/2018 CADE”), que regulamentou os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos, em especial aqueles oriundos de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação – TCCs.¹¹²² Tal normativa buscou fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais, ao mesmo tempo em que delimitou os limites para que não houvesse prejuízo aos exitosos programas de acordo da autarquia. Trata-se do conhecido debate entre *public and private enforcement*¹¹²³.

Nos termos do vanguardista art. 12 desta Resolução 21/2018 CADE: “A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37

1122 Sobre o assunto, ver artigo escrito por Amanda Athayde, Andressa Lins Fidelis e Isabela Maiolino, de título “**Da Teoria À Realidade: O Acesso A Documentos De Acordos De Leniência No Brasil**”, publicado no livro *Mulheres no Antitruste – Volume I*, disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/7a78d2_d373ca0c81564b9193d0c6d0d8bc9f61.pdf

1123 Nesse sentido, destacam-se as discussões em 2015 realizadas no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), **Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement. Note by the Secretariat**. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=En). 2015; e o documento produzido pela International Competition Network (ICN) em 2007, **Interaction Of Public And Private Enforcement In Cartel Cases**, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf>.

e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011”.

O referido art. 12 foi inspirado em normativas estrangeiras, como aquelas do Reino Unido e da Alemanha, conforme explicado na Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIAGAB-SG/SG/CADE, produzida pela Superintendência-Geral do Cade em dezembro de 2016. No Reino Unido, esse mecanismo é denominado *voluntary redress scheme*, por meio do qual os beneficiários da leniência e demais participantes da conduta podem submeter, voluntariamente, um plano de ressarcimento às partes lesadas, buscando a aprovação da *Competition and Markets Authority*. *Se aprovado, o autor da conduta poderá receber, em contrapartida, descontos de até 20% no valor da multa administrativa a ser aplicada.*

Já na Alemanha, a jurisprudência sugere a adoção de um procedimento bifásico, que divide a decisão da autoridade de defesa da concorrência (o *Bundeskartellamt*) em dois momentos. Primeiro, há uma decisão preliminar declaratória, que é seguida de um período designado para facilitar a celebração de acordos com consumidores lesados. Posteriormente, é proferida a decisão final, que considera tais acordos como um “bônus” no cálculo da multa administrativa final. Tal procedimento visa a diminuir os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores lesados, bem como a favorecer o beneficiário da leniência na medida de sua cooperação.

Fato é que o tema da reparação dos danos decorrentes de condutas ilícitas tem sido discutido em diversos eventos no Brasil. No dia 22 de novembro de 2018, por exemplo, ocorreu o “Seminário IBRAC/IDP: Reparação de Danos por Condutas Anticompetitivas: Onde estamos, para onde vamos e como?”, em que se discutiu os desafios para a reparação de danos oriundos de condutas anticompetitivas no Brasil. Este também foi o tema de debate no “24º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência”, promovido pelo IBRAC em outubro de 2018.

Não se trata, porém, de tema restrito à seara concorrencial, já que o modo de cálculo do suposto dano causado também tem sido objeto de calorosa discussão, por exemplo, nas investigações de corrupção.

Tanto é assim que em maio de 2018 foi realizada a “*Oficina de Metodologia de Apuração de Dano e Multa em Acordos de Leniência*”, com a participação do MPF, do TCU, da AGU, do CADE e da CGU. Isso porque o cálculo de ressarcimento e reparação não é algo trivial¹¹²⁴.

Nesse contexto de debates, cumpre chamar atenção para o fato de que, no dia 21 de novembro de 2018, durante a 134^a sessão de julgamento, o Tribunal Administrativo do Cade homologou 16 propostas

1124 Parecer do Departamento de Estudos Econômicos no Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51 (SEI 0260624): “(...) havendo disponibilidade de dados adequados, a utilização dos métodos apropriados juntamente com análises de robustez possibilita estimar valores confiáveis para o dano do cartel. Entretanto, o trabalho necessário para chegar à especificação mais adequada – que inclui a escolha do cenário contrafactual, do período do cartel e das variáveis explicativas do modelo – não é trivial”. Segundo a OCDE: “Accurately measuring harm to competition is difficult even in the best of cases”. “Measuring harm in practice is difficult even in straightforward cartel cases because of data requirements and the need to construct a convincing (...) scenario. The more difficult cases will likely require substantial inputs from skilled and experienced analysts with detailed knowledge of the industries too. (...) The most often used methods (...) typically require relatively large data sets” (OECD. **Quantification of harm to competition by national courts and competition agencies**. OCDE, 2011). Ainda sobre o assunto, Hovenkamp: “methods have become technically quite demanding” (HOVENKAMP, Herbert. **Quantification of harm in private antitrust actions in the United States**. University of Iowa Legal Studies Research Paper, 2011).

de TCC¹¹²⁵ em investigações da “Operação Lava Jato”¹¹²⁶ utilizando-se, pela primeira vez, da previsão do art. 12 da Resolução 21/2018 do CADE.

Nos termos do *press release* do Cade, apesar de a contribuição pecuniária total ter sido fixada em R\$ 897,9 milhões, há a possibilidade de redução de 15% do seu valor, caso os compromissários dos acordos comprovem ao Cade a reparação judicial ou extrajudicial dos danos causados pelas condutas anticompetitivas praticadas.

A novidade, portanto, é a definição concreta, pela primeira vez, da redução de valor de uma contribuição pecuniária em TCC com base na reparação efetiva dos danos aos prejudicados.

Como o desconto definido foi de 15%, este valor poderá vir a ser utilizado como parâmetro para as demais empresas e pessoas físicas investigadas pelo Cade em suas negociações de TCCs. Seria este percentual muito elevado? Ou muito baixo? Quanto, em termos pecuniários, vai representar em cada TCC, e quanto haverá de reparação de danos aos respectivos prejudicados? Seria um benefício excessivo aos infratores, considerando o dano social que as práticas

1125 Requerimentos nº 08700.001880/2016-21 (Compromissário: OAS S.A.), 08700.002014/2016-58 (Compromissário: Presidente Carioca Christiani – Nielsen Engenharia S/A), 08700.003677/2016-90 (Compromissários: Construtora OAS S.A., e José Adelmário Pinheiro Filho.), 08700.003679/2016-89 (Compromissário: Andrade Gutierrez Engenharia S.A), 08700.004337/2016-86 (Compromissário: Construtora Norberto Odebrecht S.A), 08700.004341/2016-44 (Compromissário: Construtora Norberto Odebrecht S.A), 08700.005045/2016-61 (Compromissário: Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A), 08700.005078/2016-19 (Compromissário: Construtora Norberto Odebrecht S.A), 08700.007077/2016-09 (Compromissário: Odebrecht Participações e Investimentos S.A), 08700.007078/2016-45 (Compromissário: Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A), 08700.008066/2016-38 (Compromissário: Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A), 08700.008074/2016-84 (Compromissário: Construtora OAS S.A), 08700.008158/2016-18 (Compromissários: Construtora Norberto Odebrecht S.A e Carlos José Vieira Machado da Cunha), 08700.008159/2016-62 (Compromissário: Construtora Norberto Odebrecht S.A), 08700.008223/2016-13 (Compromissário: Construtora OAS) e 08700.008245/2016-75 (Compromissário: Andrade Gutierrez Engenharia S.A).

1126 Ver “**Por R\$ 897 mi, Cade encerra investigações contra empreiteiras da Lava Jato**”, disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/por-r-897-mi-cade-encerra-investigacoes-contra-empreiteiras-da-lava-jato-21112018>; e “**Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato**”, disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>.

de tais empresas causaram aos brasileiros, relevadas pela “Operação Lava Jato”?¹¹²⁷

Recorde-se que, enquanto a legislação alemã prevê um desconto de até 15%¹¹²⁸ e o Reino Unido prevê um abatimento de até 20% da multa aplicada¹¹²⁹, a Resolução 21/2018 do CADE não determinou valores máximos ou mínimos do percentual de abatimento da multa ou contribuição pecuniária. No mesmo sentido, o Guia de TCC para casos de cartel¹¹³⁰ não prevê nenhum tipo de redução no valor da contribuição a ser paga decorrente de pagamentos realizados em ações de reparação, enquanto o Guia de Compliance¹¹³¹, apesar de mencionar a possibilidade de redução do valor da multa a ser aplicada pelo Tribunal em razão da adoção de programas de integridade, elencados na boa-fé do infrator, também não apresenta qualquer percentual para comparação.

Acreditamos que este é um relevante precedente na história do Cade. A autarquia se alinha com as melhores práticas internacionais, que buscam a ponderar a adequada reparação dos danos aos prejudicados (*private enforcement*) quando da punição pelas condutas anticompetitivas (*public enforcement*). Também é relevante porque sinaliza os esforços do Cade a efetiva cooperação interinstitucional no Brasil.

1127 Destaca-se que os Conselheiros João Paulo Resende e Cristiane Alkmin rejeitaram as propostas de TCC e votaram contra a homologação.

1128 OCDE. **Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement.** Alemanha. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)21&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)21&docLanguage=En). 2015.

1129 OCDE. **Relationship Between Public And Private Antitrust Enforcement.** Reino Unido. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)8&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)8&docLanguage=En). 2015.

1130 **Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel.** Maio de 2016. Atualizado em setembro de 2017. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17

1131 **Guia para Programas de Compliance.** Janeiro de 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf

Isso porque a “Operação Lava Jato” é um dos principais casos de multiplicidade de agências investigativas, e considerar a efetiva reparação de danos já realizada no âmbito do MPF, da CGU, da AGU e do TCU parece dar sincronicidade entre as instituições públicas, e consequentemente previsibilidade e segurança jurídica aos administrados. Este ponto foi corretamente ressaltado pelo Presidente do Cade, Alexandre Barreto, que em diversas oportunidades apontou para a relevância da complementariedade das investigações e a estreita cooperação.

Diante do exposto, e considerando que estes foram os primeiros casos em que houve a definição quanto ao percentual de desconto a ser utilizado (15%), em processos atípicos em termo de exposição à mídia, dado que relacionados à “Operação Lava Jato”, será necessário observar como o Cade vai avaliar o cumprimento dessa condição nos TCCs em concreto.

No caso específico, a partir de qual valor de danos reparado haverá redução percentual? Qual a faixa de descontos, até atingir o limite máximo de redução da contribuição até os 15%? E se houver o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, mas apenas parcial, será considerada preenchida a condição para tal desconto da contribuição pecuniária do TCC ou será considerado descumprimento?

E nos futuros TCCs homologados e em condenações pelo Tribunal do Cade, como será a aplicação desse art. 12 da Resolução 12/2018 do Cade? Quais serão os parâmetros concretos e objetivos de definição dessa redução percentual? Será necessária a elaboração de eventual Guia sobre quanto do ressarcimento comprovado poderá ser considerado no desconto dos TCCs e das multas? Ou a análise será casuística? De plano, entendemos que já é possível atualizar o Guia de TCC para que conste essa possibilidade no rol de descontos, e também que essa previsão conste em um futuro Guia sobre Dosimetria das

Penas, de possível elaboração pela autarquia¹¹³².

1132 Nesse sentido, Vinícius Marques de Carvalho: “Cumprе salientar a importância da edição de um guia de dosimetria das penas a serem aplicadas pelo Cade, instrumento capaz de traduzir de maneira mais técnica a necessidade em se estabelecer um padrão de aferimento do dano de modo.” *In* Com mudanças em sua formação, Cade consolidou atuação antitruste do Brasil. Revista Consultor Jurídico, 31 de dezembro de 2017. Ver também artigo publicado pelo Conselheiro João Paulo de Resende no livro “Evolução Antitruste no Brasil”, organizado por Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer, de título “Ainda falta um Guia de Dosimetria”.

Amanda Athayde

DA TEORIA À REALIDADE: O ACESSO A DOCUMENTOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO BRASIL

Publicado originalmente em: *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.*

Amanda Athayde

Andressa Lins Fidelis

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 July 2018. 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.

1. 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”¹¹³³ 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 processual¹¹³⁴.

1133 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.

1134 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.

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”¹¹³⁵.

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 Cade¹¹³⁶, compete ao Ministério Público Federal e/ou Estadual, na esfera criminal, investigar e oferecer denúncia ao Poder Judiciário¹¹³⁷. 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

1135 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.

1136 Conforme o art. 36 da Lei nº 12.529/11.

1137 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).

ajuizar ações coletivas de reparação de danos por violação às regras concorrenciais.

Com o crescimento, ainda que incipiente¹¹³⁸, 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)¹¹³⁹, buscou se posicionar através do lançamento de consulta pública em dezembro de 2016. A consulta referia-se a 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 2018¹¹⁴⁰.

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

1138 Estudo indica que, até 2011, pouco mais de vinte ARDC haviam sido ajuizadas no País. 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.

1139 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”.

1140 Disponível em: <<https://bit.ly/2QIZ1nA>>.

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) 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.

2. 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 Cade¹¹⁴¹ ou penalmente pelo Ministério Público¹¹⁴², 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 nexos causal

1141 Conforme determinado pela Lei nº 12.529/11.

1142 Nos termos da Lei nº 8.137/90.

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 Cade¹¹⁴³, ainda é uma das principais complicações à obtenção de evidências¹¹⁴⁴.

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.¹¹⁴⁵ Ademais, na LAI, há exceção para a divulgação de informações que possam “representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”¹¹⁴⁶ e que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”¹¹⁴⁷.

A Lei de Defesa da Concorrência também contém exceções à regra geral constitucional da publicidade dos atos administrativos. O

1143 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.

1144 OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO. **Relationship between public and private antitrust enforcement**. 15 Jun. 2015.

1145 Cf. art. 2º, V, Lei nº 9.784/1999 c/c art. 5º, LX, CF/88.

1146 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”.

1147 Cf. art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011.

art. 49, por exemplo, garante o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos, sendo que as partes 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 Ricade¹¹⁴⁸.

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.

1148 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.

A confidencialidade do Acordo de Leniência está prevista em lei federal (art. 86, §9^o¹¹⁴⁹), em regulamento infralegal (art. 241, §§ 1^o e 2^o, do Ricade¹¹⁵⁰) e também em cláusulas do próprio Acordo celebrado entre os Signatários e o Cade com a intervenção do Ministério Público¹¹⁵¹.

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

1149 Cf. art. 86, §9^o, da Lei n^o 12.529/2011: “Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”.

1150 Cf. art. 241, §§ 1^o e 2^o, 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.”

1151 Modelo de Acordo de Leniência encontra-se disponível no site do Cade: <<https://bit.ly/2LFomPo>>.

probatório necessário para o sucesso da pretensão indenizatória dos consumidores lesados, pode expor os signatários do Acordo de Leniência a uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com as autoridades antitruste¹¹⁵², criando assim um desincentivo ao *enforcement* público.

Assim, muito embora o *enforcement* privado possa auxiliar na promoção da política de defesa da concorrência¹¹⁵³, 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* antitruste¹¹⁵⁴.

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 judicial¹¹⁵⁵ ou em caso de solicitação para proposição de ARDC.

1152 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.

1153 “(...) 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”).

1154 Para mais informações, ver Relatório OCDE 2015. OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO. **Relationship between public and private antitrust enforcement**. 15 Jun. 2015.

1155 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.

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 Tribunal¹¹⁵⁶.

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

1156 Disponível em: <<https://bit.ly/2AaGaNS>>.

e responsabilização do Signatário e Compromissário em outras jurisdições.

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”¹¹⁵⁷.

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 proporcional¹¹⁵⁸.

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 nexos causal¹¹⁵⁹.

1157 CADE. **Minuta de Resolução**. 2016.

1158 CADE. **Exposição de motivos da Consulta Pública Consulta Pública nº 05/2016**.

1159 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

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”.¹¹⁶⁰

As principais alterações da proposta de resolução¹¹⁶¹ 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, as questões referentes à dificuldade de obtenção de documentos oriundos de Acordo de Leniência e TCC.

Após o término do prazo para manifestações, a consulta se concretizou na forma da Resolução nº 21 de 11 de setembro de 2018.

Cade, independentemente do Inquérito ou Processo Administrativo, nos termos do próprio caput do art. 47 da Lei nº 12.529, de 2011.”

1160 CADE. Aberta nova consulta pública sobre procedimentos de acesso a documentos provenientes de investigações antitruste. Brasília: Cade, 4 jul. 2018.

1161 Disponível em: <<https://bit.ly/2O9NVqu>>

Não houve mudanças significativas quanto ao teor da segunda consulta e a versão final publicada¹¹⁶².

3. 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/SP¹¹⁶³.

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

1162 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>>.

1163 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP**. Ministro Relator Marco Aurelio Belizze.

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)¹¹⁶⁴; (ii) cartel internacional dos peróxidos (julgado em 2012)¹¹⁶⁵; (iii) cartel internacional de cargas aéreas (julgado em 2013)¹¹⁶⁶; (iv) cartel internacional de mangueiras marítimas (julgado em 2015)¹¹⁶⁷; (v) cartel internacional de perborato de sódio (julgado em 2016)¹¹⁶⁸; (vi) cartel internacional dos compressores (julgado em 2016)¹¹⁶⁹; (vii) cartel Internacional de Elastômeros Termoplásticos (TPE) (julgado em 2016)¹¹⁷⁰; (viii) cartel de Plásticos ABS (julgado em 2016)¹¹⁷¹; (ix) cartel internacional de CRT (julgado em 2016)¹¹⁷²; e (x) cartel internacional de Placas de Memória (DRAM) (julgado em 2016)¹¹⁷³.

1164 PA nº 08012.001826/2003-10. Leniência celebrada em 8 out. 2003, julgado em 19 set. 2007.

1165 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.

1166 PA nº 08012.011027/2006-02. Leniência celebrada em 21 dez. 2006, julgado em 28 ago. 2013.

1167 PA nº 08012.010932/2007-18. Leniência celebrada em 13 ago. 2007, julgado em 25 fev. 2015.

1168 PA nº 08012.001029/2007-66. Leniência celebrada em 11 set. 2006, julgado em 25 fev. 2016.

1169 PA nº 08012.000820/2009-11. Leniência celebrada em 30 jan. 2009, julgado em 16 mar. 2016.

1170 PA nº 08012.000773/2011-20. Leniência celebrada em 17 dez. 2010, julgado em 31 ago. 2016.

1171 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.

1172 PA nº 08012.005930/2009-79. Leniência celebrada em 29 jul. 2009, julgado em 9 nov. 2016.

1173 PA nº 08012.005255/2010-11. Leniência celebrada 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)¹¹⁷⁴; (ii) sigiloso (julgado em 2017)¹¹⁷⁵; (iii) sigiloso (julgado em 2017)¹¹⁷⁶; (iv) cartel de manutenção predial (julgado em 2017)¹¹⁷⁷ e (v) cartel de rolos cerâmicos refratários (julgado em 2017)¹¹⁷⁸.

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.

3.1. 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

1174 PA nº 08700.004631/2015-15. Leniência celebrada em 29 jun. 2015, julgado em 6 set. 2017.

1175 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.

1176 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.

1177 PA nº 08012.006130/2006-22 Leniência celebrada em 23 jun. 2006. Processo julgado em 6 nov. 2017.

1178 PA nº 08700.004627/2015-49. Leniência celebrada em 29 jun. 2015. Processo julgado em 22 nov. 2017.

referido Acordo (fls. 329 e ss.) e as gravações 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.

3.2. 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.¹¹⁷⁹

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.

1179 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 Emmanuel 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”.

3.3. CARTEL DAS CARGAS AÉREAS

Na investigação referente ao cartel internacional de cargas aéreas¹¹⁸⁰, 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.

3.4. 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

1180 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).

do documento aos representados ainda durante a tramitação do processo.¹¹⁸¹ 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.¹¹⁸²

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.¹¹⁸³

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 disponibilizado a terceiros, em razão dos

1181 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 íntegra do Acordo de Leniência às representadas. Cf. §§ 69 a 75 do voto do Conselheiro-Relator.

1182 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.

1183 Id., § 76. Havia apelação pendente de julgamento pelo TRF3.

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”.¹¹⁸⁴

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).¹¹⁸⁵

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.

3.5. 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

1184 Id. § 74.

1185 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”.

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.

3.6. 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.¹¹⁸⁶ 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.

1186 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”.

3.7. 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 Histórico da Conduta. O termo de celebração do Acordo de Leniência não foi disponibilizado nos autos públicos.

3.8. CARTEL DE 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.

3.9. CARTEL DE CRT

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.

3.10. 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.

3.11. 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.

3.12. SIGILOS

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.

3.13. SIGILOS

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 inquerito, 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.

3.14. 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.

3.15. 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.

4. 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 louvável¹¹⁸⁷, 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 matéria¹¹⁸⁸.

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 seguirá casuístico, e sem a devida sistematização institucional, haja vista o disposto nos arts. 10 e 11 do referido normativo¹¹⁸⁹.

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.

1187 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.

1188 Nesse sentido, destaca-se manifestação feita pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze 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.

1189 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.”

Amanda Athayde

**CAN SHAREHOLDERS CLAIM DAMAGES AGAINST
COMPANY OFFICERS AND DIRECTORS FOR ANTITRUST
VIOLATIONS? THE JAPANESE EXPERIENCE AND
POSSIBLE LESSONS TO BRAZIL AND LATIN AMERICA**

Publicado originalmente em: *Competition Law and Policy in Latin America: Recent Developments / Organizador: Paulo Burnier da Silveira. Kluwer Law International. 2017.*

Amanda Athayde

ABSTRACT: *This article analyses the lawsuit to claim damages from the shareholders against corporate officers and directors for antitrust violations. There are recent precedents in the Japanese experience leading to the conclusion that this can be an available tool for the corporation to be reimbursed from its losses. The article proposes that in Brazil officers and directors may face shareholders derivative suits claiming corporate liability for antitrust violations at least in three situations. First, when the corporate officers and directors personally practiced the antitrust wrongdoing. Second, when the corporate officers and directors are conniving with other officers and/or directors who practiced the antitrust wrongdoing and fail to take action – for example, failing to apply for leniency or settlement. Third, when the corporate officers and directors are negligent to prevent the wrongdoing. Those situations would constitute a breach of the fiduciary duties of loyalty and/or diligence, resulting in the personal corporate liability of those officers and directors, as provided in Article 158 (I) and paragraph 1st of the Brazilian Corporation Law (Law 6404/1976). This derivative shareholders lawsuit could claim not only the actual damages and the ceased profit resulting from the antitrust violation, but also the moral damages caused by the investigation in itself on the companies' credibility and reputation.*

KEY WORDS: *antitrust – corporate law – corporate liability – corporate officers – corporate directors – shareholders – derivative action.*

1. INTRODUCTION

Hard core cartels are antitrust violations subject to strict scrutiny by the public authorities as well as by the private parties. On the one side, administrative, civil and/or criminal actions typically perform public enforcement, depending on the jurisdiction's legislation. On the other side, the private enforcement can be performed in several ways, including the private damages lawsuits against the cartelists by the consumers harmed by the anticompetitive conduct.

Recently, possibly triggered by the public disclosure of antitrust lawsuits and by the governments' enforcement actions, the shareholder derivative suits against corporate officers and directors¹¹⁹⁰ took off around the globe¹¹⁹¹. This type of derivative lawsuit is brought by a shareholder of a corporation on its behalf to enforce or defend a legal right or claim which the corporation has failed to. In the antitrust context, the failure of the corporation to file the lawsuit may occur for instance if the potential defendant is someone close to the company – just as it is typically the case of the current or previous corporate

1190 For the purpose of this article, officers and directors are regarded as the ones appointed in the company's by-laws as responsible for carrying out the company's day-to-day business operations. They are elected by the General Shareholders' Meeting, according to Article 122 (II) of the Brazilian Corporation Law: "*The general meeting has the exclusive authority: II – to elect or discharge corporation officers and auditors at any time, subject to the provisions of item II of Section 142*" and Article 132 (III): "*An annual general meeting of shareholders shall be held every year during the first four months after the closing of the fiscal year in order: III – to elect the officers and the members of the statutory audit committee*". They have to act as agents and trustees for the corporation, and have the duty to act with care, loyalty, good will and diligence in all acts done on behalf of the corporation. The officers and directors may, or not, be shareholders, as provided in Article 146: "*Individuals may be elected as members of the administrative bodies; the members of the administrative council must be shareholders, while the directors residing in Brazil may, or may not, be shareholders*". Their appointment is regulated in Article 149, as follows: "*Council members and directors shall take up their appointments by signing an instrument of appointment in the book of minutes of administrative council meetings or of board of directors' meetings, as the case may be*".

1191 For instance, recently a shareholder sued Google's holding company board in California state court accusing company leadership of violating European antitrust laws and breaching fiduciary duties to investors with its restrictive Android licensing terms (Case Robert Jessup v. Larry Page et al., case number CIV538782, in the Superior Court of the State of California, County of San Mateo).

officers and directors. Those individuals may face this type of lawsuit by a breach of its fiduciary duties of loyalty and diligence¹¹⁹², and if the shareholder derivative suit is successful, the triumphs go to the corporation.

Thereby, this article proposes some possible corporate causes for action of the shareholders against the corporate officers and directors in the case of antitrust violations. First, when the corporate officers and directors personally practiced the antitrust wrongdoing. Second, when the corporate officers and directors are conniving with other officers and/or directors who practiced the antitrust wrongdoing and fail to take action – for example, failing to apply for leniency or settlement. Third, when the corporate officers and directors are negligent to prevent the wrongdoing. For this purpose, Section II presents the Japanese experience in shareholders derivative actions in the antitrust context. Hereupon, Section III points out some ways through which those lawsuits could be implemented in Brazil, according to the Brazilian Corporation Act. Finally, Section IV proposes conclusions and launches some debates.

2. THE JAPANESE EXPERIENCE ON SHAREHOLDER DERIVATIVE ACTIONS AGAINST OFFICERS AND DIRECTORS IN THE ANTITRUST CONTEXT

The Japanese Companies Act¹¹⁹³ provides in its Article 423(1)¹¹⁹⁴ that the negligent corporate officers or directors are liable to the

1192 FRAZÃO dedicates an important part of its book to develop on the duties of loyalty and due care of the corporate officers. FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. 2011. pp. 332-404.

1193 Japan. Companies Act. Act. N. 86 of July 26, 2005.

1194 Article 423(1) of the Companies Act in Japan: “(1) *If a director, accounting advisor, company auditor, executive officer or accounting auditor (hereinafter in this Section referred to as “Officers, Etc.”) neglects his/her duties, he/she shall be liable to such Stock Company for damages arising as a result thereof.*”

company for damages resulting thereof. Article 847(3)¹¹⁹⁵ gives individual shareholders the right to file a derivative action¹¹⁹⁶ in case the stock company does not file the appropriate action for pursuing liability against those officers and directors for their intentional or negligent acts.

According to RAMSEYER and NAKAZATO, derivative suits were uncommon in Japan, but due to changes in the filing fees that apply to those suits, they have become increasingly common.¹¹⁹⁷ In the antitrust context, KAWAI, SHIMADA and HEIKE¹¹⁹⁸ point out that the Japanese society and the legal and business community came to recognize the derivative shareholder actions as one of the measures to question the responsibility of corporations in the antitrust field. WALLE¹¹⁹⁹ describes that traditionally the shareholders have targeted officers and directors on the basis that they failed to prevent an antitrust violation from occurring. In 2010, however, for the first time, shareholders claimed that the officers and directors of a company were also negligent for not filing a timely leniency application.¹²⁰⁰

According to WALLE¹²⁰¹, around fifteen derivative suits alleging antitrust violations have been brought in Japan, some of them being

1195 Article 847(3) of the Companies Act in Japan: “When the Stock Company does not file an Action for Pursuing Liability, etc. within sixty days from the day of the demand under the provisions of paragraph (1), the shareholder who has made such demand may file an Action for Pursuing Liability, etc. on behalf of the Stock Company.”

1196 A shareholder must continuously hold a corporation’s shares for a period of six months in order to file a derivative shareholder action.

1197 RAMSEYER, J. Mark; NAKAZATO, Minoru. *Japanese law: An economic approach*. University of Chicago Press, 1999. p. 264.

1198 KAWAI, Kozo; SHIMADA, Madoka; HEIKE, Masahiro. Chapter 16. Japan. *The Private Competition Enforcement Review*. 5th Ed. Law Business Research, 2012. p. 251. Available at: <http://www.jurists.co.jp/en/publication/tractate/docs/PCER_Fifth.pdf>.

1199 SIMON VANDE WALLE. *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan: A Comparative Perspective*. Maklu, 2013. pp. 123-126.

1200 The derivative shareholder action was filed against Sumitomo Denko, in the cartel on optical fiber cable case. *Apud* KAWAI, Kozo; SHIMADA, Madoka; HEIKE, Masahiro. Chapter 16. Japan. *The Private Competition Enforcement Review*. 5th Ed. Law Business Research, 2012. p. 251. Available at: <http://www.jurists.co.jp/en/publication/tractate/docs/PCER_Fifth.pdf>.

1201 WALLE. *Iidem*. p. 124, footnote 49.

rejected by the court and others resulting in settlements.¹²⁰² The author explains that some of the typical defenses for those officers and directors in Japan are the following. First, that they were not aware of the conduct. Second, that they were not aware that the conduct in question constituted a violation/the unlawfulness conduct, and therefore its acts lacked of the requisite intent or negligence. Third, that they did not violate the Antimonopoly Act themselves. Fourth, that the harm suffered because of fines or surcharges was outweighed by the profits derived from the antitrust violation.

Besides those possible defenses, two important decisions on shareholder derivative actions regarding antitrust violations that took place in 2014 in Japan and resulted in settlements changed landscape of those derivative lawsuits.

In December 1st, 2010, after condemnation by the JFTC of the optical fiber cable case, a derivative shareholder action was filed against the directors of Sumitomo Electric for alleged negligence¹²⁰³. The shareholder claimed that the directors had acted negligently

1202 There were cases where the Japanese officers and directors decided to settle, paying non-negligible amounts (ranging from 80 to 230 million yen), such as in the bid-rigging cases on steel siph-way bridge construction orders, on the construction of a new subway line in Nagoya. WALLE. *Idem*. According to WEST: “Following a 1993 reduction of filing fees, the number of shareholder derivative suits filed in Japan has increased dramatically, creating a database from which to study litigation incentives. This Article shows that most plaintiffs in Japan lose, few suits settle, settlement amounts are low, and, as in the United States, shareholders do not receive direct stock price benefits from suits. Most derivative suits in Japan, as in the United States, can be explained not by direct benefits to plaintiffs, but by attorney incentives. But derivative suits, like most things in life, have more than one source of causation. The residuum of suits not explained by attorney incentives is best explained by a combination of (a) non-monetary factors such as altruism, spite, and social concerns, (b) corporate troublemakers (*sokaiya*), (c) insurance, and (d) close corporation fights. I also find that many derivative actions “piggyback” on government enforcement actions in Japan, which, especially given the lack of information available to shareholders and low white-collar crime enforcement rates, raises interesting questions regarding the relationship of public and private enforcement. These findings suggest that the difficult and messy issues of derivative suits are not unique to the relatively “litigious” or “attorney-centered” United States, and instead simply are endemic to the derivative suit mechanism.” WEST, Mark D. Why shareholders sue: The evidence from Japan. *Michigan Law and Economics Research Article No. 00-010*, 2000.

1203 JFTC. Optical Fiber Cable Case. *Cease and Desist Orders and Surcharge Payment Orders against Manufacturers of Optical Fiber Cable Products*. Available at: <<http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2010/may/individual-000021.html>>.

because they (a) had overlooked the cartels, (b) had not established truly effective compliance systems to prevent cartels beforehand, (c) had not established effective compliance systems relating to leniency applications, and (d) had not applied for leniency. The shareholders sought payment of around 6.7 billion yen (around 630 million dollars), which corresponded to the penalty imposed on the company by the JFTC.¹²⁰⁴

A subsequent suit was brought in 2012 by shareholders against company's officials of Sumitomo Electric in the automotive wire harnesses case. In that case, the shareholders alleged negligence of the officers and directors even though the company was successfully the leniency applicant in this case.¹²⁰⁵ During the process, the court issued an order to produce some of the evidence the JFTC obtained during the investigation¹²⁰⁶, which enhanced the shareholders claim.

Finally, in 2014, the Osaka District Court combined both lawsuits and mediated a settlement. According to its terms, twenty-two ex-officials agreed to recover 520 million yen (around 5 million dollars) to the company for their negligence. This was the highest ever settlement amount for a shareholder derivative suit in Japan, justified by their failure to prevent and/or report the cartel activities in those two cases.¹²⁰⁷

1204 In this context, the Osaka District Court even ordered the JFTC to submit documents in relation to the shareholder derivative suit. SHIMADA, Madoka; TANAKA, Nobuhiro. The Osaka District Court orders the Japan Fair Trade Commission to submit documents in relation to a shareholder derivative suit (Sumitomo Electric), 15 June 2012, *e-Competitions Bulletin Japan Antitrust*, Art. N° 72453. Available at: <<http://www.concurrences.com/Bulletin/Special-Issues/Japan/A-Japanese-district-court-orders-72453?lang=en>>.

1205 JFTC. Wire harness and related products Case. *Cease and Desist Orders and Surcharge Payment Orders to participants in bid-rigging conspiracies for automotive wire harness and related products*. Available at: <<http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2012/jan/individual-000462.html>>.

1206 SHIMADA, Madoka. NAKANO, Sumito. Japanese Leniency Program: issues to be considered. *CPI Antitrust Chronicle*, Sept. 2015. p. 5.

1207 Nikkei Asian Review. *Sumitomo Electric to get record payout from ex-officials*, May 8yh, 2014. Available at: <<http://asia.nikkei.com/Business/Companies/Sumitomo-Electric-to-get-record-payout-from-ex-officials>>.

Given all that, derivative suits in Japan, which target corporate directors and officers of companies for antitrust violations, started being successful, even if by means of settlements. This scenario brings light to some possible analogies and repercussions of this understanding in other jurisdictions, such as in Brazil¹²⁰⁸ and other countries in Latin America.

3. ARE SHAREHOLDER DERIVATIVE SUITS AGAINST OFFICERS AND DIRECTORS FOR ANTITRUST VIOLATIONS A POSSIBLE REALITY IN BRAZIL?

In Brazil, the Corporation Law¹²⁰⁹, in its Article 158 (I), provides that the officer shall be personally liable to the company for losses resulting from his acts with fault or fraud within the scope of his authority.¹²¹⁰ Article 158 paragraph 1st establishes that the corporate officer shall also exceptionally be liable for the unlawful acts of other officers when acting in connivance with them, when neglecting to investigate such acts or when, despite knowledge of them, fails to take action to prevent such acts.¹²¹¹

Article 159 paragraph 3rd also provides to individual shareholders the right to file a derivative action, i.e., an action on behalf of the

1208 Brazil currently investigates those two cartel cases which were the basis for the shareholders derivative actions in Japan. The optical fiber cable investigation: Brazil. CADE. Administrative Proceeding (PA) No. 08012.003970/2010-10 and 08700.008576/2012-81. The wire harnesses investigation: Brazil. CADE. Administrative Proceeding (PA) No. 08700.009029/2015-66).

1209 Brazil. Corporation Law. Law 6.404/1976.

1210 Article 186 (I) of the Corporation Law in Brazil: “An officer shall not be personally liable for the commitments he undertakes on behalf of the corporation and by virtue of action taken in the ordinary course of business; he shall, however, be liable for any loss caused when he acts: I - within the scope of his authority, **with fault or fraud**; II - contrary to the provisions of the law or of the bylaws.

1211 Article 158 paragraph 1st. An officer shall not be liable for unlawful acts of the other officers, **except when acting in connivance with them, when neglecting to investigate such acts or when, despite knowledge of them, he fails to take action to prevent such acts**. A dissenting officer shall be exempt from liability when he makes his dissent to be recorded in the minutes of a meeting of the administrative body, or, if this is.”

company in case the stock company does not file the appropriate action for pursuing liability within three months.¹²¹² This lawsuit may be brought even if the general meeting of the company decides not to institute proceedings, since any shareholder representing at least five percent of the capital may file the derivative lawsuit, according to paragraph 4th of Article 159¹²¹³. If the damages are finally recovered, it shall be transferred to the corporation and not to the shareholder who initiated the suit, but the expenses incurred with the lawsuit would be reimbursed, as provided in Article 159 paragraph 5th.¹²¹⁴

The article proposes that in Brazil corporate officers and directors may face shareholders derivative suits claiming corporate liability for antitrust violations at least in three situations.

First situation: officers and directors who personally practiced the antitrust wrongdoing.

Assume there was a bid-rigging cartel in the construction sector in Brazil and that the Commercial Director of the company A – who is a corporate officer in the bylaws – agreed to fix prices and allocate markets with companies B, C and D. The Commercial Director personally joined the meetings and fostered the anticompetitive agreements, leading its employees to implement the wrongdoing. An investigation is initiated in the administrative sphere, by the Brazilian Competition Authority, the Administrative Council for Economic Defense (“CADE”, in its Portuguese acronym). An investigation is also investigated in the criminal sphere, by the State and/or Federal Public

1212 Article 159 paragraph 3rd of the Corporation Law in Brazil: “Article 159. By a resolution passed in a general meeting, the corporation may bring an action for civil liability against any officer for the losses caused to the corporation’s property. Paragraph 3. Any shareholder may bring the action if proceedings are not instituted within three months from the date of the resolution of the general meeting.”.

1213 Article 159 paragraph 4th of the Corporation Law in Brazil: “Should the general meeting decide not to institute proceedings, they may be instituted by shareholders representing at least five per cent of the capital.”.

1214 Article 159 paragraph 5th of the Corporation Law in Brazil: “Paragraph 5. Any damages recovered by proceedings instituted by a shareholder shall be transferred to the corporation, but the corporation shall reimburse him for all expenses incurred, including monetary adjustment and interest on his expenditure, up to the limit of such damages.”

Prosecutors (“MP”, in its Portuguese acronym). Upon final judgment of the case by CADE’s Tribunal¹²¹⁵, assume that companies A, B, C and D are convicted, as well as all the individuals involved on behalf of the companies. Those individuals that practiced the cartel may also face criminal sanctions, possibly sentenced to jail time.¹²¹⁶ It is possible to understand that Company A, therefore, suffered losses resulting from the acts of its Commercial Director.

The above-mentioned Commercial Director of company A, who practiced the antitrust wrongdoing with the intent to bid-rig, may be held corporate liable for his acts, notwithstanding the administrative and criminal sanctions. That is true since he personally practiced the antitrust wrongdoing with fraud or, at least, with fault, as provided in Article 158 (I) of the Brazilian Corporation Law. When the Commercial Director of company A deliberately practiced an illicit conduct, it exposed the company to damages, frontally violating the fiduciary

1215 In the administrative sphere in Brazil, article 37 of the Brazilian Competition Law (Law 12.529/2011) states that antitrust infringements subjects the ones responsible to the following fines, among other penalties: (i) in the case of a company, a fine of 0.1% to 20% of the gross sales of the company, group or conglomerate, in the last fiscal year before the establishment of the administrative proceeding, in the field of the business activity in which the violation occurred, which will never be less than the advantage obtained, when possible the estimation thereof; (ii) in the case of the administrator, directly or indirectly responsible for the violation, when negligence or willful misconduct is proven, a fine of 1% to 20% of that applied to the company or to legal entity; (iii) in the case of other individuals or public or private legal entities, as well as any association of persons or de facto or the jure legal entities, even if temporary, or unincorporated, which do not perform business activity, not being possible to use the gross sales criteria, a fine between fifty thousand reais and two billion reais. Without prejudice to the penalties set forth in Article 37 of this Law, when so required according to the seriousness of the facts or public interest, one or more of the penalties stated in article 38 may be imposed: publication in newsarticles of the extracts from the conviction; ineligibility for official financing and for participation in biddings; recommendation to the respective public agencies for compulsory license, denial of installment payment of federal taxes, company divestiture, transfer of corporate control, sale of assets or partial interruption of activity, the wrongdoer be provided from carrying on trade for a period of five years, among other penalties.

1216 In the criminal sphere in Brazil, Article 4 of the Brazilian Economic Crimes Law (Law 8.137/1990) states that the individuals face a penalty in Brazil of two to five years of imprisonment and fines for cartel conduct.

duties established in Article 155¹²¹⁷ (Duty of Loyalty) of the Brazilian Corporation Law.

Pursuant to VASCONCELOS¹²¹⁸, the duty of loyalty has a positive and a negative perspective. The positive perspective relates to the adoption of practices aiming to achieve company's scope through active behaviors. The negative perspective, by its turn, relates to the abstention of behaviors that would be contrary or harmful to the company's social purpose. The author's conclusion is that the negative perspective plays a greater role. This article proposes that the example of the conduct of the Commercial Director of company A represents an infringement of this negative perspective of the duty of loyalty. He did not absent to behave contrary to the company's social purpose, but instead actively performed anticompetitive acts that harmed and caused damages to it (even though it might have been targeting profits to the company).

This corporate liability becomes even more evident when the Commercial Director of company A, encouraged to confess – for example after a corporate whistleblower's tip –, conceals its acts,

1217 Article 155 of the Corporation Law in Brazil: Duty of Loyalty “An officer shall serve the corporation with loyalty, shall treat its affairs with confidence and shall not: I - use any commercial opportunity which may come to his knowledge, by virtue of his position, for his own benefit or that of a third party, whether or not harmful to the corporation; II - fail to exercise or protect corporation rights or, in seeking to obtain advantages for himself or for a third party, fail to make use of a commercial opportunity which he knows to be of interest to the corporation; III - acquire for resale at a profit property or rights which he knows the corporation needs or which the corporation intends to acquire. Paragraph 1. An officer of a publicly held corporation shall also treat in confidence any information not yet revealed to the public, which he obtained by virtue of his position and which may significantly affect the quotation of securities, and shall not make use of such information to obtain any advantages for himself or for third parties by purchasing or selling securities. Paragraph 2. An officer shall ensure that the provisions of paragraph 1, above, are not infringed by a subordinate or third party enjoying his confidence. Paragraph 3. Any person detrimentally affected in a purchase or sale of securities contracted contrary to the provisions of paragraphs 1 and 2, above, may demand indemnity from the person responsible for the infringement for losses and damages, unless the person was aware of the information at the time the contract was made. Paragraph 4 Any officer who may receive any confidential information not yet revealed to the public shall not make use of such information to obtain any advantages for himself or for third parties by purchasing or selling securities”

1218 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades empresárias*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 205.

destroys evidences and do not collaborate with the company's internal investigation efforts. This situation may specially be real if he is the Commercial Director of company A in the Brazilian subsidiary and the internal investigation is conducted by the head office overseas.

The Commercial Director of company A, in this scenario, is in a strong conflict of interest with the company, potentially violating also Article 156¹²¹⁹ (Conflict of Interests) of the Brazilian Corporation Law. The Commercial Director interest is to conceal the wrongdoing, while the company's A interest is "clean the house", uncover all the wrongdoings and get back to the track of the legal practices. This conflict of interests, eventually resulting in a lack of collaboration and even in the implementation of some opposition acts to impair the data gathering, may lead to the company's A failure to successfully apply for a marker and to execute a Leniency Agreement or a settlement that could have been in the course of negotiations. The duties required in a situation of conflict of interest are rolled-out from the duty of loyalty itself.¹²²⁰ Hence, when the Commercial Director is overlooking the company's interests and emphasizing its own personal interests, he is in a situation of conflict of interest, which also constitutes a fraudulent breach of the duty of loyalty.

This duty of loyalty is likewise infringed since the officers and directors have complementary duties of transparency (full disclosure) and information¹²²¹. Those duties are not fulfilled when the Commercial

1219 Article 156 of the Corporation Law in Brazil: Conflict of Interests "An officer shall not take part in any corporate transaction in which he has an interest which conflicts with an interest of the corporation, nor in the decisions made by the other officers on the matter. He shall disclose his disqualification to the other officers and shall cause the nature and extent of his interest to be recorded in the minutes of the administrative council, or board of directors' meeting. Paragraph 1. Notwithstanding compliance with the provisions of this article, an officer may only contract with the corporation under reasonable and fair conditions, identical to those which prevail in the market or under which the corporation would contract with third parties. Paragraph 2. Any business contracted otherwise than in accordance with the provisions of paragraph 1, above, is voidable and the officer concerned shall be obliged to transfer to the corporation all benefits which he may have obtained in such business."

1220 FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. 2011. p. 336.

1221 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2003. III. p. 331.

Director of company A conceals its anticompetitive acts and prevents the company to be granted immunity or to mitigate the damages by settling the case with the competition authority.

Therefore, in this first situation, the shareholders of company A may bring derivative lawsuits against the Commercial Director aiming his liability and the recovery of the losses caused to the company in accordance with Article 158 (1) of the Brazilian Corporation Law, due to the acts practiced with fault or fraud.

Second situation: officers and directors conniving with other officers and/or directors who practiced the antitrust wrongdoing and who fail to take action.

Assume once again that there was a bid-rigging cartel in the construction sector in Brazil and that the Commercial Director of the company A agreed to fix prices and allocate markets with companies B, C and D. The Commercial Director personally joined the meetings and fostered the anticompetitive agreements, leading its employees to implement the wrongdoing. In a certain point, the Financial Director and the Vice President, who were not directly involved in the wrongdoing – but who are corporate officers in the bylaws –, learned that the Commercial Director was practicing the anticompetitive conduct of bid rigging. However, they did not take any action. They did not either cease the Commercial Director's conduct immediately by means, for example, of a request of a general meeting with the board to inform, a temporary removal or even though the dismissal of the Commercial Director.

Those corporate officers hence implicitly allowed an antitrust violation to develop and continue, which exposed the corporation to enormous legal liability. They violated the duty of loyalty established in Article 155 of the Brazilian Corporation Law, since they privileged the the Commercial Director' and not the corporation's interests. In this context, those Financial Director and Vice-President of the company A may exceptionally be liable for the unlawful acts of other officers

because they acted in connivance with them, as provided in Article 158 paragraph 1st of the Brazilian Corporation Law.

This situation also represents a failure of the corporate officers with the duty of loyalty, which, according to CLARK¹²²², is a leftover concept, which can contain factual situations that no one could predict or categorize. This officer's corporate liability would be especially interesting if the Financial Director and the Vice-President, learning the antitrust violation, fail to consider the application of the company for the Leniency¹²²³ or the Settlement¹²²⁴ Programs of the Brazilian Competition Authority (CADE). It is possible to understand that if those corporate officers had taken action immediately upon notice of the wrongdoing, company A could have reached CADE earlier and could have been granted full immunity in the Leniency Program or at least a significant file reduction depending on its arrival time to apply for a settlement¹²²⁵.

Therefore, in this second situation, the shareholders of company A may bring derivative lawsuits aiming liability and the recovery of the losses caused to the company in accordance with Article 158 paragraph 1st of the Brazilian Corporation Law. This lawsuit would be brought not only against the Commercial Director who personally performed the

1222 CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. New York: Aspen Law & Business, 1986. p. 41.

1223 According to article 86, paragraph 4, of the Brazilian Competition Law (Law No. 12.529/2011) combined with article 208 of the Internal Rules of CADE, once CADE's Tribunal declare that the Leniency Agreement has been fulfilled, the leniency recipients will benefit from: (i) administrative immunity under Law No. 12.529/2011, in cases in which the Leniency Agreement's proposal is submitted to CADE's General Superintendence when this authority was not aware of the reported violation; or (ii) a reduction by one to two-thirds of the applicable fine under Law No. 12.529/2011, in cases in which the Leniency Agreement's proposal is submitted to the SG/CADE after this authority becomes aware of the reported violation. For further information on the Brazilian Guidelines on Leniency Program: <<http://www.cade.gov.br/upload/Guidelines%20CADE's%20Antitrust%20Leniency%20Program.pdf>>.

1224 According to article 85 of the Brazilian Competition Law (Law No. 12.529/2011) combined with article, For further information on the Brazilian Guidelines on Cease and Desist Agreement for cartel Cases: <http://www.cade.gov.br/upload/Guidelines_TCC.pdf>.

1225 The settlement in Brazil is called TCC, which is the Portuguese acronym for "Termo de Compromisso de Cessação", i.e., Cease and Desist Agreement.

wrongdoing (first situation), but also against the Financial Director and the Vice-President who were conniving with the Commercial Director and who did not take any action upon notice of the anticompetitive practice (second situation).

Third situation: officers and directors negligent to prevent the wrongdoing.

Assume once more that there was a bid-rigging cartel in the construction sector in Brazil and that the Commercial Manager of the company A agreed to fix prices and allocate markets with companies B, C and D. The Commercial Manager personally joined the meetings and fostered the anticompetitive agreements. The Commercial Director, the Vice President and the President – who are corporate officers in the bylaws –, during the bidding process, received follow up information about the phases and results by this Commercial Manager. Even though they did not participate personally on the illegal acts nor did they specifically knew about the wrongdoing, they recognized the possibility that this employee was performing anticompetitive conduct and neglected the fact. This would also be the case when, for example, of the Ombudsman Director of company A receives an anonymous complaint from an employee exposing the misconduct of the Commercial Manager and decides to turn a blind eye on the fact, without further investigation on the issue. Those corporate officers acted with negligence in finding out the misconduct and failed to prevent the antitrust violation, which expose the company to severe sanctions in the antitrust field.

In this situation, the Commercial Director, Vice President, President, or even the Ombudsman Director of the company A may exceptionally be liable for the unlawful acts of other officers because they were negligent, as provided in Article 158 paragraph 1st of the Brazilian Corporation Law.

This negligence would represent a violation of the duty of diligence, required in 153¹²²⁶ (Duty of Diligence) of the Brazilian Corporation Act. In relation to the duty of diligence, the standard required from the officers are higher than the one of a *bonus pater familias*, and is intrinsically related to the social interest of the company, inclusively in what concerns the social role of the company.¹²²⁷ It is clear that the purpose of the companies is to obtain profits – and that a cartel may enhance, at least temporarily raise those profits. However, the social role of the company also determines that the officers have to balance this purpose with other interests involved in the execution of the company’s activities, not causing unjustifiable or disproportionate damages. The duty of diligence, hence, is related primarily to the general duty of respect and prevention of danger, according to MENEZES CORDEIRO.¹²²⁸ By fixing prices and allocating markets with its competitors, the Commercial Manager of company A offended the social role of the company and violated the duty of diligence.

Additionally, a lack of diligence would be apparent when the corporate officers of company A, after a condemnation by CADE of a bid-rigging cartel in the construction sector, fails to implement a corporate compliance program, which ends up in another cartel in the energy sector, for instance. The implementation of a surveillance, supervision and investigation system would be required by the duty of diligence of the officers, according to COUTO SILVA – which would have failed in the mentioned situation. The author also argues that the offices have to take an active attitude towards the company, monitoring the activities and the information in a way to assure that the shareholders rights are not being violated by the lower instances

1226 Article 153 of the Corporation Law in Brazil: Duty of Diligence. “*In the exercise of his duties, a corporation officer shall employ the care and diligence which an industrious and honest man customarily employs in the administration of his own affairs.*”

1227 DÍAZ ECHEGARAY, José Juis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi: 2006. p. 118. *Apud* FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. 2011. p. 352.

1228 CORDEIRO, Antonio Menezes. *A lealdade no direito das sociedades*. 2007.

of the company.¹²²⁹ In this path, the duty of diligence also prohibits the adoption of a “calculated infringement”¹²³⁰, which could be the defense argument that the cartel was “calculated” to bring more profits than damages. A failure to implement an adequate compliance program within company A, even after the first fine imposed by CADE and in a sector which favors collusive behaviors, resulted in losses for company A, which were a result of the officers acts with negligence.

According to POSNER, the danger of mismanagement (negligence) is less serious than that the danger that the managers will not deal fairly with the shareholders (disloyalty).¹²³¹ In a scale of gravity, a violation of the duty of loyalty would be more detrimental than a violation of the duty of diligence. Considering the situations presented of this article, this article proposes the following scale of gravity. The first and the second situations represent the lack of loyalty of the officers and directors and are the worst cases – (1) personally practicing the antitrust wrongdoing and (2) conniving and failing to take action when taking notice of the violation. The third situation represents the lack of diligence and is less painful – (3) by the negligence to prevent the anticompetitive illicit.

This lack of diligence is subject to the analysis of the “business judgment rule”¹²³² standard (established in Article 159¹²³³ §6º of the Brazilian Corporation Law), which does not apply to the lack of the

1229 SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos administradores de S/A. Business judgement rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, 252.

1230 FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. 2011. p. 358.

1231 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Law & Business, 1988. p. 452.

1232 The BJR creates a presumption that corporate officers and directors “acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company [and its shareholders]. In re Walt Disney Co. Derivative Litig., 907 A.2d 693, 747 (Del. Ch. 2005).

1233 Article 159(6) of the Corporation Law in Brazil: “By a resolution passed in a general meeting, the corporation may bring an action for civil liability against any officer for the losses caused to the corporation’s property. (...) Paragraph 6. A judge may excuse the officer from liability, when convinced that he acted in good faith and in the interests of the corporation.”

duty of loyalty. According to the “business judgment rule”, there is a presumption that the officers take their decisions in an informed basis with good faith and in an honest belief that its acts are taken in the best interest of the company. In addition, there is the understanding that the corporate officers and directors decisions are unsusceptible of judicial review, except if the motivation was fraud, conflict of interests, illegality and gross negligence.¹²³⁴ The purpose of this “business judgment rule”, therefore, is to overcome the difficulties to evaluate *ex post* the diligence in the acts of the officers. It provides a shift on the analysis from the right or wrong parameter to the reasonableness of the decision-making process, which protects decisions made based on due information and counselling. This mitigation on the duty of diligence analysis provides, hence, greater prominence to the duty of loyalty¹²³⁵.

In the view of this article, the implementation of a strong compliance program within the company may be a major asset for the loyal and diligent officers and directors to rebut claims on a derivative shareholder action arising from antitrust violations. The stronger is the adoption of a compliance program, the stronger is the argument that they were not negligent to prevent such wrongdoings. Additionally, the fact that the officers and directors had special counselling¹²³⁶ when faced with a situation of an antitrust violation may appoint to the fulfillment of the duty of diligence required in the Brazilian legislation.

To the present day, there is no known precedents in Brazil of shareholders derivative actions against corporate officers and/or directors in the antitrust context, which may be inspired by the experience around the globe.

1234 CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. New York: Aspen Law & Business, 1986. p. 123-124.

1235 The lack of the duty of loyalty is subject to a full analysis of the merits of the officer's acts. According to NUNES, NUNES, Pedro Caetano. *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 24.

1236 RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 227.

4. CONCLUSION

The shareholders derivative action against officers and directors due to antitrust violations is a novel feature available for the accountability of the corporate individuals liable for the infringement. In Japan there have already been some successful cases resulting in settlements. Those derivative shareholders lawsuit benefited the company through the reimbursement of the fines already paid by officers and directors.

This article proposes a **first situation in Brazil in which officers and directors may face shareholders derivative suits claiming corporate liability for antitrust violations: when they personally practiced the antitrust wrongdoing**. That would be a breach of the fiduciary duty of loyalty required by the officers, established in Article 155 of the Brazilian Corporation Act. This would be aggravated when the corporate officer fails to cooperate with the company's internal investigation, conceals documents and impairs data gathering to prove the collusive agreement, resulting, for example, in the failure for the company to execute a Leniency Agreement or a settlement with the Competition Authority. The officers and directors liability would be in accordance with Article 158 (1) of the Brazilian Corporation Act, since the acts are performed with fault or fraud.

This article proposes a **second situation in Brazil in which officers and directors may face shareholders derivative suits claiming corporate liability for antitrust violations: when they are conniving with other officers and/or directors who practiced the antitrust wrongdoing and fail to take action**. That would also be a breach of the fiduciary duty of loyalty required by the officers, established in Article 155 of the Brazilian Corporation Act. The failure to take action would be a evident when the officers who learned the anticompetitive conduct by another colleague did not take the appropriate actions. This would be aggravated if the officers, upon notice of the antitrust violation, fail to timely act and reach the Competition Authority to apply for a

marker of Leniency or Settlement. If they had done so, they would have granted the company with full immunity or at least a significant reduction of the applicable fines, resulting in losses to the corporation. The officers and directors liability would be in accordance with Article 158 paragraph 1st of the Brazilian Corporation Act, since the acts are characterized as connivance and/or fail to take action.

This article proposes a **third situation in Brazil in which officers and directors may face shareholders derivative suits claiming corporate liability for antitrust violations: when they are negligent to prevent the wrongdoing**. That would be a breach of the fiduciary duty of diligence required by the officers, established in Article 153 of the Brazilian Corporation Act. The officers may have failed to take an active attitude towards the company, monitoring the activities and the information in a way to assure that the shareholders rights are not being violated by the lower instances of the company. However, this lack of diligence is subject to the analysis of the “business judgment rule”, which protects decisions made based on due information and counselling. The officers and directors liability would be in accordance with Article 158 paragraph 1st of the Brazilian Corporation Act, since the acts are characterized as negligence.

In summary, the three situations proposed can be expressed in this charter:

| Situations in Brazil in which officers and directors may face shareholders derivative suits claiming corporate liability for antitrust violations: | | | |
|---|--|--|---|
| (i) when they personally practiced the antitrust wrongdoing | Failure on the Duty of Loyalty (Article 155) | Liability according to Article 158 (I) | |
| (ii) when they are conniving with other officers and/or directors who practiced the antitrust wrongdoing and fail to take action | Failure on the Duty of Loyalty (Article 155) | Liability according to Article 158 paragraph 1 st | |
| (iii) when they are negligent to prevent the wrongdoing | Failure on the Duty of Diligence (Article 155) | Liability according to Article 158 paragraph 1 st | <i>Subject to the "business judgment rule" standard</i> |

Some debates may emerge when quantifying those damages claimed by the shareholders. Typically, the lawsuit could target the actual damages and the ceased profit resulting from the anticompetitive practice, as established in Articles 927¹²³⁷, 186¹²³⁸ and 187¹²³⁹ of the Civil Code. By demanding actual damages, the shareholders may target, for example, the reimbursement of the antitrust penalties already paid by the company to CADE. In addition, by demanding ceased profits, the shareholders may target the compensation for the profits lost during the period an eventual suspension to participate in the biddings, if that

1237 Article 927 of the Brazilian Civil Code. “Art. 927. If a party, through an unlawful act (articles 186 and 187), causes a damage to another party, he is obliged to pay compensation. Sole paragraph. There will be a duty to compensate, irrespective of negligence, when specifically stated by the law, or when the activity performed by the party who caused the damage implies, by its nature, a certain risk to third parties”.

1238 Article 186 of the Brazilian Civil Code. “He who by voluntary action or omission, negligence or recklessness, violate law and harm others, even if only moral, commits an unlawful act.”.

1239 Article 187 of the Brazilian Civil Code. “It also commits an unlawful act the holder of a right that, in practice it clearly exceeds the limits imposed by their economic or social order, good faith or in morals. To use a power, right harm someone brings legal effect as a duty to indemnify.”.

was one of the penalties imposed. This case would be especially sharp if the shareholders, pursuant to above-mentioned Article 187, allege that the officer or director violated the economic order and exceeded the limits imposed by the social function of the company¹²⁴⁰, embodied with the understanding that the company not only is imposed by limitations and abstentions, but also has duties and obligations due to its social independence.¹²⁴¹

The shareholders may as well claim moral damage. According to Article 52 of the Brazilian Civil Code, the rights of personality are applicable, insofar as appropriate, to the legal entities the protection of the person. The Brazilian Superior Court of Justice (“STJ” in its Portuguese acronym) also prescribes, in the Summary Statement 227, that the legal entity may suffer moral damage. FRAZÃO argues that it is unequivocal that an act of disloyal management violates the company’s credibility.¹²⁴² Considering the fact that an antitrust condemnation in Brazil made by CADE’s Tribunal is public and attracts great media attention, the notice that the company was convicted and sentenced to pay severe fines represents a significant damage to the company’s reputation. It would be feasible for the companies’ shareholders in Brazil to target the officers and directors for the moral damages caused due to the antitrust violation.

In conclusion, corporate officers and directors in Brazil should be personally concerned with the antitrust violations in its company. Not only because of the administrative and criminal prosecution, but also due to their possible corporate liability as provided in the Brazilian Corporation Act (Law 6404/1976).

1240 COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996.

1241 FRAZÃO, Ana. Função social da empresa na Constituição de 1998. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2014.

1242 FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. 2011. p. 342.

Amanda Athayde

DISCOVERY, LENIÊNCIA, TCC E PERSECUÇÃO PRIVADA A CARTÉIS: *TOO MUCH OF A GOOD THING?*

Publicado original mente em: *Revista do IBRAC*, v. 22, n. 2, 2016.

Amanda Athayde

Andressa Lin Fidelis

Resumo: O presente trabalho visa a ponderar se a crescente persecução privada a cartéis no Brasil se tornará “*too much of a good thing*”, a ponto de prejudicar os Programas de Leniência e de TCC do Cade, consistentes em instrumentos da persecução pública a cartéis. Para tanto, centra-se o estudo nas melhores práticas internacionais dos Estados Unidos, União Europeia, Canadá e Austrália com relação as regras de acesso às informações e documentos oriundos de acordos de leniência e *plea agreements*, bem como da jurisprudência do Cade e dos tribunais brasileiros com relação ao tema. Ao final, são apresentadas propostas infralegais para se encontrar o ponto ótimo na articulação entre *private* e *public enforcement* no Brasil. Estas propostas foram colocadas em discussão pública pelo Cade em dezembro de 2016, na forma de uma minuta de Resolução (Consulta Pública nº 05/2016).

Palavras-chave: cartel, acordo de leniência, termo de compromisso de cessação (TCC), ação privada de reparação, persecução pública, danos concorrenciais, acesso a documentos.

Abstract: This research aims to consider if the growing trend related to private enforcement in cartel cases in Brazil would become “*too much of a good thing*”, negatively harming the public enforcement, remarkably through Cade`s Leniency and TCC Programs. The highlight is on the study of the United States, European Union, Canada and Australian best practices concerning the discovery rules to immunity/leniency/plea agreement materials, as well as Cade`s case law and national jurisprudence on this matter. Finally, this research proposes a normative solution to find an optimal point in the interaction between

private and public enforcement in Brazil. Those proposals were taken into public discussion by Cade on December 2016, through a draft Resolution (Public Consultation nº 05/2016).

Keywords: cartel, leniency agreement, cease-and-desist agreement, private enforcement, public enforcement, antitrust damages, discovery.

INTRODUÇÃO

Os Acordos de Leniência e os Termo de Compromisso de Cessação (TCCs) negociados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) representam os principais pilares da persecução pública aos cartéis no Brasil (“*public enforcement*”)¹²⁴³. De modo contundente no exterior, ainda que incipiente no Brasil, verifica-se a tendência crescente de persecução privada a tais condutas, por meio do ajuizamento de ações civis de reparação por danos concorrenciais (“*private enforcement*”). Na esteira do que se observa nos Estados Unidos (EUA), onde o *enforcement* privado ocupa papel preponderante (HOVENKAMP, 2011), as ações privadas de reparação por danos concorrenciais veem sendo objeto de recentes discussões em fóruns internacionais (ICN, 2007 e OCDE, 2015) e de alterações legislativas, tais como na Áustria (2012), Alemanha (2012), União Europeia (UE) (2015) e Reino Unido (2015).

Recentemente, Brent Snyder do Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) foi questionado sobre as eventuais dificuldades enfrentadas por empresas proponentes de acordos de leniência em decorrência do proliferamento de jurisdições e de programas de leniência em múltiplas jurisdições. Ter-se-ia chegado a um cenário de “*too much*

1243 A persecução de cartéis e outras condutas anticompetitivas pode ser dividida em pública (*public enforcement*) e privada (*private enforcement*). Enquanto a primeira é desempenhada pelas autoridades de defesa da concorrência e, eventualmente, por outros órgãos públicos de investigação, apresentando, em regra, caráter dissuasório e punitivo, a segunda é desempenhada pelo Poder Judiciário quando chamado a ressarcir consumidores eventualmente lesados por danos concorrenciais, apresentando, em regra, caráter compensatório.

of a good thing”?¹²⁴⁴ Analogamente, este artigo analisa o aumento da perseguição privada a cartéis, indagando se esse *enforcement* privado teria se tornado também “*too much of a good thing*”, de modo a prejudicar o *enforcement* público e a perseguição antitruste como um todo. A nosso ver, não se tem (pelo menos ainda) tal excesso no Brasil, sendo que o principal desafio é justamente encontrar o ponto ótimo na articulação entre a perseguição pública e privada aos cartéis.

A premência desse debate no Brasil pode ser ilustrada pela recente decisão – ainda não transitada em julgado e sem efeitos *erga omnes* – proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 11 de março de 2016, no bojo de uma ação privada de reparação por danos concorrenciais fundamentada na investigação do cartel dos compressores (2016). A nosso ver, trata-se da versão brasileira da decisão *Pfleiderer* (2011) na União Europeia (UE)¹²⁴⁵. Em ambas, a discussão centra-se na ponderação entre as ações privadas de reparação por danos concorrenciais *vis a vis* os programas de colaboração antitruste, especificamente sobre conferir ou não o acesso aos materiais (informações e documentos) apresentados em sede de “*leniency programmes*”, ou seja, dos Programas de Leniência e de TCC no Brasil.

O presente artigo propõe alternativas infralegais que possibilitem harmonizar a perseguição pública e privada de cartéis no Brasil de forma a manter a atratividade dos Programas de Leniência e TCCs do Cade, e, ao mesmo tempo, fomentar as ações privadas de reparação por danos concorrenciais, por meio da estipulação de regras

1244 O título do artigo alude ao discurso de Brent Snyder, Procurador-Geral Adjunto do DOJ, intitulado “*Leniency in Multi-Jurisdictional investigations: Too Much of a Good Thing?*” (Chicago, 2015), disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/06/30/315474.pdf>.

1245 Em 2008, a autoridade da concorrência da Alemanha condenou um cartel de fabricantes de papel. Posteriormente, a empresa *Pfleiderer* teve seu pedido de acesso aos materiais da leniência negado em primeira instância recorrendo ao Tribunal de Bonn, o qual encaminhou o processo em consulta para a manifestação do TJUE, o qual decidiu que caberia às cortes nacionais, com base na legislação de cada Estado Membro, ponderando as ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais *vis a vis* o programa de leniência, conferir ou não o acesso de tais materiais.

de acesso às informações e documentos oriundos de tais acordos. Trata-se da busca em encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis. Para tanto, a **Seção 2** mapeia a experiência internacional em relação ao acesso de informações e documentos oriundos de programas de leniência no âmbito das ações privadas de reparação por danos concorrenciais. A **Seção 3** analisa a jurisprudência do Cade e recentes decisões judiciais acerca do acesso a tais materiais. Na **Seção 4** serão apresentadas propostas das autoras sobre as regras de acesso no Brasil, cuja versão completa consta na Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE (que resultou na aprovação da Consulta Pública de Resolução nº 05/2016 pelo Tribunal do Cade em dezembro de 2016)¹²⁴⁶. Por fim, a **Seção 5** enunciará conclusões e desafios correlatos.

1. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE ACESSO AOS MATERIAIS DE LENIÊNCIA

1.1 DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Nos Estados Unidos, as ações privadas de reparação por danos concorrenciais representam cerca de 90% do *enforcement* antitruste no país (JONES, 2016) e são ajuizadas independente da condenação no processo criminal (CONNOR, 2012). O difundido uso dessas ações é explicado, em larga medida, pelo amplo *discovery*¹²⁴⁷, dentre outros

1246 Para acesso às propostas e ao documento integral da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE sugere-se acesso: <<http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>.

1247 *Discovery* se refere a um conjunto de dispositivos processuais empregados por uma parte em um processo civil ou criminal, na fase de produção de provas, com o objetivo de demandar a parte contrária a divulgação de informação essencial para a formação da causa de pedir da parte requerente e que apenas a parte adversa tem conhecimento ou possui. Ver *Federal Rules of Civil Procedure*, Title 28 of the U.S. Code.

fatores incentivadores¹²⁴⁸. Os seguintes diplomas legais geralmente se aplicam à questão do *discovery* nos EUA: (i) Lei de Livre Acesso à Informação (“FOIA”¹²⁴⁹); (ii) Regras Federais do Processo Criminal (“FRCP”¹²⁵⁰); e (iii) Regras Federais do Processo Civil (“FDCP”¹²⁵¹). Tais diplomas preveem, ao menos, três exceções à regra geral de amplo acesso aos documentos e informações: o sigilo investigativo, o sigilo do informante e a informação privilegiada.

Nos termos do FOIA, qualquer cidadão tem o direito de acesso aos arquivos de agências federais, exceto, por exemplo, se tal divulgação puder interferir na condução do processo investigativo. Aplicando-se a FOIA no escopo de eventuais ações privadas de reparação por danos concorrenciais, o DOJ pode se opor à apresentação de materiais oriundos de leniência e *plea agreements*¹²⁵² se houver investigação criminal em curso, fundamentado seu pedido nos sigilos investigativo e do informante. Para tanto, o DOJ comumente se vale do recurso processual conhecido como “*discovery stay*”¹²⁵³. Trata-se de pedido civil de suspensão do processo civil até que se conclua os procedimentos

1248 Sobre as causas do difundido uso das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais nos EUA, soma-se, além do amplo *discovery*, o *treble damages* (ressarcimento triplicado por danos concorrenciais), a responsabilidade solidária dos autores da conduta anticompetitiva, bem como a existência de prazos prescricionais favoráveis aos autores das ações, as quais apresentam caráter compensatório e punitivo.

1249 *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C., § 552. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/foia-final.pdf> (acessado em 30.08.2016).

1250 *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org> (acessado em 30.08.2016).

1251 *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/> (acessado em 30.08.2016).

1252 *Plea agreements* são acordos disponíveis para as partes que não puderam celebrar o acordo de leniência total com o DOJ. Ver Scott Hammond (DOJ) em sessão do Comitê de Concorrência da OCDE, disponível em <https://www.justice.gov/atr/speech/us-model-negotiated-plea-agreements-good-deal-benefits-all>.

1253 *Discovery stay* é o instrumento processual solicitado pelo DOJ para proteger a integridade das investigações sobre prática de cartel. O *stay* pode ser referente a documentos ou para colheita de depoimentos, sendo que os do segundo tipo costumam ter longos períodos de duração. Ver Lerner, K. e Friedman, E. (2014).

investigativos, tais como as colheitas de depoimentos e provas¹²⁵⁴, o qual é, em regra, deferido pelos tribunais norte-americanos (MILLER, et al., 2010). Com o “*stay*”, permite-se a priorização temporária da persecução pública da conduta anticompetitiva, pelo menos até o término das investigações do DOJ (LUI, et al., 2008; e SCHWARTZ, 2014)¹²⁵⁵.

Por sua vez, as regras criminais do FRCP estipulam que o DOJ deve disponibilizar quatro¹²⁵⁶ categorias de informações e documentos ao réu da ação penal¹²⁵⁷, o que inclui materiais de leniência. Não há obrigação de *discovery*, porém, com relação a relatórios, memorandos ou outros documentos governamentais internos elaborados pelo DOJ em relação à investigação (FRCP 16.2). Este acesso não é conferido a terceiros, mas apenas ao réu, que deve manter o dever de sigilo e usar tais informações estritamente para fins de defesa no processo criminal, garantido o pedido de “*protective order*”¹²⁵⁸. Ocorre que, apesar desse regramento, cerca de 90% das investigações criminais de cartel realizadas pelo DOJ são objeto de acordo e não chegam

1254 Sobre esse tema, o *Antitrust Division Manual*, disponível em <http://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

1255 Esse instrumento foi utilizado, por exemplo, nos casos de cartéis envolvendo DRAM, LCD e CRT/CPT, em que o DOJ logrou suspender o processo por 6 (seis) meses ou mais.

1256 Tais informações e documentos se dividem em quatro categorias (artigo 16 e 26.2 do FRCP): (i) informações e documentos sobre o réu; (ii) informações e documentos de defesa (“*exculpatory information*”), i.e., qualquer prova favorável ao réu; (iii) informações e documentos sobre possível contestação da testemunha (“*impeachment information*”); e (iv) declarações feitas pelas testemunhas ou de acusação que tenham relação com a matéria. Para mais informações ver <http://www.justice.gov/dag/memorandum-department-prosecutors>.

1257 Em regra, a persecução criminal de cartéis nos EUA se inicia com uma fase investigativa preliminar no âmbito do “*grand jury*”, na qual o DOJ busca elementos probatórios suficientes para, posteriormente, requerer a condenação criminal do autor do cartel no Judiciário, e na qual opera o sigilo absoluto (*secrecy*). Se os cidadãos que compõe o *grand jury* vislumbrarem elementos probatórios suficientes (“*probable cause*”), o DOJ leva o caso ao tribunal criminal. Quando o processo criminal chega a júri, as sessões e decisões são, em regra, públicas. Ver *U.S. Attorneys’ Manual* (“USAM”), disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-11000-grand-jury>.

1258 As partes podem ajuizar pedido de proteção das evidências de modo a restringir o alcance do *discovery*.

a julgamento¹²⁵⁹, de modo que a divulgação de tais documentos e informações no âmbito do processo criminal, apesar de possível, é pouco frequente na experiência norte-americana.

Finalmente, segundo as regras civis do FDCP, há amplo acesso, exceto às informações consideradas “*privileged*”¹²⁶⁰. No âmbito das ações privadas de reparação por danos concorrenciais, os tribunais norte-americanos buscam ponderar o dever de proteção da confidencialidade do material da leniência com as amplas garantias de *discovery*. Se solicitado pelo tribunal, diferentemente do que geralmente ocorre em jurisdições de *civil law*, o réu da ação, seja o beneficiário do acordo de leniência, seja qualquer coautor da conduta anticompetitiva, tem o dever legal de disponibilizar documentos e informações relevantes para embasar a pretensão indenizatória dos consumidores supostamente lesados. Se o acesso se refere a materiais estrangeiros, porém, a jurisprudência vem favorecendo o sigilo investigativo de outras jurisdições¹²⁶¹. Ilustrativamente, no caso *Air Cargo* (2011)¹²⁶², o juiz norte-americano recusou-se a ordenar a divulgação dos documentos de leniência que constavam do processo investigativo da Comissão Europeia, entendendo que a divulgação prejudicaria os interesses soberanos e a política pública da UE. Por sua vez, se o acesso vem do exterior para o DOJ, somente mediante *wavier*¹²⁶³ há disponibilização das informações e documentos derivados de acordos de leniência e *plea agreements*.

1259 Ver Jones Day Commentary “Federal Jury Returns Verdicts in Rare Price-Fixing Trial of Global Liquid-Crystal Displays Conspiracy” (Abril, 2012), http://www.jonesday.com/federal_jury_returns_verdict/.

1260 Considera-se “*privileged*” informações referentes a determinadas comunicações entre cliente e advogado, bem como documentos de trabalho elaborados pelos advogados do próprio DOJ e pelos advogados dos proponentes do Acordo de Leniência ou *plea agreement*.

1261 *In re Rubber Chems. Antitrust Litig.* 486 F. Supp. 2d 1078, 1080 (N. D. Cal. 2007).

1262 *Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011).

1263 Ver *Antitrust Division Manual*, pág. III-101.

1.2 DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA¹²⁶⁴

O *enforcement* privado na União Europeia (EU), diferentemente dos EUA, até bastante recentemente vinha apresentando papel pouco expressivo (JONES, 2016; Comissão Europeia, 2013). Antes de 2014, na ausência de uma norma supranacional que regulasse especificamente o acesso a materiais de leniência, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) formou jurisprudência acerca do tema. No caso *Pfleiderer*¹²⁶⁵ (2011), a questão colocada era se os tribunais nacionais poderiam conceder acesso, em ações privadas de reparação por danos concorrenciais, aos documentos recebidos pelas autoridades antitruste nacionais (NCAs) em Acordos de Imunidade e Leniência. Até então, a Comissão Europeia vinha adotando a posição de que estes materiais não poderiam ser objeto de *discovery*, sob pena de prejudicar o Programa de Leniência europeu¹²⁶⁶. O TJUE, todavia, decidiu que caberia às cortes nacionais, com base na legislação de cada Estado Membro, uma análise casuística ponderando as ações indenizatórias *vis a vis* a atratividade do programa de leniência, para então conferir ou não o acesso de tais materiais às partes potencialmente prejudicadas. Nos casos que se seguiram, a jurisprudência se dividiu (MACHADO, 2015)¹²⁶⁷.

1264 Embora países europeus possuam experiências interessantes acerca do tema, optou-se por relatar apenas as regras da UE, tendo em vista que a Diretiva 2014/104/UE deve ser implementado até dezembro de 2016 em todos os Estados Membros.

1265 Caso C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* (2011) ECR I-05161.

1266 Segundo o parecer do Advogado Geral, os documentos produzidos para o acordo de leniência e aqueles preexistentes ao acordo, mas que foram entregues à autoridade antitruste, deveriam receber tratamento distinto. Para Mazák, somente a segunda categoria seria sujeita ao *discovery*. Em relação aos documentos produzidos para o acordo de leniência, opinou o seu acesso por parte de terceiros prejudicados deveria ser vedado de forma a garantir a integridade do programa de leniência.

1267 Cases T-437/08, *Cartel Damage Claim Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v Commission* (Tribunal Geral, 2011); HC08C03243, *National Grid v. ABB* (Suprema Corte do UK, 2012); T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg v Commission* (Tribunal Geral, 2012); C-365/12P, *Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (TJUE, 2014); E-5/13 *DB Schenker v EFTA Surveillance Authority* (Corte EFTA, 2014).

A incerteza jurídica resultante do caso *Pfleiderer* levou a Comissão Europeia a buscar uma solução normativa para proteger a eficácia do seu programa de leniência na alteração do marco regulatório: a Diretiva de 2014 da UE¹²⁶⁸. No que tange às regras de acesso aos documentos e informações de Acordo de Imunidade e Leniência na União Europeia, o art. 5º sobre “Divulgação de Elementos de Prova” estabelece, como regra geral, que os tribunais nacionais têm a prerrogativa de ordenar a divulgação de elementos de prova, desde que autor tenha apresentado um pedido considerado plausível, razoável e fundamentado. Os tribunais nacionais devem então declarar tal pedido “proporcional”, ou seja, devem considerar tanto os interesses da requerente da informação, quanto os da parte demandada¹²⁶⁹. Ademais, o art. 6º ao estabelecer três níveis de proteção, quais sejam: (i) proteção total (“*black list*”); (ii) proteção temporária (“*grey list*”); e (iii) sem proteção necessária (“*white list*”).

A categoria de (i) proteção total (“*black list*”) abarca as declarações de caráter voluntário e autoincriminatórias de uma pessoa física ou jurídica participante de um cartel com vistas a obter imunidade ou leniência (“*leniency statements*”¹²⁷⁰) ou outro acordo (“*settlement*”).

1268 “*Directive on Antitrust Damages Actions*”, Diretiva 2014/104/EU, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>. As principais alterações abordaram, dentre outros temas: (a) acesso a evidências; (b) a responsabilidade solidária ou individual; (c) os prazos prescricionais; (d) o instrumento de defesa dos compradores indiretos chamado “*passing on defense*”; (e) a quantificação do dano; (f) a responsabilização consensual das disputas; e (g) o efeito das decisões locais.

1269 Segundo os critérios estabelecidos pelo art. 5º da Diretiva da Comissão Europeia, os tribunais, ao avaliarem um pedido de acesso a materiais de prova, devem considerar: (i) a medida em que o pedido de indenização é fundamentado em factos e elementos de prova que justificam o pedido de divulgação dos elementos de prova; (ii) o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados; e (iii) se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contém informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais.

1270 Cf. artigo 2(16) da Diretiva: “*leniency statement*” é qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma empresa ou uma pessoa singular, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa empresa ou pessoa singular tem conhecimento sobre um cartel e o papel que a mesma nele desempenha, elaborada especificamente

submissions”). Nos termos da Diretiva, tais documentos não podem ser divulgados em qualquer hipótese, ainda que sob ordem judicial, ainda que encerradas as investigações da autoridade. Isso porque tais documentos apenas existem ou foram obtidos em decorrência do programa de leniência europeu e exporiam excessivamente a empresa que colaborou com as investigações, prejudicando os incentivos ao *public enforcement* europeu.

Já a categoria (ii) proteção temporária (“*grey list*”) abrange documentos e informações preparados no âmbito da investigação e trocados entre a autoridade da concorrência e as partes investigadas no curso do processo. São, por exemplo, respostas a pedidos de informação, *statements of objections*¹²⁷¹ e análises preliminares da Comissão. Mediante ordem judicial, tais documentos podem ser divulgados após a Comissão ou a NCA ter proferido decisão final sobre o caso. Esta proteção temporária busca resguardar o devido andamento da persecução pública na UE, sem, porém, prejudicar o *private enforcement*.

Finalmente, a categoria (iii) sem proteção necessária (“*white list*”) abrange documentos e informações em posse da autoridade da concorrência que não configurem as hipóteses das categorias acima e desde que sejam pré-existentes, não preparados no âmbito da investigação (e.g., tais como contratos escritos, textos de e-mails e atas de reuniões). Tais documentos podem ser divulgados para os tribunais no bojo das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais a qualquer tempo, desde que o pedido seja pertinente e proporcional. O acesso aos documentos dessa categoria, por sua vez, pressupõe a manutenção de outros atrativos ao programa de imunidade e

para apresentação à autoridade da concorrência a fim de obter dispensa ou redução da multa ao abrigo de um programa de leniência, excluindo as informações preexistente.

1271 *Statement of Objections* é um passo formal da investigação concorrencial da Comissão na qual a autoridade informa por escrito as partes investigadas sobre as condutas imputadas contra elas.

leniência europeu, sendo um dos mais importantes a limitação da responsabilidade solidária entre os colaboradores.¹²⁷²

1.3 DA EXPERIÊNCIA CANADENSE

O Canadá conta com extensa experiência em *enforcement privado* (OCDE, 2015). O Comunicado de 2007 do *Competition Bureau* sobre informações confidenciais¹²⁷³ afirma que a identidade do beneficiário da leniência ou de acordos subsequentes, bem como as informações por eles fornecidas, serão tratadas como confidenciais¹²⁷⁴. A Seção 29 do *Competition Act* inclusive veda a disponibilização para terceiros das evidências colhidas pelo *Bureau*. Tanto é assim que o *Competition Bureau* não fornece voluntariamente informações para os autores de ações privadas de reparação por danos concorrenciais (art. 36 do *Competition Act*). Ademais, o *Bureau* se opõe ao cumprimento de intimações para dar acesso a documentos e informações se tal acesso puder prejudicar uma investigação em curso, ou de qualquer forma prejudicar o *enforcement* de seu programa de leniência. Se, porém, houver uma ordem judicial deferindo o compartilhamento,

1272 A Diretiva 2014 limitou, em seu artigo 11, a regra geral responsabilidade solidária, como forma de harmonizar os interesses do *enforcement* público e privado. O artigo 11(4) definiu então que os beneficiários da imunidade serão responsáveis apenas perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, sendo que a responsabilidade perante outros consumidores lesados apenas ocorrerá se a reparação integral não puder ser obtida das outras empresas implicadas na mesma infração.

1273 The Communication of Confidential Information under the Competition Act, 10 de outubro de 2007. Disponível em http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03597.html#s7_1.

1274 Id. As exceções a essa política são as seguintes: (a) informações cuja divulgação é determinada por lei, (b) informações cuja divulgação é necessária para o exercício dos poderes investigativos do *Bureau* ou de outra agência governamental, (c) nos casos em que a parte concorda com a divulgação ou ela própria já publicou a informação, e (d) nos casos em que a divulgação é necessária para evitar a prática de algum crime grave. O Comunicado de 2007 também afirma que a autoridade canadense não disponibilizará informações a autoridades estrangeiras sem o consentimento da parte, e que tomará todas as medidas cabíveis para garantir a confidencialidade das informações recebidas em sede de acordo de leniência.

o *Bureau* concederá tal acesso e solicitará “*protective orders*” para manter a confidencialidade das informações apenas ao destinatário da ordem¹²⁷⁵.

1.4 DA EXPERIÊNCIA AUSTRALIANA

O *enforcement* privado na Austrália tem apresentado crescimento modesto (OCDE, 2015, Contribuição da Austrália). Ainda assim, o manual da *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC)¹²⁷⁶ já define que a regra geral é a da confidencialidade dos materiais de leniência. Essa regra geral, porém, já encontrou decisão judicial contrária no caso *ACCC v Visy Industries* (2007)¹²⁷⁷, em que foi deferido tal acesso a documentos.

Objetivando manter a atratividade do programa de leniência australiano, editou-se o *Competition and Consumer Act* (CCA)¹²⁷⁸ em 2010. O CCA prevê o acesso amplo a documentos públicos, excepcionando informações confidenciais em investigações de cartéis (“*protected cartel information*”) (Seção 157 do CCA). Ademais, esclarece-se que a AACCC e os tribunais australianos podem negar o pedido de acesso aos referidos documentos, ponderando alguns fatos, como os seguintes: (i) a informação ter sido fornecida à AACCC de forma confidencial; (ii) a relação da Austrália com outros países; (iii) a necessidade de se evitar prejuízos à política nacional e internacional de combate a cartéis; (iv) a proteção do informante; (v) o risco da divulgação prejudicar o Programa de Leniência no futuro; e (vi) os legítimos interesses do requerente da informação.

1275 Contribuição do Canadá ao Relatório da OCDE 2015, p. 4.

1276 *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct*. Disponível em: https://www.accc.gov.au/system/files/884_ACCC%20immunity%20and%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct_FA2.pdf

1277 *ACCC v Visy Industries Holdings Pty Limited* (No 3) [2007] FCA 1617. Em consonância com o previsto no manual ACCC, a autoridade australiana sustentou o interesse público e o sigilo das informações requeridas.

1278 Disponível em: <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/legislation>.

2. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA SOBRE ACESSO AOS MATERIAIS DE LENIÊNCIA E TCC

O direito de ação dos consumidores lesados para obterem a cessação da prática anticompetitiva e o recebimento de reparação de danos é previsto no art. 47 da Lei nº 12.529/2011. Estudos indicam que a persecução privada a cartéis no Brasil vem crescendo (CARVALHO, 2011)¹²⁷⁹, tendo sido observado um crescimento estatístico de 450% no número de acórdãos proferidos no bojo de tais ações entre os anos de 2009-2011 (4 acórdãos) e 2012-2014 (22 acórdãos) (MACHADO, 2015). O ajuizamento e o sucesso dessas ações privadas de reparação por danos concorrenciais, porém, está em larga medida relacionado ao acesso ou não a documentos e informações oriundos da persecução pública a cartéis realizada pelo Cade. Embora, por um lado, a quebra de confidencialidade e o acesso aos materiais de Acordos de Leniência e TCCs possa ser justificado na medida em que tais materiais poderiam embasar a pretensão indenizatória de consumidores lesados, por outro lado, pode expor os signatários do Acordo de Leniência e os compromissários do TCC a uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com o Cade, enfraquecendo o *enforcement* público no Brasil e a própria detecção de cartéis.

O art. 5º, LX da Constituição Federal de 1988 é da publicidade dos atos administrativos. Esta regra é regulamentada, em termos gerais, pela Lei nº 9.784/1999 (Lei Geral de Processo Administrativo) e pela Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI). O acesso à informações e documentos é excepcionado, por exemplo,

1279 Dentre as razões apontadas para o baixo uso das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais no Brasil são listadas, pelo menos, as seguintes: (i) a ausência de uma cultura de reivindicação de danos por parte dos consumidores lesados no Judiciário; (ii) elevados custos e morosidade do litígio judicial, somados, por vezes, a falta de familiaridade do Judiciário brasileiro com a matéria concorrencial; (iii) indefinição quanto ao termo inicial da prescrição para ajuizamento da ação; e, principalmente, (iv) dificuldades em obter evidências e em fornecer análises econômicas e legais complexas comprovando onexo causal entre a conduta e o dano sofrido (OCDE, 2015, Contribuição do Brasil).

pelo sigilo à intimidade e ao interesse público¹²⁸⁰. Ademais, há exceção para a divulgação de informações que possam “representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”¹²⁸¹ e que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”¹²⁸². Especificamente na Lei de Defesa da Concorrência, a regra geral do tratamento confidencial¹²⁸³ aos documentos e às informações de Acordos de Leniência e TCCs está prevista nos arts. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529/2011 e nos arts. art. 179, §3º e 200, §§ 1º e 2º do RICADE, além de cláusulas do termo de celebração do Acordo de Leniência e TCC. É, portanto, premente encontrar o equilíbrio adequado entre a proteção dos documentos e informações de Acordos de Leniência e TCCs, mantendo a atratividade dos referidos Programas e fomentando o ajuizamento das ações privadas de reparação por danos concorrenciais no Brasil. Trata-se da busca pelo ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis, para que esta não se torne “*too much of a goof thing*”.

2.1 JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO CADE

Até abril de 2016¹²⁸⁴, o Plenário do Tribunal Cade julgou seis casos instaurados em decorrência da celebração de Acordos de

1280 Cf. art. 2º, V, Lei nº 9.784/1999 c/c art. 5º, LX, CF/88.

1281 Cf. art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012.

1282 Cf. art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011.

1283 Exceto mediante *waiver* do signatário da leniência ou do compromissário do TCC e a anuência da SG.

1284 Este artigo analisou as seis decisões do Cade em Processos Administrativos oriundos de Acordos de Leniência até abril de 2016. Após esta data, outros quatro foram julgados pelo Plenário do Tribunal do Cade: (vii) Cartel Internacional de TPE – Processo Administrativo nº 08012.000773/2011-20, Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 31/08/2016; (viii) Cartel de Plásticos ABS – Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74, Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 14/09/2016. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo 08700.009161/2014-97, julgado em 14/09/2016; (ix) Cartel internacional

Leniência: (i) cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul (2007); (ii) cartel internacional dos peróxidos (2012); (iii) cartel internacional de cargas aéreas (2013); (iv) internacional de mangueiras marítimas (2015); (v) cartel internacional de perborato de sódio (fev/2016); e (vi) cartel internacional dos compressores (mar/2016).

Observa-se que nos três primeiros casos, quando do julgamento do caso pelo Tribunal, nas respectivas versões públicas dos votos, houve transcrição de diversos trechos dos documentos da busca e apreensão e também de documentos do Acordo de Leniência. Já o termo de celebração do Acordo de Leniência em si, o Histórico de Infrações e algumas provas colhidas em sede de busca e apreensão se encontram em apartado de acesso restrito às representadas no processo. Em todos os casos, ao longo do processo, os representados tiveram acesso à íntegra das informações e materiais oriundos dos Acordos de Leniência e TCC.

Por sua vez, na investigação referente ao cartel de mangueiras marítimas (2015), evidencia-se clara preocupação do Cade com o *enforcement* privado, possivelmente influenciada pelas recentes discussões sobre o tema na seara internacional. O Conselheiro Relator, quando do julgamento, afastou as preliminares de confidencialidade suscitadas pelas representadas e buscou ponderar a disponibilização de informações e documentos de leniência e de TCCs *versus* o fomento às ações privadas de reparação por danos concorrenciais. Na versão pública do voto, transcreveu-se trechos de confissão de conduta dos TCCs e do Histórico da Conduta do Acordo de Leniência¹²⁸⁵. Segundo o voto, após o julgamento do caso, o termo de celebração do Acordo de Leniência, bem como demais documentos anexos apresentados pelo beneficiário, poderiam ser disponibilizados a terceiros, em razão

de CRT - Processo Administrativo 08012.005930/2009-79, Acordo de Leniência celebrado em 29/07/2009. Processo julgado em 09/11/2016; (x) Cartel internacional de Placas de Memória (DRAM) - Processo Administrativo 08012.005255/2010-1, Acordo de leniência celebrado em 24/11/2011. Processo julgado em 23/11/2016.

1285 Id., § 3º: “também por razões de publicidade e moralidade”, o Conselheiro Relator tornou público os anexos aos TCCs que tratam das confissões das condutas, até então mantidos em apartados confidenciais – vez que abordavam a forma pela qual o cartel se organizou no território brasileiro.

dos princípios da publicidade e moralidade¹²⁸⁶. 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 após o julgamento, por versarem sobre segredos de empresa, como especificações técnicas de produto¹²⁸⁷.

Já no julgamento da investigação do cartel de perborato de sódio (fev/2016), o voto do Conselheiro Relator excepcionalmente 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 não seriam concorrencialmente sensíveis. Por fim, no julgamento do cartel dos compressores (2016), o Conselheiro Relator transcreveu os principais trechos do Histórico da Conduta e franqueou o acesso aos representados à totalidade dos documentos probatórios, embasando-se na Súmula Vinculante nº 15 do STF¹²⁸⁸. Mesmo após o julgamento do caso, permaneceram nos autos de acesso restrito informações que versavam sobre segredos de empresa, o termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos.

1286 Estes documentos a que se autorizou a disponibilização não se encontram nos autos públicos no sistema eletrônico de informações do Cade (SEI), de modo que a íntegra do termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos ainda parecem permanecerem em acesso restrito aos representados.

1287 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.”

1288 Súmula Vinculante nº 15 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”.

2.2 RECENTES DECISÕES JUDICIAIS

O Judiciário se manifestou sobre o acesso de informações e documentos fornecidos no âmbito do Acordo de Leniência e TCCs em pelo menos dois casos¹²⁸⁹: (i) cartel nacional dos trens e metrôs (2013); e (ii) cartel internacional dos compressores (2009).

O caso conhecido como cartel dos trens e metrôs teve origem em Acordo de Leniência¹²⁹⁰, que ensejou a realização de buscas e apreensões cíveis nas sedes das empresas investigadas. Um dos juízes cíveis que analisou o pedido de busca e apreensão – o juiz de primeira instância na 3ª Vara Federal Vara de São Bernardo do Campo¹²⁹¹ –, após o término da operação, ordenou a divulgação das informações e documentos referentes ao Acordo de Leniência, inclusive o Histórico da Conduta, sob a justificativa de que os prazos prescricionais para eventuais ações judiciais já se encontravam em curso¹²⁹². Este juiz, apesar de determinar o acesso, reconheceu a excepcionalidade do caso ao divulgar as informações e documentos provenientes do Acordo de Leniência. Frisou que, em regra, o sigilo de tais documentos deve ser

1289 Há ao menos 6 (seis) ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais decorrentes de processos administrativos *não* iniciados por Acordo de Leniência. Tais ações foram ajuizadas por consumidores ou pelo MP e ocorreram nos seguintes mercados: (i) cartel de cimentos; (ii) cartel dos gases industriais e/ou medicinais; (iii) cartel dos genéricos; (iv) cartel dos combustíveis; (v) cartel de extração de areia; e (vi) cartel do aço. Ver Martínez, A.P.; e Araújo, M. T. (2016).

1290 O Acordo de Leniência 01/2013 foi firmado entre a Siemens e o Cade no âmbito de suposto cartel em licitações dos trens do Metrô, da CPTM e do Metrô DF, que teria ocorrido no período de 1998 a 2008, afetando, ao menos, São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

1291 Cf. decisão do juiz federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo, em 9 de agosto de 2013, nos autos do Processo 0004196.2013.4.03.6114, Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. (MGE); Requerente: CADE.

1292 A MGE interpôs agravo de instrumento contra a decisão de primeira instância que autorizou o acesso ao Acordo de Leniência e Histórico de Conduta a terceiros. O TRF3, todavia, negou provimento ao agravo tendo em vista que “o recorrente deveria ter se insurgido da primeira decisão que apreciou o pedido de decretação de sigilo.”, cf. ementa proferida no AI nº 0023235-20.2013.4.03.0000, TRF3, 4ª Turma, relatoria da Des. Fed. Marli Ferreira, Agravante: MGE Equipamentos, Agravado: CADE, decisão proferida em 22.09.2014.

mantido até o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade.¹²⁹³ A decisão de primeiro grau foi apelada pelo Cade e por uma das empresas investigadas¹²⁹⁴, sendo que na segunda instância a apelação foi provida. Embora não tenha ordenado o sigilo quanto à tramitação do processo, o TRF3 reordenou o sigilo dos documentos que instruíram o pedido inicial de busca e apreensão (Acordo de Leniência e Histórico da Conduta), de modo a resguardar as atividades de investigação do Cade¹²⁹⁵.

Por sua vez, no caso conhecido como cartel dos compressores¹²⁹⁶, cuja investigação também foi iniciada a partir da celebração de Acordo de Leniência, uma empresa prejudicada pelo cartel demandou acesso aos documentos da investigação do Cade para embasar sua ação privada de reparação por danos concorrenciais. O juiz de primeira instância da 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP determinou inicialmente o envio de *“cópias de todos os documentos integrantes do processo administrativo (...) inclusive aqueles não disponíveis publicamente na fase de investigação, para fins essenciais de instrução da presente demanda”*¹²⁹⁷. Tal solicitação, contudo, englobava documentos

1293 *“A identidade do beneficiário de um acordo de leniência é mantida sob sigilo no interesse das investigações e para proteger aqueles que colaboram com a autoridade antitruste. Essa confidencialidade, em geral, é mantida até o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade, quando é confirmada a imunidade administrativa e criminal a que a leniência dá direito (...) Os nomes das pessoas físicas que assinam a leniência, os termos do acordo e os documentos que o acompanham continuam confidenciais”.*

1294 Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114/SP, TRF3, Quarta Turma, relatoria da Des. Fed. Marli Ferreira, decisão original nº 2013.61.14.004196-1/SP, Apelante: CADE e MGE, decisão proferida em 25.09.2015.

1295 *“É necessária a preservação do sigilo dos documentos que instruíram a inicial para o resguardo das atividades de apuração de responsabilidades na esfera administrativa que estão sendo desenvolvidas a partir de Acordo de Leniência, não havendo que se falar em qualquer violação da intimidade dos interessados, eis que as diligências e os documentos apreendidos devem submeter-se ao sigilo necessário à preservação do interesse público.”*

1296 Trata-se de cartel ocorrido no período entre 1996 a 2008 no mercado nacional e internacional de compressores herméticos para refrigeração. Tal processo se originou de Acordo de Leniência firmado em 30.01.2009, bem como de evidências colhidas em diligência de busca e apreensão ocorrida em 09.02.2009.

1297 Cf. solicitação da 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP, processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Electrolux do Brasil S.A., Requerido: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A.

sigilosos, oriundos de Acordo de Leniência. Na segunda instância, a empresa prejudicada pela conduta anticompetitiva interpôs agravo de instrumento contra decisão do juiz que indeferiu a expedição de ofícios ao Cade para a remessa de documentos constantes do Processo Administrativo. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a esse recurso, determinando a expedição de tais ofícios. Então, a partir dessa decisão, as empresas citadas no Processo Administrativo interpuseram recurso especial para o STJ¹²⁹⁸, recurso esse que não foi provido. Nesse momento, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade) opôs embargos de declaração, com fundamento nas leis que conferem tratamento confidencial ao material de leniência, bem como na necessidade de preservação da política de combate a cartéis por meio da proteção ao Programa de Leniência do Cade. Em 09.06.2015, Min. Relator reformou a decisão anterior adotando as razões mencionadas pela ProCade quanto à necessidade de proteção da confidencialidade das informações e documentos provenientes de Acordo de Leniência e TCC.

Todavia, em 11.03.2016 o STJ alterou seu entendimento no julgamento final da cautelar, pouco antes do julgamento final do caso pelo plenário do Tribunal do Cade (16.03.2016, ou seja, cinco dias antes do julgamento administrativo). Ao julgar o REsp¹²⁹⁹, o Min. Relator confirmou que se assegura o sigilo das propostas de leniência, bem como a possibilidade de extensão desse sigilo, no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos¹³⁰⁰. No entanto, manifestou-se no sentido de que o sigilo não poderia se

1298 Ver manifestação da ProCADE nº 42/205 em resposta ao Ofício nº 71/2015 no âmbito da medida cautelar nº 24.408, no processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A., Requerido: Electrolux do Brasil S.A., STJ, relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze.

1299 Cf. decisão do STJ, 3ª Turma de Direito Privado, no Resp nº 1.554.986-SP, Recorrentes: Electrolux, Whirlpool e Brasmotor, Recorrido: Tecumseh. Decisão proferida em 08.03.2016. Relator Min. Marco Bellizze.

1300 “4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência.”

estender indefinidamente no tempo, sendo que “o envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo”¹³⁰¹, marcaria, na opinião do Ministro, o fim da fase de apuração da conduta, e, conseqüentemente, o termo final do sigilo.

A ProCade, por entender que a decisão do STJ diverge do entendimento do Cade acerca do tema, opôs Embargos de Declaração, argumentando omissão do acórdão por não considerar que a lei também confere aos Conselheiros do Tribunal do Cade poder para requerer diligências de caráter investigatório (art. 11 da Lei nº 12.529/2011), razão pela qual a fase de apuração da conduta não se restringe à Superintendência-Geral. Ademais, haveria omissão porque ao Cade seria dada a competência legal para regular o termo final do sigilo (art. 49 da Lei nº 12.529/2011), o que já estaria inclusive determinado no RICADE¹³⁰² (art. 207), que prevê a manutenção da confidencialidade das informações e documentos de Acordo de Leniência até o julgamento final pelo Plenário do Tribunal do Cade. Ainda, a decisão embargada teria sido omissa por não considerar os termos da LAI, a qual garante o sigilo das informações que possam representar vantagem competitiva a outros agentes e que possam comprometer atividades de investigação em andamento (art. 23, VIII da Lei 12.527/2011). Por fim, a ProCADE também argumentou omissão em face da ausência de contornos jurídicos sobre três pontos: “o que”, ou seja, quais documentos deveriam ser entregues; “a quem” seria conferido o acesso a tais documentos, e “para qual” finalidade específica. O esforço da ProCade reflete a preocupação em se proteger o Programa de Leniência e de TCC do Cade. Favorecer o *enforcement* privado, sem, em contrapartida, regular as regras de acesso e limitar a responsabilidade civil do beneficiário da leniência, prejudica o

1301 “(...) [T]rata-se do limite a partir do qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade (...) Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se protrair no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei.” (grifo próprio). Id., pág. 8-9 do voto.

1302 Cf. art. 49, caput e § único do art. 49 c/c art. 86, §11, da Lei nº 12.529/2011.

enforcement antitruste como um todo. Se há perda de atratividade ao Programa de Leniência – a principal ferramenta no combate a cartéis – menos cartéis tendem a ser descobertos e, assim, menos ações privadas de reparação por danos concorrenciais sequer serão ajuizadas¹³⁰³.

3. PROPOSTAS INFRALEGALAIS SOBRE ACESSO AOS MATERIAIS DE LENIÊNCIA E TCCS: “NOT TOO MUCH OF A GOOD THING!”

Ponderando entre as ações privadas de reparação por danos concorrenciais *vis a vis* os programas de colaboração antitruste, especificamente sobre conferir ou não o acesso aos materiais (informações e documentos) apresentados em sede dos Programas de Leniência e TCC no Brasil – ou seja, sobre o “*discovery*” no Brasil –, as autoras deste artigo propuseram, em sede da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE (que resultou na aprovação da Consulta Pública de Resolução nº 05/2016 pelo Tribunal do Cade em dezembro de 2016)¹³⁰⁴, que o Cade, por meio de normativa própria, finalmente definisse um posicionamento institucional claro e transparente, a fim de minimizar eventuais divergências administrativas e judiciais.

Em consonância com as melhores práticas internacionais (notadamente inspirado nas categorias de acesso definidas na Diretiva 2014 UE), porém adaptados à realidade e à legislação brasileira, propôs-se a definição de três fases processuais nas investigações do Cade, nas quais as regras de acesso se diferenciarão: (Fase I) negociação e

1303 Ademais, na ausência de regulação da matéria, na hipótese de um cartel internacional em que haja Acordo de Leniência no Brasil, as partes que não obtiverem acesso às informações necessárias para o ajuizamento das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais em seu respectivo país, poderão se utilizar indevidamente do Brasil para obter tal acesso.

1304 Para acesso às propostas e ao documento integral da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE sugere-se acesso: <<http://www.cade.gov.br/cade-submeta-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>.

celebração dos acordos; (Fase II) instrução; e (Fase III) decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade.

Durante a Fase I, propôs-se a manutenção da regra do sigilo total da proposta de Acordo de Leniência, dos anexos ao acordo e de quaisquer documentos apresentados pelo beneficiário da leniência, tal como a proposta de TCC, os termos do acordo, do andamento processual e de todo processo de negociação¹³⁰⁵. A manutenção do sigilo é da própria essência dessa fase, sob pena de frustrar, preliminarmente, a tentativa de cooperação com a autoridade antitruste.

Uma vez celebrado o Acordo de Leniência e iniciada a instrução processual, inicia-se a Fase II. Durante essa fase, já podem ser disponibilizadas versões públicas de Notas Técnicas, mas para preservar possíveis medidas investigativas, como uma eventual medida de busca e apreensão, todos os documentos e informações oriundos do Acordo de Leniência e TCC (i.e., termo de celebração do AL, versão confidencial do TCC, Aditivos, Apêndice da Prova Documental e demais anexos, tal como o Histórico da Conduta) são, via de regra, mantidos em apartado de acesso restrito, nos termos dos arts. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012¹³⁰⁶. Esse tratamento também é mantido quando o caso é remetido pela SG para decisão pelo Tribunal do Cade, dado que o posicionamento da SG não é vinculante e o Conselheiro-Relator ainda pode realizar instrução complementar¹³⁰⁷, caracterizando-se instrução processual, de modo a exigir as mesmas cautelas¹³⁰⁸.

1305 Cf. art. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529/2011 c/c arts. 179, §3º, 200, §1º e 207, RICADE.

1306 Cf. os art. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52, 53 e 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012.

1307 cf. art. 11 da Lei nº 12.529, de 2011.

1308 Vale notar, a nosso ver, que a entrega do relatório circunstanciado pela SG ao Tribunal não pode ser comparada ao oferecimento de denúncia na seara criminal – tal como sugerido pela decisão do STJ supramencionada. Parece-nos mais apropriado comparar a denúncia com o julgamento do Tribunal Administrativo, por representar, tal como no MP, a palavra final da autarquia sobre a existência ou não de ilícito.

Tal proteção assemelha-se às regras dos EUA, da Austrália e do Canadá. Nos EUA, os tribunais em regra não têm acesso às informações e documentos obtidos no âmbito da leniência e *plea agreements* se a investigação criminal conduzida pelo DOJ ainda estiver em curso. Também se preserva o sigilo do informante e do sigilo investigativo. Na Austrália, para se afastar a ordem judicial de acesso à materiais da leniência a qualquer tempo, a ACCC alega inclusive violação ao interesse público. No Canadá, similarmente, o *Competition Bureau* se opõe a divulgar quaisquer documentos de leniência enquanto houver investigação em curso. O acesso deve ser concedido para fins do contraditório e da ampla defesa, sendo vedada a utilização de tais informações em outras esferas e/ou sua divulgação ou compartilhamento com terceiros. Para fazer valer essa proteção, as autoras propuseram que a ProCade possa demandar judicialmente, se necessário, instrumento semelhante ao “*discovery stay*”.

Finalmente, a Fase III inicia-se após o julgamento e a publicação da decisão do Plenário do Tribunal do Cade no DOU. A partir dessa fase passa-se então a propor alterações à prática reiterada do Cade, de modo a fomentar as ações privadas de reparação por danos concorrenciais no Brasil. Propôs-se que seja disponibilizado, nos autos públicos do processo: (i) a íntegra dos documentos e informações que foram citados nos votos dos Conselheiros para formação do entendimento do Plenário; e/ou (ii) a íntegra dos demais documentos e informações que evidenciem a conduta anticompetitiva e nos quais as partes potencialmente lesadas pela conduta sejam citadas. Ambos serão tornados públicos, ainda que tais documentos e informações sejam oriundos de AL, TCC e busca e apreensão.

Por sua vez, propôs-se que sejam mantidos em acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, a saber: (i) o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela SG com base em documentos e informações de caráter autoincriminatórios¹³⁰⁹ submetidos voluntariamente no âmbito da negociação, que não

1309 Nos termos do considerando 26 da Diretiva, excluir as declarações de caráter voluntário e auto-incriminatório dos elementos de prova objetiva “assegurar que

poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito de Acordo de Leniência e de TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou documentos e informações (a) de acesso restrito nos termos da Lei de Defesa da Concorrência¹³¹⁰; (b) que constituam segredo industrial¹³¹¹, (c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos e demais hipóteses de sigilo previstas na legislação¹³¹² e (d) que constituam hipóteses previstas no Ricate¹³¹³. Esse acesso restrito é justificado, na opinião das autoras, pelo risco à condução de negociações, a atividades de inteligência¹³¹⁴ e à própria efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade.

Ademais, a nosso ver duas outras propostas são importantes para que se tenha um conjunto adequado de incentivos a fim de se encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis.

Primeiro, que a análise de eventuais pedidos de acesso a documentos seja realizada considerando uma ampla gama de aspectos, tais como a legitimidade do requerente, os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento, a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento, a fase processual da investigação no Cade, a manutenção do nível de confidencialidade pelo requerente, a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador, a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade, a necessidade de

as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de leniência ou propostas de acordo”.

1310 arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011.

1311 art. 22 da Lei nº 12.527/2011.

1312 art. 5º, §2º e 6º, inciso I do Decreto 7.724/2012.

1313 arts. 52, 53 e 54 do RICADE.

1314 art. 23, II e VIII da Lei nº 12.527/2011.

preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica, e a existência de informações protegidas por segredo de empresa, segredo de justiça ou qualquer outro tipo de informação confidencial.

Segundo, que as empresas que comprovarem a efetiva reparação dos danos concorrenciais aos consumidores prejudicados tenham algum tipo de tratamento diferenciado perante o Cade. A proposta é no sentido de que a SG e/ou o Tribunal do Cade, quando da negociação de TCCs ou no momento da aplicação das penas, leve em consideração esse fator com uma possível redução na contribuição pecuniária ou da multa administrativa. Do ponto de vista dos programas de colaboração antitruste como um todo, a colaboração seria benéfica na medida em que tornaria os materiais de Acordos de Leniência e TCC menos valiosos aos olhos dos consumidores lesados, uma vez que transformaria a celebração de acordos consensuais antecipados em procedimento comum. Ou seja, atende-se, com isso, à função mais ampla de *enforcement* antitruste, aliando persecuções pública e privada.

Alternativas semelhantes foram adotadas, por exemplo, na União Europeia, no Reino Unido e na Alemanha. A Diretiva de 2014 da União Europeia estabelece que a autoridade de concorrência pode considerar os danos pagos decorrentes de acordo como um fator de mitigação antes de proferir decisão final de imposição de multa. No Reino Unido, a nova Lei dos Direitos do Consumidor de 2015 estabeleceu o mecanismo da reparação voluntária para facilitar o ressarcimento de danos concorrenciais (denominado “*voluntary redress scheme*”¹³¹⁵). Trata-se de um plano de reparação de danos civis

1315 “Guidance on the CMA’s approval of voluntary redress schemes” (2015) sobre o mecanismo de reparação voluntária (“*voluntary redress scheme*”) da Competition and Markets Authority – CMA. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/408333/Draft_guidance_-_CMA_voluntary_redress_schemes.pdf. Ver “*The Competition Act 1998 (Redress Scheme) Regulations 2015*”. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/1587/contents/made>. Por meio desse mecanismo, tanto o signatário da leniência quanto os demais participantes da conduta anticompetitiva podem submeter, voluntariamente, um plano de ressarcimento para aprovação do CMA. Se aprovado, o autor da conduta

sem que os consumidores lesados tenham que acionar o Judiciário, de modo que o participante do cartel que colaborar no âmbito da mediação terá reduzido o valor da multa imposta como forma de retribuir a parte disposta a indenizar os consumidores lesados. Por sua vez, na Alemanha¹³¹⁶, há sugestão jurisprudencial para a adoção de um procedimento bifásico, que divide a decisão do *Bundeskartellamt* em dois momentos: (i) uma decisão preliminar declaratória, que é seguida de um período designado para facilitar a celebração de acordos com consumidores lesados; e (ii) a decisão final, que considera tais acordos como um “bônus” no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%). Tal procedimento visa a diminuir os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores lesados, e a favorecer o beneficiário da leniência na medida de sua cooperação.

4. NOTAS FINAIS

As propostas apresentadas visam a que a persecução privada a cartéis não se torne “*too much of a good thing*” no Brasil, para assim manter a atratividade dos Programas de Leniência e TCC do Cade, imprescindíveis para a persecução pública. Essas propostas de regulamentação do acesso aos documentos e informações de Acordos de Leniência, TCCs e busca e apreensão, por sua vez, devem ser a base para o endereçamento a desafios correlatos, que só podem ser endereçados via reforma legislativa. Dentre eles, destaca-se a questão da mitigação da responsabilidade civil solidária do beneficiário da leniência, da não duplicação dos danos quantificados (questionáveis a partir da aplicação do Código de Defesa do Consumidor) e da interpretação das regras de prescrição (como o termo inicial de contagem prescricional). Por essa razão, as autoras

anticompetitiva poderá receber, em contrapartida, descontos de até 20% no valor da multa administrativa a ser aplicada.

1316 Contribuição da Alemanha ao Relatório OCDE 2015, p. 5.

também realizaram propostas de quatro novos artigos no art. 47 da Lei 12.529/2011, explicitados na Exposição de Motivos que justificou a supramencionada Consulta Pública Cade nº 05/2016.¹³¹⁷

Na opinião das autoras, o ponto ótimo entre *private* e *public enforcement* só poderá então ser efetivamente alcançado se houver o endereçamento conjunto de propostas infralegais e legislativas, garantindo assim segurança jurídica aos administrados no Brasil.

1317 Propostas legislativas de quatro novos artigos no art. 47 da Lei 12.529/2011:
“§1º A instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral interrompe o prazo prescricional para ajuizamento das ações de que tratam o caput deste artigo.

§2º O prazo prescricional para a ação do caput deste artigo é contado da ciência inequívoca da infração à ordem econômica.

§3º Não responderá solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada o signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011, cuja responsabilidade civil é limitada aos danos individuais homogêneos causados e circunscrita aos seus próprios clientes e/ou fornecedores diretos e/ou indiretos.

§4º Não se aplica a repetição do indébito por valor em dobro prevista no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor ao signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011.”.

Vide: <http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>.

Amanda Athayde