

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Número 2 - 2024

IBRAC | INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 2 - 2024
ISSN 1517-1957

Editores Responsáveis
Josie de Menezes Barros
Melina Ferracini
Stephanie Penereiro
Laís Senna

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
05013-001 - São Paulo - SP Brasil
Tel: 55 11 3872 2609
www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2024 - 2025

DIRETORIA

Diretor-Presidente: **Renê Guilherme da Silva Medrado**

Diretora Vice-Presidente: **Silvia Faga de Almeida**

Diretor Vice-Presidente: **Guilherme Ribas**

Fabiana Ferreira de Mello Tito

Fabíola Meira de Almeida Breseghello

Fernando Benjamin Bueno

Flávia Chiquito dos Santos

Giuliana M. F. Gonçalves e Requena

Josie de Menezes Barros

Maria Cecília Andrade

Mateus Piva Adami

Raphael Rodrigues Soré

Ricardo Casanova Motta

Ricardo Botelho

CONSELHO

Leonor Cordovil – Presidente

Pedro Zanotta – Vice-Presidente

Ademir Antônio Pereira Junior

Adriana L Cardinali Straube

Ana Carolina L. de Carvalho

Ana Paula Paschoalini

Aurélio Marchini

Barbara Rosenberg

Bernardo Gouthier Macedo

Bernardo Macedo

Bruno de Luca Drago

Bruno Droghetti M. Santos

Caio Mario Pereira

Carlos Francisco de Magalhães

Cristianne Zarzur

Daniel Andreoli

Daniel Costa Rebello

Denis Alves Guimaraes

Eduardo Caminati Anders

Enrico Spini Romanielo

Eric Jasper

Fabício A. Cardim de Almeida

Gabriel Cohen

Guilherme Misale

Gustavo Gonçalves Gomes

Lauro Celidonio

Lorena Nisiyama

Lucia Ancona L. Magalhães Dias

Luis Nagalli

Marcelo Procopio Calliari

Marcio de Carvalho S.Bueno

Marcos Drummond Malvar

Maria Eugenia Novis

Mariana Villela

Mario Girasole

Mauro Grinberg

Patrícia Agra

Paula Müller Ribeiro BerniniPedro

Paulo Salles Cristofaro

Ricardo Inglez de Souza

Sandra Terepins

Sérgio Varella Bruna

Tatiana Lins Cruz

Ticiana Lima

Tito Amaral de Andrade

Ubiratan Mattos

PREFÁCIO

O número 2 do volume 29 da Revista do IBRAC, que temos a honra de prefaciá-lo, apresenta sete artigos com relevantes contribuições ao direito da concorrência, submetidos espontaneamente por seus autores e avaliados positivamente pelos pareceristas, a quem agradecemos imensamente.

A edição aborda discussões teóricas contemporâneas a exemplo do artigo de Bernardo Muller, “Measuring the New Antitrust Revolution”, que analisa a transição da política antitruste nos EUA, com ênfase nos ideais neobrandeisianos, que incorporam, além da eficiência econômica, a promoção da democracia e a proteção de pequenas empresas. Já o artigo “Protecting the Innovator, Not Only the Innovation”, de Marcos Puccioni e Gabrielle Bastos, propõe uma nova abordagem para a preservação da concorrência em mercados dinâmicos, focando nas aquisições de mavericks.

A edição também inclui artigos sobre questões procedimentais. Rafael Parisi, em “Ten Years of CADE’s Resolution n. 12/2015”, analisa o uso da consulta pelo CADE e sugere melhorias para otimizar sua aplicação na defesa da concorrência no Brasil. Matheus Barreto, em “CADE: O Senhor do Seu Próprio Tempo?”, por sua vez, investiga a morosidade nas investigações do CADE e propõe soluções para agilizar os processos.

No campo das condutas anticompetitivas, “O Preço da Colaboração”, de Julia Baiôcco e Sofia Vergara, analisa a “regra de ouro” nos acordos de colaboração, propondo maior segurança jurídica na aplicação de multas e contribuição pecuniária. Já o artigo “Notas sobre Standards Probatórios e Valoração das Provas Apresentadas ao CADE”, de José Inácio Ferraz, discute o tratamento das provas no CADE, com foco na análise de provas indiretas e sugestões para aprimorar o processo de instrução. Por fim, “Price Competition Meets Discount Competition”, de Roberto Taufick, analisa os impactos de falhas regulatórias no mercado de medicamentos genéricos e sugere ajustes para melhorar os incentivos econômicos e beneficiar os pacientes.

Esta edição reflete questões atuais e relevantes do direito da concorrência, oferecendo análises críticas e propostas práticas para aprimorar as políticas e práticas antitruste, com o objetivo de promover um ambiente mais justo e competitivo. Boa leitura!

Josie de Menezes Barros

Diretora de Publicações do IBRAC

SUMÁRIO

Prefácio.....	4
Measuring The New Antitrust Revolution <i>Bernardo Pinheiro Machado Mueller.....</i>	6
Protecting The Innovator, Not Only The Innovation: The Antitrust Assessment of Innovation Maverick Acquisitions <i>Marcos Puccioni de Oliveira Lyra e Gabrielle Bastos e Silva Machado.....</i>	33
Ten Years of CADE's Resolution n.º 12/2015: How Can Both The Antitrust Authority and Civil Society Make Better Use of the Query Proceeding? <i>Rafael Parisi.....</i>	52
CADE: O Senhor do seu próprio tempo? <i>Matheus Barreto.....</i>	73
O Preço da Colaboração: Análise da Coerência na Aplicação da Regra de Ouro da Contribuição Pecuniária e da Multa do CADE <i>Julia De Carli Baiôcco e Sofia de Medeiros Vergara.....</i>	99
Notas sobre <i>Standards</i> Probatórios e Valoração das provas apresentadas ao Cade por Colaboradores (Beneficiários de Acordo de Leniência e de Termo de Cessação de Conduta) <i>José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho.....</i>	122
Price Competition Meets Discount Competition: How Bad Regulatory Design Can Affect the Generics Public Policy and Reduce Patient Surplus <i>Roberto Taufick.....</i>	147

MEASURING THE NEW ANTITRUST REVOLUTION

*Bernardo Mueller*¹

DOI: [10.5281/zenodo.14522429](https://doi.org/10.5281/zenodo.14522429)

Abstract: For over four decades, Chicago School antitrust principles - centered on consumer welfare and the presumed efficiency of market behavior - have dominated U.S. antitrust policy. Recently, there has been a growing movement toward a new antitrust revolution inspired by Neo-Brandeisian ideals. This emerging framework advocates for multiple objectives, including the promotion of democracy, labor rights, and the protection of small businesses, alongside more assertive enforcement against anti-competitive practices. In this paper, I employ natural language processing to analyze the evolving beliefs and attitudes of American antitrust agencies - the Federal Trade Commission and the Department of Justice - over time. My findings reveal a gradual shift in these agencies' expressed views from Chicago School to Neo-Brandeisian thinking. However, as demonstrated through a political economy spatial model of strategic interaction, the antitrust agencies alone cannot drive this new revolution. To address this, I also assess the beliefs of other key actors: the President, congressional committees, the Supreme Court, and business lobbying groups. While some of these actors have begun to embrace Neo-Brandeisian perspectives, others have not, indicating that the full transition to a Neo-Brandeisian antitrust policy may hinge on whether these resistant beliefs can be altered or overcome.

Keywords: Antitrust; Chicago School; Neo-Brandeisian; Natural Language Processing; Text as data.

Resumo: Por mais de quatro décadas, os princípios antitruste da Escola de Chicago - centrados no bem-estar do consumidor e na suposta eficiência do comportamento do mercado - dominaram a política antitruste dos EUA. Recentemente, houve um movimento crescente em direção a uma nova revolução antitruste inspirada pelos ideais neobrandeisianos. Essa abordagem emergente defende a inclusão de objetivos adicionais, incluindo a promoção da democracia, direitos trabalhistas e a proteção de pequenas empresas, juntamente com uma aplicação mais assertiva contra práticas anticompetitivas. Neste artigo, utilizo o processamento de linguagem natural para analisar a evolução das crenças e atitudes das agências antitruste americanas - a *Federal Trade Commission* e o Departamento de Justiça (DOJ) - ao longo do tempo. Os resultados revelam uma mudança gradual dessas agências de abordagens típicas da Escola de Chicago para o pensamento neobrandeisiano. No entanto, conforme demonstrado por meio de um modelo espacial de economia política de interação estratégica, as agências antitruste não tem como realizar essa nova revolução de maneira unilateral. Avalio, portanto, as crenças de outros atores-chave em antitrust que também influem na mudança de abordagem: o presidente, comitês do Congresso, a Suprema Corte e grupos de lobby empresarial. Embora alguns desses atores tenham começado a adotar perspectivas neobrandeisianas, outros não o fizeram, indicando que a transição completa para uma política antitruste neobrandeisiana pode depender da possibilidade de alterar ou superar essas crenças resistentes.

¹ Prof. Dr. Bernardo Pinheiro Machado Mueller - Formação e principais áreas de pesquisa: PhD – University of Illinois (EUA), Desenvolvimento econômico, Complexidade, Instituições e Economia política. Departamento de Economia - Universidade de Brasília – Brasília - DF. Contato: bmueller@unb.br.

Palavras-chave: Antitruste; Escola de Chicago; Neo-Brandeisiano; Processamento de Linguagem Natural; Texto como dados.

Summary: 1 Introduction; 2 Who Controls Antitrust?; 3 Measuring Beliefs and Attitudes Through Text; a) The Antitrust Agencies; b) Merger Guidelines; c) Merger Guidelines; d) Supreme Court; d) Senate Judiciary Committee; e) The President (Council of Economic Advisers); f) U.S. Chamber of Commerce; g) Placebo Test; 4 Conclusions: A New Antitrust Revolution?; 5 Bibliographic References.

1 Introduction

In the late 1970s, U.S. antitrust policy underwent a remarkable revolution. Historically, the nation harbored a deep-seated suspicion of large corporations and monopolies, a sentiment reflected in early antitrust legislation such as the Sherman Act of 1890 and the Clayton Act of 1914. This suspicion drove proactive enforcement against anticompetitive behavior during the New Deal era and up to the late 1970s. The revolution that followed was spearheaded by ideas originated in the Chicago School of economics, which successfully dismantled much of the intellectual foundation that had underpinned the previous antitrust regime. While academic ideas alone rarely incite revolutions, in this instance, the Chicago School's emphasis on consumer welfare as the primary objective of antitrust policy and its presumption of market efficiency - placing the burden of proof on those seeking to block or intervene in corporate behavior - resonated widely. Politicians in Congress and the Executive Branch, responding to the interests of large business lobbies that had begun to recognize the importance of shielding themselves from antitrust interventions, tightened their oversight of antitrust agencies.² Simultaneously, the courts embraced Chicago School doctrines, finding in them a rigorous and coherent framework that was easily applicable to a complex area of law often criticized for its lack of clear criteria and standards.

Recently, the antitrust regime established by the Chicago School revolution has come under increasing scrutiny. Critics, particularly those associated with the Neo-Brandeisian or 'hipster antitrust' movement, argue that several troubling economic trends can be traced to the failure of competition agencies and courts to effectively enforce antitrust laws and prevent anticompetitive behavior. According to these critics, markets have become increasingly

² LANCIERI, Filippo; POSNER, Eric A.; ZINGALES, Luigi. The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States. **NBER Working Paper Series n.º 30326**. Cambridge – MA: National Bureau of Economic Research, aug. 2022. Available at: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w30326/w30326.pdf. Access em: 4 dec. 2024.

concentrated, resulting in higher prices for consumers and stifled innovation. Moreover, this concentration has granted firms greater monopsony power, enabling them to suppress wages and impose harsher working conditions. The accumulation of higher profits has, in turn, translated into increased political influence and lobbying power, which critics claim has further weakened antitrust enforcement and poses a threat to democratic institutions. While these concerns are most evident in the context of Big Tech firms, given the winner-takes-all nature of their markets, they are also directed at other sectors such as healthcare, pharmaceuticals, media, financial services, and agriculture. The foundational document of this movement is Lina Khan's 2017 article 'The Amazon Antitrust Paradox,' which has since sparked a surge of books and publications advocating for a significant transformation of antitrust policy.³

In 2021, the Biden Administration appointed Lina Khan as chair of the Federal Trade Commission (FTC) and Jonathan Kanter, another staunch Neo-Brandeisian, as the Assistant Attorney General for the DOJ Antitrust Division. These appointments marked a significant shift, moving the Neo-Brandeisian movement from the realm of social media and academic discourse into the arena of actual policymaking. This shift has created realistic conditions for challenging the four-decade dominance of Chicago School ideas in antitrust. Is this the start of a new antitrust revolution?

It may be too early to tell. Since the Neo-Brandeisians have assumed key positions, antitrust - traditionally an esoteric and staid area of interest - has gained increased visibility in the public sphere. Several high-profile cases have been initiated, and efforts to introduce new legislation have been pursued, such as the 2023 Merger Guidelines and the FTC's 2024 ban on noncompete agreements in labor markets. However, tangible accomplishments remain limited, as both the courts and Congress may continue to obstruct the major changes sought by the Neo-Brandeisian-led agencies. For instance, the FTC's ban on non competes was promptly met with an injunction from a federal court in Texas, even before the rule could take effect. This will likely lead to significant delays and could ultimately be decided by the Supreme Court, where Chicago School principles still hold considerable influence.

³ KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 710, p. 710-805, 2017. Available at: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf. Access in: 4 dez. 2024. For a discussion of recent Neo-Brandeisian literature see KOVACIC, William E. Root and Branch Reconstruction: The Modern Transformation of US Antitrust Law and Policy? *Antitrust*, v. 35, n. 3, p. 46-56, 31 jul. 2021. Available at: https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/resources/magazine/2021-summer/root-and-branch/. Access in: 4 dez. 2024.

Predicting whether the Neo-Brandeisian movement's legacy will be a significant chapter in history or merely a footnote is challenging.⁴ On the surface, antitrust enforcement might appear straightforward: identify and punish anticompetitive behaviors by firms that harm consumers. In practice, however, this process is anything but simple. Even at the theoretical level, deep disagreements persist over seemingly straightforward practices, such as predatory pricing. While the field of antitrust is rich in data, with numerous empirical studies of past practice, these do little to resolve the underlying controversies.⁵ For instance, retrospective merger studies, which in theory should clarify the effectiveness of antitrust enforcement, generally fail to do so. This is largely due to the difficulty of establishing counterfactuals and the challenge of uncovering causality, except under very narrow and specific circumstances. Amid the sharp rise in political polarization in recent years, longstanding antitrust controversies have been amplified, driving the debate between Chicago School and Neo-Brandeisian perspectives into increasingly acrimonious territory.

In this paper, I introduce a novel tool for assessing antitrust policy by leveraging text data from speeches, reports, blog posts, judicial opinions, and other sources to quantify the beliefs and attitudes of various participants in the antitrust process using natural language processing techniques. This approach is not intended to replace traditional metrics, such as market concentration indices, price-cost margins, elasticities, patent analyses, or specific industry case studies. Rather, it offers a complementary method to uncover insights and patterns embedded in the vast amounts of written and spoken content produced by key figures in antitrust, including FTC and DOJ commissioners, Supreme Court justices, Congressional committee members, industry analysts, and academics. Specifically, I develop a classifier that assigns an index value between zero and one to each text, representing the spectrum from Chicago School to Neo-Brandeisian perspectives. This classifier is trained on a hand-curated sample of texts from antitrust participants representing these two extremes. The resulting index provides a valuable tool for analyzing the magnitude, timing, and dynamics of antitrust evolution.

⁴ This sentence is inspired on the title of a contribution by Auer and Radic (2024) to a debate published in the *Network Law Review* on “The Future of the Neo-Brandeisian Movement.” AUER, Dirk; RADIC, Lazar. The Legacy of Neo-Brandeisianism: History of Footnote? **Network Law Review**, 9 jul. 2024. Available at: <https://www.networklawreview.org/auer-radic-brandeisianism/>. Access in: 4 dez. 2024.

⁵ For a recent discussion of the empirical literature see SHAPIRO, Carl; YURUKOGLU, Ali. Trends in Competition in the United States: What Does the Evidence Show? **NBER Working Paper Series n. 32762**. Cambridge – MA: National Bureau of Economic Research, aug. 2024. Available at: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w32762/w32762.pdf. Access in: 4 dez. 2024.

To motivate the utility of these results, the next section introduces a simple spatial model of antitrust policy that emphasizes the interaction between preferences (or beliefs) and institutions in shaping policy decisions. In Section II, I present empirical estimates of the antitrust beliefs of various participants in the policy process, highlighting how these beliefs differ across key players and how they have evolved as the antitrust debate has intensified. Finally, in Section III, I provide examples of how these findings can inform the likelihood that recent changes will lead to a new Antitrust Revolution.

2 Who Controls Antitrust?

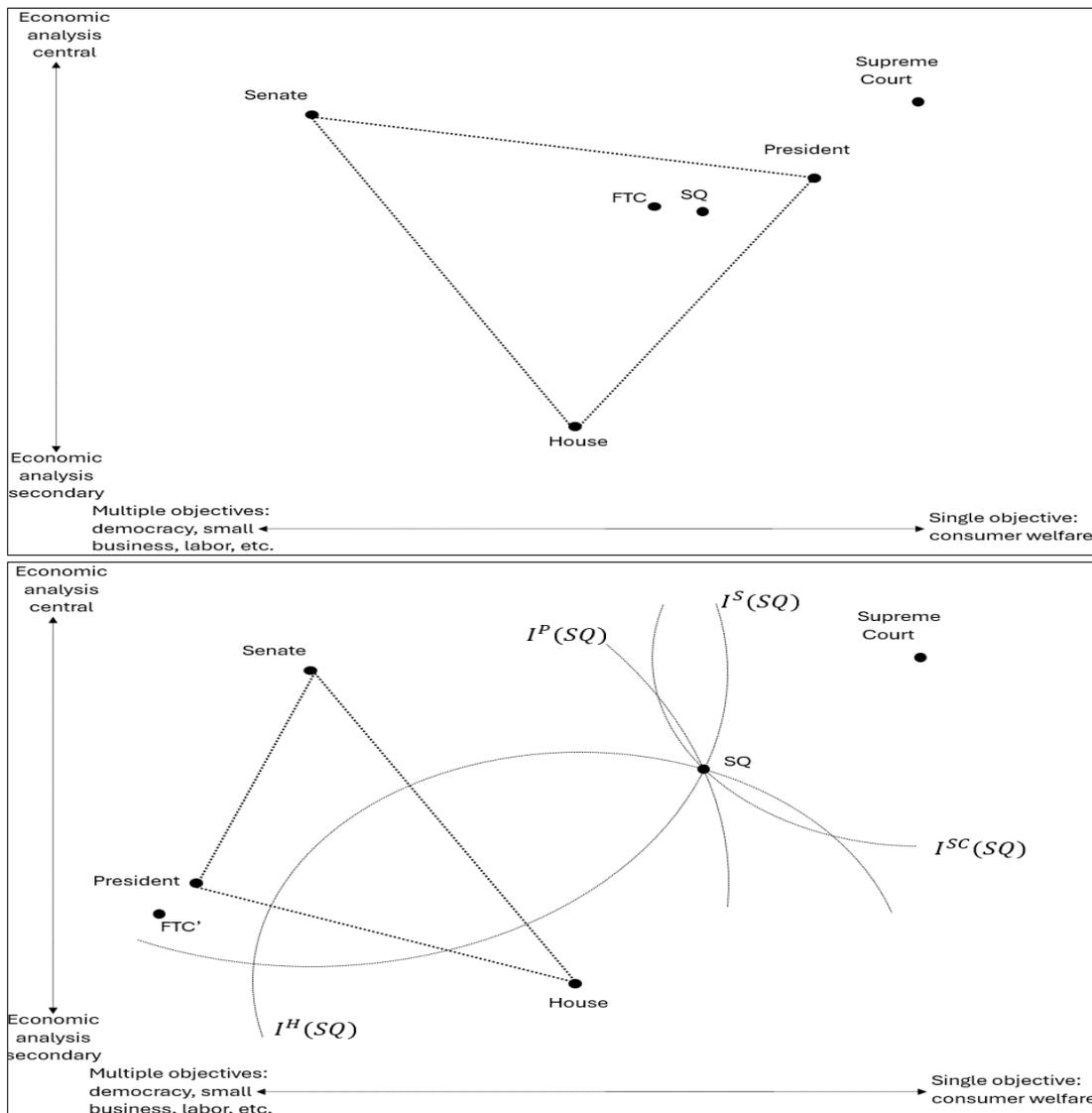
In 1983, Barry Weingast and Mark Moran published a seminal paper in the *Journal of Political Economy* that examined the then unfolding Chicago School Antitrust Revolution to address the question: who controls the regulators?⁶ They contrasted the theory of bureaucratic discretion - where agencies are effectively free to pursue their own interests - with the theory of Congressional Dominance, which posits that Congress exerts substantial control over regulatory agencies. Their analysis of the shift in antitrust enforcement of the late 1970s, from a highly interventionist approach to a more hands-off stance, demonstrated that the timing of this shift was best explained by the changes in the composition of the Congressional antitrust oversight committees, rather than the independent choices of regulators. This paper was a key contribution to a broader revolution in political economy literature, which introduced the use of rational choice theory, game theory, and principal-agent models to an area that had previously lacked rigorous analytical frameworks. This new approach inspired researchers to systematically model and measure how strategic interactions are shaped by preferences and the formal and informal institutions that define the rules of the game. They also popularized spatial models which provide useful ways to analyze and present the interaction between the many parties in a policy area.

In Figure 1 I introduce a simple model that illustrates the roles of beliefs and institutions in the potential emergence - or failure - of a policy revolution, such as the one considered in this paper. The top panel in Figure 1 depicts a policy plane defined by two key

⁶ WEINGAST, Barry R.; MORAN, Mark J. Bureaucratic discretion or congressional control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, v. 91, n. 5, p. 765-800, oct. 1983. Available at: https://www.researchgate.net/publication/24108272_Bureaucratic_Discretion_or_Congressional_Control_Regulatory_Policymaking_by_the_Federal_Trade_Commission. Access in: 4 dez. 2024.

dimensions of antitrust policy. The vertical axis measures the emphasis placed on economic analysis in policymaking and enforcement decisions, while the horizontal axis represents the extent to which antitrust objectives prioritize multiple simultaneous criteria versus primarily consumer welfare. For simplicity, the model is confined to these two dimensions, though in practice, multiple other dimensions - such as the reliance on per se rules versus the rule of reason - are also significant. Within this framework, Chicago School antitrust policy occupies the upper right-hand region of the graph, reflecting its focus on rigorous economic theory and its prioritization of consumer welfare as the paramount objective. In contrast, Neo-Brandeisian policy is positioned in the lower left-hand region, emphasizing a broader array of goals and a more critical stance towards reliance on economic theory.

Figure 1 – Strategic interaction over antitrust policy



Source: Created by the author.

The figure illustrates the preferred antitrust policies of several key players, with the current policy represented by the status quo point (SQ). When deciding whether to support a new policy to replace SQ , each player prefers the option closest to their ideal point, or ‘bliss point.’ In the configuration shown in Figure 1, the FTC, the President, and the Supreme Court are relatively satisfied with the status quo, which lies within the Chicago School region of the graph. In contrast, the Senate and the House, while not fully Neo-Brandeisian, would favor a policy shift - more leftward for the Senate and lower down for the House. This configuration of preferences, though illustrative, loosely aligns with the dynamics observed in U.S. antitrust policy over the past decades.

The triangle formed by the President and both chambers of Congress represents the contract curve between each pair of actors. Any point outside this triangle has a corresponding policy point within or on the triangle that all three actors would prefer. Therefore, we can predict that antitrust policy is likely to fall somewhere within this triangle. As depicted, with SQ positioned near the FTC’s preferred point, it suggests that the agency is currently able to implement policies that align with its preferences. This does not imply that the FTC operates free from political oversight, but rather that there is sufficient political alignment to support policies within this region of the policy space.

Now, imagine an electoral shift brings in a new President who swiftly alters the FTC’s commissioner majority, leading to the new configuration shown in the bottom panel of Figure 1. This scenario loosely mirrors the Neo-Brandeisian shift within the FTC and DOJ that began under the Biden Administration in 2021. In this new configuration, the FTC finds itself far from the status quo policy point and seeks to move policy closer to its new position in the Neo-Brandeisian region of the graph. However, its ability to achieve this shift depends heavily on how political institutions allow other players to intervene - or not - in these changes.

Given these institutional powers, we assume that in the second panel of Figure 1, the House, Senate, and Supreme Court each have the ability to veto any change from the status quo (SQ). Under these circumstances, it would be naive for the new FTC administration to attempt to shift policy from SQ to its ideal point, FTC' . The indifference curves illustrate the range of policies each actor prefers over the status quo. For instance, the House prefers any policy within the circle defined by $I^H(SQ)$ over those outside it, meaning it would block a shift from SQ to FTC' . Similarly, the Supreme Court would oppose such a change. In contrast, the President and the Senate would support the shift. In these circumstances, a strategic FTC would not go as far’ as FTC' , rather it would choose a point as close as possible to FTC' that would not trigger a

response from the Court or the House.

The key takeaway here is not to replicate actual preference configurations or predict the new equilibrium but to highlight the crucial role of preferences and institutions in shaping policy and its evolution. Political institutions dictate how the game is played by defining which players can make which moves, under what circumstances, and in what sequence, thereby influencing how equilibria shift in response to different shocks. In this scenario, a strategic FTC might recognize that it is more advantageous to steer antitrust policy toward a position that falls within the overlapping indifference curves of the President and both chambers of Congress, rather than pursuing its ideal *FTC*' policy. This approach would likely neutralize opposition from the House, increasing the likelihood of a shift in a Neo-Brandeisian direction. However, the figure also underscores that, given the Supreme Court's strong alignment with Chicago School principles, any move from *SQ* toward *FTC*' would encounter significant resistance. The President and the Senate, on the other hand, would approve of the change.

Whether one is analyzing policy change using a spatial model like the one above, another formal model, or even relying on intuition, a significant limitation arises from the fact that preferences are not directly observable. Analysts are often forced to interpret each actor's preferences based on impressions formed from their past behavior, which can lead to misleading inferences. This is because observed choices may not accurately reflect actual preferences, as they are often shaped by political constraints and strategic considerations. In the next section, I introduce a method to overcome these limitations by using natural language processing to quantify beliefs and preferences in antitrust policy, drawing on speeches, written opinions, reports, and other text-based data.

3 Measuring Beliefs and Attitudes through Text

Machine learning and natural language processing have revolutionized the quantitative analysis of vast amounts of information from text, speech, and image-based sources, enabling insights at a scale previously unattainable through direct human analysis. While these methods have been available for some time, their adoption has only recently gained significant momentum in the applied social sciences.

Here I employ a classifier algorithm trained on a carefully curated sample of data to assign a score or probability between zero and one to any text, indicating the degree to which

it aligns with Neo-Brandeisian versus Chicago School principles.⁷ The NB Probability Index presented below takes on values closer to 1 the more the text adheres to Neo-Brandeisian ideas. The training set was composed of blog posts, articles, editorials, and other documents, selected to form two distinct subsets of approximately 250 observations each, representing the extremes of Chicago School and Neo-Brandeisian viewpoints. The human classification of the training set was straightforward due to the pronounced polarization along this ideological dimension in antitrust over the past decade. The trained classifier's ability to differentiate between the two schools of thought was validated using a separate subset of the data, achieving precision and recall scores exceeding 81% for both Chicago School and Neo-Brandeisian texts. In the following sections, I present the results of applying this classifier to speeches, opinions, and other documents produced by the key antitrust actors discussed in the model in the previous section.

a) The Antitrust Agencies

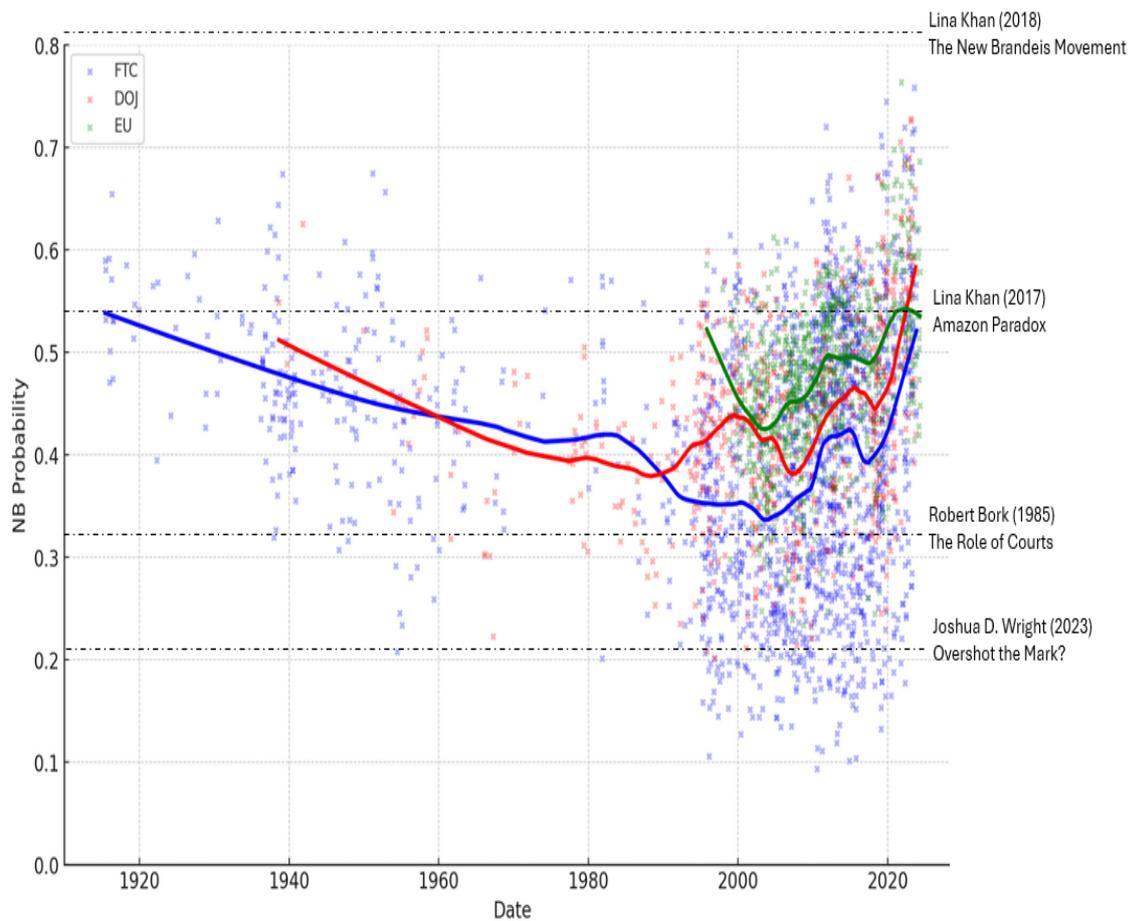
Figure 2 presents the NB Probability Index, estimated by analyzing speeches delivered by FTC commissioners, DOJ Assistant Attorneys for Antitrust, and EU Commissioners for Competition Policy. The dataset includes 1,656 speeches from the FTC (spanning 1915 to 2023), 632 speeches from the DOJ (1938-2023), and 806 speeches from the EU Commission (1995-2024). To highlight the evolution of these perspectives over time, Lowess (locally weighted scatterplot smoothing) was used, as this method is effective for capturing trends without being too sensitive to outliers. To validate the classifier and provide comparability, four benchmark texts were added to the graph. The algorithm places two texts by Lina Khan, including her 2017 manifesto, near the top of the graph, reflecting strong Neo-Brandeisian sentiment. In contrast, a text by Robert Bork, a key figure in early Chicago School thought, and another by Joshua Wright, known for his Chicago School credentials, are positioned towards the bottom of the graph, demonstrating the algorithm's effectiveness in distinguishing between these two ideological dimensions.

Figure 2 illustrates the trajectory of antitrust policy in the United States, showing that both the FTC and DOJ exhibited higher levels of the NB Probability Index during the active

⁷ For discussion of deep learning and classifiers in Economic applications, see DELL, Melissa. Deep Learning for Economists. **NBER Working Paper Series n. 32768**. Cambridge - MA: National Bureau of Economic Research, aug. 2024. Available at: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w32768/w32768.pdf. Access in: 4 dez. 2024.

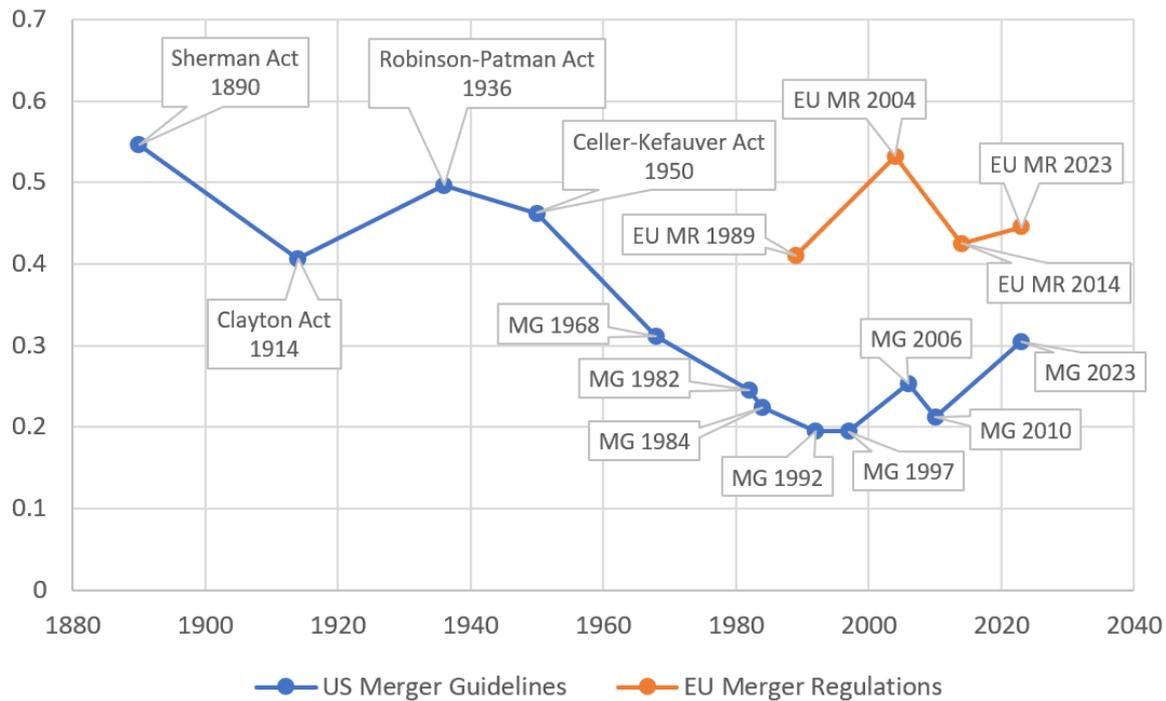
antitrust era leading up to the 1960s. This is followed by a marked decline in the late 1970s and early 1980s, coinciding with the rise of the Chicago School era. The resurgence of Neo-Brandeisian thinking, beginning in the 2000s and becoming more years, is also evident. While this shift alone does not constitute an antitrust revolution — I will explore the beliefs of other key players below—it is likely a necessary condition.

Figure 2 – Evolution of antitrust beliefs - FTC, DOJ and EU Commission pronounced in recent



Source: Created by the author using speeches by FTC commissioners (<https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches>), DOJ Assistant Attorney General Antitrust Division and staff (<https://www.justice.gov/atr/speech/competition-advocacy-and-international-trade-new-role-antitrust-policy>), EU Commissioners (<https://www.justice.gov/atr/speech/competition-advocacy-and-international-trade-new-role-antitrust-policy>).

The graph further confirms the well-established fact that European antitrust policy has been more proactive than its U.S. counterpart in recent decades.

Figure 3 – Neo-Brandeisian sentiment of antitrust legislation and guidelines

Source: Calculated by the author from original texts.

b) Merger Guidelines

Antitrust agencies operate under established legislation and are subject to judicial interpretation and regulatory oversight. A key tool these agencies have to try to shape antitrust enforcement is the issuance of merger guidelines. The first set of U.S. merger guidelines was introduced in 1968, with seven subsequent revisions, the most recent in 2023. Although merger guidelines are not legislation, they serve as a way for agencies to communicate the methodologies, criteria, and strategies they will employ when reviewing mergers. While not legally binding, these guidelines are typically developed through extensive consultation to ensure their credibility and adoption. Courts have often referenced merger guidelines in antitrust cases, making them a significant influence on antitrust policy as a whole.⁸

Figure 3 presents the evolution of the U.S. Merger Guidelines by analyzing their content through the NB probability algorithm, tracing changes across each revision since the first guidelines in 1968. For comparison, the analysis also includes four key antitrust statutes,

⁸ SHAPIRO, Carl; SHELANSKI, Howard. Judicial Response to the 2010 Horizontal Merger Guidelines. **Review of Industrial Organization**, The Industrial Organization Society, v. 58, n. 1, p. 51-79, feb. 2021. Available at: https://ideas.repec.org/a/kap/revind/v58y2021i1d10.1007_s11151-020-09802-x.html. Access in: 4 dez. 2024.

beginning with the Sherman Act of 1890. Additionally, the European Commission's horizontal merger guidelines are examined to highlight differences in merger regulation perspectives between U.S. and European antitrust approaches.

The results reveal a trajectory of antitrust sentiment in U.S. merger guidelines and legislation that closely mirrors the trends observed in FTC and DOJ speeches shown in Figure 2. Starting in the late 1960s, there is a notable shift toward alignment with Chicago School principles, a trend that continues in the ensuing decades. However, the most recent guideline review, proposed under the Neo-Brandeisian leadership appointed by the Biden administration to the FTC and DOJ, marks a shift towards a more proactive antitrust stance. The current guidelines still fall significantly below the NB probability level of the original antitrust statutes, indicating that the latest review may represent not the agencies' ideal outcome, but rather a strategic compromise based on what was achievable within the broader antitrust landscape.

Figure 3 also confirms the known fact that European antitrust policies, at least in the realm of merger guidelines, are more aggressive than those in the U.S.

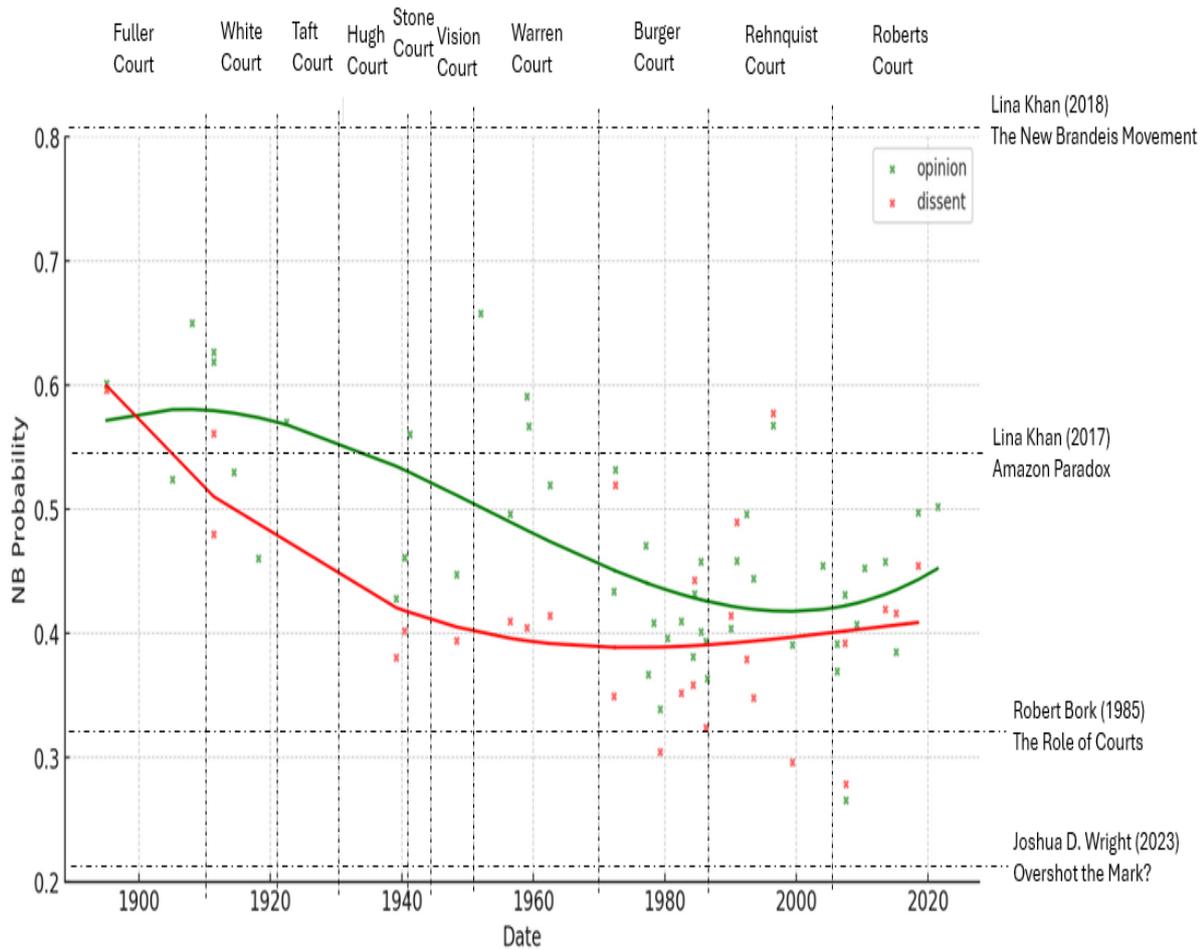
c) Supreme Court

A crucial factor in the success of the Chicago School antitrust revolution in the late 1970s and early 1980s was the judiciary's full embrace of its tools and doctrine. Had judges not been persuaded to adjudicate antitrust cases according to these principles, it is unlikely that agencies could have sustained the hands-off consumer welfare-based approach so effectively. As suggested by the model in the previous section, for a new antitrust revolution to steer policy in a Neo-Brandeisian direction, a corresponding shift in the courts' perspective would likely be necessary. To assess whether such a shift is underway, I analyzed 48 Supreme Court decisions on antitrust issues since 1895. The findings, which differentiate between majority opinions and any dissents, are presented in Figure 4.

The results reveal a distinct shift in the Supreme Court's antitrust perspective, particularly after the 1980s, reflecting the growing use of Chicago School terms and thinking in both majority opinions and dissents. For comparison, the same four benchmark texts from Figure 2 are included. Note that Warren Court, known for its progressive rulings, is recognized by the algorithm as having some of the most (neo) Brandeisian opinions. Although the polynomial trendline fitted to the opinions appears to curve upwards in recent years, this is insufficient to conclude that the Court has begun a transition toward Neo-Brandeisian

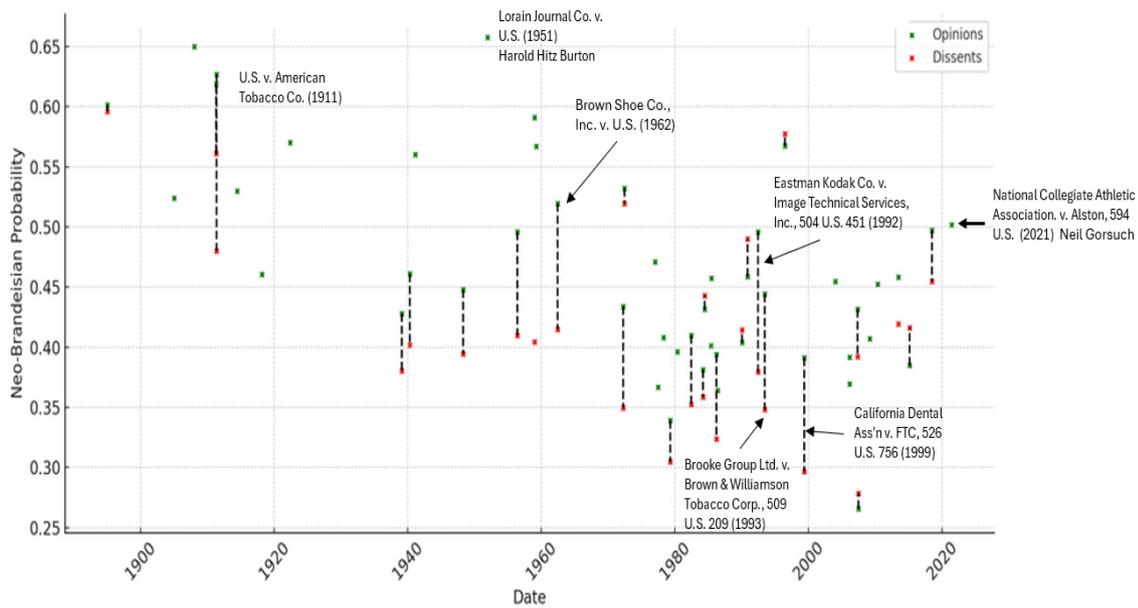
principles. A more definitive assessment would require examining more recent cases and potentially expanding the analysis to include lower courts.

Figure 4 – Antitrust sentiment in Supreme Court opinions and dissents



Source: Text data from <https://supreme.justia.com/cases-by-topic/antitrust/>. Fitted curves are polynomials instead of Lowess, due to smaller number of observations.

Figure 5 plots the same points but highlights selected cases and provides an indication of the level of disagreement between the majority opinion and the dissent. For cases in which there is a dissent, the level of disagreement seems to have reduced in the past 20 years. Also, dissents usually lean more toward Chicago School principles than opinions. The high disagreement in the *Brown Shoe Co. Inc. vs. U.S.* 1962 case matches this case’s prominence in antitrust discussions.

Figure 5 – Level of disagreement between majority opinion and dissent

Source: Text data from <https://supreme.justia.com/cases-by-topic/antitrust/>.

d) Senate Judiciary Committee

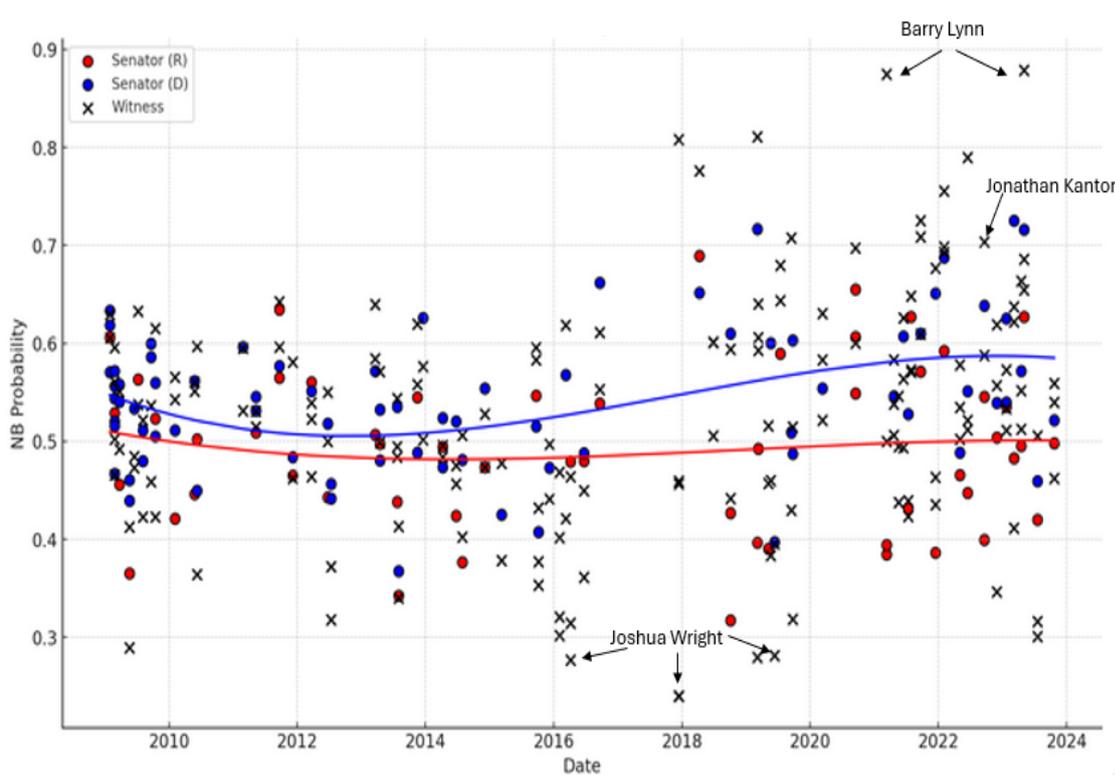
While courts and judges influence antitrust policy enforcement by the FTC and DOJ by defining legal standards, setting precedents, and reviewing appeals, Congress exerts more direct control over these agencies. In the U.S., this oversight is primarily exercised by the Judiciary Committees in both the House and Senate, particularly through their respective subcommittees on Antitrust and Consumer Rights. To a lesser degree, other committees and subcommittees, often those related to commerce, also play a role in addressing competition-related issues.

Congressional committees wield a powerful array of tools that are used to reward and punish antitrust agencies, effectively controlling their behavior. Key pressure points include: (i) the ability to approve or block executive appointments to critical positions in confirmation hearings; (ii) control over legislative appropriations, including how agency budgets are allocated and used; (iii) the power to enact new laws that can alter the agencies' mandates; and (iv) conducting periodic oversight hearings that demand significant time and resources from

agency leadership.⁹ According to the theory of Congressional Dominance these powers enable effective control of agency behavior by Congress.

To analyze shifts in antitrust beliefs and attitudes within Congress, I examine 72 hearings of the U.S. Senate Committee on the Judiciary that addressed antitrust issues from 2009 to 2023. For each hearing, I analyze the opening speech of the presiding Senator and the subsequent speech from a senator of the opposing party. Additionally, I include the testimony or responses of two witnesses or invited experts for each hearing. The results are presented in Figure 6, which distinguishes senators from each party and marks witnesses with crosses. The figure also highlights a few witnesses with well-known antitrust positions to serve as benchmarks.¹⁰

Figure 6 – Antitrust beliefs in the Senate Judiciary Committee



Source: Speech transcripts from <https://oversight-index.thelugarcenter.org/committee-be88fc65-d2bb-43b0-be95-5eb18b5a4b2d/>

⁹ KOVACIC, William E.; WINERMAN, Marc. The Federal Trade Commission as an independent agency: Autonomy, legitimacy, and effectiveness. *Iowa L. Rev.* 2085, v. 100, n. 5, 15 may 2015. Available at: <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-100-issue-5/the-federal-trade-commission-as-an-independent-agency-autonomy-legitimacy-and-effectiveness>. Access in: 4 dez. 2024.

¹⁰ Jonathan Kantor is the DOJ attorney general for antitrust in the Biden Administration, Barry Lynn is liberal journalist that pioneered many of the ideas that were later taken on by the Neo-Brandeisians, and Joshua Wright is a former FTC commissioner and critic of Neo-Brandeisian ideas.

As anticipated, Republican senators generally delivered speeches more aligned with Chicago School principles compared to their Democratic counterparts, though the difference was minimal until 2014. Since then, there has been a slight widening of the gap. Notably, the estimated antitrust beliefs of Republicans on the committee have remained stable throughout the entire period; the observed divergence is entirely due to Democrats adopting more Neo-Brandeisian views. This shift primarily occurred between 2015 and 2021, a period during which Republicans held the Senate majority. Given the majority party's agenda-setting and other significant powers¹¹, these findings underscore the crucial impact of majority control of the House and Senate on the consolidation of the Neo-Brandeisian revolution in antitrust.

e) The President (Council of Economic Advisers)

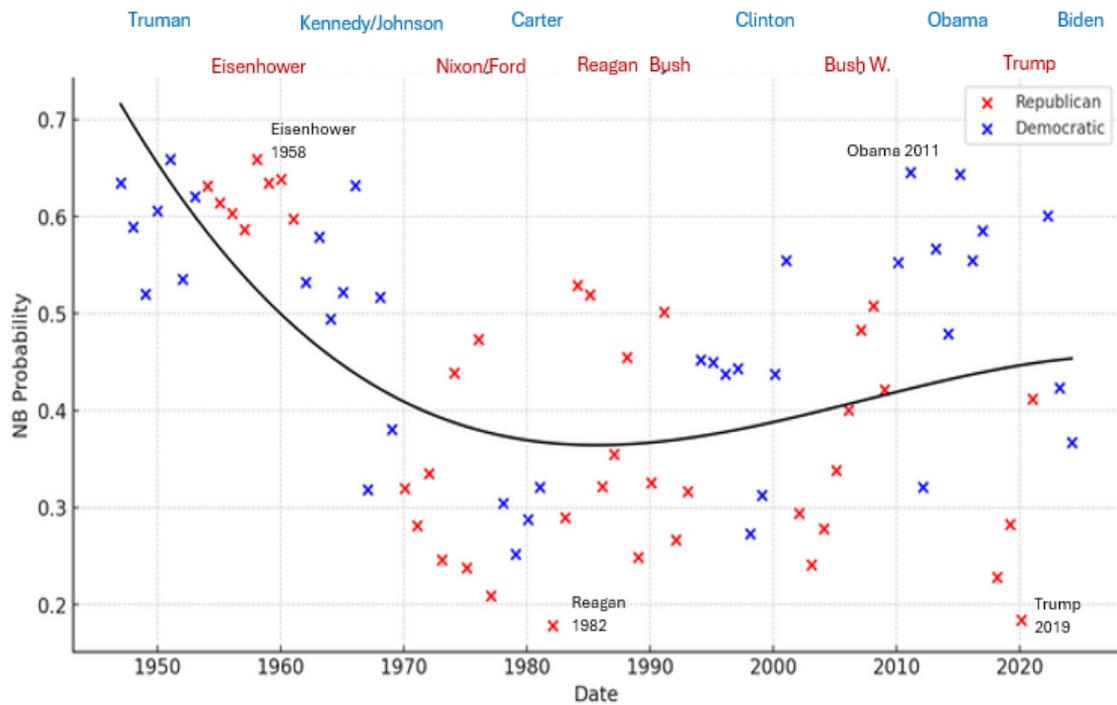
The President has multiple avenues to influence antitrust policy. By appointing the heads of the FTC and the Assistant Attorney General for the Antitrust Division of the DOJ, the President can place individuals with a preferred perspective on antitrust issues in these critical roles. This power is subject, however, to Senate confirmation, which can act as a constraint. Similarly, the President's authority to submit an annual budget, including funding allocations for the FTC and DOJ, can be altered by Congress. Additionally, the President shapes the interpretation of antitrust laws by appointing federal judges and can further influence policy by proposing or vetoing legislation. Other tools at the President's disposal include issuing executive orders that direct agencies to prioritize specific aspects of antitrust enforcement and using public statements and advocacy to sway public debate and guide the focus of enforcement efforts.

There is no recurring set of speeches or statements by the President on antitrust as there are for the antitrust agencies, judges, and congressional committees. The State of the Union Address could be examined but is not an ideal vehicle for our purpose given its generality and the absence of mentions of antitrust. Instead, I use the yearly Economic Reports of the President which are produced by the Council of Economic Advisers (CEA). The CEA reports directly to the President on economic issues and is composed mostly of renowned academic economists. The 2016 report contained a chapter celebrating the 70th anniversary of the council where Charles Schultze is quoted as noting that the "CEA regularly supported antitrust policies under

¹¹ COX, Gary W.; MCCUBBINS, Matthew D. **Legislative Leviathan: Party Government in the House**. 2.nd ed. Cambridge – MA: Cambridge University Press, 2010.

Eisenhower, Kennedy, Ford, and Nixon Administrations, but that its support for such policies waned during the 1980s as the economics profession's views shifted [...] in recent years, growing evidence of 'economic rents' has led CEA, along with many in the profession, to increasingly emphasize the importance of fostering more competitive markets as a means to address inequality and raise real incomes.”¹²

Figure 7 – Antitrust sentiment in the Economic Report of the President and CEA



Source: Economic Report of the President – Council of Economic Advisers <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/presidential-documents-archive-guidebook/the-economic-report-the-president-from-truman>.

Rather than submitting the entire report to the algorithm I selected the sections that deal specifically with issues of antitrust, competition and consumer protection. The results, presented in Figure 7, reveal once again the arc of antitrust. High Neo-Brandesian (NB) scores are evident in the 1950s and 1960s, followed by a decline from the 1970s through 2010, with an upward trend emerging thereafter. The figure also indicates that President Trump's 2017-2020 Council of Economic Advisers (CEA) was strongly aligned with the Chicago School on

¹² ECONOMIC REPORT OF THE PRESIDENT. **Together with the Annual Report of the Council of Economic Advisers – Transmitted to Congress February**, p. 328, 2016. Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/ERP-2016/pdf/ERP-2016.pdf>. Access in: 4 dez. 2024.

antitrust issues. This alignment suggests that, despite Trump's suspicion of big tech firms, a second term would likely offer resistance to the Neo-Brandeisian antitrust movement.

f) U.S. Chamber of Commerce

What is the key determinant of beliefs and preferences over antitrust? One prevalent hypothesis regarding what ultimately shapes the antitrust objectives of bureaucrats and politicians is that large businesses can influence their actions through lobbying and other forms of interest group pressure. This argument was recently articulated by Lancieri, Posner, and Zingales, who examined several different data sets to demonstrate that the decline in antitrust enforcement since the late 1970s cannot be attributed to elected officials or voter demand.¹³ Instead, they conclude that “the major reason why the Chicago School prevailed and its dominance persisted for forty years is that business co-opted and promoted Chicago School thinking as a useful tool to advance its interests” (p. 4). The authors identify a 1971 memo to the U.S. Chamber of Commerce by corporate lawyer Lewis Powell, who later became a Supreme Court justice, as a pivotal moment when big business shifted from a more passive stance to investing heavily in lobbying public officials and politicians. Data on federal lobbying by McCarty and Shahshahani (2023), focusing on the top twenty spenders from 1999 to 2017, places the U.S. Chamber of Commerce at the top and includes several large firms with a clear interest in antitrust policy, such as AT&T (4th), General Electric (6th), Verizon (7th), Boeing (12th), Northrop Grumman (15th), Lockheed Martin (16th), Comcast (17th), ExxonMobil (19th), and Southern Company (20th).¹⁴ More recent data from 2023 lists Meta and Amazon in the top positions, with Google in eighth, highlighting the growing influence of big tech in federal lobbying.¹⁵

While this paper does not aim to determine the extent to which business lobbying shapes antitrust policy, it is nonetheless of interest to estimate the Neo-Brandeisian (NB) score of communications from the U.S. Chamber of Commerce. Figure 8 presents three sets of data

¹³ LANCIERI, Filippo; POSNER, Eric A.; ZINGALES, Luigi. The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States. **NBER Working Paper Series n.º 30326**. Cambridge – MA: National Bureau of Economic Research, aug. 2022. Available at: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w30326/w30326.pdf. Access em: 4 dec. 2024.

¹⁴ SHAHSHAHANI, Sepehr; MCCARTY, Nolan. Testing Political Antitrust. **New York University Law Review**, v. 98, n. 1169, **Fordham Law Legal Studies Research Paper n.º 4363447**, 1.º nov. 2023. Available at: <https://ssrn.com/abstract=4363447>. Access in: 4 dez. 2024.

¹⁵ QUIVER QUANTITATIVE. **Corporate Lobbying Dashboard**. Available at: <https://www.quiverquant.com/lobbying/>. Access in: 4 dez. 2024.

from the Chamber’s communications: blog posts on antitrust-related issues (2017-2024), the Chamber’s participation as amicus curiae in regulatory litigation (2006-2024), and speeches delivered by the Chamber’s President at various events (2017-2024). Interestingly, these speeches exhibit high Neo-Brandeisian scores, maybe because they do not focus specifically on antitrust issues. The Chamber’s amicus curiae briefs align more closely with Chicago School principles, though they have shown a slight increase in Neo-Brandeisian alignment in recent years. It is in the antitrust blog posts that the Chamber’s opposition to Neo-Brandeisian ideas is most apparent. These blog posts have become increasingly acrimonious and aligned with Chicago School thought, particularly in response to the rise of Neo-Brandeisian leadership within the FTC and DOJ. This trend suggests that the lobbying power of big business may pose a significant obstacle to the continuation of the new antitrust movement.

Figure 8 – Blogposts, speeches and amicus brief by the U.S. Chamber of Commerce



Source: U.S. Chamber of Commerce <https://www.uschamber.com/>.

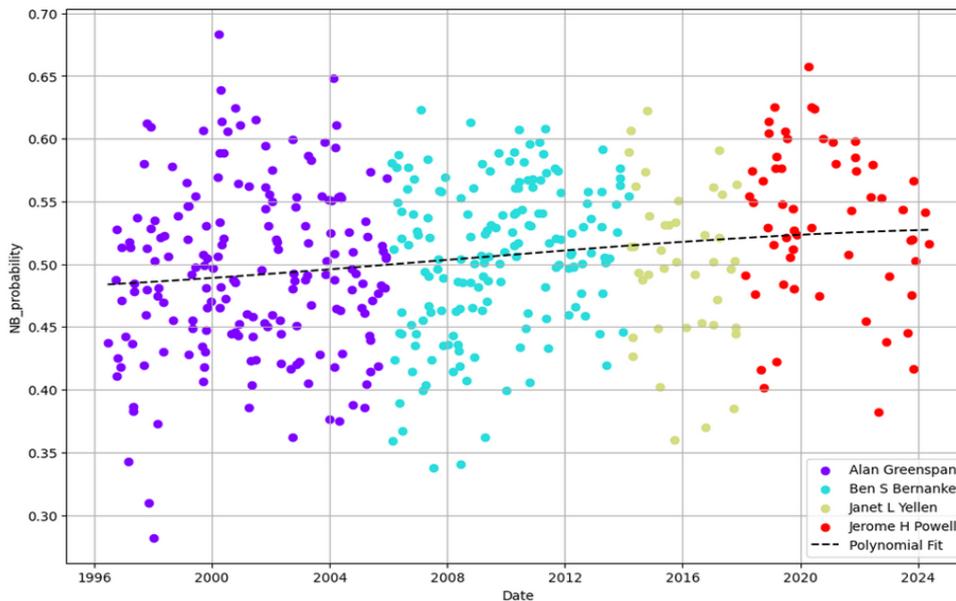
g) Placebo Tests

Validation of the estimates presented in this paper has been conducted in two ways. First, the estimates have been compared against known historical events, such as the timing of the Chicago School antitrust revolution in the late 1970s and found to align closely with these

ground truths. Additionally, benchmark texts from key figures in antitrust, such as Robert Bork and Lina Khan, as well as prominent cases like the Brown Shoe opinion, have been analyzed and shown to conform to expectations, further supporting the accuracy of the estimates in capturing beliefs and preferences toward antitrust policy.

In this subsection, I present additional validation through placebo tests, where I estimate the NB-score of speeches that focus on areas outside of antitrust. If the algorithm employed here accurately measures antitrust beliefs, rather than capturing broader ideological cleavages, such as liberals versus conservatives or Republicans versus Democrats, then the estimates for these non-antitrust speeches should not exhibit the same patterns observed in the antitrust-specific data.

Figure 9 – Speeches by Chairs of the Federal Reserve, 1997-2024



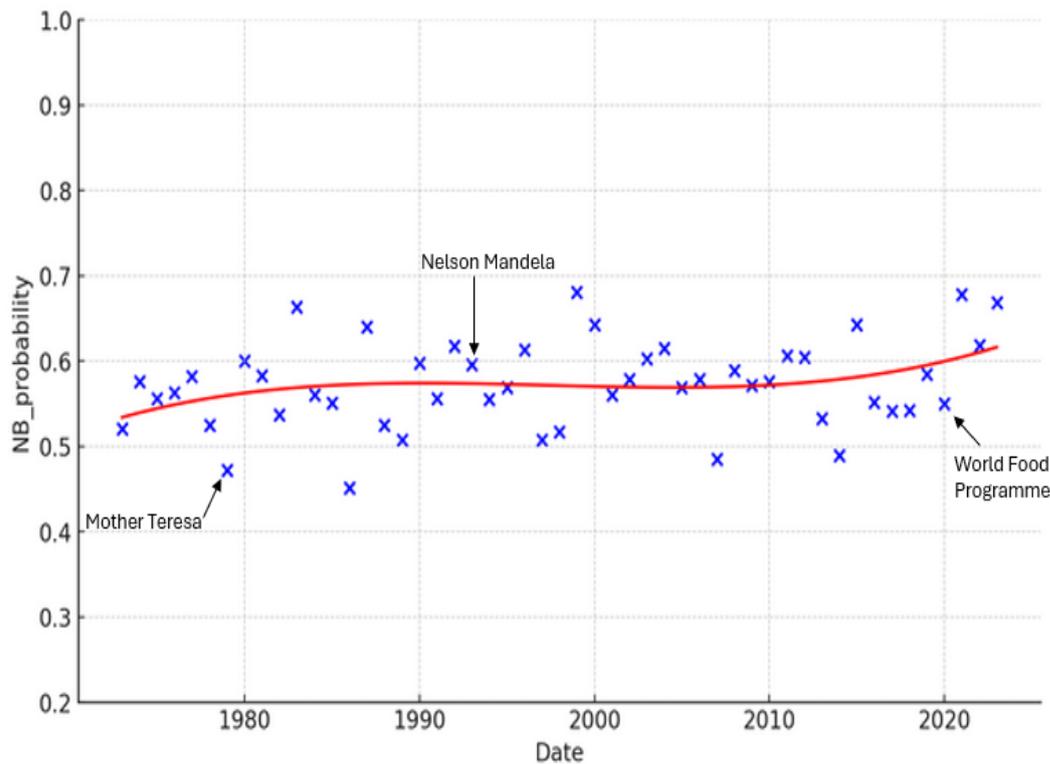
Source: Speeches of Federal Reserve Officials
<https://www.federalreserve.gov/newsevents/speeches.htm>.

Figure 9 presents the estimates for speeches by the Chair of the Federal Reserve from 1997 to 2024. Although the Fed addresses economic issues that can occasionally overlap with antitrust - such as when lack of competition is cited as a factor in inflation - the two domains are distinct enough to make this comparison a nuanced placebo test. The results reveal a pattern that differs significantly from the antitrust-related data. This difference is not primarily in the average score, which shows a slight increase over the period, but rather in the high variance observed even within the same Chair's tenure. Even the speeches by Alan Greenspan, a

champion of free-market capitalism, are as likely classified as Neo-Brandeisian as they are Chicago School. This suggests that the algorithm is indeed capturing something specific to antitrust beliefs rather than general economic or political ideology.

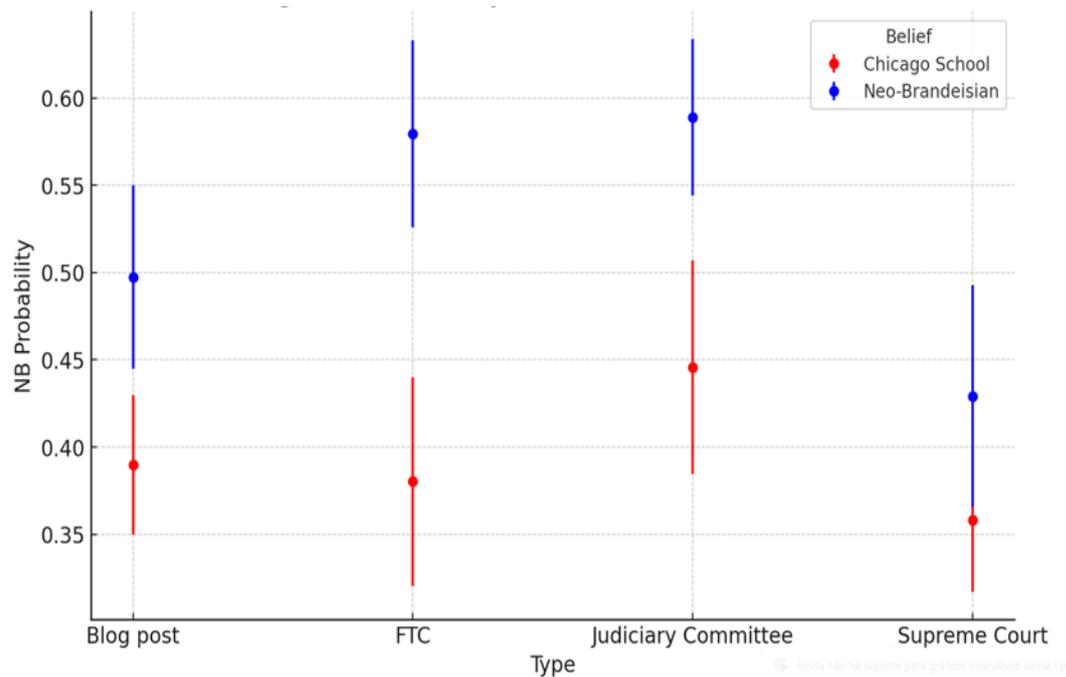
Figure 10 provides a non-economic placebo test. It presents the NB score for all Nobel Peace Prize recipients' speeches since 1973. The word 'antitrust' does not appear in any of the speeches and even 'competition' is used only twice, but not to refer to markets or firms. The estimates are essentially flat across the period examined, even though the speakers' perspectives vary from Mother Teresa to Henry Kissinger, Mikhail Gorbachev and the European Union.

Figure 10 – Speeches by Noble Peace Prize Recipients – 1973 to 2023



Source: The Speeches from the Nobel Peace Prize: <https://www.nobelpeaceprize.org/>.

A different form of validation is presented in Figure 11. I employed three AI models (ChatGPT-4o, Bing, and Claude) to generate synthetic content representing blog posts, FTC commissioners, Senate Judiciary Committee members, and Supreme Court judges. Each synthetic actor was prompted to hold either extreme Chicago School or Neo-Brandeisian positions, and I requested ten blog posts, speeches, or case opinions from each.

Figure 11 – Synthetic texts with extreme Chicago School or Neo-Brandeisian alignment

Source: Created by prompting Chat GPT 4o, Bing, and Claude to produce ten synthetic speeches / blog posts / opinions with extreme Chicago School or Neo-Brandeisian alignment.

The results demonstrate that the algorithm can effectively distinguish between these synthetic antitrust participants, even with only ten observations per group. The confidence intervals would likely be narrower with sample sizes similar to those used in the actual data. The area where the algorithm was less effective was in distinguishing Supreme Court judges, as even the synthetic Neo-Brandeisians tended to fall within the Chicago School territory.

4 Conclusions: A New Antitrust Revolution?

Weingast and Moran's analysis of the Chicago School antitrust revolution in the late 1970s highlighted the effectiveness of congressional control over the FTC in previous decades.¹⁶ They observed that the system of oversight was so robust that it operated almost

¹⁶ WEINGAST, Barry; MORAN, Mark J. Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission. *Journal of Political Economy*, v. 91, n. 5, p. 765-800, 1983. Available at: https://econpapers.repec.org/article/ucpjpolec/v_3a91_3ay_3a1983_3ai_3a5_3ap_3a765-800.htm. Access in: 4 dez. 2024.

autonomously, with minimal active intervention from oversight committees. This "automatic pilot" mode of control was so ingrained that active, day-to-day oversight was unnecessary. However, when an exogenous shock occurred - the electoral turnover of the Senate Judiciary Committee in 1977 - the new political principals found it necessary to assert their control. This led to acrimonious oversight hearings and threats of punishment in the appointment and appropriation processes. Once the agency's course was realigned with the new political principals, these forms of control receded into the background, allowing the system to return to its more subtle, yet effective, mode of operation.

Whether or not one agrees with Weingast and Moran's interpretation of how the Chicago School antitrust revolution unfolded, it begs the question if a similar situation has arisen in the current Neo-Brandeisian antitrust revolution. The model presented in Section II explored the strategic interdependence between the FTC, the President, Congress, and the Courts. It presented a comparative static analysis in which a shift in the President's preferences led to new leadership at the FTC, moving the agency's preferred position from a Chicago School to a Neo-Brandeisian region of the graph. Assuming that the preferences of other key actors remained unchanged, this shift resulted in both the House and the Supreme Court being made worse off by the FTC's efforts to alter antitrust policy from the old status quo to its new preferred position. While these theoretical movements are not intended to precisely mimic or predict recent developments in U.S. antitrust - such analysis lies beyond the scope of this paper—it is nonetheless intriguing to consider whether this shift has ignited reactions from aggrieved parties of the type witnessed in the Chicago School revolution.

The shift in presidential preferences is evident in the Biden administration's Executive Order on Promoting Competition in the American Economy, issued just a few months after taking office in 2021.¹⁷ This order unequivocally stated that it is "the policy of my Administration to enforce the antitrust laws to combat the excessive concentration of industry, the abuses of market power, and the harmful effects of monopoly and monopsony." The order specifically targets a range of sectors for active antitrust enforcement, including labor markets, agricultural markets, Internet platform industries, healthcare markets, and repair markets. It also addresses the growing influence of foreign monopolies and cartels, the need to lower prescription drug prices, and for a review of occupational licensing, among other priorities. By

¹⁷ BIDEN JR, Joseph R. **The White House. Executive Order on Promoting Competition in the American Economy**, 9 jul. 2021. Available at: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. Access in: 4 dez. 2024.

appointing Neo-Brandeisian champions to head the FTC and the DOJ, the President indicated that this order was not just political cheap talk.

This paper has demonstrated how beliefs within the FTC have shifted markedly under Neo-Brandeisian leadership (Figure 2). The agency's actions have changed accordingly. A significant milestone was the revision of the Merger Guidelines. Although these revisions may not have fully realized the aspirations of Neo-Brandeisian leaders, they nevertheless significantly advanced their agenda. The agency proactively investigated or moved to block dozens of proposed mergers, resulting in numerous settlements or the abandonment of merger plans. Prominently, the FTC challenged Big Tech by initiating cases against Amazon, Meta, and Microsoft, while the DOJ launched an important case against Google. Additionally, the FTC enacted a broad ban of non-compete clauses between employers and their workers. In doing so it has taken a broad view of the agency's rule-making authority. These efforts have not only brought antitrust issues into the public eye and sparked widespread debate but have also inspired a new generation of law students and other young people to embrace a Neo-Brandeisian perspective on antitrust law.

Despite the assertive approach under new leadership, the implementation of this agenda has encountered significant resistance. The shift in leadership style has led to dissatisfaction within the FTC, resulting in decreased employee engagement. Disagreements over management practices and accusations of abuse of power by Chair Lina Khan have culminated in the resignation of the two Republican commissioners.¹⁸ The FTC's push towards more aggressive antitrust enforcement has faced multiple setbacks, including high-profile defeats in court like the Microsoft-Activision Blizzard case and the attempt to block Meta's acquisition of Within Unlimited. These challenges underscore the difficulties the agency faces in pursuing cases grounded in Neo-Brandeisian principles rather than established legal precedent.

The FTC's bold move to ban non-compete agreements has highlighted the challenges the Neo-Brandeisian agenda will face in advancing its new antitrust vision. The agency's ban swiftly faced a motion for a preliminary injunction in state court, and further legal challenges have since emerged.¹⁹ This suggests that any resolution will likely be protracted, involving

¹⁸ UNITED STATES. **Letter of resignation Christine S. Wilson** (Commissioner, U.S. Federal Trade Commission), 2 mar. 2023. Available at: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p180200wilsonresignationletter.pdf. Access in: 4 dez. 2024.

¹⁹ KONKEL, Mark A.; SEIDENBERG, Alex J. Not Dead Yet: Noncompetes Survive, the FTC Rule Doesn't (For Now). **Kelley Drye**, 9 jul. 2024. Available at: <https://www.kelleydrye.com/viewpoints/blogs/labor-days/not-dead-yet-noncompetes-survive-the-ftc-rule-doesnt-for-now>. Access in: 4 dez. 2024.

higher courts. Figure 4 suggests that the Supreme Court beliefs have not shifted in tandem with those of the antitrust agencies. The Supreme Court's 2024 decision to overturn the Chevron doctrine, for example, - which required courts to defer to federal agencies' interpretations of ambiguous laws - could undermine the FTC's authority to enact significant changes through its rule-making capabilities, closing an important tool for pushing forward the new antitrust revolution.²⁰

Another important source of resistance to the FTC's efforts to reshape antitrust policy has been the House Judiciary Committee (see Figure 6), particularly since Republicans regained the House majority in 2022 (Democrats have held the Senate majority during this period). An oversight hearing in July 2023, where Chair Lina Khan testified, was notably contentious, characterized by allegations of mismanagement, ethical lapses, and accusations of obstruction and harassment. The FTC's recent track record in court cases was also ridiculed. Given the oversight committees' ability to reward or punish the FTC, these events highlight the strategic interdependence of antitrust policy on the preferences and powers of other institutional actors, who each possesses some means to obstruct or encourage block the agency's initiatives.

The evolution of antitrust beliefs estimated in this paper for key political actors involved in shaping antitrust policy suggests that, while the current alignment of preferences may not fully support a new antitrust revolution, a noticeable shift towards a Neo-Brandeisian stance is emerging among some of these actors. At present, the potential for a significant transition in antitrust policy appears to hinge on the evolving antitrust beliefs within the Judiciary and congressional oversight committees.

5 Bibliographic References

ASH, Elliot; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. *Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice*. **NBER Working Paper Series n. 29788**. Cambridge - MA: National Bureau of Economic Research, 22 nov. 2024. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4045366>. Access in: 4 dez. 2024.

AUER, Dirk; RADIC, Lazar. The Legacy of Neo-Brandeisianism: History of Footnote? **Network Law Review**, 9 jul. 2024. Available at: <https://www.networklawreview.org/auer-radic-brandeisianism/>. Access in: 4 dez. 2024.

BIDEN JR, Joseph R. **The White House. Executive Order on Promoting Competition in the American Economy**, 9 jul. 2021. Available at: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. Access in: 4 dez. 2024.

²⁰ The Economist. What the Chevron ruling means for the next U.S. president. July 2024.

BORK, Robert H. The Role of the Courts in Applying Economics. **Antitrust Law Journal**, v. 54, n. 1, p. 21-26, 1985. Available at: <http://www.jstor.org/stable/40840819>. Access in: 4 dez. 2024.

COX, Gary W.; MCCUBBINS, Matthew D. **Legislative Leviathan: Party Government in the House**. 2.nd ed. Cambridge – MA: Cambridge University Press, 2010.

DELL, Melissa. Deep Learning for Economists. **NBER Working Paper Series n. 32768**. Cambridge - MA: National Bureau of Economic Research, aug. 2024. Available at: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w32768/w32768.pdf. Access in: 4 dez. 2024.

ECONOMIC REPORT OF THE PRESIDENT. **Together with the Annual Report of the Council of Economic Advisers – Transmitted to Congress February**, p. 328, 2016. Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/ERP-2016/pdf/ERP-2016.pdf>. Access in: 4 dez. 2024.

FORD, George S. **Dissatisfaction at the Federal Trade Commission: An Empirical Analysis of Size and Source**, 7 nov. 2022. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4251566> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4251566>. Access in: 4 dez. 2024.

KHAN, Lina M. Amazon’s Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 710, p. 710-805, 2017. Available at: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf. Access in: 4 dez. 2024.

KHAN, Lina M. The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 9, n. 3, p. 131-132, mar. 2018. Available at: <https://academic.oup.com/jeclap/article/9/3/131/4915966>. Access in: 4 dez. 2024.

KONKEL, Mark A.; SEIDENBERG, Alex J. Not Dead Yet: Noncompetes Survive, the FTC Rule Doesn’t (For Now). **Kelley Drye**, 9 jul. 2024. Available at: <https://www.kelleydrye.com/viewpoints/blogs/labor-days/not-dead-yet-noncompetes-survive-the-ftc-rule-doesnt-for-now>. Access in: 4 dez. 2024.

KOVACIC, William E. Root and Branch Reconstruction: The Modern Transformation of US Antitrust Law and Policy? **Antitrust**, Chicago, v. 35, n. 3, p. 46-56, 31 jul. 2021. Available at: https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/resources/magazine/2021-summer/root-and-branch/. Access in: 4 dez. 2024.

KOVACIC, William E.; WINERMAN, Marc. The Federal Trade Commission as an independent agency: Autonomy, legitimacy, and effectiveness. **Iowa L. Rev.** **2085**, v. 100, n. 5, 15 may 2015. Available at: <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-100-issue-5/the-federal-trade-commission-as-an-independent-agency-autonomy-legitimacy-and-effectiveness>. Access in: 4 dez. 2024.

LANCIERI, Filippo; POSNER, Eric A.; ZINGALES, Luigi. The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States. **NBER Working Paper Series n.º 30326**. Cambridge – MA: National Bureau of Economic Research, aug. 2022. Available at:

https://www.nber.org/system/files/working_papers/w30326/w30326.pdf. Access em: 4 dec. 2024.

QUIVER QUANTITATIVE. **Corporate Lobbying Dashboard**. Available at: <https://www.quiverquant.com/lobbying/>. Access in: 4 dez. 2024.

SHAHSHAHANI, Sepehr; MCCARTY, Nolan. Testing Political Antitrust. **New York University Law Review**, v. 98, n. 1169, **Fordham Law Legal Studies Research Paper n.º 4363447**, 1.º nov. 2023. Available at: <https://ssrn.com/abstract=4363447>. Access in: 4 dez. 2024.

SHAPIRO, Carl; SHELANSKI, Howard. Judicial Response to the 2010 Horizontal Merger Guidelines. **Review of Industrial Organization**, The Industrial Organization Society, v. 58, n. 1, p. 51-79, feb. 2021. Available at: https://ideas.repec.org/a/kap/revind/v58y2021i1d10.1007_s11151-020-09802-x.html. Access in: 4 dez. 2024.

SHAPIRO, Carl; YURUKOGLU, Ali. Trends in Competition in the United States: What Does the Evidence Show? **NBER Working Paper Series n. 32762**. Cambridge – MA: National Bureau of Economic Research, aug. 2024. Available at: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w32762/w32762.pdf. Access in: 4 dez. 2024.

THE ECONOMIST. **What the Chevron ruling means for the next U.S. president?** Washington – DC: 4 jul. 2024. Available at: <https://www.economist.com/united-states/2024/07/04/what-the-chevron-ruling-means-for-the-next-us-president>. Access in: 4 dez. 2024.

UNITED STATES. **Letter of resignation Christine S. Wilson** (Commissioner, U.S. Federal Trade Commission), 2 mar. 2023. Available at: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p180200wilsonresignationletter.pdf. Access in: 4 dez. 2024.

WEINGAST, Barry R.; MORAN, Mark J. Bureaucratic discretion or congressional control? Regulatory Policymaking by the Federal Trade Commission. **Journal of Political Economy**, University of Chicago Press, v. 91, n. 5, p. 765-800, oct. 1983. Available at: https://www.researchgate.net/publication/24108272_Bureaucratic_Discretion_or_Congressional_Control_Regulatory_Policymaking_by_the_Federal_Trade_Commission. Access in: 4 dez. 2024.

WRIGHT, Joshua D. Overshot the Mark? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust, 31 mar. 2009. **Competition Policy International, Forthcoming, George Mason Law & Economics Research Paper no. 09-23**. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1370641>. Access in: 4 dez. 2024.

PROTECTING THE INNOVATOR, NOT ONLY THE INNOVATION: THE ANTITRUST ASSESSMENT OF INNOVATION MAVERICK ACQUISITIONS¹

*Marcos Puccioni de Oliveira Lyra²
Gabrielle Bastos e Silva Machado³*

DOI: [10.5281/zenodo.14522612](https://doi.org/10.5281/zenodo.14522612)

Abstract: This paper explores the antitrust assessment of innovation maverick acquisitions, a category of firms that continuously introduce new products, technologies, or business models, disrupting markets and driving competitors to innovate. While price mavericks have traditionally been the focus of antitrust analysis, innovation mavericks pose distinct challenges and may have a deeper impact on market dynamics. The acquisition of innovation mavericks may result in reduction of innovation efforts in the future of both the merging parties and across the market. The paper highlights the inadequacy of traditional antitrust framework, which tends to focus on price competition, and argues for the adoption of a new approach. By doing so, antitrust authorities can not only prevent collusion but also promote long-term innovation incentives, ensuring that industries remain competitive and innovative. This paper takes the first step toward developing a framework for assessing innovation maverick acquisitions, emphasizing the importance of dynamic efficiencies and innovation competition.

Keywords: Antitrust; Mergers; Innovation; Mavericks; Innovation Competition.

Resumo: Este artigo explora a avaliação antitruste de aquisições de mavericks de inovação, uma categoria de empresas que continuamente introduzem novos produtos, tecnologias ou modelos de negócios, revolucionando mercados e impulsionando concorrentes a inovar. Enquanto os mavericks de preço têm sido tradicionalmente o foco da análise antitruste, os mavericks da inovação apresentam desafios distintos e podem ter um impacto mais profundo na dinâmica do mercado. A aquisição de mavericks da inovação pode resultar na redução de esforços de inovação no futuro de ambas as partes e no mercado como um todo. O artigo destaca a inadequação do framework tradicional do antitruste, que tende a focar na concorrência de preços, e defende a adoção uma nova abordagem. Ao fazer isso, as autoridades antitruste não apenas previnem a colusão, mas também promovem incentivos a inovar de longo prazo, garantindo que as indústrias permaneçam competitivas e inovadoras. Este artigo dá o primeiro passo no desenvolvimento de um framework para avaliar aquisições de mavericks da inovação, enfatizando a importância das eficiências dinâmicas e da concorrência em inovação.

Palavras-chave: Antitruste; Fusões; Inovação; Mavericks; Concorrência em inovação.

Summary: 1 Introduction; 2 Maverick firms theory and practice; a) Identifying maverick; b) Mavericks and anticompetitive effects; 3 Mavericks and Innovation; a) Anticompetitive effects

¹ The authors thank João Luiz Pondé for the helpful comments. The lead author thanks Camila Cabral Pires-Alves for the all the conversations during his PhD that inspired this paper.

² Assistant Professor – Fluminense Federal University (UFF). Researcher at Gdec/UFRJ (Research Group on Law, Economics and Competition – Federal University of Rio de Janeiro) and NIETI/UFF (Industrial Economics, Innovation, Territory and Energy Study – Fluminense Federal University). E-mail: marcoslyra@id.uff.br.

³ Undergraduate student at Fluminense Federal University. E-mail: bastosgabrielle@id.uff.br.

of innovation maverick acquisitions; b) Innovation Competition; a few insights for the assessment; c) Challenges for the assessment of innovation maverick acquisitions; 4 Concluding Remarks; 5 Bibliographic References.

1 Introduction

Preserving competition is the main objective of antitrust authorities. In a world increasingly concerned with the economic power held by large firms, such as Big Tech companies, their role in maintaining healthy markets is more important than ever. To fulfill their mandate of protecting competition, certain firms play a particularly important role in applying competitive pressure to markets and deserve special attention. These firms are known as mavericks.

Mavericks are firms that disrupt market norms, as defined by the 2023 DOJ/FTC Merger Guidelines.⁴ According to Gilo & Porat⁵, a maverick is a firm with incentives to compete in the short term, in contrast to rivals who have incentives to maintain collusion. Mavericks challenge competitors through aggressive strategies, including pricing or innovation, bringing competitive pressure to rivals and making collusion harder. They deserve special antitrust protection due to their important role in disciplining markets.⁶

The 2010 version of the US Horizontal Merger Guidelines describes the portfolio of strategies and characteristics of a maverick: (i) a threat to disrupt market conditions with a new technology or business model; (ii) an incentive to lead in price-cutting or resist industry-wide price increases; (iii) the ability and incentive to expand production rapidly using available capacity; and (iv) resistance to prevailing cooperation norms in the industry.⁷ CADE, the Brazilian antitrust authority, defines mavericks as firms that “...usually have low production

⁴ UNITED STATES. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**, 19 aug. 2010. Available at: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

⁵ GILO, David; PORAT, Ariel. The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects Consumers, and Anticompetitive Effects. **Michigan Law Review**, v. 104, n. 5, p. 983-1031, 2006. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss5/6>. Access in: 4 dec. 2024.

⁶ OWNINGS, Taylor M. Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor. **Vanderbilt Law Review**, v. 66, n. 1, p. 323-354, 2013. Available at: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol66/iss1/5/>. Access in: 4 dec. 2024.

⁷ UNITED STATES. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**, 19 aug. 2010. Available at: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Access in: 4 dez. 2024.

costs and prices, pushing market prices down, or are inventive firms that foster ongoing innovation in their industry.”⁸

Despite the various strategies these firms may engage in, literature and practice usually do not differentiate between the types of maverick firms when discussing the assessment of their acquisitions. However, we argue in this paper that maverick firms can be grouped into two types based on their main market-disrupting strategies. *Price mavericks* are firms that engage in aggressive pricing to gain market share and challenge incumbent rivals. *Innovation mavericks* are firms that continuously and aggressively introduce innovations—both in the form of new and improved versions of their products as well as new features and accessories—to gain market share at the expense of their rivals, who typically lag behind in terms of innovation.

This distinction is crucial because different types of mavericks generate different anticompetitive effects. Furthermore, the specific nature of price competition and innovation competition requires different approaches to identifying maverick firms and assessing their acquisitions. Antitrust enforcement usually focuses on price mavericks, as the assessment of innovation competition is far from reaching consensus in both literature and practice.

The main goal of this paper is to provide insights for a framework to assess innovation maverick acquisitions. We examine both the literature and case law on maverick acquisitions—regarding both identification and anticompetitive effects—to explore the main challenges. Additionally, we briefly review the literature on innovation competition. Finally, we provide insights for the assessment of innovation mavericks, taking into account the specificities of innovation competition. The lack of debate on the assessment of innovation mavericks is an important gap in literature, and this paper aims to contribute as a first step toward developing a proper framework.

This paper is structured as follows: section 2 discusses maverick firms, addressing both the maverick theory and the relevant case law. The two main topics covered are the identification of mavericks and the anticompetitive effects related to their acquisitions. Section 3 focuses on innovation mavericks, presenting the anticompetitive effects associated with their acquisitions, insights from the literature on innovation competition, and the main challenges for assessment. Section 4 presents concluding remarks.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guide for Horizontal Merger Review**, jul. 2016, p. 47. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guide-for-Horizontal-Merger-Review.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

2 Maverick firms: theory and practice

While there is relative consensus on the need to protect mavericks, there is much debate on how to identify these firms and assess their acquisitions in merger control. This section presents the debate on these two challenges.

a) Identifying mavericks

When a maverick is identified, the authorities consider this status during merger assessment. However, identification is not an easy task. As we will discuss in this subsection, literature and case law struggle to reach a consensus on how to approach this process. To begin with, we briefly present the theoretical and empirical literature.

Baker⁹ proposes three strategies for identifying mavericks: (i) the *revealed preference* strategy, which focuses on the success of past pricing practices; (ii) the *natural experiment* strategy, which depends on the availability of data and looks at whether a change in the alleged maverick's marginal costs affects industry prices by comparing the market to a competitive counterfactual; and (iii) the *a priori factors* approach, which is based on the firm's characteristics and considers whether it acts as a constraint on industry prices, and whether an acquisition would remove this constraint.

Scheffman & Coleman¹⁰ propose some analyses: (i) *natural experiments*, as Baker does, if the alleged maverick does not compete in all geographic areas; and (ii) assessing whether the firm's behavior was aggressive, based on turnover information if available, by considering the share of new customers directed to the firm and the deviation of rivals to the firm.

⁹ BAKER, Jonathan B.; Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws. *New York University Law Review*, v. 77, n. 135, p. 135-203, apr. 2002. Available at: <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-77-1-Baker.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

¹⁰ SCHEFFMAN, David; COLEMAN, Mary. Quantitative Analyses of Potential Competitive Effects from a Merger. *George Mason Law Review*, v. 12, n. 2, p. 319-369, 9 jun. 2003. Available at: https://demotesturl.com/george-mason/wp-content/uploads/2014/03/12-2_Scheffman-Coleman.pdf. Access in: 4 dec. 2024.

Owings¹¹ understands maverick firms as disruptive innovators and proposes using the definition from Christensen¹²: a disruptive innovator is a firm that uses a new technology or business model to introduce a product or service that is cheaper but inferior to the industry standard and focused on a specific niche. Ultimately, the maverick may grow and become a substitute for incumbents' products, while the latter fails to catch up, as their management systems and cultures prevent them from successfully adopting disruptive behavior associated with low-profit margins.

Other authors propose empirical and theoretical models to identify maverick firms. Breunig & Menezes¹³ and Bromfield¹⁴ propose time series methods. Bromfield models the maverick as a firm with asymmetric capacities and contrasting preferences, making the firm unwilling to coordinate. Loertscher & Marx¹⁵ and Kim & Park¹⁶ offer theoretical models: Loertscher & Marx view maverick acquisitions as generating a risk of coordination in a competitive market, while Kim & Park understand mavericks as firms that prevent coordination, whose elimination could facilitate collusive behavior. Zou¹⁷ suggests an identification method based on an experiment comparing the prices of colluding firms with and without the maverick firm.

After discussing the various propositions from the literature, we move forward to examine how antitrust practice has identified mavericks. When analyzing case law, there is no well-established procedure to identify a maverick. While Brazil and the European Commission broadly identify mavericks, mostly by considering increases in market shares in the recent past,

¹¹ OWNINGS, Taylor M. Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor. *Vanderbilt Law Review*, v. 66, n. 1, p. 323-354, 2013. Available at: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol66/iss1/5/>. Access in: 4 dec. 2024.

¹² CHRISTENSEN, Clayton M. *The Innovator's Dilemma - When New Technologies Cause Great Firms to Fail*. Cambridge: Harvard Business School Press, 1997.

¹³ BREUNIG, Robert Vicent; MENEZES, Fabio Marques. Empirical Approaches for Identifying Maverick Firms: an Application to Mortgage Providers in Australia. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford University Press, v. 4, n. 3, p. 811-836, 2008. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1277771>. Access in: 4 dec. 2024.

¹⁴ BROMFIELD, Joseph Peter. *Maverick Firms and Merger Policy*. 2015. Thesis (Doctor of Philosophy) – Aston University, Birmingham, 2015. Available at: https://publications.aston.ac.uk/id/eprint/33329/1/Bromfield_J_2017.pdf. Access in: 4 dec. 2024.

¹⁵ LOERTSCHER, Simon; MARX, Leslie M. Coordinated Effects in Merger Review. *The Journal of Law and Economics*, v. 64, n. 4, article 3, p. 705-744, 2021. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/jle/vol64/iss4/3>. Access in: 4 dec. 2024.

¹⁶ KIM, Soo Jin; PARK, Yongjoon. *Examining the Coordinated Effects of the AA/USAir Merger*. 26 fev. 2024. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3877895. Access in: 4 dec. 2024.

¹⁷ ZOU, Yanchi. *A Method to Identify Maverick Firms: From the Perspective of Anti-Coordination Effects*. Northeastern University, 11 apr. 2023. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=4415349>. Access in: 4 dec. 2024.

U.S. agencies adopt different strategies but focus on the pricing behavior of the alleged maverick.

In Brazil, much of the debate surrounding cases revolves around whether a firm is a maverick. Deluca¹⁸ identifies 18 cases assessed by CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, the Brazilian antitrust authority – in which the possibility of maverick elimination was discussed between 2001 and 2018. In both Gol/WebJet (CADE – 2011)¹⁹ and Ipiranga/Alesat (CADE – 2017)²⁰, some commissioners argued that a maverick needed to present some innovation or product differentiation, not just aggressive pricing. In the first case, Reporting Commissioner Ricardo Ruiz did not consider the airline WebJet a maverick despite its lower fares, arguing that its model was similar to those applied by larger airlines.²¹ In the second case, Commissioner Cristiane Schmidt did not consider the fuel distributor Alesat a maverick, as she believed mavericks needed to present differentiated technology. In these cases, low prices alone did not seem sufficient for a firm to be considered a maverick. In Itaú/XP (CADE – 2018)²², the authority easily considered XP a maverick, given that, besides presenting high growth rates, low fares, and high profitability, XP introduced a new business model. However, in JBS/Rodopa (CADE – 2014)²³, the authority considered Rodopa a maverick not due to innovation but because of its unparalleled growth.²⁴

We can conclude that CADE's experience in identifying mavericks lacks consensus. Despite Deluca's observation that the main measure for identifying mavericks was the firm's

¹⁸ DELUCA, Patrícia Serson. O Papel de Empresas Maverick no Controle de Concentrações Econômicas. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2, p. 142-163, 2018. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/156>. Acesso em: 4 dez. 2024.

¹⁹ Acquisition of Webjet by Gol, assessed by CADE. Merger case no. 08012.008378/2011-95.

²⁰ Acquisition of Alesat by Ipiranga, assessed by CADE. Merger case no. 08700.006444/2016-49.

²¹ Deluca goes further, arguing that WebJet would fit the definition of disruptive innovator proposed by Owingings and attributing the problem to the unclear definition of the maverick concept. See DELUCA, Patrícia Serson. O Papel de Empresas Maverick no Controle de Concentrações Econômicas. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2, p. 142-163, 2018. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/156>. Acesso em: 4 dez. 2024.

²² Acquisition of minority sharehold of XP by Itaú, assessed by CADE. Merger case no. 08700.004431/2017-16.

²³ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do CADE. Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1. **Parecer Técnico n. 138 – Caso 08700.010688/2013-83**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_isGtU22-m8ewnOSdIvPH-yVwcJSMOFbxNuj32YrsONkpOrH_83hgsRJtNlaBxWRPhirly8vGwO2ryQ0bs3EGh. Acesso em: 4 dez. 2024.

²⁴ According to CADE's General Superintendence, Rodopa more than doubled its production between 2010 and 2013. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do CADE. Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1. **Parecer Técnico n. 138 – Caso 08700.010688/2013-83**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_isGtU22-m8ewnOSdIvPH-yVwcJSMOFbxNuj32YrsONkpOrH_83hgsRJtNlaBxWRPhirly8vGwO2ryQ0bs3EGh. Acesso em: 4 dez. 2024.

growth following the publication of the New Competition Law in 2012²⁵, other characteristics are also assessed to determine whether a firm is a maverick. In some cases, the authority associated the characterization of mavericks with the presence of innovation.

Bromfield & Olczak²⁶ looked at cases assessed by the European Commission between 2000 and 2013. Out of the 274 cases that were not cleared in Phase 1 and had an English report, 22 cases (8%) applied the maverick concept. Among these, the EC established the existence of a maverick in five cases, while in the other 17, the authority either studied the possibility of the firm being a maverick or discussed the potential for mavericks in the segment.²⁷ The five mavericks shared a common characteristic: they were small firms with market shares around 9%. The authors argue that the identification was usually based on recent increases in market shares. In Linde/BOC (EC – 2006), there were two potential mavericks with aggressive pricing, but only Linde was considered a maverick, as the other firm did not have the ability and incentive to expand like Linde.

Owings²⁸ examined U.S. case law, including both the Department of Justice and the Federal Trade Commission, from 2009 to 2011. Five out of the 82 cases challenged by the agencies were based, at least partially, on the role a firm played as a disruptive force in the industry: Ticketmaster/Live Nation (DoJ – 2010)²⁹, Dean Foods/Foremost Farms (DoJ – 2010)³⁰, LabCorp/Westcliff (FTC – 2010)³¹, H&R Block/TaxACT (DOJ – 2011)³², AT&T/T-Mobile (DOJ – 2011)³³. The common element in these cases was pricing below competitors.

²⁵ BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

²⁶ BROMFIELD, Joseph Peter; OLCZAK, Matthew. The Role of the Maverick Firm Concept in European Commission Merger Decisions. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford University Press, v. 14, n. 2, p. 179-192, 2018. Available at: <https://ideas.repec.org/a/oup/jcomle/v14y2018i2p179-192.html>. Access in: 4 dec. 2024.

²⁷ The five cases with the existence of mavericks were T-Mobile Austria/tele.ring (EC - 2006 – Case no. IV/M.3916), Linde/BOC (EC – 2006 – Case no. IV/M. 4141), StatoilHydro/ConocoPhillips (EC – 2008 - IV/M.4919), Oracle/Sun Microsystems (EC – 2010 - IV/M.5529) and T-Mobile/Orange (EC – 2010 - IV/M.5650).

²⁸ OWNINGS, Taylor M. Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor. *Vanderbilt Law Review*, v. 66, n. 1, p. 323-354, 2013. Available at: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol66/iss1/5/>. Access in: 4 dec. 2024.

²⁹ Merger between Live Nation and Ticketmaster, assessed by the US DoJ, Merger case 1:10-cv-00139.

³⁰ Acquisition of Foremost Farms by Dean Foods, assessed by the US DoJ. Merger case 1:10-cv-0059.

³¹ Acquisition of Westcliff by LabCorp, assessed by the FTC. Matter no. 1010152, Docket no. 9345.

³² Acquisition of TaxACT by H&R Block, assessed by the US DoJ. Merger case 1:11-cv-00948.

³³ UNITED STATES. Department of Justice. In the United States District Court for the District of Columbia. **Case 1:11-cv-01560-ESH Document 39 Filed 30 set. 2011**, p. 1-35. Available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/487726/download>. Access in: 4 dez. 2024.

We can conclude that maverick identification is far from consensual in both literature and practice. While different authors have presented strategies for identifying these firms, practitioners commonly adopt revealed preference strategies when assessing these acquisitions by directly evaluating maverick behavior. While CADE and the EC focus on the results of mavericks' strategies—their growth—the common element in U.S. case law is the adoption of maverick behavior itself, despite the differing strategies used by agencies to identify mavericks. Notably, other factors are also considered when concluding that a firm is a maverick, particularly in Brazilian merger control case law.

While identifying a maverick is likely the greatest challenge when assessing the acquisitions of these firms, evaluating the anticompetitive effects is far from simple. The next subsection explores the anticompetitive effects of maverick acquisitions.

b) Mavericks and anticompetitive effects

After identifying a maverick, the authority must assess the competitive impact of its acquisition, which is usually associated with coordinated effects. There are two ways a maverick acquisition usually may impact competition: (i) the elimination of these firms as independent competitors threatens competition by increasing the likelihood of coordination—known as the Maverick Theory of Anticompetitive Harm (MTAH); or (ii) if a merger involves non-maverick firms, the existence of a maverick in the industry may constrain the exercise of market power by the merged entity and prevent coordination.³⁴

Despite the association of maverick elimination with coordinated effects— as represented by the MTAH – the European Commission case law shows a different scenario. Of the five cases listed by Bromfield & Olczak (2018) where the EC identified a maverick, only in Linde/BOC (EC -2006) the authority clearly associated the case with coordinated effects: the possibility of increasing tacit collusion. In T-Mobile Austria/tele.ring (EC - 2006), StatoilHydro/ConocoPhillips (EC – 2008), and Oracle/Sun Microsystems (EC – 2010) the concept was applied in relation to unilateral effects.³⁵ In T-Mobile/Orange (EC – 2010) the main concern of the EC was the possibility of market foreclosure.

³⁴ BAKER, Jonathan B.; Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws. *New York University Law Review*, v. 77, n. 135, p. 135-203, apr. 2002. Available at: <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-77-1-Baker.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

³⁵ However, in T-Mobile Austria/tele.ring the EC did not discard the possibility of coordinated effects.

Inspired by the EC's experience, Bromfield & Olczak³⁶ argue in favor of using the maverick concept for unilateral effects analysis. They suggest it will be useful for assessing the potential repositioning or closure of the maverick in the post-merger scenario.

To conclude this section, it is important to note that there is more debate than consensus on maverick acquisitions. While various theoretical approaches have been introduced, case law tends to adopt the revealed preference strategy. However, Brazilian cases such as Gol/WebJet and Ipiranga/Alesat show that this strategy alone is not sufficient to reach consensus on identifying maverick firms. The concerns expressed by some commissioners may be addressed through a more thorough assessment of the different types of mavericks. Additionally, this typology may help authorities prevent different types of anticompetitive effects. The next section delves into these categories by discussing innovation mavericks.

3 Mavericks and Innovation

As discussed at the beginning of this paper, there are two types of mavericks: price mavericks and innovation mavericks. While price mavericks are associated with price competition, innovation mavericks are linked to innovation competition. Given the specificities of these categories, they require different assessment approaches. In this section, we delve into the particularities of innovation maverick acquisitions. First, we discuss the anticompetitive effects related to these cases, as they differ from those typically associated with maverick acquisitions. Second, we briefly explore the literature on innovation competition to gather insights for evaluating these cases. Finally, the last subsection presents the challenges of assessment.

a) Anticompetitive effects of innovation maverick acquisitions

As discussed in theory, maverick acquisitions are closely related to coordinated effects. The maverick theory of anticompetitive harm suggests that eliminating these firms increases the likelihood of coordination. This holds true for both price and innovation mavericks, as firms that engage in aggressive strategies bring competitive pressure to rivals -

³⁶ BROMFIELD, Joseph Peter; OLCZAK, Matthew. The Role of the Maverick Firm Concept in European Commission Merger Decisions. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford University Press, v. 14, n. 2, p. 179-192, 2018. Available at: <https://ideas.repec.org/a/oup/jcomle/v14y2018i2p179-192.html>. Access in: 4 dec. 2024.

preventing coordination - regardless of the nature of their strategies. However, innovation maverick acquisitions may also result in other types of harm.

Kokkoris & Valletti³⁷ present two channels of post-merger harm to innovation: (i) a merger might delay or discontinue the development of new products and/or (ii) reduce incentives for future innovation efforts. The first case usually relates to mergers where a specific innovation demands antitrust protection. For instance, suppose that two pharmaceutical firms are merging, both of which have medications in development (in pipeline stages) to treat a specific illness. The merger could ease the competitive pressure to bring the medication to market as quickly as possible. In the post-merger scenario, the reduced incentive to innovate may lead to delays or discontinuation of some medications. In such cases, antitrust authorities must protect that innovation to prevent that incentives to bring the product are reduced.

The second channel of harm to innovation is more closely related to our discussion. A merger involving at least one firm that engages in innovation efforts may result in reduced incentives for future innovation. For example, consider one of the merging parties is an innovation maverick - i.e., a firm that continuously and aggressively innovates in a market where innovation is not the norm. The acquisition of this firm may reduce competitive pressure to innovate if the post-merger behavior of the acquirer does not follow the strategy adopted by the maverick. Given the unique role of innovation mavericks in introducing innovations and pushing the industry forward, their elimination could cause two distinct harms: (i) reduced head-to-head innovation competition between the two parties, easing competitive pressure on each other and therefore reducing innovation incentives, and (ii) reduced overall incentives to innovate across the industry.³⁸ In both cases, the result is less innovation efforts in the future. Thus, rather than focusing on protecting the innovation itself, the authority should focus on protecting the innovator when innovation mavericks are acquired.

In AT&T/T-Mobile³⁹, T-Mobile was considered both a price and an innovation maverick. When it comes to innovation, T-Mobile consistently introduced innovations to the mobile wireless telecommunications market, pushing the industry forward. The DoJ listed

³⁷ KOKKORIS, Ioannis; VALLETTI, Tommaso. Innovation Considerations in Horizontal Merger Control. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 2, p. 220-261, jun. 2020. Available at: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa008>. Access in: 4 dec. 2024.

³⁸ The reduction of the overall incentives to innovate due to the merger of an important innovator is one of the concerns of the European Commission when proposing its new procedure to assess innovation competition cases, the *four-layer competitive assessment*, discussed in the next subsection.

³⁹ UNITED STATES. Department of Justice. In the United States District Court for the District of Columbia. **Case 1:11-cv-01560-ESH Document 39 Filed 30 set. 2011**, p. 1-35. Available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/487726/download>. Access in: 4 dec. 2024.

innovations brought to the market by T-Mobile and emphasized that its aggressive approach to innovation would likely continue without the acquisition, based on the firm's expansion plans found in internal documents. The complaint explained both how (i) AT&T felt competitive pressure from T-Mobile and had to innovate to compete (head-to-head competition), and (ii) how, in general, rivals would have fewer incentives to invest (a reduction in overall industry innovation incentives). The DoJ decided to block the acquisition, citing the likely reduction in innovation and product variety, among other concerns.⁴⁰

Having presented the anticompetitive effects of innovation maverick acquisitions, the next subsection briefly introduces insights from the innovation competition literature.

b) Innovation Competition: a few insights for the assessment

The case law and literature do not emphasize the different particularities between price and innovation mavericks when discussing the anticompetitive effects of their acquisitions. The first key difference lies in the nature of competition. Price competition is closely tied to traditional microeconomic models: firms usually compete through quantities and prices in models found in textbooks, such as perfect competition, monopoly, and oligopoly. These models are built in static scenarios. Antitrust analysis adopts such models frequently (e.g., Cournot for quantity competition and Bertrand for price competition).⁴¹ However, innovation competition cannot be assessed in a static scenario. According to Schumpeter⁴², competition has a passive and static side—price competition—and an active and dynamic side—innovation competition. The latter is responsible for changing the economic structure through creative destruction. Assessing innovation competition requires analysts to consider future developments stemming from present-day changes in the market.

Secondly, given the dynamic nature of innovation competition, the concept of welfare pursued by authorities must shift. In price competition cases, reductions in welfare are usually measured by reductions in static allocative efficiency (and frequently productive efficiency). Short-term price increases result in a loss of efficiency and, therefore, a loss of welfare. In

⁴⁰ UNITED STATES. Department of Justice. In the United States District Court for the District of Columbia. **Case 1:11-cv-01560-ESH Document 39 Filed 30 set. 2011**, p. 1-35. Available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/487726/download>. Access in: 4 dec. 2024.

⁴¹ BUDZINSKI, Oliver. Monoculture versus diversity in competition economics. **Cambridge Journal of Economics**, Cambridge Political Economy Society, v. 32, n. 2, p. 295-324, mar. 2008. Available at: <https://ideas.repec.org/a/oup/cambje/v32y2008i2p295-324.html>. Access in: 4 dec. 2024.

⁴² SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism, and Democracy**. 3rd ed. Harper Perennial Modern Thought, 2008.

contrast, assessing innovation competition involves a longer time frame. While reductions in innovation may affect short-term welfare (e.g., through the discontinuation of a project close to market launch), harm to innovation is typically felt in the long run. A merger may delay or stop the development of a new product or reduce future innovation efforts.

Focusing on static efficiency can be detrimental to innovation: a merger that enhances the ability and incentive to innovate could be blocked due to short-term price effects, and vice versa. An alternative goal for antitrust authorities is to pursue dynamic efficiencies, which incorporate intertemporal elements into static allocative efficiencies and protect innovation incentives.⁴³ Therefore, proper assessments of innovation competition cases must focus on the long term and consider dynamic efficiencies.

Thirdly, given the unique characteristics of innovation competition, antitrust procedures must adapt to ensure a proper fit. For instance, market definition cannot be approached through traditional methods like the Hypothetical Monopolist Test, as in some innovation competition cases, there may be no product market (e.g., firms developing a new medical treatment and racing to be first on the market).⁴⁴ Both literature and practice have begun addressing this challenge.

Recognizing the limitations of the traditional assessment for some innovation competition cases, authors such as Gilbert & Sunshine⁴⁵, Katz & Shelanski⁴⁶, Sidak & Teece⁴⁷, and Kerber⁴⁸ propose adopting a capabilities-based assessment. This approach includes firms with the capability to innovate as part of the relevant innovation market and assesses the competitive significance of these firms based on their capabilities. In practice, the European Commission has introduced a new framework for assessing innovation competition cases. The

⁴³ BAUMOL, William; ORDOVER Janusz., *Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?* In: JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. **Antitrust, Innovation, and Competitiveness**. New York: Oxford University Press, 1992.

⁴⁴ The Hypothetical Monopolist Test is a commonly applied method to define relevant markets. This test simulates a hypothetical monopolist and checks whether it is able to profitably apply a small but significant non-transitory price increase in the market. See BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guide for Horizontal Merger Review**, jul. 2016, p. 47. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guide-for-Horizontal-Merger-Review.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

⁴⁵ GILBERT, Richard J.; SUNSHINE; Steven C. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. **Antitrust Law Journal**, v. 63, n. 2, p. 569-601, 1995.

⁴⁶ KATZ, Michael; SHELANSKI, Howard A. Mergers and Innovation. **Antitrust Law Journal**, Winter 2006, v. 75, n. 1, p. 1-85, 22 aug. 2006. Available at: <https://ssrn.com/abstract=894346>. Access in: 4 dec. 2024.

⁴⁷ SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. Dynamic Competition in Antitrust Law. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 5, n. 4, p. 581-631, dec. 2009. Available at: <https://academic.oup.com/jcle/article/5/4/581/755200>. Access in: 4 dec. 2024.

⁴⁸ KERBER, Wolfgang. Competition, Innovation and Competition Law: Dissecting the Interplay. **MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics**, n. 42, 2017. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3051103. Access in: 4 dec. 2024.

four-layer competitive assessment was first applied in Dow/DuPont (EC – 2017) and addresses price and innovation competition simultaneously.⁴⁹

The three aspects mentioned here are critical for the assessment of innovation maverick acquisitions. First, the effects must be addressed by considering a dynamic scenario: the elimination of a maverick results in reduced innovation efforts in the future, which is a harm felt over an unforeseeable time horizon. Second, authorities must pursue dynamic efficiencies: a strict focus on allocative and productive efficiency may be detrimental to innovation. Despite the recent growth of the debate on non-price effects, antitrust remains focused on price competition. However, given the long-term implications, a pure innovation maverick (without aggressive pricing) needs the same protection as a price maverick. Third, assessments must account for the specificities of innovation competition. For example, the presence of firms with similar innovation capabilities outside the relevant market must be considered, as they may have the incentive and ability to enter the market and assume the role of the maverick, mitigating the effects of the acquisition.

c) Challenges for the assessment of innovation maverick acquisitions

Assessing maverick acquisitions presents many challenges. As discussed in Section 2, both identifying and evaluating these cases are difficult tasks for authorities. When it comes to innovation mavericks, the challenges are even greater. This subsection explores potential ways to undertake these tasks.

Case law shows that the revealed preferences strategy is commonly used in practice to identify a maverick. A similar approach could be applied to innovation mavericks by evaluating past experiences in innovation and the growth of the firm as a proxy for their success. Furthermore, agencies can investigate whether rival firms have innovated in response to innovations introduced by the maverick. For example, in AT&T/T-Mobile, the DoJ listed the various innovations introduced by T-Mobile.⁵⁰

⁴⁹ There are two price/product competition layers (between incumbent products and late-stage products in development) and two innovation competition layers (between products in development in earlier stages and related to capabilities to innovate in earlier stages. See EUROPEAN COMMISSION. **Case M.9461 - ABBVIE / ALLERGAN. Regulation (EC) n. 139/2004 Merger Procedure**, Brussels, 10 jan. 2020, p. 1-59. Available at: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9461_1187_3.pdf. Access in: 4 dec. 2024.

⁵⁰ Such as the first Android headset, Blackberry wireless e-mail, national Wi-fi hotspots access, among others. See UNITED STATES. Department of Justice. In the United States District Court for the District of Columbia. **Case 1:11-cv-01560-ESH Document 39 Filed 30 set. 2011**, p. 1-35. Available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/487726/download>. Access in: 4 dec. 2024.

However, this strategy has limitations, as identification may be easier in some markets than others. Consider two markets: in the first, innovation is not the norm, and a specific firm not only innovates but does so aggressively and continuously, challenging the market with new and improved products. The firm's success in these innovations leads to increased market share over time. In the second case, a potential maverick continuously invests in innovation, but the market is innovation-intensive (e.g., pharmaceuticals), meaning innovation is a key variable for competition and survival. In the first example, identification is easier because innovation itself is a disruptive strategy if done intensively. In the second case, the analyst must distinguish between a regular innovator and an innovation maverick.

Before discussing the assessment of these acquisitions, two observations can be made. First, not all mavericks that are disruptive innovators are innovation mavericks. Consider Itaú/XP (CADE – 2018) as an example. XP introduced a new business model, but the behavior that led to its characterization as a maverick was related to its lower fees and higher profitability.⁵¹ An innovation maverick, by contrast, is a firm whose disruptive behavior is associated with the continuous introduction of innovations. Second, a maverick can be both a price and innovation maverick. In AT&T/T-Mobile, the DoJ emphasized how T-Mobile's strategy was based not only on aggressive pricing but also on innovation, which exerted competitive pressure on other players.

Once an innovation maverick is identified, the next step is to assess whether the merger may result in anticompetitive effects. As seen above, the removal of an innovation maverick may reduce future innovation efforts in two ways: (i) reduced innovation competition between the two firms and (ii) reduced incentives to innovate across the industry. While the first case represents a clear unilateral effect, the second is better defined as a coordinated effect.

The first type of anticompetitive effect relates to the loss of competition between the acquirer and the acquired. The potential loss in head-to-head competition is often assessed in price competition cases using pricing pressure indexes such as GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure) and UPP (Upward Pricing Pressure) when product differentiation exists.⁵² These models assess the impact of the elimination of negative externalities imposed by firms on each

⁵¹ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Anexo ao Parecer Técnico no. 24 – Processo 08700.004431/2017-16**. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_isGtU22-m8ewnOSdIvPH-yVwcJSMOFbxNuj32YrsONkpOrH_83hgsRJtNlaBxWRPhirly8vGwO2ryQ0bs3EGh. Acesso em: 4 dez. 2024.

⁵² FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. **The B.E. Journal of Theoretical Economics - Policies and Perspectives**, v. 10, n. 1, p. 1-41, 2010. Available at: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

other when competing. A similar concept for innovation is the Innovation Diversion Ratio, which measures how much an innovation improves one firm's profits at the expense of the other.⁵³ This index could be applied to assess the effects of the acquisition on the firms' head-to-head competition, considering their historical success in introducing innovations.

The second type of anticompetitive effect relates to the overall industry. The removal of an innovation maverick can affect innovation across the entire industry. Some rivals may innovate in response to the maverick's behavior, and the removal of the maverick will reduce the threat posed by continuous innovation. Identifying this type of harm is more complex and may involve determining whether innovations introduced by rivals can be classified as "catching up" strategies to avoid losing market share to the innovation maverick. The elimination of the maverick increases the likelihood that rivals will reduce their innovation efforts, representing a coordinated effect in innovation.

4 Concluding Remarks

Price and innovation mavericks are distinct and require specific assessments. The first type of firm is more traditional: companies that engage in aggressive pricing to gain market share. Innovation mavericks, though less common, pose a potentially greater risk when acquired. These companies challenge their rivals by continuously introducing new and improved products, business models, and technologies, forcing competitors to innovate to avoid falling behind. Innovation mavericks play a fundamental role in disrupting markets.

Current antitrust frameworks tend to emphasize price competition, an approach that can be detrimental to innovation. Although recent efforts toward focusing on non-price effects suggest that authorities are willing to update their procedures, this area of antitrust remains underdeveloped. A key argument in this paper is the need to adopt dynamic efficiencies and innovation competition analysis to safeguard the role played by innovation mavericks. By giving these firms special antitrust protection, authorities not only reduce the likelihood of coordination but also prevent the long-term consequences of diminished innovation incentives.

This paper takes the first step in advocating for better assessment of innovation maverick acquisitions, considering their unique role in promoting innovation. We argue in favor

⁵³ FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. *The B.E. Journal of Theoretical Economics - Policies and Perspectives*, v. 10, n. 1, p. 1-41, 2010. Available at: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

of a capabilities-based assessment, which is a suitable approach for addressing the competitive significance of these firms by focusing on their innovation capabilities as strengths.

The next steps for antitrust involve refining the approach to better identify and protect innovation mavericks. Developing tools to distinguish between regular innovators and innovation mavericks in innovation-intensive markets is a challenge that should be part of the research agenda. Exploring the economics of innovation literature is an excellent starting point for this challenge.

In conclusion, protecting innovation is crucial to ensuring that industries remain vibrant. By preserving the competitive pressure exerted by innovation mavericks, antitrust policies align with the way competition functions in many modern markets, which are increasingly driven by innovation rather than price competition. Preserving competition means not only safeguarding today's prices but also fostering tomorrow's innovations.

5 Bibliographic References

BAKER, Jonathan B.; *Mavericks, Mergers, and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects under the Antitrust Laws*. *New York University Law Review*, v. 77, n. 135, p. 135-203, apr. 2002. Available at: <https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-77-1-Baker.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

BAUMOL, William; ORDOVER Janusz., *Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?* In: JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*. New York : Oxford University Press, 1992.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guide for Horizontal Merger Review**, jul. 2016, p. 47. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guide-for-Horizontal-Merger-Review.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do CADE. Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1. **Parecer Técnico n. 138 – Caso 08700.010688/2013-83**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_isGtU22-m8ewnOSdIvPH-

yVwcJSMOFbxNuj32YrsONkpOrH_83hgsRJtNlaBxWRPhirly8vGwO2ryQ0bs3EGh.
Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Anexo ao Parecer Técnico no. 24 – Processo 08700.004431/2017-16.** Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_isGtU22-m8ewnOSdIvPH-yVwcJSMOFbxNuj32YrsONkpOrH_83hgsRJtNlaBxWRPhirly8vGwO2ryQ0bs3EGh. Acesso em: 4 dez. 2024.

BREUNIG, Robert Vicent; MENEZES, Fabio Marques. Empirical Approaches for Identifying Maverick Firms: an Application to Mortgage Providers in Australia. **Journal of Competition Law & Economics**, Oxford University Press, v. 4, n. 3, p. 811-836, 2008. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1277771>. Access in: 4 dec. 2024.

BROMFIELD, Joseph Peter. **Maverick Firms and Merger Policy**. 2015. Thesis (Doctor of Philosophy) – Aston University, Birmingham, 2015. Available at: https://publications.aston.ac.uk/id/eprint/33329/1/Bromfield_J._2017.pdf. Access in: 4 dec. 2024.

BROMFIELD, Joseph Peter; OLCZAK, Matthew. The Role of the Maverick Firm Concept in European Commission Merger Decisions. **Journal of Competition Law & Economics**, Oxford University Press, v. 14, n. 2, p. 179-192, 2018. Available at: <https://ideas.repec.org/a/oup/jcomle/v14y2018i2p179-192.html>. Access in: 4 dec. 2024.

BUDZINSKI, Oliver. Monoculture versus diversity in competition economics. **Cambridge Journal of Economics**, Cambridge Political Economy Society, v. 32, n. 2, p. 295-324, mar. 2008. Available at: <https://ideas.repec.org/a/oup/cambje/v32y2008i2p295-324.html>. Access in: 4 dec. 2024.

CHRISTENSEN, Clayton M. **The Innovator's Dilemma - When New Technologies Cause Great Firms to Fail**. Cambridge: Harvard Business School Press, 1997.

DELUCA, Patrícia Serson. O Papel de Empresas Maverick no Controle de Concentrações Econômicas. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2, p. 142-163, 2018. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/156>. Acesso em: 4 dec. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. **Case M.9461 - ABBVIE / ALLERGAN. Regulation (EC) n. 139/2004 Merger Procedure**, Brussels, 10 jan. 2020, p. 1-59. Available at: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9461_1187_3.pdf. Access in: 4 dec. 2024.

FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. **The B.E. Journal of Theoretical Economics - Policies and Perspectives**, v. 10, n. 1, p. 1-41, 2010. Available at: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

GILBERT, Richard J.; SUNSHINE; Steven C. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. **Antitrust Law Journal**, v. 63, n. 2, p. 569-

601, 1995.

GILO, David; PORAT, Ariel. The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects Consumers, and Anticompetitive Effects. **Michigan Law Review**, v. 104, n. 5, p. 983-1031, 2006. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss5/6>. Access in: 4 dec. 2024.

KATZ, Michael; SHELANSKI, Howard A. Mergers and Innovation. **Antitrust Law Journal**, Winter 2006, v. 75, n. 1, p. 1-85, 22 aug. 2006. Available at: <https://ssrn.com/abstract=894346>. Access in: 4 dec. 2024.

KERBER, Wolfgang. Competition, Innovation and Competition Law: Dissecting the Interplay. **MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics**, n. 42, 2017. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3051103. Access in: 4 dec. 2024.

KIM, Soo Jin; PARK, Yongjoon. **Examining the Coordinated Effects of the AA/USAir Merger**. 26 fev. 2024. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3877895. Access in: 4 dec. 2024.

KOKKORIS, Ioannis; VALLETTI, Tommaso. Innovation Considerations in Horizontal Merger Control. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 16, n. 2, p. 220-261, jun. 2020. Available at: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa008>. Access in: 4 dec. 2024.

LOERTSCHER, Simon; MARX, Leslie M. Coordinated Effects in Merger Review. **The Journal of Law and Economics**, v. 64, n. 4, article 3, p. 705-744, 2021. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/jle/vol64/iss4/3>. Access in: 4 dec. 2024.

OWNINGS, Taylor M. Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor. **Vanderbilt Law Review**, v. 66, n. 1, p. 323-354, 2013. Available at: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol66/iss1/5/>. Access in: 4 dec. 2024.

SCHEFFMAN, David; COLEMAN, Mary. Quantitative Analyses of Potential Competitive Effects from a Merger. **George Mason Law Review**, v. 12, n. 2, p. 319-369, 9 jun. 2003. Available at: https://demotesturl.com/george-mason/wp-content/uploads/2014/03/12-2_Scheffman-Coleman.pdf. Access in: 4 dec. 2024.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism, and Democracy**. 3rd ed. Harper Perennial Modern Thought, 2008.

SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. Dynamic Competition in Antitrust Law. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 5, n. 4, p. 581-631, dec. 2009. Available at: <https://academic.oup.com/jcle/article/5/4/581/755200>. Access in: 4 dec. 2024.

UNITED STATES. Department of Justice. In the United States District Court for the District of Columbia. **Case 1:11-cv-01560-ESH Document 39 Filed 30 set. 2011**, p. 1-35. Available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/487726/download>. Access in: 4 dec. 2024.

UNITED STATES. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Horizontal Merger Guidelines**, 19 aug. 2010. Available at:

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

UNITED STATES. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Merger Guidelines**, 18 dec. 2023. Available at: <https://www.justice.gov/d9/2023-12/2023%20Merger%20Guidelines.pdf>. Access in: 4 dec. 2024.

ZOU, Yanchi. **A Method to Identify Maverick Firms: From the Perspective of Anti-Coordination Effects**. Northeastern University, 11 apr. 2023. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=4415349>. Access in: 4 dec. 2024.

TEN YEARS OF CADE'S RESOLUTION NO. 12/2015: HOW CAN BOTH THE ANTITRUST AUTHORITY AND CIVIL SOCIETY MAKE BETTER USE OF THE QUERY PROCEEDING?

Rafael Parisi¹

DOI: [10.5281/zenodo.14522713](https://doi.org/10.5281/zenodo.14522713)

Abstract: Pursuant to Article 9, § 4 e § 5, of Law No. 12,529/2011 – regulated by CADE's Resolution No. 12/2015 – market agents may submit voluntary “queries” with the purpose of obtaining clarifications and guidance regarding the lawfulness of commercial agreements and conducts. Despite its relevance – already acknowledged by the Brazilian competition agency in many instances, for promoting transparency, legal certainty, and celerity, Resolution No. 12/2015 – has been largely underused. Against this backdrop, this article explores the reasons behind such underutilization by conducting a comprehensive analysis of (i) the historical developments and changes of the applicable legal framework; and (ii) all query cases assessed by CADE under Resolution No. 12/2015. This article also examines how CADE could incorporate useful tools deployed by other governmental bodies in Brazil and foreign competition authorities. This article concludes with the proposal of concrete recommendations that can help unlock the full potential of the query proceeding, thereby strengthening Brazil's antitrust enforcement and fostering a more competitive market environment.

Keywords: CADE; Competition Policy; Queries; Guidance; Normative and Procedural Recommendations.

Resumo: Nos termos do artigo 9, § 4º e § 5º da Lei nº 12.529/2011 – regulamentado pela Resolução CADE nº 12/2015 –, agentes de mercado podem submeter voluntariamente consultas visando a obter esclarecimentos e, em última instância, imunidade do órgão antitruste acerca da licitude de contratos ou condutas comerciais, incluindo fusões e aquisições. Apesar de sua relevância – já ressaltada pela autarquia em diversas oportunidades, para promover transparência, imunidade e celeridade – referida Resolução tem sido pouco utilizada. Diante desse contexto, este artigo explora os motivos para tal subutilização por meio de uma análise detalhada (i) da evolução das normas aplicáveis; (ii) e de todos os casos de consultas desde o início da vigência da Resolução CADE nº 12/2015. Este artigo também examina como ferramentas úteis utilizadas por outros órgãos públicos no Brasil e autoridades antitruste no exterior podem ser incorporadas pelo CADE. Este artigo conclui propondo recomendações

¹ Rafael is a licensed attorney in Brazil specialized in competition law, international trade and market regulation. He has advised and represented Brazilian, and multinational companies on a number of merger cases, anticompetitive conduct investigations, and trade remedies proceedings before the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), the Brazilian Ministry of Finance, and Brazilian Courts, including the Superior Court of Justice. Rafael served as a Chief of Staff at CADE from 2019 to 2023. Rafael holds a Master of Arts degree in Economics for Competition Law at King's College London, a LL.B. at Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, and a Bachelor's degree in Business Administration at Fundação Getulio Vargas. Rafael is currently a LL.M. candidate in Business and Finance Law at The George Washington University, where he also works as a Research Assistant for Prof. William E. Kovacic and collaborates with The George Washington University Competition Law Center (CLC).

concretas para que as consultas sejam mais bem aproveitadas no Brasil, de modo a aprimorar a política de defesa da concorrência no país.

Palavras-chave: CADE; Defesa da Concorrência; Consultas; Imunidade Antitruste; Alterações Normativas e Procedimentais.

Summary: 1 Introduction; 2 Development of the legal framework on queries; 3 Cade’s Case Law On Queries; 3.1 Key statistics; 3.2 Insights form landmark cases; 4 Conclusions and Recommendations for enhancing the query proceeding; 5 Bibliographic References.

1 Introduction

The Administrative Council for Economic Defense (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – herein “CADE” or “Authority”), is the entity in charge of conducting competition policy in Brazil. To fulfill its legal mandate, CADE relies mainly on Law No. 12,529/2011, its internal statutes, and regulations, to prevent competitive harm through merger control, repress anticompetitive practices by means of conduct investigations, and promote competition policy through its advocacy role.

Among the tools established by the Brazilian antitrust legal framework, there is the query proceeding, established under Article 9, § 4 and § 5 of Law No. 12,529/2011, and further regulated by CADE’s Resolution No. 12/2015.² This mechanism allows market agents to voluntarily submit queries seeking clarifications and guidance concerning the legality of their commercial practices and agreements (e.g., mergers). Despite its theoretical benefits,³ including enhanced transparency, legal certainty, and procedural efficiency, the query proceeding has been notably underutilized since Resolution No. 12/2015 came into effect a decade ago.⁴

The importance of the query proceeding lies in its preventative and collaborative nature, offering companies means to ensure their business practices align with antitrust laws,

² This article will use the term “query” as an English translation of the term “*consulta*”, used in the original (Portuguese) version of Law No. 12,529/2011. “Query” is the term CADE adopts at the English version of its website. See <https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/legislation/laws/LAW%20N%C2%BA%2012529%202011%20%28English%20version%20from%2018%2005%202012%29.pdf>. Similarly, whenever referencing to provisions of Law No. 12,529/2011, this article will adopt the translation that CADE uses in the English version of Law No. 12,529/2011.

³ CADE has already acknowledged the benefits of query in many occasions. See, for instance: President Vinícius de Carvalho’s opinion in Query No. 08700.009476/2014-34 (applicant: ABB Ltda.); and Commissioner Gustavo Augusto’s opinion in Query No. 08700.007327/2023-21 (applicant: Buser Brasil Tecnologia Ltda.).

⁴ Congress admitted that the query proceeding was not being used often when drafting the Brazilian Competition Act. See Brazil. House of Representatives. Report by the Rapporteur, Congressman Ciro Gomes (PSB-Ceará), on Bill No. 3,937/2004. Available at:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518696&filename=Tramitacao-PL%203937/2004. About the underutilization of queries, see also Commissioner Diogo Thomson’s opinion in Query No. 08700.007327/2023-21 (applicant: Buser Brasil Tecnologia Ltda.).

generally before implementing them. This proactive approach not only mitigates the risk of legal infractions and subsequent penalties, but also promotes a culture of compliance and transparency within the marketplace. However, the practical application of this mechanism has not met expectations, as evidenced by the limited number of queries submitted to CADE over the past ten years.⁵

This article explores the reasons behind this underutilization by conducting a comprehensive analysis of all query cases assessed by CADE under Resolution No. 12/2015. By examining the historical development of the relevant legal framework, alongside similar mechanisms employed by other governmental bodies in Brazil and antitrust authorities abroad, such as in the United States and Australia, this study aims to identify the barriers to effective utilization.⁶ Additionally, the article will provide concrete recommendations to enhance the effectiveness and uptake of the query proceeding within Brazil's competition policy system.

The subsequent sections of the article will delve into the evolution of the norms governing queries (Section 2), provide a detailed analysis of CADE's case law on the subject, and extract key insights from landmark cases (Section 3). Finally, the ultimate goal is to offer actionable recommendations (Section 4) that can help unlock the full potential of the query proceeding, thereby strengthening Brazil's antitrust enforcement and fostering a more competitive market environment.

2 Developments of the legal framework on queries

The first reference to the query procedure in Brazil's antitrust laws came with Law No. 8,158/1991.⁷ This statute partially changed Law No. 4,137/1962 (the law that created CADE)

⁵ In addition to the limited number of query cases examined by CADE, it is worth noting that the literature about the topic in Brazil is also scarce. Paulo Furquim and Marcos Verissimo are one of the few commentators that conducted a thorough research about the topic, having also endorsed in 2012 the opinion that the query proceeding had been neglected in Brazil at the time. See VERÍSSIMO, Marcos Paulo; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **O Estatuto das Consultas no CADE: Proposta de regulamentação do art. 9º, § 4º, da Lei n. 12.529/2011**. São Paulo: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES), 2012. In 2015, Commissioner Paulo Burnier analyzed the evolution of the legal framework involving the query proceeding in its opinion in *MasterCard (2015)* (Query No. 08700.007817/2015-18; applicant: MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.).

⁶ Differently from what happens in Brazil, there has been more discussion in the literature about the use of similar tools by foreign competition authorities. About the Federal Trade Commission's ("FTC") Advisory Opinions, and the Antitrust Division of the United States Department of Justice ("DOJ"), see, for instance: WILLIAM D. DIXON. Federal Trade Commission Advisory Opinions. *Administrative Law Review*, Vol. 18, (1965), pp. 65-79; and GLOBAL COMPETITION REVIEW. FTC and DOJ promise quick turnaround on advisory opinions. March 25, 2020. Accessed on September 10, 2024. Available at: <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/ftc-and-doj-promise-quick-turnaround-advisory-opinions>.

⁷ Therefore, one should note that neither Decree No. 7,666/1945 – considered as the first antitrust act of Brazil –, nor Law No. 4,137/1962 mentioned anything about queries.

and added a number of provisions, including on the query mechanism. Law No. 8,158/1991 established that all interested parties could consult CADE (and the then existent National Secretariat of Economic Law) regarding the lawfulness of “acts that may lead to restrictions to competition or that may lead to economic concentration” (Article 10).⁸ According to the statute, CADE should review such queries within 60 days, otherwise the applicant could not receive sanctions for any action related to the object of the conduct in the period between the end of such 60-day period and the day that CADE issued its ruling (Article 10, § 1º). In case of mergers, companies were allowed to implement the transaction in case CADE did not render its decision within such 60-day timeframe (Article 13, § 3º and § 4º).⁹

Law No. 8,884/1994 had a specific but shorter chapter about the query procedure (Title VII, Chapter III, Article 59), whereby it maintained similar provisions in comparison with Law No. 8,158/1991 (e.g., 60-day deadline for review). It also established that CADE’s Internal Statutes would further regulate the query procedure.

CADE’s Resolution No. 10/1997 approved the Authority’s first Internal Statutes after Law No. 8,884/1994 entered into force. It was the first norm that shed light to civil society on the requirements for submitting queries to the Authority. According to Article 26 of such Internal Statutes, the query request should contain (i) a clear indication of its object, in addition to a thesis with legal foundation; and (ii) proof of the applicant’s legitimate interest on the matter. If these requirements were not met, the query would be promptly rejected (Article 26, single paragraph). Once a Rapporteur – one of the Commissioners of the Tribunal – was designated to the case, the Rapporteur could, if necessary, suggest CADE’s President to request additional evidence and adopt further discovery initiatives, including requesting the opinion of other economic agents, provided that a deadline was given for all of these measures (Article 27). As it will be further detailed, this contrasts with the current rules that limit CADE’s powers to gather additional evidence in queries. *CADE’s lack of ability to conduct discovery in queries is a topic of great controversy and has led CADE to reject a considerable number of cases, given the limitations imposed by Articles 3 and 4 of Resolution No. 12/2015.*

⁸ BRASIL. **Lei n.º 8.158, de 8 janeiro de 1991.** Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/18158.htm>. Acesso em: 15 jul. 2024.

⁹ Article 11, of Law No. 8,158/1991, stated that CADE’s Internal Statutes would regulate further the query procedure. However, the first Internal Statutes available at CADE’s website are the ones approved by Resolution No. 10/1997, which entered in force after Law No. 8,884/1994 was already in force (instead of Law 8,158/1991). See <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/regimento-interno/historico-de-modificacoes> (access in 12 jun. 2024) and <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/normas-e-legislacao/resolucoes-1> (access in 12 jun. 2024).

CADE's Resolution No. 18/1998¹⁰ was the first Resolution entirely devoted to the query procedure. It established that "any interested party, including governmental bodies from federal, states and cities' administration can submit queries to CADE" (Article 1). In practice, by answering to queries formulated by public bodies, CADE is executing its advocacy role, whereby it promotes competition policy by issuing opinions on law bills, sector regulation, among other initiatives.

An innovation that Resolution No. 18/1998 brought was an explicit mention that queries could relate to "hypothetical practices or to an ongoing conduct" (Article 3). The term "hypothetical practices" was troublesome because it invited applicants to submit broad queries, about conducts not clearly delineated or that the applicant has no concrete plans in implementing in the near future. Fortunately, Resolution No. 12/2015 solved this issue by changing the wording to "commercial practice, agreement or business conduct that have been already designed and planned but are yet to be put into place."¹¹

Perhaps the most notable aspect of Resolution No. 18/1998 was the requirement that the applicant should fill out a form (Article 7) presenting specific information about its request. Through such form (introduced as an attachment to the resolution), parties had to provide a large volume of information,¹² making it resemble a merger filing form (akin to a shorter version of Resolution No. 33/2024's form). It should be noted that at the time Resolution No. 18/1998 was enacted, the *ex ante* merger control regime was not in force yet, so parties could implement transactions prior to requesting CADE's approval.

Articles 9 and 10 provided explicit delineation on the scope of CADE's decisions on queries. The Authority could rule that the conduct (i) was lawful; (ii) was unlawful; or (iii) had indicia of unlawfulness, triggering the launch of an investigation. With respect to mergers, CADE could determine (i) that the transaction met the mandatory notification thresholds; or,

¹⁰ CADE. Resolution No. 18/1998, of November 25, 1998. Available: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2018%2C%20de%2025%20de%20novembro%20de%201998.pdf>.

¹¹ CADE. Resolution No. 12/2015, of March 11, 2015. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%2012.pdf>.

¹² Including (i) the group of companies to which they belong; (ii) their groups' turnover in the previous year, in Brazil and worldwide; (iii) mergers that they took part in and new companies they created in Brazil or in Mercosur in the previous 3 years; (iv) the reasons why they were engaging in such practice or agreement, including potential efficiencies; (v) horizontal overlaps and vertical integrations between the parties' activities; (vi) parties' sales (in R\$) related to these activities, including an estimate of the markets' total size (in R\$); (vii) estimates of the parties and main competitors' market shares; among others.

(ii) vaguely, that other measures were required to complete the assessment. In any stage of the procedure, CADE's President, if requested by the Rapporteur, could ask the applicant to submit further clarifications (Article 13). Like Article 27 of Resolution No. 10/1997, *this provision opened the door for CADE to collect further information throughout the proceeding, which is not allowed by the current rules.*

CADE's Resolution No. 45/2007 brought new Internal Statutes, altering some of the provisions of Resolution No. 18/1998, including increasing from 60 days to 90 days the deadline that CADE had for reviewing queries, and the need for paying a filing fee (Title IV, Section II).¹³ *The most controversial aspect of these Statutes was Article 103, which claimed that CADE's answers to queries did not represent, under any circumstance, the Authority's permission for the applicant to put in practice the object of the query. Seeking clarification whether a practice, agreement or conduct violates or not the antitrust laws, and, in case of compliance, obtaining antitrust authorization, is queries' main objective. Thus, this provision emptied the very nature of the proceeding. Moreover, the wording of Article 103 seemed to contradict Article 107, which covers what kind of decision CADE could issue, being one of them concluding that conduct is not an anticompetitive infringement. Fortunately, Article 8 of Resolution No. 12/2015 solved this problem by reaffirming the binding effect of CADE's ruling.*

Finally, moving to the legislation currently in force, the discussions in Congress within Bill No. 3,937/2004, which resulted in the enactment of the Law No. 12,529/2011 (the "Brazilian Competition Act"), emphasized the need to promote changes in queries brought before CADE:

Law 8.884/94 provides for the possibility of consultations with CADE on matters within its competence. *This tool has definitely not been successful, not least because the consultations submitted tend to be about conducts in theory. Naturally, the assessment of any conduct depends on a series of particularities of the underlying rules which will only be known when the conduct is already taking place. Therefore, we have defined that the Court will be able to answer queries about conducts in progress, in order to avoid CADE having to give*

¹³ CADE. Resolution No. 45/2007, of March 28, 2007. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2045%2C%20de%2028%20de%20mar%C3%A7o%20de%202007.pdf>.

opinions on conducts that are still very vague, with little detail about their *modus operandi*.¹⁴ (emphasis added)

Nonetheless, despite the contributions of the Brazilian Competition Act, which, among other measures, established the *ex ante* merger control regime, it did not bring meaningful changes to the query proceeding.

CADE's Resolution No. 12/2015¹⁵ is the current normative document entirely devoted to queries. The Resolution establishes that firms, entities and sector associations are allowed to submit queries to obtain guidance on three specific situations (Articles 1 and 2), namely: (i) interpretation of the antitrust laws regarding merger control; (ii) whether a business conduct already in place infringes the antitrust laws or not (least recurrent type); or (iii) whether a practice yet to be put into place infringes the antitrust laws (majority of cases from 2015 to 2024).

Other relevant provisions of the Resolution include Articles 3¹⁶ and 4¹⁷ - which pertain to the requirements for queries to be processed and, if accepted, to entail a ruling on its merits by CADE's Tribunal. Article 6 establishes the 120-day deadline for reviewing queries (an increase comparing with previous norms). Article 7 dictates that queries will be answered according to the information that the applicant supplied in addition to public information. To this author's view, this provision limits the usage and effectiveness of queries in Brazil, and should be reviewed. Articles 8 and 9, on the other hand, brought important contributions, by determining queries' binding effects, including the limitations of such effects (e.g., *inter partes*; no more than five years; CADE can revisit ruling in case new facts arise). In fact, the powers that Article 9 grants to CADE are noteworthy, given that they allow the Authority to reconsider its decision also due to "new motives," which is arguably a broad justification.

¹⁴ BRASIL. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. **Projeto de Lei n.º 3.937, de 2004 (Apenso: 5.877/05)**. Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências". Autor: Deputado Carlos Eduardo Cadoca. Relator: Deputado Ciro Gomes. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518696&filename=Tramitacao-PL%203937/2004. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁵ CADE's Resolution No. 12/2015 entered in force on March 17, 2015.

¹⁶ Requirements include identification of the parties, relevant case law, and documents, description of the facts, among others.

¹⁷ CADE shall not accept queries presented by non-interested third parties not involved in the matter, involving objects of previous investigations or regulation, or that fall outside CADE's jurisdiction, among other circumstances.

3 Cade's Case Law On Queries

3.1. Key statistics

According to *CADE em Números*, from January 2015 to June 2024, CADE's Tribunal reviewed a total of 35 queries (an average of roughly three queries per year).¹⁸¹⁹ After a peak of nine cases in its first year, Resolution No. 12/2015 shied away. The number of queries decreased significantly throughout the years, reaching no more than three cases per year from 2015 to 2023 (except in 2018, when CADE reviewed seven queries). There were only two queries last year (2023).

From these 35 cases, one case was ruled on before Resolution No. 12/2015 entered into force,²⁰ while in other four cases such Resolution was enacted between the query's filing date and its ruling date.²¹ Twenty-two cases (62,9%) passed the admissibility test, fulfilling the requirements of Articles 3 and 4 of Resolution No. 12/2015. With respect to the other 13 cases (37,1%), CADE partially admitted one²² (CADE rejected one of the objects of the query) and dismissed two²³ (given that the applicant itself withdrew the query). One case lost its object²⁴ (query about a merger that was notified by the applicant to the Authority later via the merger control procedure). Nine cases (25,7%) were fully rejected for not meeting Resolution No. 12/2015's criteria. Therefore, the data demonstrates that *a significant number of queries (37,1%) did not receive an analysis of their merits.*

Among the reasons for rejection, Article 4, III ("need for considering additional facts") and Article 4, V ("information supplied by the applicant does not allow CADE to give an informed ruling"), were the motives most often pointed out by CADE to reject queries from 2015 to 2024. These two motives (either alone or combined with others) were used to reject

¹⁸ Such database is available at: <https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmoros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>.

¹⁹ Considering that (i) Law No. 12,529/2011 revoked Law No. 8,884/1994 entirely and brought significant changes to competition law in Brazil; and (ii) *CADE em Números*' contains data on queries from 2015 onwards only; this paper will limit its analysis on the queries that CADE reviewed from 2015 to June 2024.

²⁰ Query No. 08700.009432/2014-04 (applicant: SAAB Participações e Novos Negócios S.A.).

²¹ Queries No. 08700.009476/2014-34 (applicant: ABB Ltda.); 08700.010488/2014-01 (applicant: International Finance Corporation – IFC); 08700.006564/2014-85 (applicant: Castrolanda – Cooperativa Agroindustrial Ltda.); and 08700.004459/2012-49 (applicant: José Ronaldo Kulb).

²² Query No. 08700.006858/2016-78 (applicant: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG).

²³ Query No. 08700.007124/2015-25 (applicant: Center Norte S.A. - Construção, Empreendimentos, Administração e Participação).

²⁴ Query No. 08700.009432/2014-04 (applicant: SAAB Participações e Novos Negócios S.A.).

five cases. The requirements of Article 4, I (“applicant not directly involved in the matter”)²⁵, Article 4, II (“lack of objective indication of the query’s object”)²⁶, Article 4, IV (“purely hypothetical situation”)²⁷, Article 4, VI (“matter falls outside of CADE’s jurisdiction”)²⁸, and Article, VII (“matter already addressed by a rule or *súmula*”)²⁹, standalone led to the rejection of one case each.

The analysis of CADE’s case law sheds light into the reasons parties filed queries to CADE in the first place. Of the 35 queries, 22 of them related to conducts: 19 (50%) pertaining to non-initiated conducts, and three regarding conducts that had already initiated.³⁰ Thirteen queries related to mergers and one of them³¹ consisted of a query to obtain clarification whether the then recently enacted Law No. 12,529/2011 was applicable to the case at hand or whether Law No. 8,884/1994 should be applied.

3.2. Insights from landmark cases

In multiple instances, CADE has already stressed the importance that queries have in competition policy in Brazil. Although the number of queries has been historically shy, as detailed in the previous chapter, query cases have been the stage of many important decisions issued by CADE.

The relevance of queries is also highlighted by its ability to influence how CADE will rule on future cases. In fact, the conclusions that CADE adopted in queries served as jurisprudence for CADE ruling not only other queries, but also deciding on mergers and conduct investigations.

For instance, referring to *Hamburg Süd/CMA CGM (2017)*³², CADE concluded in *CMA CGM/Cosco/Evergreen (2021)*, *Hapag-Loyd/Nile Dutch (2021)* and *CMA CGM/Maersk*

²⁵ Query No. 08700.006520/2021-83 (applicant: ICTSI Americas B.V. e ABTRA - Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados).

²⁶ Query No. 08700.007817/2015-18 (MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.).

²⁷ Query No. 08700.006858/2016-78 (applicant: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG). This case was partially admitted and partially rejected, as mentioned previously.

²⁸ Query No. 08700.003762/2019-09 (applicant: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará - COOPANEST/CE).

²⁹ Query No. 08700.004474/2020-05 (applicant: Dupatri Hospitalar Comércio, Importação e Exportação Ltda.).

³⁰ Queries No. 08700.007817/2015-18 (applicant: MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.); 08700.006520/2021-83 (applicant: ICTSI Americas B.V. e ABTRA - Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados); and 08700.007327/2023-21 (applicant: Buser Brasil Tecnologia Ltda.).

³¹ Query No. 08700.004459/2012-49 (applicant: José Ronaldo Kulb).

³² Query No. 08700.008081/2016-86 (applicants: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG; and CMA CGM S.A.).

(2021)³³ that Vessel Sharing Agreements (“VSAs”) between maritime freight companies could raise antitrust concerns and should be notified as associative contracts, differently than Slot Charter Agreements (“SCAs”). Moreover, the reasoning adopted in *Hamburg Süd/Hapag-Lloyd (2016)*³⁴ guided the assessment of criteria for mandatory notification of associative agreements in *Ford/Volkswagen (2021)*³⁵, especially for discussing situations where companies lacked joint-risk and profit-sharing efforts. For similar purposes, Commissioner Mauricio Bandeira Maia’s vote in *BRF/Upfield (2020)*³⁶ cited *Warner Bros/EA (2016)*.³⁷

Another example is *SINTRACON/SEVEICULOS (2018)*³⁸, which led to the initiation of a subsequent conduct investigation.³⁹ In *SINTRACON/SEVEICULOS (2018)*, two unions filed a query whereby they questioned CADE on the lawfulness of price tables used for hiring land freight workers. Commissioner Paula Azevedo, who acted as the case Rapporteur, provided a comprehensive analysis of CADE’s case law concerning price tables adopted by unions and trade associations – stating that CADE considers such practice as an anticompetitive infringement under the auspices of Law No. 12,529/2011. Similarly to *APRO (2016)*,⁴⁰ CADE posited that influencing uniform commercial practices hindered agents’ ability to freely negotiate commercial variables (e.g., prices), causing harm to consumers (e.g., prices set artificially above the competitive level). *SINTRACON/SEVEICULOS (2018)* was also cited in the investigation against *Augustinho Stang/Portal São Francisco/Pandolfi Combustíveis* to emphasize CADE’s concerns with price tables.⁴¹

Queries have also helped CADE to obtain a better understanding of a sector and to deploy the knowledge acquired in previous cases. The queries on vehicle’s electronic tags and

³³ Merger No. 08700.002610/2021-03 (applicants: CMA CGM S.A.; Cosco Shipping Lines Co., Ltd.; Evergreen Marine Corp. Ltd.; and Pacific International Lines PTE Ltd.); Merger No. 08700.001515/2021-84 (applicants: Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft; and Nile Dutch Investments B.V); and Merger No. 08700.007341/2021-63 (applicants: CMA CGM S.A.; and Maersk A.S.).

³⁴ Query No. 08700.006858/2016-78 (applicant: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG; and Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft).

³⁵ See SG’s Opinion No. 374/2021 in Merger No. 08700.004247/2021-52 (applicants: Ford Motor Company; and Volkswagen AG).

³⁶ See Commissioner Mauricio Bandeira Maia’s vote in Merger No. 08700.003855/2020-69 (applicants: BRF S.A.; and Upfield Brasil Holding Ltda.).

³⁷ Query No. 08700.008419/2016-08 (applicants: Warner Bros Home Entertainment Inc.; and EA Swiss Sàrl).

³⁸ Query No. 08700.001540/2018-62 (applicants: Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres e Cargas em Geral de Itajaí e Região – “SINTRACON”; and Sindicato das Empresas de Veículos de Transporte de Carga e Logística de Itajaí e Região – “SEVEICULOS”).

³⁹ Administrative Proceeding No. 08700.002160/2018-45 (claimant: CADE *ex officio*; defendant: SINTRACON).

⁴⁰ Query No. 08700.004483/2016-10 (applicant: Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais).

⁴¹ Administrative Proceeding No. 08700.005636/2020-14 (defendants: Augustinho Stang, Posto de Combustíveis Portal São Francisco Ltda., Stang & Stang Ltda. e Pandolfi Combustíveis Ltda.).

on conducts by credit card companies are great illustrations of that. CADE's General-Superintendence's ("SG") decision in the merger *Alelo/Conectcar (2021)*⁴² referred to the query *CGMP/Conectcar (2015)*⁴³ to incorporate CADE's analysis on the market for vehicle electronic identification tags used in parking lots. In *CGMP/Conectcar (2015)*, CADE assessed whether an agreement between competitors would trigger competition concerns, as well as whether it would be a notifiable associative contract. This case reinforces the fact that questions related to associative contracts are often the object of queries. The Rapporteur, Commissioner João Paulo Resende, issued a detailed vote, in which he emphasized "the importance of the query instrument as a way of resolving market agents' doubts about operations of this nature," having "strongly recommended that similar contracts, even if they do not fall within the definition of associative contracts, be submitted to this Court by means of a query."⁴⁴

*Visa (2017)*⁴⁵ and *Redecard (2018)*⁴⁶ cases were mentioned in SG's technical opinion in the administrative inquiry against *Elo/American Express/Visa/Mastercard (2018)*⁴⁷ to highlight that CADE had already examined similar conducts in the past. Similarly to *Mastercard (2015)*,⁴⁸ Visa wanted to adopt changes in its agreements with facilitators so that they would be obliged to supply certain information to Visa about the stores where transactions using Visa's card took place. The Rapporteur, Commissioner Alexandre Cordeiro, however, understood that, unlike in *Mastercard (2015)*, the applicant in this case successfully presented all of the required documents for admitting the query. Proceeding with the analysis, Cordeiro reasoned that discrimination between competitors is a conduct that asks for a rule of reason analysis, which can only be undertaken with an in-depth discovery. His vote indicates that queries involving conducts analyzed under the rule of reason face additional obstacles for admission. The Rapporteur also flagged that analyzing what Visa would do after it had possession of the sensitive information fell outside the scope of the query. If necessary, he

⁴² See SG's Opinion No. 1/2022 in Merger No. 08700.005296/2021-11 (applicants: Alelo S.A.; and Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.).

⁴³ Query No. 08700.007192/2015-94 (applicants: Centro de Gestão de Meios de Pagamentos S.A.; and Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.).

⁴⁴ See João Paulo Resende's opinion in Query No. 08700.007192/2015-94 (applicants: Centro de Gestão de Meios de Pagamentos S.A.; and Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.).

⁴⁵ Query No. 08700.000468/2017-75 (applicant: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.).

⁴⁶ Queries No. 08700.004009/2018-41, 08700.004010/2018-76, 08700.004011/2018-11 and 08700.004012/2018-65 (applicant: Redecard S.A.).

⁴⁷ See SG's Technical Opinion No. 7/2019 in Administrative Inquiry No. 8700.005986/2018-66 (claimant: CADE *ex officio*; defendants: Elo Serviços S.A.; American Express Brasil Assessoria Empresarial Ltda.; Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.; and Mastercard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.)

⁴⁸ Query No. 08700.007817/2015-18 (applicant: MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.).

claimed that CADE could open an investigation in case indicia of anticompetitive behavior was found in the future.

In *Redecard (2018)*, the Rapporteur, Commissioner Paula Azevedo, pondered on *what kind of decision could the Authority issue on a query procedure*, notably whether CADE could issue a broad ruling saying the conduct “could pose anticompetitive concerns,” rather than categorically affirming that the conduct was lawful or unlawful. CADE issued such generic ruling in *ABB (2014)* and *APRO (2016)*, but not without controversy. So, it is foolhardy to say that there is undisputed case law supporting such generic rulings. On the one hand, the fact that the object of a query entails a rule of reason analysis should not be a motive to reject the conduct, but rather it could result in a generic ruling on the merits. On the other hand, the dissenting opinions of Commissioner Frazão in *ABB (2014)* and *Castrolanda (2014)* opens the door for CADE potentially rejecting queries because its object are conducts that triggers the rule of reason analysis, similar to the discussion held in *Visa (2017)*.

The queries involving resale price maintenance (“RPM”) and related practices have established groundbreaking understandings on how CADE perceives and analyzes such conducts. *Continental (2018)*⁴⁹ was a landmark case where CADE authorized the automobile tire manufacturer to implement a RPM policy, considering the (i) lack of unilateral or coordinated market power; (ii) prices unilaterally imposed by the manufacturer (without coordination with and/or between resellers); and (iii) lack of discrimination among resellers (all of them were equally subject to the policy). Commissioner Cristiane Alkmin issued a dissenting opinion arguing that every minimum price policy should be considered unlawful *per se* by CADE.

In *Michelin (2021)*,⁵⁰ Commissioners dissented on whether a study by CADE’s Department of Economic Studies (*Departamento de Estudos Econômicos* - herein “DEE”) could be undertaken or not, given the normative limitations of queries. Following Commissioner Azevedo’s decision in this incidental matter, the majority of the Tribunal understood that *further evidence gathering, including obtaining a technical opinion by the DEE, is not possible in queries*. In his vote, President Cordeiro lamented such decision taken by the Tribunal, emphasizing that “PROCADE [CADE’s Attorney General] and DEE are part of CADE. They are CADE’s technical bodies.”⁵¹ In his view, not allowing DEE to subsidize the

⁴⁹ Query No. 08700.004594/2018-80 (applicant: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.).

⁵⁰ Query No. 08700.004460/2021-64 (applicant: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda.).

⁵¹ See President Cordeiro’s opinion in Query No. 08700.004460/2021-64 (applicant: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda.).

Tribunal's decisions on queries would prevent CADE from enhancing the quality of its own decisions in queries. He urged the Tribunal to reflect on this matter in future cases.

In *Grid Pneus v. Bellenzier Pneus and others (2024)*⁵², the Rapporteur's vote cited *Continental (2018)*⁵³ and *Michelin (2021)*⁵⁴ to argue that CADE's case law treats RPM-like conducts involving intrabrand competition as a conduct subject to the rule of reason, considering that both anticompetitive and procompetitive effects can arise. Such queries were also mentioned in *Technos (2023)*.⁵⁵ Discussions about *Continental (2018)*⁵⁶ also took place in the merger *SBT/Record/RedeTV/Simba (2023)*,⁵⁷ notably with respect compensatory power issues. Commissioner Alkmin's vote in *Continental* elaborated on such power to distinguish RPM from price tables, given the possibility of price tables offering compensatory power.

Adding to the list of queries involving RPM-like conducts, CADE also examined *Ipiranga (2021)*,⁵⁸ where it enlisted assessment criteria for such practices, including whether: (i) there is a mere suggestion (less concerning), rather than an imposition (more concerning) of prices; (ii) there are retaliation mechanisms (if present, conduct is more concerning) for those players that do not comply with the suggested price; (iii) they involve maximum (less concerning) or minimum (more concerning) prices; and (iv) prices are suggested or imposed unilaterally (less concerning) by the supplier, rather than via coordination (more concerning) between suppliers and resellers. Differently than *Continental (2018)* and *Michelin (2021)*, the lack of discriminatory treatment was not ranked here as factor that mitigates concerns.

In addition, *queries have provided insights on the definition of economic groups for the purposes of notifying and assessing mergers*, notably with respect to calculating groups' turnover and market shares. In this sense, references to the *Unimed Campinas/Americana (2023)*⁵⁹ query were made in the *Gerdau/Unimed (2023)*⁶⁰ merger and in the investigation *São*

⁵² Administrative Proceeding No. 08700.003266/2022-42 (claimant: Grid Pneus e Serviços Automotivos Ltda.; defendant: Bellenzier Pneus, Campneus Comercial e Importadora de Pneus Ltda.; among others).

⁵³ Query No. 08700.004594/2018-80 (applicant: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.).

⁵⁴ Query No. 08700.004460/2021-64 (applicant: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda.).

⁵⁵ Administrative Proceeding No. 08700.004563/2017-48 (defendant: Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A.).

⁵⁶ Query No. 08700.004594/2018-80 (applicant: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.).

⁵⁷ Merger No. 08700.009574/2022-81 (applicants: TV SBT Canal 4 de São Paulo S.A.; Rádio e Televisão Record S.A.; TV Ômega Ltda.; Simba Content – Intermediação e Agenciamento de Conteúdos Ltda.).

⁵⁸ Query No. 08700.002055/2021-10 (applicant: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.).

⁵⁹ Query No. 08700.000931/2023-27 (applicants: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico; Unimed de Santa Barbara D'Oeste e Americana Cooperativa de Trabalho Médico).

⁶⁰ See SG's Technical Opinion No. 8/2024 in Merger No. 08700.007656/2023-72 (applicants: Gerdau Açominas S.A.; Fundação Ouro Branco; Unimed Conselheiro Lafaiete Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.; Unimed São João Del Rei Cooperativa de Trabalho Médico; and Unimed Inconfidentes Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.).

*Francisco v. Unimed (2024)*⁶¹ to conclude that all cooperatives belonging to the Unimed system should be considered as belonging to the same economic group. Merging parties in merger *Eni/QatarEnergy (2022)*⁶² mentioned CADE's ruling in *CEMIG (2020)*⁶³ to argue that a state-owned Italian company did not belong to the same economic group of other firms controlled by the Italian Government that were not related to the merger. Similar understanding was adopted by SG's opinion in the merger *Shelf/Companhia Docas do Espírito Santo (2022)*.⁶⁴

Another interesting – and less recurring – topic where queries provided meaningful insights is the effects that tax benefits may cause in market competition. In this regard, the merger investigation *Petróleo Sabba v. Atem (2019)*⁶⁵ referred to the query *Philips/Panasonic/Sony/Semp Toshiba (2006)*⁶⁶ to state that CADE does not consider tax benefits as an infringement to antitrust laws *per se*.

Therefore, the analysis of CADE's case law indicates that queries were important to inform CADE's decisions on a number of aspects in subsequent cases, including both *preliminary issues (e.g., requirements for notifying associative agreements; criteria for forming economic groups) and merit analysis (e.g., lawfulness of price tables and RPM-like conducts; legality of tax benefits; and further understanding of the competitive dynamics of given sector)*.

The recent cases that CADE ruled this year – i.e., *Buser (2024)*⁶⁷ and *Cassol/Todimo (2024)*⁶⁸ – involved insightful debates which certainly will also affect competition policy in Brazil in the future. In *Buser (2024)*, the applicant questioned whether compliance with a new regulation of the National Agency of Land Transportation (*Agência Nacional de Transportes Terrestres* – herein “ANTT”) that puts obstacles for entrants could lead to an antitrust infringement. Following Commissioner Victor Fernandes' vote, CADE reaffirmed that compliance with sector regulations does not guarantee antitrust immunity. The Tribunal –

⁶¹ See SG's Technical Opinion No. 6/2024 in Administrative Proceeding No. 08700.007522/2017-11 (claimant: São Francisco Sistemas de Saúde Ltda. - Hapvida Assistência Médica S.A.; defendants: Unimed de Assis Cooperativa de Trabalho Médico; Elyseu Palma Boutros; Hospital e Maternidade de Assis Ltda.; and Santa Casa de Misericórdia de Assis.).

⁶² SG's Opinion No. 499/2022 in Merger Control No. 08700.006889/2022-77 (applicants: Eni S.P.A.; and QatarEnergy Oil and Gas).

⁶³ Query No. 08700.003594/2019-43 (applicant: Companhia Energética de Minas Gerais – “CEMIG”).

⁶⁴ SG's Opinion No. 266/2022 in Merger No. 08700.003467/2022-40 (applicants: Fundo de Investimento em Participações Shelf 119 – Multiestratégia; and Companhia Docas do Espírito Santo).

⁶⁵ Administrative Inquiry No. 08700.004019/2019-68 (claimant: Petróleo Sabbá S.A.; defendant: Atem's Distribuidora de Petróleo S.A.).

⁶⁶ Query No. 08700.002380/2006-3 (applicants: Philips do Brasil Ltda.; Panasonic do Brasil Ltda.; Sony Brasil Ltda.; Semp Toshiba S.A.).

⁶⁷ Query No. 08700.007327/2023-21 (applicant: Buser Brasil Tecnologia Ltda.).

⁶⁸ Query No. 08700.001177/2024-23 (applicants: Cassol Materiais de Construção Ltda e Todimo Materiais para Construção S.A.).

following the Rapporteur’s vote, which cited *ICTSI (2022)*⁶⁹ – decided to reject the query, given that discussing whether certain sector regulations are anticompetitive or not did not fall under the three hypotheses of Article 2, of Resolution No. 12/2015. CADE claimed that deciding on the lawfulness of a specific sectoral regulation from an antitrust perspective would make CADE’s decision binding to other parties not involved in the query (infringing the *inter partes* nature of queries). Yet, CADE used the opportunity to flag antitrust concerns deriving from ANTT’s proposed regulation. It is also worth noting that Commissioner Diogo Thomson pondered that CADE should reflect on how to make better use of the query proceeding in general, which, in his view, has been underutilized for a long time. *While this very recent case reveals additional circumstances where queries will not be admitted, it also shows how CADE can make better use of them to empower competition policy in Brazil through its advocacy role.*

In *Cassol/Todimo (2024)*, CADE authorized a partnership between firms to negotiate jointly with suppliers in order to obtain better purchasing conditions, having differentiated joint procurement agreements from purchasing cartels. CADE found that the partnership should not be deemed a notifiable associative agreement, pursuant to Resolution No. 17/2016. Commissioner Gustavo Augusto stated that requiring a separate filing of the transaction as a merger filing would only consume more public resources, which was not in the public administration’s best interests. President Alexandre Cordeiro, in turn, stated there is no guidance in Brazilian competition law to differentiate legitimate collaborations from illegal collusions. Citing the Australian Competition and Consumer Commission’s (“ACCC”) collaboration exemption mechanism, Cordeiro said providing such guidance and orientation to civil society would be welcome.

4 Conclusions and Recommendations for Enhancing the Query Proceeding

Queries face the challenge of balancing two important pillars of law enforcement. The first is ensuring legal certainty for companies to do business. The other is requiring enforcers to rule only when there is sufficient evidence at their disposal, including granting them flexibility for reconsideration in case new legal or factual circumstances arise.

To solve this equation, the query proceeding will only be effective when there are binding effects for the Authority. Otherwise, there are no benefits, and, thus, no incentives for

⁶⁹ Query No. 08700.006520/2021-83 (applicant: ICTSI Americas B.V. e ABTRA - Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados).

market agents to file queries in the first place. That is why Article 103 of Resolution No. 45/2007 was doomed to failure, and why Article 9 of Resolution No. 12/2015 represents an important cornerstone of the query proceeding. Similar instruments at disposal of other public bodies in Brazil establish binding effects on the enforcer, as it is the case of the Federal Court of Accounts (“TCU”)⁷⁰ and the Brazilian Federal Revenues Office (“RFB”).⁷¹ Likewise, the Federal Trade Commission (“FTC”) in the United States has at its disposal similar tools for examining consultations made by firms beforehand, including *Industry Guidance*⁷² and *Competition Advisory Opinions*.⁷³

Recommendation No. 1: Departing from a strict prohibition on the Authority’s evidence-gathering powers.

Like the case law discussed earlier demonstrates, CADE’s lack of power to obtain additional evidence is arguably one the most controversial aspects for admitting queries in Brazil. In contrast, the Australian counterpart, ACCC, *not only has powers to request more information from applicants and third parties in its authorization proceedings, but it also welcomes written submissions on the draft determination from them.* While acknowledging the importance of CADE delivering timely responses to market agents so that query’s goals are met, not allowing any type of evidence-gathering in the proceeding seems to be an approach not only overly restrictive on the applicants, but also harmful to CADE. Parties should have the ability to submit as much evidence as possible, and CADE should have at least some flexibility to ask applicants or even third parties to submit additional information, in line with what Article 27 of Resolution No. 10/1997 and Article 13 of Resolution No. 18/1998 used to enable.

Recommendation No. 2: Providing greater clarity on the information that applicants should submit.

The query proceeding could benefit from having more transparent and concrete guidance on what type of information and which documents applicants should submit to CADE. This would mitigate the concerns regarding “hypothetical” or broad queries, as well as those pertaining queries without sufficient evidence. Additionally, greater guidance would foster the utilization of queries in Brazil, because if businesses have a better understanding on what they

⁷⁰ TCU’s Internal Statutes (Articles 264 and 265) establish that TCU’s answers to queries will have the nature of a norm, constituting a prejudgment of a thesis, but not of the specific fact or case at hand.

⁷¹ Interested parties can submit consultations to the RFB to obtain clarifications on the interpretation of tax law.

⁷² FTC. Industry Guidance. Available at: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/industry-guidance>. Access in: 3 sep. 2024.

⁷³ FTC. Advisory Opinions. Available at: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/competition-advisory-opinions>. Access in: 3 sep. 2024.

need to submit to the Authority, CADE would receive more evidence from the outset. Thus, CADE would need to deploy evidence-gathering powers less often (Recommendation No. 1). CADE should issue a specific version of its – very successful – Guidelines entirely dedicated to queries to solve this issue, enabling both civil society and the Authority itself to save resources.

Recommendation No. 3: Allowing time extension upon agreement.

The purpose of queries is to provide clarifications to companies within an expedite timeframe. Therefore, the implications of the time set by the law for review are twofold. On the one hand, if too long, firms will not feel encouraged to submit queries and authorities will fail to provide timely guidance to companies. On the other hand, time must be long enough to allow the agency to issue a founded and appropriate ruling.

In this sense, allowing more flexibility for CADE to review queries should be welcomed. Brazil could follow Australia’s example in this regard. In Australia, parties can seek ACCC’s “authorization” to engage in a commercial practice, obtaining an “exemption from competition law.”⁷⁴ Although such authorization proceeding must be concluded within six months as the general rule, additional six-month extensions are allowed as long as (i) the ACCC has made a draft decision by the initial review period; and (ii) the *extension is agreed on with the applicant*. Allowing this type of flexibility to accommodate both the Authority’s and the applicant’s needs could help making the query proceeding more attractive in Brazil.

Recommendation No. 4: Limiting postponements for review.

CADE took, on average, 79 days to review queries between 2015 to 2024, according to *CADE em Números*. This data demonstrates that CADE has been able to decide on a timely manner, using significantly less time than its 120-day legal deadline. However, in some cases CADE took more than 120 days to decide. This happened (i) when CADE’s Administrative Tribunal remained with less than 4 (four) members, which Law No. 12,529/2011 establishes as the minimum quorum that allows the agency’s Tribunal to render decisions on cases; and (ii) when a member of the Tribunal requested access of the case files and postponed the conclusion of the ruling for significant period of time. While the former falls outside CADE’s accountability, the latter is a reason of delay attributable to CADE itself. When used in excess, Commissioners’ request for case files can lead to rulings taking a long time to be concluded,

⁷⁴ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. **About Exemptions**. Available at: <https://www.accc.gov.au/business/competition-and-exemptions/exemptions-from-competition-law/about-exemptions>. Access in: 15 jul. 2024.

impairing the very nature that the query procedure is driven by. Normative alterations in this regard would be welcome, such as limiting one request for postponement per Commissioner or shortening the time a Commissioner may remain reviewing the case after requesting the access to the case files (e.g., 60 days, pursuant to Article 95, § 2º, of CADE's Internal Statutes).

Recommendation No. 5: Using queries for detecting anticompetitive conducts.

Article 11 enables CADE to convert queries about ongoing practices into conduct investigations. Not surprisingly, queries of such kind have been the least recurring type of queries. While CADE must act whenever it becomes acquainted of potential illegal conduct and queries should not work as a shield for infringing companies, allowing certain benefits to firms that are submitting this type of queries might encourage them to do so, making the Authority aware about conducts it would not immediately know otherwise. Advantages could include lesser fines in case of a condemnation in the administrative proceeding deriving from the conduct, for instance. Companies would have the incentive to bring forward queries on ongoing conducts without the fear of receiving the same type of retaliation that companies that remain silent and non-cooperative receive. This would increase CADE's detection techniques and bolster the repression of anticompetitive conducts.

As this article advocates, the recommendations herein provided relate closely to the need for increasing flexibility and transparency towards achieving more effectiveness in CADE's query proceeding. By embracing the proposed changes, the query proceeding should escape from ostracism and would have the ability to deliver a number of benefits to competition policy in Brazil.

5 Bibliographic References

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. **About Exemptions.** Available at: <https://www.accc.gov.au/business/competition-and-exemptions/exemptions-from-competition-law/about-exemptions>. Access in: 15 jul. 2024.

BRASIL. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. **Projeto de Lei n.º 3.937, de 2004 (Apenso: 5.877/05).** Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências". Autor: Deputado Carlos Eduardo Cadoca. Relator: Deputado Ciro Gomes. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518696&filename=Tramitacao-PL%203937/2004. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 8.158, de 8 janeiro de 1991.** Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l8158.htm>. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 12, de 11 de março de 2015**. Disciplina o procedimento de consulta previsto nos §§ 4º e 5º do art. 9º da Lei n. 12.529/2011. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%2012.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 18, de 25 de novembro de 1998**. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre matéria de sua competência. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2018%2C%20de%2025%20de%20novembro%20de%201998.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 45, de 28 de março de 2007**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2045%2C%20de%2028%20de%20mar%C3%A7o%20de%202007.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

CADE. **Administrative Inquiry No. 8700.005986/2018-66** (claimant: CADE ex officio; defendants: Elo Serviços S.A.; American Express Brasil Assessoria Empresarial Ltda.; Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.; and Mastercard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.).

CADE. **Administrative Proceeding No. 08700.002160/2018-45** (claimant: CADE ex officio; defendant: SINTRACON).

CADE. **Administrative Proceeding No. 08700.005636/2020-14** (defendants: Augustinho Stang, Posto de Combustíveis Portal São Francisco Ltda., Stang & Stang Ltda. e Pandolfi Combustíveis Ltda.).

CADE. **Administrative Proceeding No. 08700.003266/2022-42** (claimant: Grid Pneus e Serviços Automotivos Ltda.; defendant: Bellenzier Pneus, Campneus Comercial e Importadora de Pneus Ltda.; among others).

CADE. **Administrative Proceeding No. 08700.004563/2017-48** (defendant: Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A.).

CADE. **CADE em Números**. Available at: <https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Access in: 10 jun. 2024.

CADE. **Merger No. 08700.002610/2021-03** (applicants: CMA CGM S.A.; Cosco Shipping Lines Co., Ltd.; Evergreen Marine Corp. Ltd.; and Pacific International Lines PTE Ltd.).

CADE. **Merger No. 08700.001515/2021-84** (applicants: Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft; and Nile Dutch Investments B.V).

CADE. **Merger No. 08700.004247/2021-52** (applicants: Ford Motor Company; and Volkswagen AG).

CADE. **Merger No. 08700.003855/2020-69** (applicants: BRF S.A.; and Upfield Brasil Holding Ltda.).

CADE. **Merger No. 08700.005296/2021-11** (applicants: Alelo S.A.; and Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.).

CADE. **Merger No. 08700.009574/2022-81** (applicants: TV SBT Canal 4 de São Paulo S.A.; Rádio e Televisão Record S.A.; TV Ômega Ltda.; Simba Content – Intermediação e Agenciamento de Conteúdos Ltda.).

CADE. **Merger No. 08700.007341/2021-63** (applicants: CMA CGM S.A.; and Maersk A.S.).

CADE. **Query No. 08700.009476/2014-34** (applicant: ABB Ltda.).

CADE. **Query No. 08700.007327/2023-21** (applicant: Buser Brasil Tecnologia Ltda.).

CADE. **Query No. 08700.009432/2014-04** (applicant: SAAB Participações e Novos Negócios S.A.).

CADE. **Query No. 08700.010488/2014-01** (applicant: International Finance Corporation – IFC).

CADE. **Query No. 08700.006564/2014-85** (applicant: Castrolanda – Cooperativa Agroindustrial Ltda.).

CADE. **Query No. 08700.004459/2012-49** (applicant: José Ronaldo Kulb).

CADE. **Query No. 08700.006858/2016-78** (applicant: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG; and Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft).

CADE. **Query No. 08700.008081/2016-86** (applicants: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG; and CMA CGM S.A.).

CADE. **Query No. 08700.007124/2015-25** (applicant: Center Norte S.A. - Construção, Empreendimentos, Administração e Participação).

CADE. **Query No. 08700.009432/2014-04** (applicant: SAAB Participações e Novos Negócios S.A.).

CADE. **Query No. 08700.006520/2021-83** (applicant: ICTSI Americas B.V. e ABTRA - Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegados).

CADE. **Query No. 08700.007817/2015-18** (MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda.).

CADE. **Query No. 08700.003762/2019-09** (applicant: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará - COOPANEST/CE).

CADE. **Query No. 08700.004474/2020-05** (applicant: Dupatri Hospitalar Comércio, Importação e Exportação Ltda.).

CADE. **Query No. 08700.008419/2016-08** (applicants: Warner Bros Home Entertainment Inc.; and EA Swiss Sàrl).

CADE. **Query No. 08700.001540/2018-62** (applicants: Sindicato dos Transportadores Autônomos de Contêineres e Cargas em Geral de Itajaí e Região; and Sindicato das Empresas de Veículos de Transporte de Carga e Logística de Itajaí e Região).

CADE. **Query No. 08700.004483/2016-10** (applicant: Associação Brasileira da Produção de Obras Audiovisuais).

CADE. **Query No. 08700.000468/2017-75** (applicant: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.).

CADE. **Query No. 08700.004594/2018-80** (applicant: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.).

DIXON, William D. Federal Trade Commission Advisory Opinions. **Administrative Law Review**, v. 18, p. 65-79, 1965. Available at: <http://www.jstor.org/stable/40708501>. Access in: 15 jul. 2024.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. **FTC and DOJ promise quick turnaround on advisory opinions**, 25 mar. 2020. Available at: <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/ftc-and-doj-promise-quick-turnaround-advisory-opinions>. Access in: 10 sep. 2024.

UNITED STATES. Federal Trade Commission. **Competition Advisory Opinions**. Available at: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/competition-advisory-opinions>. Acesso em: 15 jul. 2024.

UNITED STATES. Federal Trade Commission. **Industry Guidance**. Available at: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/industry-guidance>. Acesso em: 15 jul. 2024.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **O Estatuto das Consultas no CADE: Proposta de regulamentação do art. 9º, § 4º, da Lei n. 12.529/2011**. São Paulo: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES), 2012.

CADE: O SENHOR DO SEU PRÓPRIO TEMPO?

Matheus Barreto¹

DOI10.5281/zenodo.14522724

Resumo: A partir de uma abordagem quantitativa, o artigo analisa as investigações de infrações da ordem econômica iniciadas e encerradas pelo CADE durante a vigência da Lei n. 12.529/2011. O objetivo é elaborar um diagnóstico da morosidade dessas investigações. Embora seja problema conhecido, os verdadeiros obstáculos de tempo que permeiam os processos ainda não foram precisamente mapeados e sequer são nitidamente compreendidos. Nessa linha, o artigo pretende preencher essa lacuna, buscando responder a seguinte pergunta: quais desafios de tempo o CADE enfrenta em suas investigações? Ao criar medidores temporais da atuação da autoridade nas apurações e destrinchá-los a partir de diferentes filtros de análise, o trabalho mapeia os problemas de tempo que atravessam os casos. Embora os resultados apontem, principalmente, para a existência de desafios que fugiriam ao controle de uma autoridade com limitações de pessoal e orçamento, o artigo também sugere, de forma preliminar, seis medidas concretas para auxiliar o CADE a ter maior domínio sobre o seu próprio tempo nas investigações.

Palavras-chave: CADE; Investigações; Infrações da Ordem Econômica; Lei n. 12.529/2011; Morosidade.

Abstract: This study adopts a quantitative approach to assess the investigations against antitrust violations opened and closed by CADE, according to Law n. 12.529/2011. The study aims to measure the length of these investigations. Although this is a well-known problem, no study to date has precisely identified the time challenges that these proceedings face. In this connection, this piece fills this gap, by trying to answer the following question: what time challenges CADE's investigations face? By creating time indicators of CADE's performance in such cases and applying different filters, this study identifies the time challenges that CADE's investigations face. Although the results show challenges that an authority with limited resources would lack of much control over, this piece also preliminary suggests six concrete measures to help CADE in having greater control over the length of its own investigations.

Keywords: CADE; Investigations; Antitrust Violations; Law n. 12.529/2011; Investigations; Length.

Sumário: 1 Introdução; 2 Metodologia; 3 Análise dos resultados: o diagnóstico da morosidade do CADE; 3.1 Medidor 1: tempo até o encerramento definitivo da investigação; 3.2 Medidor 2: tempo de duração de cada uma das etapas de investigação do CADE; 3.3 Medidor 3: tempo para a conclusão do período de notificação dos investigados quanto à existência da acusação de cartel; 4. Conclusão; 5 Referências Bibliográficas.

¹ Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP e Bacharel em Direito pela FGV Direito Rio. Associado no VMCA Advogados.

1 Introdução

Não é novidade que o CADE sofre com a lentidão de seus processos para apuração de infrações à ordem econômica. Trata-se de questão bem conhecida pelos especialistas na área e pela própria autoridade, que reconhece a duração das investigações como um desafio interno.²

Em uma dimensão ampla, a relevância do tema da morosidade tem contornos especiais no Brasil. Isso porque, no país, a razoável duração dos processos (principal remédio contra a lentidão injustificada) tem status de direito fundamental (art. 5º, LXXVIII da Constituição). Além disso, a preocupação com o tempo não acontece à toa, já que a demora processual causa, segundo a doutrina, diversos prejuízos. Apenas para se ficar com alguns exemplos, é possível citar o acúmulo de casos com o aumento das despesas, a quebra das expectativas dos indivíduos, a instabilidade e a desconfiança institucional/social, a insegurança jurídica e a criação de obstáculos à realização de outros direitos.³

Especificamente com relação às investigações do CADE, a morosidade também gera problemas relevantes. Segundo a literatura, na hipótese de haver uma infração, os danos econômico-sociais seriam evidentes, já que a demora na repressão significa a perpetuação da lesão ao mercado, afetando consumidores e concorrentes de forma perene. Na hipótese de não haver infração, os prejuízos para o mercado e para empresa equivocadamente acusada também seriam nítidos, com danos reputacionais e perda de valor das ações, de clientes e competitividade. Ainda, a insegurança jurídica gerada pela morosidade prejudicaria as relações econômicas entre particulares, que, por sua natureza dinâmica, demandam confiança, certeza, previsibilidade e celeridade. O risco seria, portanto, de inibição de investimentos e negócios, com o arrefecimento da atividade econômica em geral.⁴

Além desses pontos teóricos, a demora das investigações do CADE também esbarra em desafios práticos atuais importantes. Exemplo disso é a crescente atenção dada pela autoridade aos mercados tidos como digitais. Ao longo dos últimos anos, o tópico ganhou destaque na atuação do CADE, seja decidindo um maior volume de casos relacionados à

² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019**. Paris: OCDE, 2019, p. 12. Available at: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Access in: 2 set. 2024.

³ SILVA, Ênio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93271>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁴ Todas essas ideias foram extraídas de LEAL JÚNIOR, João Carlos; KEMPFER, Marlene. A Razoável Duração do Processo no Âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Revista Jurídica**, São Paulo, a. 65, n. 471, p. 29-32, jan. 2017.

matéria, seja publicando documentos oficiais sobre o assunto. Considerando que tais segmentos são marcados por alta dinamicidade e estão em constante mutação⁵, fica clara a importância da celeridade das apurações de condutas possivelmente relacionadas a esses mercados, sob pena de a demora tornar a investigação imprestável.

À luz do contexto acima, o presente artigo objetiva realizar, a partir de uma abordagem quantitativa, um diagnóstico da morosidade das investigações de infrações à ordem econômica iniciadas e encerradas pelo CADE durante a vigência da Lei 12.529/2011 (“LDC”). Embora seja problema conhecido, os verdadeiros obstáculos de tempo que permeiam os processos ainda não foram precisamente mapeados e sequer são nitidamente compreendidos. Portanto, o trabalho pretende preencher essa lacuna, buscando responder a seguinte pergunta: quais desafios de tempo o CADE enfrenta em suas investigações?

Para mensurar tais desafios, o presente artigo cria e aplica os seguintes medidores temporais da atuação do CADE nas apurações: (1) tempo até o encerramento definitivo da investigação; (2) tempo de duração de cada uma das etapas de investigação do CADE (*i.e.*, Procedimento Preparatório – “PP”, Inquérito Administrativo – “IA” e Processo Administrativo – “PA”); e (3) tempo para a conclusão do período de notificação dos investigados quanto à existência da acusação de cartel.

Além disso, tais medidores serão, conforme aplicável, destrinchados a partir dos seguintes filtros de análise: (a) evolução anual; (b) espécie de conduta anticompetitiva típica investigada; (c) quantidade de investigados; (d) existência de celebração de acordos com o CADE; (e) etapa processual em que a investigação começou e terminou; e (f) órgão do CADE em que a investigação foi encerrada (se no âmbito da Superintendência-Geral – “SG”, ou do Tribunal). Os resultados obtidos a partir da aplicação dos medidores e filtros criados são discutidos adiante.

2 Metodologia

A metodologia utilizada para realizar o diagnóstico da morosidade compreendeu a seleção e a análise dos processos do CADE envolvendo apurações de condutas anticompetitivas. Essa avaliação foi dividida em três etapas: (i) definição do recorte de casos a

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Mercados de Plataformas Digitais**. Brasília-DF: CADE, ago. 2021, p. 9. (Série Cadernos do CADE). Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2024.

serem analisados; (ii) forma de seleção dos processos; e (iii) extração de informações específicas das investigações.

Com relação à primeira etapa, vale ressaltar que o tempo é um fenômeno complexo e, por esse motivo, o artigo procurou ter cautela quanto à escolha do universo de casos a serem analisados. Em resumo, para lidar com o aspecto tempo, o trabalho ponderou ser fundamental avaliar uma base uniforme de processos que fossem comparáveis entre si, minimizando-se, ao máximo, as possíveis distorções. Assim, optou-se por analisar somente as investigações do CADE que foram, cumulativamente, iniciadas e encerradas durante a vigência da Lei 12.529/2011, descartando-se as apurações ainda pendentes de encerramento ou que tivessem começado na vigência da legislação anterior.⁶

Com relação à segunda etapa, os casos foram selecionados a partir de um pedido de acesso à informação direcionado ao CADE e intermediado pela plataforma “Fala.BR”, mantida pela Controladoria-Geral da União. Solicitou-se uma lista dos procedimentos administrativos (PPs, IAs e PAs) instaurados e encerrados entre 2012 e 2023⁷, período que converge com o ano da entrada em vigor da LDC (29 de maio de 2012) e com o ano anterior ao do presente artigo.

Em resposta ao pedido, o CADE encaminhou planilha contendo uma lista das investigações solicitadas. Contudo, após análise do arquivo, foi necessário realizar ajustes para excluir: as investigações pendentes de encerramento e as apurações iniciadas à luz da legislação anterior (pelos motivos expostos acima); os processos listados de forma duplicada; e os casos com vícios processuais ou com origem em situações excepcionalíssimas, justificando a exclusão para evitar distorções. Assim, feitos os descartes necessários, chegou-se a uma lista final de 239 investigações do CADE iniciadas e encerradas durante a vigência da Lei 12.529/2011. Essa foi a base de processos considerada.

Por fim, em relação à última etapa metodológica, considerando a natureza dos medidores e filtros a serem aplicados na realização do diagnóstico, foi necessário extrair, de

⁶ O artigo não avalia as apurações encerradas durante a vigência da Lei 12.529/2011, mas iniciadas quando a legislação anterior estava em vigor. Isso porque a Lei 8.884/1994 previa prazos e etapas investigatórias distintas daquelas previstas atualmente e, dessa forma, uma análise que considerasse tais casos implicaria distorções. O artigo também não avalia as apurações iniciadas durante a vigência da Lei 12.529/2011, mas ainda pendentes de encerramento. Embora fosse possível cogitar uma análise desses casos em conjunto com aqueles já encerrados, tal avaliação estaria sujeita a distorções, já que envolveria investigações não comparáveis entre si, principalmente no quesito encerramento do processo. Além disso, os processos pendentes de desfecho ainda podem estar em diferentes estágios de maturidade da análise, prejudicando a comparação.

⁷ As íntegras do pedido feito e da resposta do CADE podem ser acessadas na página disponível em: <https://buscalai.cgu.gov.br/PedidosLai/DetailPedido?id=6795942>. Acesso em: 1.º set. 2024.

cada caso, as informações que viabilizassem essa aplicação. Mais especificamente, isso ocorreu por meio do cálculo da diferença entre os seguintes marcos temporais extraídos dos processos:

a) Data de início do PP: foi extraída a data do despacho da SG de instauração do PP. Em situações excepcionais (casos sem instauração formal da investigação, casos em que a instauração ocorreu muito próxima/mesmo dia do arquivamento e casos em que a formalização da instauração ocorreu muito tempo depois do efetivo início da investigação), foi considerada a data do primeiro ato instrutório disponível, ou a data da representação de terceiro.

b) Data de encerramento do PP: nos casos em que a investigação encerrou na etapa de PP, essa data foi extraída: ou do despacho da SG de arquivamento do PP; ou do despacho do Superintendente-Geral negando recurso contra o arquivamento do PP; ou da data da Sessão Ordinária de Julgamento (“SOJ”) em que o Tribunal negou a avocação do PP arquivado. Nos casos em que a investigação evoluiu para IA, a data foi extraída do despacho da SG de conversão do PP em IA.

c) Data de início do IA: nos casos antecedidos por PP, a data foi extraída do despacho da SG de conversão do PP em IA. Nos demais casos, a data foi extraída do despacho da SG de instauração do IA.

d) Data de encerramento do IA: nos casos em que a investigação encerrou na etapa de IA, essa data foi extraída: ou do despacho da SG de arquivamento do IA; ou do despacho do Superintendente-Geral negando recurso contra o arquivamento do IA; ou da data da Sessão Ordinária de Julgamento (“SOJ”) em que o Tribunal negou a avocação do IA arquivado. Nos casos em que a investigação evoluiu para PA, a data foi extraída do despacho da SG de conversão do IA em PA.

e) Data de início do PA: nos casos antecedidos por IA, a data foi extraída do despacho da SG de conversão do IA em PA. Nos demais casos, a data foi extraída do despacho da SG de instauração do PA.

f) Data de encerramento do período de notificações (informação extraída apenas nos casos de cartel): o fim do período de notificações é geralmente certificado pela SG, a partir de uma certidão disponibilizada nos autos. A data foi extraída dessa certidão. Excepcionalmente, quando não emitida a certidão, extraiu-se a data de início de contagem do prazo de defesa mencionada nos demais documentos dos autos.

g) Data de encerramento do PA: foi extraída a data do despacho da SG encaminhando o processo ao Tribunal para julgamento.

h) Data de encerramento definitivo da investigação: foi extraída a data da SOJ em que ocorreu o julgamento do PA. Nos casos em que aconteceram pedidos de vista ou recursos com efeitos modificativos, foi considerada a data da última SOJ em que a última vista foi devolvida ou o último recurso foi julgado. Nos casos envolvendo condutas unilaterais (ou com somente 1 representado) e em que houve celebração de Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”), considerou-se a data de homologação do TCC como a data de encerramento da investigação.

Além dos marcos temporais acima, foi necessário extrair, de cada caso, as seguintes informações que viabilizaram a aplicação dos medidores e filtros:

a) Etapas de início e fim da investigação: foi identificada a etapa em que o processo iniciou (se PP, IA ou PA) e encerrou.

b) Quantidade de representados: a quantidade de investigados foi classificada em intervalos, de 0 a 10, de 20 a 30 e assim em diante. Além disso, considerou-se tanto pessoas jurídicas, quanto físicas na contagem.

c) Existência de acordo de leniência e/ou TCCs: foi identificada a ocorrência, ou não, de celebração de acordo de leniência e/ou TCCs.

d) Órgão do CADE em que a investigação foi encerrada: foi identificado, se a investigação encerrou no âmbito da SG, ou do Tribunal.

e) Espécie de conduta anticompetitiva típica investigada: os processos foram classificados conforme as seguintes categorias típicas de condutas anticoncorrenciais: “cartel em licitação”, “cartel internacional”, “cartel nacional” e “conduta unilateral”. Determinadas investigações também indicavam a apuração específica da conduta prevista no art. 36, § 3º, II, da Lei 12.529/2011 e, portanto, tais processos foram classificados como “influência à adoção de conduta uniforme”. Além disso, casos envolvendo outros arranjos coletivos que não cartéis foram classificados como “outras condutas coordenadas”. Por fim, é importante esclarecer que as investigações envolvendo a apuração de múltiplas condutas foram classificadas da seguinte forma: em casos envolvendo a apuração da conduta de cartel em conjunto com outras práticas a ela associadas, classificou-se o processo como sendo primordialmente de cartel; nos demais casos envolvendo a apuração do cometimento de condutas distintas e independentes entre si, classificou-se como “múltiplas condutas independentes”.

Todas as informações acima foram obtidas a partir da leitura da documentação constante dos autos públicos dos processos, que ficam disponíveis no *site* do CADE. Analisou-se, principalmente, notas técnicas e despachos da SG, relatórios e votos de Conselheiros do

Tribunal, além de certidões de julgamento. Extraídos os dados pertinentes de cada processo, foi possível aplicar os medidores e os filtros criados, obtendo-se o diagnóstico da atuação temporal do CADE nas investigações de infrações à ordem econômica iniciadas e encerradas à luz da Lei 12.529/2011.

3 Análise dos resultados: o diagnóstico da morosidade do CADE

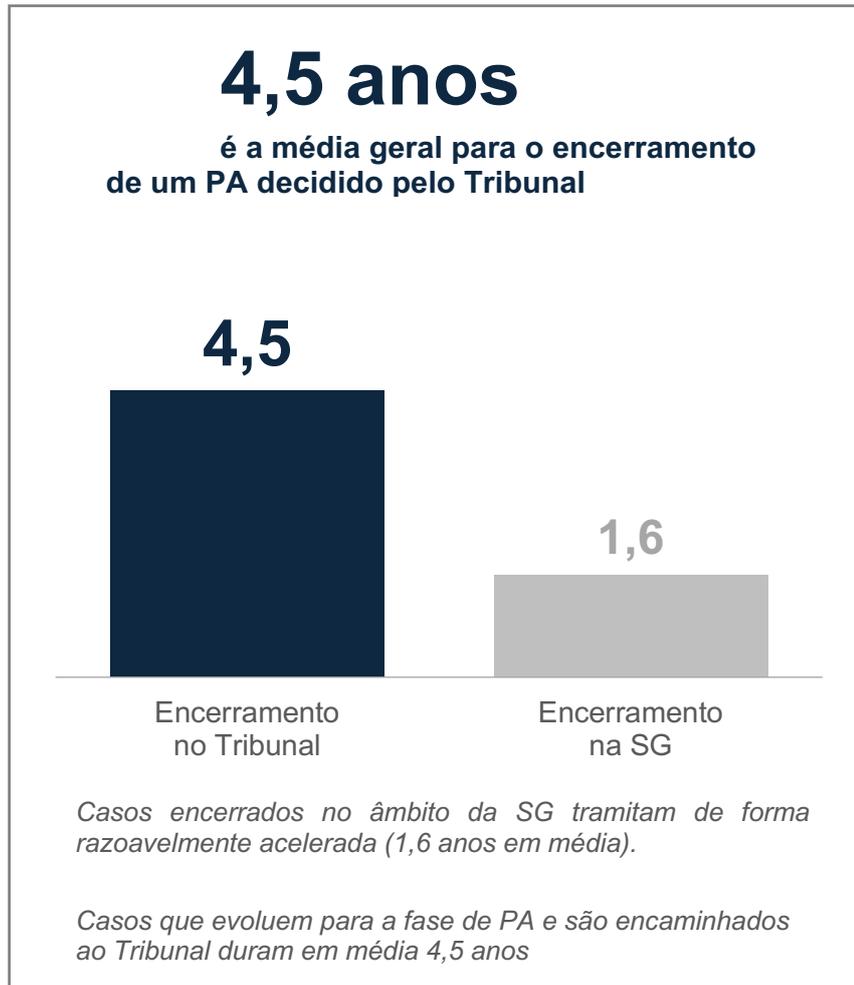
Antes de apresentar o diagnóstico, é importante reforçar que o tempo é um fenômeno complexo, podendo existir inúmeros fatores capazes de, no limite, afetá-lo. Como o tempo é uma questão multifatorial e a pesquisa avalia apenas uma quantidade limitada desses fatores, os resultados obtidos no estudo devem ser lidos como indícios de relações de *coincidência* plausíveis, e não como indícios de relações de *causalidade*. Extrair relações de causalidade demandaria uma análise aprofundada de todos os elementos potencialmente capazes de influenciar o tempo das investigações, uma tarefa que foge ao escopo do artigo. Assim, a pesquisa dá preferência ao termo “coincide”, ao analisar os resultados obtidos a partir da aplicação dos medidores e filtros criados.

3.1 Medidor 1: tempo até o encerramento definitivo da investigação

A compreensão apropriada da aplicação do primeiro medidor demanda lembrar que a conclusão de uma investigação conduzida pelo CADE pode assumir duas formas. A primeira, compreende a apuração concluída no âmbito da SG, seja por ter havido o arquivamento do caso na etapa de PP ou de IA, seja por ter havido a celebração de TCC implicando o desfecho do caso perante esse órgão⁸. Já a segunda forma de encerramento compreende os casos que efetivamente evoluem para a etapa de PA e são encaminhados para julgamento pelo Tribunal. Considerando esses esclarecimentos, o gráfico abaixo revela o tempo médio, em anos, para o desfecho das investigações, conforme o órgão do CADE em que o processo foi encerrado.

⁸ A pesquisa considerou as seguintes situações envolvendo a celebração de TCCs e que seriam capazes de implicar o desfecho do caso perante a SG: (i) investigações para apurar condutas unilaterais, em que houve celebração de TCC perante a SG; (ii) investigações em que, embora não se apurasse conduta unilateral, todos os investigados celebraram TCC perante a SG.

Gráfico 1 – Tempo médio (em anos) para conclusão das investigações, por órgão em que o processo foi encerrado

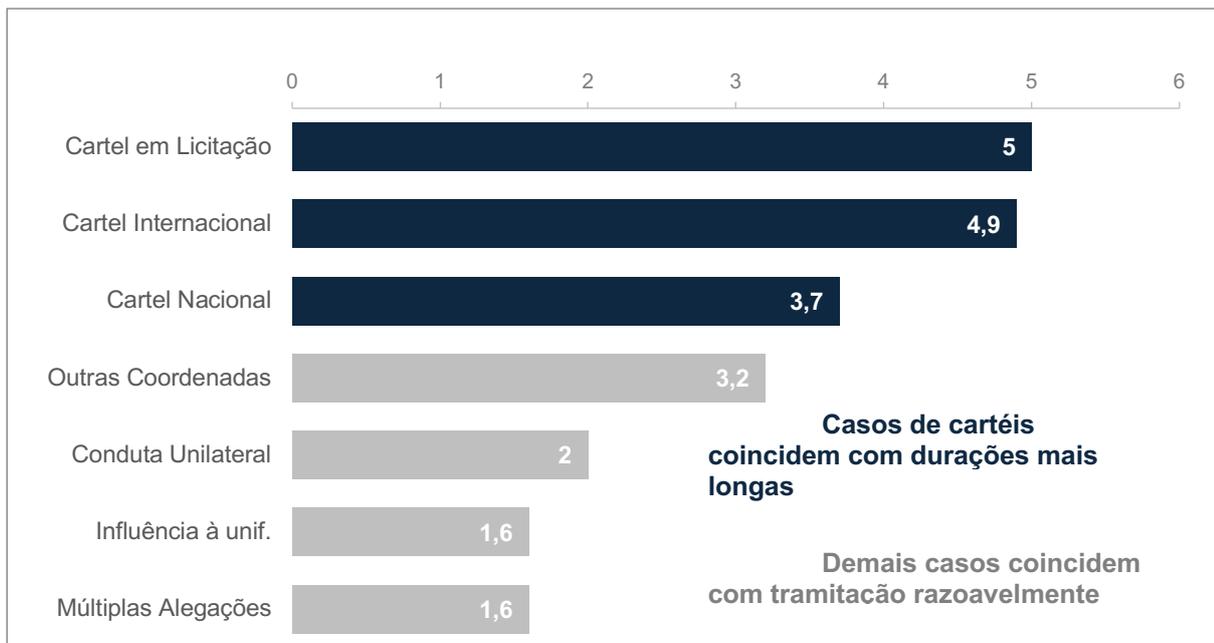


Fonte: Elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

O gráfico acima revela o primeiro desafio identificado pela pesquisa: as investigações que chegam à fase de PA e são encaminhadas ao Tribunal duram 4,5 anos em média. Por outro lado, o mesmo gráfico também evidencia uma virtude do CADE: as investigações encerradas na SG têm uma tramitação relativamente acelerada (1,6 anos em média). Nesse ponto, cumpre ressaltar, inclusive, que as apurações concluídas na SG respondem por 64% (153 casos) da base total de processos analisada (239 casos), enquanto aquelas encerradas no Tribunal representam 36% (86 casos). Assim, o resultado sugere que o CADE tende a ser eficiente no processamento de grande parte das suas investigações, com menor grau de complexidade em geral. Em relação ao restante das apurações (que amadurecem para a etapa de PA e, portanto, são mais complexas), o desafio de tempo da autoridade é maior.

O gráfico abaixo destrincha o tempo para conclusão dos processos, conforme a espécie de infração concorrencial investigada. A intenção é verificar se os casos instaurados para apurar determinado tipo de conduta coincidiriam com durações mais, ou menos, alongadas.

Gráfico 2 – Tempo médio (em anos) para conclusão das investigações, *por* espécie de infração concorrencial investigada



Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: considera casos encerrados no âmbito da SG e do Tribunal.

Conforme é possível notar do gráfico, as investigações de cartéis coincidem com durações significativamente mais alongadas que daquelas para apurar outras condutas. Esse resultado parece sugerir que a demora do CADE nesses processos estaria mais associada às dificuldades intrínsecas de apuração de cartéis, que propriamente a uma ineficiência ou disfuncionalidade da autoridade. A reforçar essa visão, veja-se que a tramitação das investigações de outras espécies condutas é razoavelmente acelerada, enquanto a duração dos casos envolvendo cartéis é significativamente mais lenta.

Apenas para tornar o argumento claro: as características típicas do cartel e a forma como ele usualmente acontece desafiam a apuração dessa prática de forma bastante particular, o que pode justificar o resultado acima. Nessa linha, segundo a literatura, os cartéis são as

condutas coordenadas por excelência⁹ e envolvem os acordos entre concorrentes para puramente fixar as principais variáveis competitivas (*i.e.*, preço, quantidade, qualidade e divisão de mercado).¹⁰ Dada a sua natureza e objetivo, criou-se certo consenso doutrinário e jurisprudencial de que tal prática não teria qualquer efeito senão prejudicar a concorrência. Por esse motivo, a conduta tende a ser considerada como a mais grave das infrações concorrenciais,¹¹ recebendo atenção especial das autoridades.

Como esclarecido, a infração de cartel é cometida em conjunto, por mais de um agente econômico, o que logicamente demanda um esforço investigativo maior na identificação e apuração da responsabilidade de diversos envolvidos. Vale ressaltar, ainda, que a Lei 12.529/2011 sujeita pessoas jurídicas e físicas a sanções (art. 37), incrementando o desafio de persecução não só de empresas, como também dos indivíduos participantes.

Além disso, considerando o consenso em geral quanto à ilicitude da prática e o fato de ela estar constantemente no radar das autoridades, o cartel ocorre tipicamente em segredo, com os participantes procurando manter a conduta em sigilo. Isso significa dizer que as evidências da prática são geralmente ocultadas, destruídas, ou até mesmo maquiadas como se fossem documentos lícitos, com os envolvidos buscando evitar ao máximo deixar vestígios do acontecimento, ou obstruir o acesso aos indícios. Por esses motivos, no geral, as investigações de cartel não são triviais e tendem a ser mais alongadas.

Aliás, as dificuldades de apuração são ainda maiores nos casos envolvendo cartéis internacionais. Segundo a literatura, é possível identificar tal espécie de infração nas hipóteses em que há: participantes situados em diferentes países, ou efeitos em mais de uma jurisdição, ou efeitos em território distinto daquele onde a conduta foi praticada.¹² No Brasil, como a Lei 12.529/2011 é aplicável às práticas cometidas no território nacional ou que nele produzam/possam produzir efeitos (art. 2º), a autoridade concorrential brasileira também tem competência para reprimir essa violação.¹³

⁹ MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: Concorrência e Combate à Corrupção**. Prefácio: Ricardo Villas Bôas Cueva. 1.ª ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 56.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrential: as condutas**. 1.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 262.

¹¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead**. Paris: OCDE, 2003, p. 6. Available at: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264101258-en.pdf?expires=1734294055&id=id&accname=guest&checksum=65544D03FABC9604CB84288F0FE42D2E>.

Access in: 3 set. 2024.

¹² MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal**. São Paulo: Singular, 2013, p. 44.

¹³ Nesse sentido: SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se. In: RODAS, João Grandino (coord.). **Direito concorrential: Avanços e Perspectivas – Volume 5. Livro 1**. 2.ª ed. Curitiba: Prismas, 2018, p. 316.

Em casos de cartéis internacionais, os obstáculos às investigações do CADE são consideráveis. Haverá desafios incrementais de alcançar infratores (empresas e indivíduos) possivelmente localizados ao redor do mundo, de encontrar evidências que podem estar espalhadas em diferentes países e de interpretar provas que podem estar em língua estrangeira. Além disso, em razão desses fatores, a persecução usualmente demanda cooperação com autoridades de outras jurisdições. Todos esses elementos, portanto, têm impacto sobre o tempo de apuração do CADE.

Por último, vale pontuar os desafios específicos referentes aos cartéis que podem acontecer no contexto de uma licitação pública, *i.e.*, o procedimento para realização das aquisições/contratações públicas, mediante competição entre os ofertantes.¹⁴ Mais especificamente, a conduta envolve o “conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública”.¹⁵ As nuances dessa prática decorrem justamente do âmbito em que ela ocorre.

Um dos principais pontos de atenção é a possibilidade de os cartéis em licitação atraírem a competência investigatória de múltiplas autoridades governamentais. Conforme exemplifica o Guia de Combate a Cartéis em Licitação do CADE, essa mesma conduta pode, no plano federal, ser concomitantemente investigada pelo próprio CADE, pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”) e pela Controladoria-Geral da União (“CGU”). Isso porque a eliminação da concorrência de um processo licitatório pode, ao mesmo tempo, violar a legislação concorrencial, assim como outras legislações administrativas que resguardam outros bens jurídicos e cuja proteção cabe a outras figuras do governo (como é o caso, por exemplo, do TCU e da CGU).¹⁶ Essa multiplicidade de competências concomitantes, não raro, implica cooperação entre diferentes entidades e possível entrelaçamento das investigações, podendo gerar impactos sobre o tempo de tramitação de cada uma (ainda que se considere uma independência entre todas elas).

¹⁴ A doutrina especializada conceitua a licitação pública da seguinte forma: “A licitação é um procedimento administrativo destinado a permitir a competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio (edital), que estabelecem critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 253).

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília-DF: CADE, dez. 2019, p. 11. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em: 3 set. 2024.

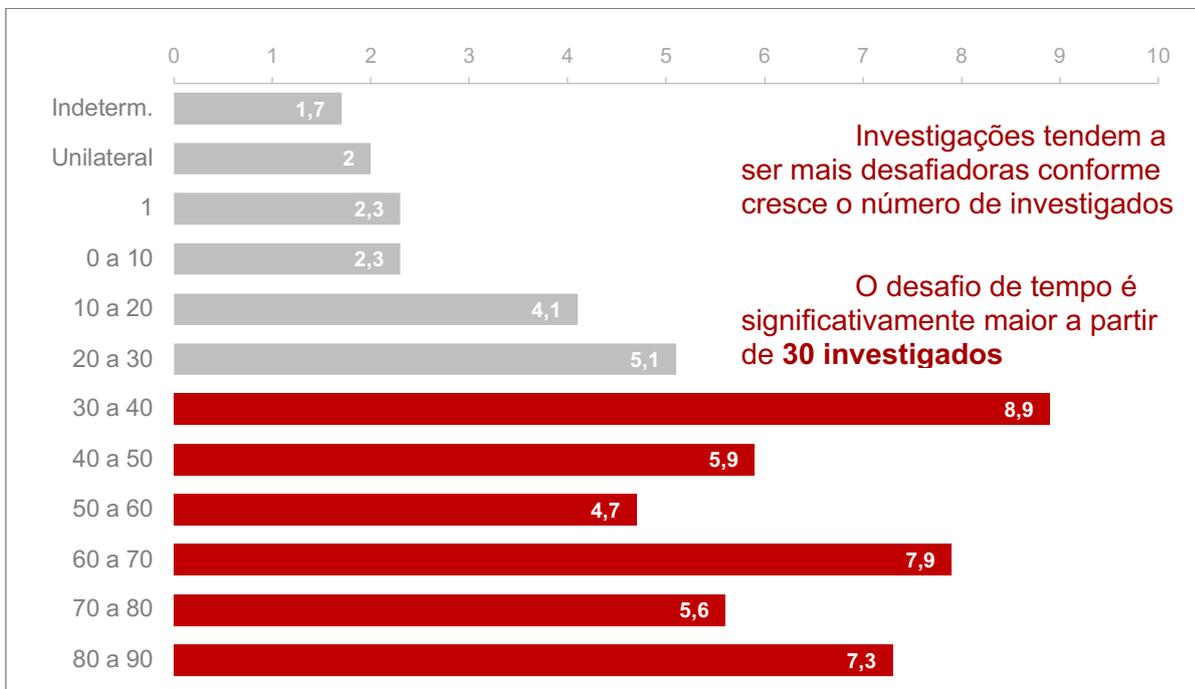
¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

Outro ponto de destaque é a possibilidade de o cartel em licitação estar inserido em um arranjo mais amplo, envolvendo o cometimento conjunto de outras práticas possivelmente ilícitas (*e.g.*, atos de corrupção). Nessa circunstância, a discussão ganha ainda maior complexidade, com a provável coexistência de múltiplas figuras governamentais competentes para coibir as diferentes violações.

Em suma, todos os elementos expostos acima têm impacto sobre o tempo de apuração do CADE. Contudo, eles estão associados às características intrínsecas dos cartéis, que implicam desafios de persecução inerentes à essa espécie de conduta e que, em geral, estão fora do controle de uma autoridade com limitações de recursos humanos/orçamentários. Portanto, o resultado do gráfico mais acima sugere que os principais obstáculos de tempo enfrentados pelo CADE seriam decorrentes das dificuldades próprias de investigar cartéis, uma circunstância que foge do controle de uma agência com limitações de pessoal e de orçamento.

Para aprofundar a discussão, o artigo também destrincha, abaixo, o tempo de conclusão dos processos conforme a quantidade de investigados, já que os cartéis têm a multiplicidade de envolvidos como característica intrínseca.

Gráfico 3 – Tempo médio (em anos) para conclusão das investigações, *por* quantidade de investigados



Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: considera casos encerrados no âmbito da SG e do Tribunal. Considera como investigados tanto pessoas jurídicas, quanto físicas, de forma somada. O termo “unilateral”

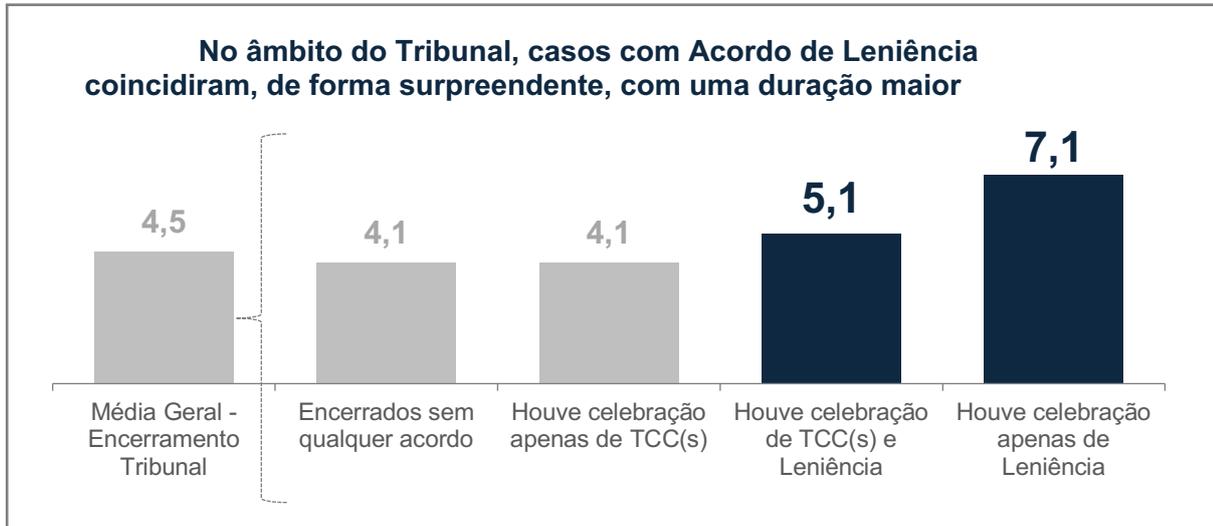
designa as apurações de condutas unilaterais. O termo “indeterminado” indica os casos abertos em face de um segmento ou indústria inteira, sem indicação específica dos representados. Casos com “1” investigado e que não envolveriam conduta unilateral designam investigações de cartel desmembradas somente com relação a um representado, ou investigações de outras condutas não unilaterais que continham apenas um investigado.

Conforme é possível notar do gráfico acima, as apurações com elevado número de representados coincidem com durações significativamente mais alongadas que daquelas com poucos investigados. Esse resultado também parece sugerir que a demora do CADE nesses processos estaria mais associada às dificuldades intrínsecas de apuração de cartéis (a conduta coletiva por excelência), que propriamente a uma ineficiência da autoridade. Em linha com a argumentação desenvolvida acima, a reforçar tal visão, veja-se que a tramitação das investigações com poucos imputados é razoavelmente acelerada, enquanto a duração, por exemplo, de casos com mais de 30 investigados é substancialmente mais lenta. Trata-se de circunstância geralmente alheia ao controle de uma autoridade com limitações de recursos humanos/orçamentários e que, como dito, parece estar mais vinculada aos obstáculos inerentes à persecução de cartéis.

Não obstante esses desafios intrínsecos, o gráfico acima também pode sugerir, de forma preliminar, a adoção de uma medida concreta capaz de auxiliar o CADE no combate à morosidade. Ainda que a sugestão feita aqui esteja sujeita a aprofundamento futuro quanto aos seus limites e possibilidades jurídicas, com base no resultado acima, o CADE deve considerar ser mais criterioso e rigoroso na quantidade de pessoas a serem inseridas no polo passivo de novas investigações, observando um limite preferencialmente de 30 representados. Acima dessa quantidade, o risco de o caso ser bastante moroso é alto, conforme sugerem os dados. Essa é, portanto, a *primeira* medida concreta sugerida por este artigo.

Além dessa análise, considerando os demais filtros criados, o estudo também procurou avaliar o possível impacto dos acordos com o CADE (*i.e.*, os Acordos de Leniência e os TCCs) sobre a duração dos processos. Afinal, tais instrumentos também foram criados com a finalidade de conferir maior agilidade aos casos. Essa avaliação é feita abaixo, com relação às investigações encerradas perante o Tribunal.

Gráfico 4 – Tempo médio (em anos) para conclusão das investigações: impacto dos acordos no âmbito dos processos encerrados no Tribunal



Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: considera somente casos encerrados no âmbito do Tribunal.

Conforme ilustrado acima, os casos com acordo de leniência coincidiriam com uma duração maior que a média geral. Tal resultado, no entanto, deve ser lido com bastante cautela. Isso porque, ao analisar a base de processos criada, também é possível verificar que as investigações com leniências estão justamente associadas às apurações de cartel com um número elevado de representados. Apenas para exemplificar, o caso com recorde de investigados da base (80 a 90 pessoas) envolve uma apuração com a celebração apenas de leniência¹⁷. Em outras palavras, essa contextualização dos dados sugere que a leniência funcionaria como uma “porta de entrada” para os processos mais desafiadores, *i.e.*, os conluíus e, em especial, os conluíus com elevado número de envolvidos. Essa ponderação é um ponto de atenção a ser observado pela autoridade nas negociações, pois o CADE, ao negociar uma nova leniência à luz da Lei 12.529/2011, pode estar diante de um caso que o imporá desafios de tempo.

Além disso, outra nuance revelada pelo gráfico é o potencial interessante dos TCCs de tornarem as investigações iniciadas por leniências menos desafiadoras. Veja-se que a duração média de casos cumulando esses acordos (5,1 anos) seria significativamente menor que

¹⁷ Trata-se do Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, cuja condenação ficou conhecida como “Cartel do Metrô”.

daqueles contendo apenas a celebração de leniência (7,1 anos). Esse também parece ser um ponto para o CADE levar em consideração nas investigações.

Vale notar que esses resultados também parecem apontar, de forma preliminar, para uma sugestão na mesma linha daquela feita acima: ao celebrar acordos de leniência, o CADE deve considerar ser mais criterioso e rigoroso na quantidade de pessoas a serem inseridas no polo passivo da investigação, observando um limite preferencialmente de 30 representados. Ainda, os dados sugerem que celebração de TCCs em casos iniciados por leniências é bastante positiva em termos de agilização dos processos. Nesse sentido, também é possível sugerir que o CADE considere estimular, de forma mais firme, a negociação de TCCs, especialmente nas apurações decorrentes de leniência. Essas são, portanto, a *segunda* e *terceira* medidas concretas sugeridas por este artigo.

Por último, a pesquisa também destrinchou o tempo médio para a conclusão das investigações, conforme a evolução anual. O resultado dessa análise é representado abaixo.

Gráfico 5 – Evolução anual do tempo médio (em anos) para conclusão das investigações

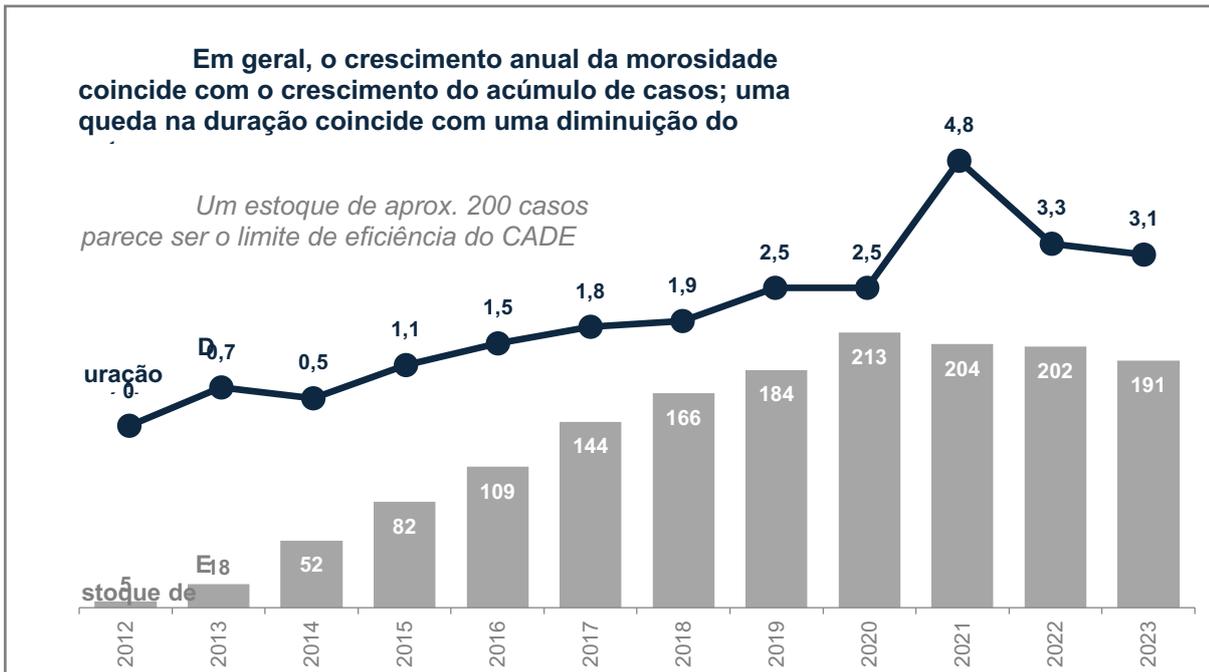


Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: considera casos encerrados no âmbito da SG e do Tribunal. Além disso, o cálculo do tempo médio anual tem por referência o ano de encerramento dos processos. Por fim, a média para o ano 2012 (quando a Lei 12.529/2011 entrou em vigor) é igual a zero, pois não houve casos que, nesse ano, tivessem sido iniciados e encerrados à luz da LDC.

O gráfico acima ilustra que a evolução anual, em geral, coincide com durações maiores das investigações. Para aprofundar esse resultado, o trabalho também buscou avaliar se poderia haver uma coincidência entre o crescimento anual da morosidade e a evolução do estoque de apurações da Lei 12.529/2011.

Gráfico 6 – Evolução anual do tempo médio (em anos) para conclusão das investigações, incluindo a evolução anual do estoque de casos da Lei 12.529/2011



Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: a “duração média” considera os casos encerrados no âmbito da SG e do Tribunal. O “estoque” de cada ano considera o seguinte cálculo para cada ano: *(casos iniciados no respectivo ano) + (casos acumulados do ano anterior) – (casos encerrados no respectivo ano)*, e assim em diante, para os anos subsequentes.

Além disso, para fins de transparência, é importante esclarecer que o cálculo do “estoque” considera: (i) os casos iniciados e encerrados na vigência da Lei 12.529/2011 (*i.e.*, os 239 processos que compõem a base de casos do artigo); e (ii) considera, excepcionalmente, apenas para fins deste único gráfico, os casos iniciados na vigência da Lei 12.529/2011, mas ainda pendentes de julgamento (188 processos, conforme lista de processos recebida do CADE e informada acima). Para esses processos mencionados de forma excepcional neste gráfico, foi considerado, como ano de instauração da investigação, o ano contido na numeração do caso. Por fim, para o ano de 2012, considera apenas as investigações iniciadas depois da efetiva data de entrada em vigor da Lei 12.529/2011, *i.e.*, dia 29 de maio de 2012.

Conforme é possível notar do gráfico, em geral, um aumento do tempo de duração dos processos coincide com um aumento do acúmulo de casos (2014-2020). Além disso, uma redução do tempo de tramitação coincide com uma diminuição do estoque de investigações (2021-2023). Considerando as limitações de pessoal e de orçamento do CADE, esse resultado sugere que a demora da autoridade estaria mais associada às dificuldades intrínsecas de lidar

com quantidades maiores de processos, que propriamente relacionada a uma ineficiência deliberada. A reforçar essa visão, é importante frisar que o gráfico sugere haver maior agilidade quando a carga de trabalho diminui. Ademais, o CADE, no seu papel de defensor da concorrência em todo o território nacional, tende a ter um controle limitado do crescimento da quantidade de apurações - afinal, havendo fundados indícios do cometimento de ilícitos, espera-se haver a abertura de novas investigações.

Não obstante esses obstáculos intrínsecos, o gráfico também pode sugerir, de forma preliminar, a adoção de outra medida concreta capaz de auxiliar o CADE no combate à morosidade. Ainda que a sugestão esteja sujeita a aprofundamento futuro quanto aos seus limites e possibilidades jurídicas, com base no resultado acima, o CADE deve considerar ser mais criterioso e rigoroso na quantidade de novas investigações instauradas, buscando manter um limite preferencialmente de aprox. 200 casos em estoque. Com um estoque de processos maior que esse, a autoridade corre o risco de se tornar bastante ineficiente em termos de tempo, conforme demonstram os dados. Essa é, portanto, a *quarta* medida concreta sugerida por este artigo.

3.2 Medidor 2: tempo de duração de cada uma das etapas de investigação do CADE

Conforme detalhado na Lei 12.529/2011 e no Regimento Interno do CADE, o roteiro das investigações da autoridade concorrencial brasileira envolve três etapas sequenciais: o Procedimento Preparatório (PP), o Inquérito Administrativo (IA) e o Processo Administrativo (PA). Tais fases designam o estágio de maturidade do caso, sendo o PA a fase mais madura, conduzida inicialmente pela SG e encerrada no âmbito do Tribunal.

O PP é um momento preliminar, em que o CADE avalia sua própria competência sobre a matéria. O art. 66, § 3º, da LDC prevê um limite de 30 dias (1 mês) para a conclusão dessa etapa. Já o IA tem natureza inquisitorial e é instaurado quando os indícios de infração existem, mas não são suficientemente robustos. O art. 66, § 9º, da LDC prevê um prazo de 180 dias (6 meses) prorrogável por 60 (2 meses) para a conclusão dessa etapa. Por fim, o PA envolve o estágio mais maduro da investigação, que acontece em contraditório. A LDC não prevê um prazo rígido para o término definitivo do PA, estabelecendo limites apenas para o acontecimento de determinadas fases intermediárias (*e.g.*, apresentação de defesa).

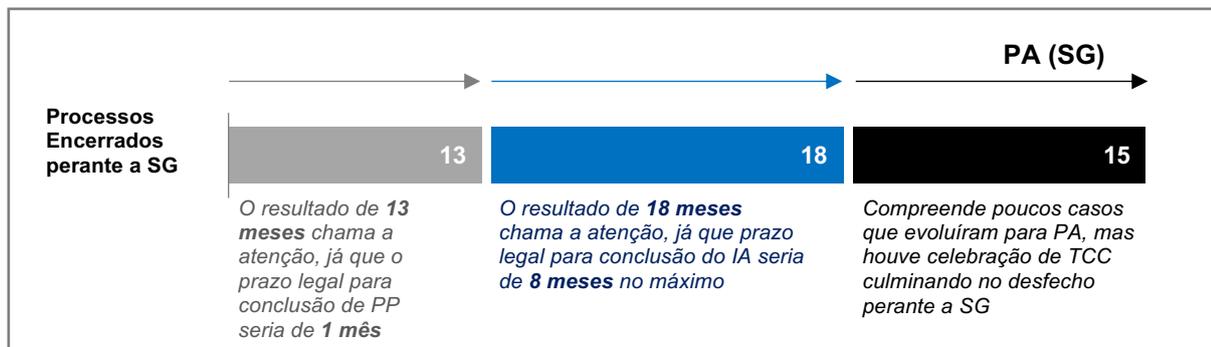
É importante reforçar que uma investigação não precisa necessariamente percorrer todas as etapas. Isso porque, dependendo do volume de informações e indícios colhidos, a autoridade pode decidir pela instauração do caso a partir de estágio mais, ou menos, avançado

de maturidade. Ainda, é possível encerrar a apuração nas etapas de PP ou de IA desde logo, caso a SG entenda não haver competência sobre a matéria, ou não haver indícios suficientes de infração, respectivamente.¹⁸

À luz das considerações acima, o artigo também procurou avaliar a atuação temporal do CADE em cada uma das etapas de investigação previstas na LDC. Nos gráficos abaixo, é ilustrada a duração média (em meses) das etapas, conforme o órgão em que o processo encerrou (SG, ou Tribunal).

Para fins de transparência, é importante esclarecer que o cálculo da duração de cada fase considera somente casos que efetivamente tenham percorrido tal etapa. Esse esclarecimento ajuda a compreender o motivo para não necessariamente haver uma equivalência entre a soma de cada um dos períodos ilustrados abaixo e a duração total dos processos ilustrada no tópico acima. Assim, para cada período representado abaixo, o resultado deve ser lido como “a duração média daquela etapa, dos processos que efetivamente a percorreram”.

Gráfico 7 – Duração média (em meses) de cada uma das etapas de investigação, por órgão em que o processo foi encerrado – casos encerrados perante a SG



Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: o cálculo da duração média de cada etapa considera somente os processos que efetivamente percorreram a respectiva etapa. Não foram considerados no cálculo os processos que não tenham percorrido a respectiva etapa. No estágio “PA (SG)”, considera-se as situações envolvendo a celebração de TCCs que são capazes de implicar o desfecho do caso perante a SG: (i) investigações para apurar condutas unilaterais, em que houve celebração de TCC perante a SG; (ii) investigações em que, embora não se apurasse conduta unilateral, todos os investigados celebraram TCC perante a SG.

¹⁸ Nas hipóteses de arquivamento de PP ou IA, vale pontuar ainda a possibilidade de revisão da decisão. Isso pode acontecer das seguintes maneiras, essencialmente: (i) por meio de recurso de qualquer interessado ao Superintendente-Geral; ou (ii) do incidente de avocação do procedimento pelo Tribunal do CADE.

Os resultados acima sinalizam uma duração bastante dilatada das etapas de PP e IA, em evidente contrariedade ao texto legal. Como é possível notar do gráfico, a duração média de 13 meses do estágio de PP (dos processos que efetivamente percorreram tal fase) é bastante superior ao limite de 1 mês previsto na LDC (art. 66, § 3º). Além disso, a duração média de 18 meses do estágio de IA (dos processos que efetivamente percorreram tal fase) é muito superior ao limite legal de até 8 meses (art. 66, § 9º, da LDC). Em outras palavras, o CADE demora muito além do legalmente previsto para (i) avaliar sua própria competência sobre os casos e (ii) para concluir, se há (ou não) indícios suficientemente robustos para abertura de PA. Essa é uma constatação que parece demandar correção imediata.

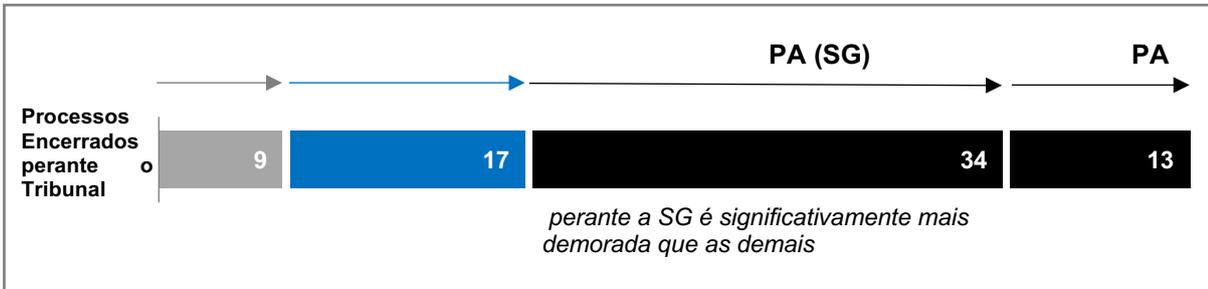
A Lei 12.529/2011 fixa prazos para o CADE concluir os estágios das investigações, em um claro intuito de eficiência e de evitar apurações com durações indefinidas. No entanto, especialmente considerando as limitações de pessoal e orçamento, tem predominado o entendimento da autoridade de que tais prazos seriam impróprios, *i.e.*, fixados como mero parâmetro a ser seguido, sem que a inobservância gere qualquer efeito para o processo.¹⁹ Embora não faça parte do escopo da pesquisa aprofundar o debate sobre a legalidade questionável desse posicionamento, os números dimensionam o impacto bastante desproporcional da tese, já que a demora do CADE é significativamente superior aos limites legais. Assim, como *quinta* medida de aprimoramento, o artigo sugere o seguinte: o entendimento dos prazos impróprios deve ser aplicado com maior rigor, cautela e parcimônia; havendo dúvida relevante sobre a competência ou a existência de indícios de infração, a autoridade deve evitar fazer prorrogações sucessivas de prazo em sede de PP e IA e deve priorizar a determinação do arquivamento da apuração.

O gráfico abaixo ilustra a mesma análise para os casos encerrados perante o Tribunal. Os pontos de atenção relacionados à duração de PPs e IAs persistem, sendo que a etapa de PA conduzida perante a SG é, de longe, a mais lenta. De fato, era de se esperar uma duração maior

¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota técnica nº 152/2023/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.004095/2020-15 (Apartado Restrito nº 08700.004096/2020-51)**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: B2T – Business to Technology Consultoria e Análise de Sistemas Ltda. *et al.* Ementa: Inquérito Administrativo. Acordo de Leniência. Suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado nacional de produtos e serviços de inteligência de negócios (*business intelligence*). Análise de questões preliminares suscitadas pelos Representados. Análise dos pedidos de produção de provas. Deferimento Parcial. Brasília-DF, 27 out. 2023. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy_rT1FfZIRJxe7Qogf18GDvP9Y6VF4X0r1E6v1PjEfhK. Acesso em: 1.º set. 2024.

desse estágio, por ser o momento em que a LDC prevê o acontecimento de desdobramentos importantes para o processo (e.g., notificações, apresentação de defesas etc.).

Gráfico 8 – Duração média (em meses) de cada uma das etapas de investigação, por órgão em que o processo foi encerrado – casos encerrados perante o Tribunal

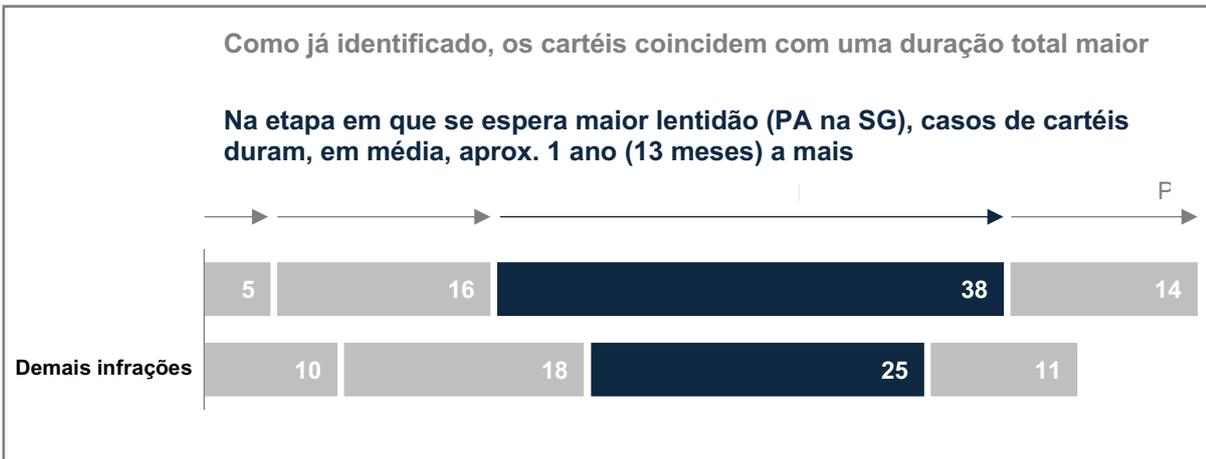


Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: o cálculo da duração média de cada etapa considera somente os processos que efetivamente percorreram a respectiva etapa. Não foram considerados no cálculo os processos que não tenham percorrido a respectiva etapa.

Por último, no gráfico a seguir, o trabalho procurou destrinchar os resultados acima, a partir da espécie de infração concorrencial investigada.

Gráfico 9 – Duração média (em meses) de cada uma das etapas de investigação, por espécie de infração concorrencial investigada – apenas casos encerrados perante o Tribunal



Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: o cálculo da duração média de cada etapa considera somente os processos que efetivamente percorreram a respectiva etapa. Não foram considerados no cálculo os processos que não tenham percorrido a respectiva etapa. Além disso, no gráfico, *cartel* compreende as seguintes categorias de condutas mapeadas: “cartel nacional”, “cartel internacional” e “cartel em licitações”. *Demais infrações* compreendem as demais categorias mapeadas no estudo, conforme esclarecimentos contidos na metodologia acima.

As investigações de cartéis encerradas perante o Tribunal coincidem com durações mais alongadas - resultado também capturado em gráficos anteriores. Tal análise parece reforçar as conclusões prévias, no sentido de que a demora do CADE estaria mais associada às dificuldades intrínsecas de apuração de cartéis, que propriamente a uma ineficiência da autoridade. A reforçar essa visão, a tramitação total das investigações de outras condutas coincide com uma duração relativamente mais acelerada. Além disso, na etapa em que se espera maior lentidão, os casos de cartéis também duram, em média, aprox. 1 ano (13 meses) a mais. Assim, nesse ponto, as medidas concretas sugeridas acima seriam igualmente aplicáveis.

3.3 Medidor 3: tempo para a conclusão do período de notificação dos investigados quanto à existência da acusação de cartel

Para aprofundar a análise das dificuldades associadas à apuração da conduta de cartel, a pesquisa também buscou mensurar a duração do período de notificações. Mais especificamente, a notificação dos acusados acerca das imputações feitas pelo CADE é o primeiro desdobramento imediatamente após a instauração do PA. Trata-se de manifestação típica da necessária observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa e, nesse sentido, as notificações acontecem em obediência a um rigor formal inerente ao devido processo legal.

É intuitivo notar o desafio de conclusão dessa fase nas investigações de cartel, com múltiplos acusados. Considerando o indispensável respeito às formalidades legais e que, para o processo seguir adiante, é preciso haver a notificação de todos os acusados (ou o esgotamento das tentativas de notificação), o término desse estágio tende a ser um gargalo nos casos com diversos representados.

À luz do exposto, partindo dos casos de cartel encerrados perante o Tribunal, o gráfico a seguir ilustra a duração média do período de notificação dos investigados, conforme a quantidade de representados nas apurações.

Gráfico 10 – Duração média (em meses) do período de notificação, *por* quantidade de representados - apenas casos de cartel encerrados perante o Tribunal



Fonte: elaboração própria, com base nos dados recebidos do CADE.

Notas: os casos de cartel compreendem as seguintes categorias de condutas mapeadas: “cartel nacional”, “cartel internacional” e “cartel em licitações”. Além disso, considera-se como investigados tanto pessoas jurídicas, quanto físicas.

Os dados sugerem ao menos duas reflexões importantes. Por um lado, revelam que a duração média do período de notificações é superior a 1 ano. Trata-se de uma fase meramente formal (apenas para dar ciência aos investigados quanto à existência da acusação), mas que é bastante alongada. Por outro lado, o gráfico também sinaliza que o crescimento do número de investigados não coincide necessariamente com durações maiores do período de notificação. Essa constatação é surpreendente, afinal, por qual motivo processos com quantidades maiores de investigados superam a barreira formal das notificações de forma mais ágil que outros com menor quantidade de representados?

Os resultados não fornecem uma resposta clara para a pergunta acima. De toda forma, o fato de o período de notificações ser bastante longo, mas, ainda assim, não haver uma coincidência entre duração/quantidade, sugere que o problema estaria nas formalidades exigidas para notificar e dar-se um acusado como notificado. O artigo não faz uma crítica a existência dessas formalidades, já que são manifestação necessária do contraditório e da ampla

defesa. Contudo, existe margem (dada pela própria lei)²⁰ para o CADE explorar formas alternativas que assegurem a certeza da ciência do representado, prezando por agilidade. À luz dos avanços da tecnologia, a autoridade pode explorar formatos mais eficientes que as tentativas tradicionais de notificação por correio ou por meio de edital publicado em jornal. Essa é, portanto, a *sexta* e última sugestão de medida de combate à morosidade do CADE.

4 Conclusão

O problema da lentidão processual do CADE é de conhecimento geral. No entanto, os verdadeiros obstáculos de tempo dos casos ainda não haviam sido precisamente mapeados e sequer eram nitidamente compreendidos. O artigo pretendeu iluminar esse tema, ao realizar um diagnóstico capaz de responder a seguinte pergunta de pesquisa: quais desafios de tempo o CADE enfrenta em suas investigações?

Em termos de metodologia, para mensurar os desafios, o artigo cria e aplica três medidores temporais da atuação do CADE nos processos. Avaliou-se a performance da autoridade com relação aos seguintes aspectos: (1) tempo até o encerramento definitivo da investigação; (2) tempo de duração de cada uma das etapas de investigação; e (3) tempo para a conclusão do período de notificação dos investigados quanto à existência da acusação de cartel.

Ao aplicar os medidores criados e destrinchá-los a partir de determinados filtros de análise, a pesquisa apontou, principalmente, para dois desafios que fugiriam ao controle de uma autoridade com limitações de pessoal e orçamento: (i) as dificuldades intrínsecas de apurar a infração de cartel e (ii) os obstáculos próprios de lidar com quantidades maiores de processos. Diversos resultados analisados pela pesquisa sugerem que o CADE é particularmente mais lento no processamento dos casos relacionados a cartéis, incluindo aqueles com número elevado de representados (uma característica intrínseca dessas apurações). Em contrapartida, a autoridade seria mais eficiente na conclusão dos processos relacionados a outras condutas, com menor quantidade de investigados. O artigo também verificou que os períodos de crescimento da carga de trabalho coincidiram com uma atuação mais morosa do CADE, enquanto os momentos de queda de volume de processos coincidiram com atuações mais ágeis.

²⁰ O art. 70, § 2º da LDC dispõe o seguinte sobre as notificações: “A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, *ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado* ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do aviso de recebimento, ou da publicação, conforme o caso”. (grifos nossos).

Embora o diagnóstico aponte, principalmente, para obstáculos que fugiriam ao controle do CADE, os resultados também permitiram sugerir, de forma preliminar, seis medidas concretas para auxiliar a autoridade a ter maior domínio sobre o seu próprio tempo nas investigações. As medidas propostas estão resumidas na tabela abaixo.

Tabela 1 – Resumo das medidas concretas e preliminares de combate à morosidade

#	Resultado	Medida concreta e preliminar
1	Investigações tendem a ser mais alongadas, conforme cresce o número de investigados. A morosidade é significativamente maior a partir de 30 investigados.	O CADE deve considerar ser mais criterioso e rigoroso na quantidade de pessoas a serem inseridas no polo passivo de novas investigações, observando um limite preferencialmente de 30 representados.
2	Investigações iniciadas por acordo de leniência coincidem com uma duração significativamente maior que a média geral.	Ao celebrar acordos de leniência, o CADE deve considerar ser mais criterioso e rigoroso na quantidade de pessoas a serem inseridas no polo passivo da investigação, observando um limite preferencialmente de 30 representados.
3	Os TCCs têm potencial de tornarem as investigações iniciadas por leniências menos desafiadoras; a duração média de casos cumulando os acordos é significativamente menor que daqueles contendo apenas leniência.	O CADE deve considerar estimular, de forma mais firme, a negociação de TCCs, especialmente nas apurações decorrentes de leniência.
4	Em geral, o aumento do tempo de duração dos processos coincide com um aumento do acúmulo de casos; um estoque de aprox. 200 investigações parece ser o limite de eficiência.	O CADE deve considerar ser mais criterioso e rigoroso na quantidade de novas investigações instauradas, buscando manter um limite preferencialmente de aprox. 200 casos em estoque.
5	A duração média das etapas de PP e IA é muito alongada e significativamente superior aos prazos previstos na LDC para a conclusão dessas etapas.	O entendimento dos prazos impróprios deve ser aplicado com maior rigor, cautela e parcimônia; havendo dúvida relevante sobre a competência ou a existência de indícios de infração, o CADE deve evitar fazer prorrogações sucessivas de prazo em sede de PP e IA e deve priorizar a determinação do arquivamento da apuração.
6	A duração média do período de notificações é bastante alongada; além disso, não há coincidência entre o crescimento do número de investigados e durações maiores do período de notificações.	O CADE deve considerar explorar formas alternativas que assegurem a certeza da ciência do representado, prezando por agilidade. À luz dos avanços da tecnologia, a autoridade pode explorar formatos mais eficientes que as tentativas tradicionais de notificação por correio ou por meio de edital publicado em jornal.

Fonte: Elaboração própria.

As soluções para a questão da lentidão do CADE não são triviais. Tentativas de aumento de orçamento e de recursos humanos (os remédios mais evidentes) costumam estar fora de cogitação e dependem de decisões de governo tipicamente demoradas. O problema da morosidade, contudo, não pode esperar. Pesquisas futuras poderão aprofundar as medidas propostas neste artigo e outras saídas criativas para superar os obstáculos. Nesse sentido, a presente pesquisa parece ser um bom caminho para começar a compreender melhor os verdadeiros desafios de tempo do CADE.

5 Referências Bibliográficas

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília-DF: CADE, dez. 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em: 3 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Mercados de Plataformas Digitais**. Brasília-DF: CADE, ago. 2021. (Série Cadernos do CADE). Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota técnica nº 152/2023/CGAA6/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.004095/2020-15 (Apartado Restrito nº 08700.004096/2020-51)**. Representante: CADE *ex officio*. Representados: B2T – Business to Technology Consultoria e Análise de Sistemas Ltda. *et al.* Ementa: Inquérito Administrativo. Acordo de Leniência. Suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado nacional de produtos e serviços de inteligência de negócios (*business intelligence*). Análise de questões preliminares suscitadas pelos Representados. Análise dos pedidos de produção de provas. Deferimento Parcial. Brasília-DF, 27 out. 2023. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnq15_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy_rT1FfZIRJxe7Qogf18GDvP9Y6VF4X0r1E6v1PjEfhK. Acesso em: 1.º set. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; KEMPFER, Marlene. A Razoável Duração do Processo no Âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Revista Jurídica**, São Paulo, a. 65, n. 471, p. 9-37, jan. 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: Concorrência e Combate à Corrupção**. Prefácio: Ricardo Villas Bôas Cueva. 1.^a ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead**. Paris: OCDE, 2003. Available at: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264101258-en.pdf?expires=1734294055&id=id&accname=guest&checksum=65544D03FABC9604CB84288F0FE42D2E>. Access in: 3 set. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019**. Paris: OCDE, 2019. Available at: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Access in: 2 set. 2024.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 1.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se. *In*: RODAS, João Grandino (coord.). **Direito concorrencial: Avanços e Perspectivas – Volume 5. Livro 1**. 2.^a ed. Curitiba: Prismas, 2018, p. 305-336.

SILVA, Ênio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93271>. Acesso em: 10 ago. 2024.

O PREÇO DA COLABORAÇÃO: ANÁLISE DA COERÊNCIA NA APLICAÇÃO DA REGRA DE OURO DA CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA E DA MULTA NO CADE

THE PRICE OF COLLABORATION: ANALYSIS OF COHERENCE IN THE APPLICATION OF THE GOLDEN RULE OF PECUNIARY CONTRIBUTIONS AND FINES IN CADE

Julia De Carli Baiôcco¹
Sofia de Medeiros Vergara²

DOI 10.5281/zenodo.14522736

Resumo: A regra de ouro dos acordos de colaboração no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) estabelece que aquele que colaborou não pode ficar em “situação pior” do que aquele que não colaborou. Enquanto a regra busca incentivar a colaboração com a autoridade concorrencial, a definição ampla e não parametrizada pode gerar insegurança quanto à multa esperada e aquela efetivamente aplicada. O presente artigo busca verificar a aplicação da “regra de ouro” nos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs), analisando a coerência e a segurança jurídica na definição da base de cálculo da contribuição pecuniária e da multa aplicada aos demais representados, especificamente no contexto de processos administrativos que investigam cartéis. O estudo abrange TCCs celebrados entre 2014 e 2024, utilizando uma metodologia de análise jurisprudencial que inclui a apresentação de resultados quantitativos e qualitativos. Os referidos processos foram sistematizados e organizados a partir dos critérios legais e infralegais de composição da base de cálculo, no intuito de constatar eventuais discrepâncias e identificar suas razões.

Palavras-chave: Cade; Termo de Compromisso de Cessação; Contribuição Pecuniária; Multa; Base de Cálculo; Regra de Ouro.

Abstract: The golden rule of collaboration at the Administrative Council for Economic Defense (Cade) establishes that those who collaborated cannot be in a worse situation than those who did not. While the rule seeks to encourage collaboration with the competition authority, the broad and non-parameterized definition can create uncertainty regarding the expected and applied fine. This article seeks to verify the application of the “golden rule” on the Cease and Desist Agreement (TCCs), analyzing the coherence and legal certainty in defining the basic amount for the pecuniary contribution and the fine applied to the other parties investigated, specifically in the context of administrative processes that investigate cartels. The study covers TCCs concluded between 2014 and 2024, using a jurisprudential analysis methodology that includes the presentation of quantitative and qualitative results. The referred processes were

¹ Advogada com atuação em Direito Concorrencial, Regulatório e Anticorrupção no escritório Hadmman & Dutra Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro Associação Brasileira de Estudantes de Direito Processual (ABEDP).

² Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP/RP). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada em Horta e Bachur Advogados. Gestora da Competição WIA-CADE da Woman Inside Antitrust Network (WIA). Trabalha, pesquisa e é autora de artigos acadêmicos e capítulos de livros nas áreas de Direito da Concorrência, Educação, Regulatório, Proteção de Dados e Direito Digital.

systematized and organized based on the legal and infra-legal criteria for the composition of the basic amount, in order to verify possible discrepancies and identify their reasons.

Keywords: Cade; Cease and Desist Agreement; Financial Contribution; Fine; Basic Amount; Golden Rule.

Sumário: 1 Introdução; 2 A regra de ouro no Cade: considerações gerais e delimitação do objeto de pesquisa; 3 Análise da contribuição pecuniária dos TCCS; 3.1 Metodologia; 3.2 Análise quantitativa; 3.3. Análise qualitativa; 4 Conclusão; 5 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

O Compromisso de Cessação de Prática está previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011 e é regulamentado pela Seção III, do Capítulo II, do Regimento Interno do Cade (RICade). Juntamente com os Acordos de Leniência, os Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) buscam criar incentivos à colaboração dos autores da conduta anticompetitiva, sendo ferramentas importantes para a aplicação do direito da concorrência, uma vez que contribuem para a detecção e investigação eficiente das infrações mais graves, e para a imposição de sanções contra tais infrações.³ No controle de condutas, Thiago Marrara aponta três utilidades básicas expressivas, quais sejam:

(i) impedir a continuidade da prática de mercado sob a qual pairam suspeitas de ilicitude ou de seus efeitos nocivos sem a necessidade de se impor medida preventiva ou decisão condenatória; (ii) concretizar o princípio da eficiência administrativa ao imprimir celeridade e economicidade processual; e (iii) democratizar a ação do CADE, o que tende a lhe conferir maior aceitação e, por conseguinte, reforçada efetividade e estabilidade às suas decisões em detrimento da litigiosidade.⁴

Dentre os elementos de um TCC, tem-se a contribuição pecuniária dos compromissários (pessoa física ou jurídica), que é calculada a partir do valor esperado da multa em caso de condenação pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tribunal do Cade), aplicando-se, ao final, um desconto de até 50%, nos termos do art. 187 do RICade. Isso significa

³ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104> . Acesso em: 29 nov. 2024.

⁴ MARRARA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 95, dez. 2020.

que, ao calcular a contribuição pecuniária do TCC, a autarquia tenta prever a multa que será aplicada pelo Tribunal do Cade quando do julgamento do Processo Administrativo (PA).

Nesse contexto, o Cade deve observar a regra de ouro das colaborações. Isto é, a fim de criar incentivos à colaboração com a autoridade concorrencial, deve-se assegurar que aquele que colaborou se encontre em situação melhor do que os demais, estimulando os agentes a firmarem acordos com a autoridade. Nas palavras de Luis Ros, o indivíduo deve estar em uma “situação melhor do que quando iniciou a negociação e melhor que os terceiros que não negociaram com o Estado (‘Regra de Ouro’), garantindo-lhe segurança jurídica, benefícios expressivos e, também, a menor exposição jurídica possível em outras esferas do direito.”⁵

Não é por outra razão que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶, no assunto de medidas eficazes contra cartéis *hard core*, recomenda que sejam claras as regras e procedimentos que regem os programas de leniência e programas relacionados. Dispõe, nesse sentido, a importância de se estabelecer padrões previsíveis para o tipo e a qualidade da informação que se qualifica para leniência.

O esforço de previsibilidade da pena de multa encontra, porém, algumas dificuldades, dentre as quais o decurso do tempo entre negociação do TCC e julgamento do PA, a alteração na composição do Tribunal, a situação financeira dos representados, a discricionariedade das instâncias que negociam o acordo, entre outros.

Em que medida podemos, então, analisar se um compromissário está em situação melhor do que os demais representados? Para responder essa pergunta, destaca-se reflexão lançada pelo atual Presidente do Tribunal, o Sr. Alexandre Cordeiro, em que sustenta, a fim de se descobrir se o Cade tem um padrão para cálculo da multa esperada e se tal padrão fornece segurança jurídica ao mercado, que “é essencial deixar a retórica do ‘achismo’ de lado e fazer uma análise empírica dos casos concretos e já julgados pelo Conselho”⁷.

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo traçar o perfil de cálculo da multa esperada e confrontá-lo com o da multa aplicada, a fim de verificar se a regra de ouro das colaborações com o Cade, no que se refere à contribuição pecuniária, está sendo cumprida nas

⁵ ROS, Luis. **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**. 2020. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2020, p. 68.

⁶ OCDE, “**The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels**”, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 299, OECD Publishing, Paris, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9bc9dd57-en>. Acesso em: 1.º dez. 2024

⁷ CORDEIRO, Alexandre. **Multa Esperada, TCC e segurança jurídica: O Cade tem um padrão para calcular multa nos casos de cartéis?** In. *JOTA*, 27 de jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica> Acesso em: 1º set. 2024.

investigações de cartel. Para tanto, realizou-se pesquisa empírica, por meio do mapeamento e da análise, quantitativa e qualitativa, dos TCCs celebrados pelo Cade entre 2014 e 2024 e processos a eles vinculados, consoante metodologia indicada abaixo.

2 A regra de ouro no Cade: considerações gerais e delimitação do objeto de pesquisa

Conforme o Guia “Dosimetria de multas de cartel”, em respeito à regra de ouro, “aquele que colaborou não pode ficar em situação pior do que aquele que não colaborou.”⁸ No mesmo sentido, o voto do Conselheiro Luiz Hoffmann no PA nº 08700.006005/2019-89 entendeu que, segundo a regra de ouro, “os colaboradores não podem ser deixados em situação inferior ou pior do que aqueles que não cooperaram com a autoridade.”⁹ Trata-se, entretanto, de definição genérica que dá margem para ampla discussão acerca do que seria uma “situação pior”.

Do ponto de vista objetivo, por exemplo, mesmo tendo alíquota e base de cálculo maior, pode ser que o compromissário fique em situação melhor do que aquele que não colaborou, em razão do desconto obtido e a limitação do ressarcimento em ações de reparação de danos por cartel. Além disso, o TCC permite que a contribuição pecuniária seja paga de forma parcelada, enquanto a multa deve ser paga de uma só vez.

Outra situação favorável a se considerar é o fato de a admissão de culpa em TCC não configurar reincidência¹⁰. Em termos práticos, porém, não há muito impacto, já que, conforme o Documento de Trabalho do Cade “TCC na Lei 12.529/2011”¹¹, foi verificada sua ocorrência em apenas dois casos (1%) até 2019.

Do ponto de vista subjetivo, especialmente em relação a pessoas físicas, há aqueles que preferem pagar uma multa mais alta do que apresentar informações sobre seus colegas, associando uma situação pior ao “estigma do delator no Brasil”¹². Vale ressaltar, também em

⁸ CADE. **Guia Dosimetria de multas de cartel**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-dosimetria-de-multas-de-cartel.pdf>

⁹ CADE, PA nº 08700.006005/2019-89. Voto do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. 2022.

¹⁰ ZARZUR, Cristiane; GARRIDO, Marcos; SILVA, Leda. **Admissão de culpa em TCC não configura reincidência**. Conjur, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mar-26/admissao-culpa-tcc-nao-configura-reincidencia>. Acesso em: 21 ago. 2024.

¹¹ 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: 1.º set. 2024.

¹² MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: a interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. Editora Singular, 2013, p. 282 e 286.

relação às pessoas físicas, que o Cade vem aplicando limitadores à multa, utilizando critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Para tanto, definiu-se que a multa não poderá ser superior a 30% da renda bruta anual do infrator, somados a 6% do seu patrimônio¹³. Em consulta aos TCCs celebrados entre 2022 (voto referência do Conselheiro Gustavo Augusto) e 2024, contudo, verificou-se que não houve menção a tais limitadores nos TCCs.

Ademais, não se pode ignorar o risco de, mesmo com a colaboração e entrega dos documentos e informações pelo compromissário, ocorrer o arquivamento do PA em relação aos representados (por exemplo, por ausência de provas ou prescrição).

Há casos, ainda, que a depender do tempo entre a celebração do TCC e o julgamento do PA, com condenação dos representados, a empresa pode entender mais benéfico manter o dinheiro em caixa ou investimento, sobretudo considerando a média de 3 anos e 11 meses entre a homologação do primeiro TCC e o julgamento do PA vinculado, como será detalhado abaixo.

Nesse sentido, há uma ampla gama de aspectos que podem ser considerados para verificar se o compromissário se encontra em situação melhor ou pior em relação aos demais representados, consoante rol não exaustivo sintetizado na tabela abaixo:

Tabela 1 – Quais os aspectos considerados para verificar se o compromissário está em “situação pior” do que aquele que não colaborou?

Pagamento no Cade	1	Base de cálculo e/ou alíquota
	2	Desconto de até 50% (art. 187 do RICade)
	3	Prazo e/ou data de pagamento
	4	Possibilidade de pagamento parcelado (art. 196 do RICade)
	5	Agravante: reincidência (art. 37, §1º c/c art. 45, VIII da Lei nº 12.529/2011)
Ação de reparação de danos por cartel	6	Responder apenas pelo prejuízo causado, não sendo aplicável o ressarcimento em dobro (art. 47, §2º da Lei nº 12.529/2011)
	7	Responder apenas pelo dano que causou; inexistência de responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais (art. 47, §3º da Lei nº 12.529/2011)
Aspectos reputacionais	8	Confidencialidade das informações e documentos apresentados ¹⁴ (preservação da imagem da empresa)
	9	Cooperação com o Estado e contribuição para a sociedade no combate e repressão aos cartéis (alteração da imagem da empresa)
Risco	10	Arquivamento do PA em relação àqueles que não colaboraram

Fonte: Elaboração própria (2024).

¹³ CADE. PA nº 08700.007278/2015-17, Voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima, 2022.

¹⁴ Art. 2º, I da Resolução nº 21/2018. CADE. **Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018**. Dispõe sobre os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011. Brasília-DF: 2018.

Essas questões representam o primeiro passo para estabelecer critérios para definir a amplitude da regra de ouro no Cade, bem como são importantes para a compreensão do objeto de pesquisa. Não obstante, em que pese a diversidade de elementos aqui levantados, capazes de influir no que se poderia entender por “situação pior”, a jurisprudência do Cade em relação ao assunto ainda é incipiente e especialmente focada nos elementos pecuniários. Com efeito, ao se buscar por “regra de ouro” na ferramenta de pesquisa pública, temos como resposta apenas nove resultados, dos quais três se referem à regra de ouro fiscal da Constituição Federal.

Ainda, nas seis ocasiões em que a autarquia mencionou expressamente a regra de ouro, não houve grandes delimitações acerca do escopo de sua aplicação. Em um dos processos, a regra de ouro é mencionada para tratar da flexibilização dos critérios legais da base de cálculo, e nos cinco demais, a expressão é trazida para a discussão sobre a alíquota a ser aplicada¹⁵.

A título de exemplo, restringindo a potencial abrangência da regra, o voto do Conselheiro Sérgio Ravagnani no PA nº 08700.006681/2015-29 entendeu que a regra de ouro estaria relacionada com a dosimetria, pois “nenhuma empresa que firme TCC com o Cade poderá ter dosimetria menos favorável do que o agente que decidiu por não colaborar com a investigação”¹⁶. No contexto da dosimetria, podemos aventar os seguintes cenários:

Tabela 2 – Regra de ouro na dosimetria de contribuição pecuniária e multa

1	Mesma base de cálculo e alíquota
2	Base de cálculo e alíquota maiores para a multa
3	Base de cálculo e alíquota maiores para o TCC
4	Mesma base de cálculo, alíquota diferente
5	Base de cálculo diferente, mesma alíquota

Fonte: Elaboração própria (2024).

A presente pesquisa analisou a regra de ouro sob a perspectiva da base de cálculo utilizada para a contribuição pecuniária do TCC, avaliando se esta foi igual à utilizada para o cálculo da multa e, caso contrário, em que aspectos divergiu. O mesmo raciocínio não pôde ser aplicado à alíquota, dado que (i) sua aplicação varia de acordo com a individualização da conduta, considerando certas variáveis em relação às pessoas jurídicas (como a duração da

¹⁵ Respectivamente PA nº 08700.006005/2019-89 e PAs nº 08700.006568/2022-72, 08700.009165/2015-56, 08700.006681/2015-29, 08700.003699/2017-31 e 08700.010979/2013-71.

¹⁶ CADE, PA nº 08700.006681/2015-29, Voto do Conselheiro Relator Sérgio Costa Ravagnani, 2022.

participação na conduta e a assunção de papel de líder do cartel) e podem não ser comparáveis entre si, e (ii) na maior parte dos casos, a alíquota está tarjada (*i.e.*, com acesso restrito).

Diante do exposto e dada a amplitude do tema, o presente trabalho se restringe a verificar, quantitativa e qualitativamente, a aplicação da regra de ouro no tocante à base de cálculo das contribuições pecuniárias de TCCs e das multas em investigações de cartel, sem incluir a análise comparativa da alíquota da contribuição pecuniária e da multa.

3 Análise da contribuição pecuniária dos TCCS

3.1 Metodologia

Para realização da presente pesquisa, efetuou-se consulta no site do Cade¹⁷ e listou-se todos os TCCs homologados pelo Cade, entre 2014 e 2024, com aplicação da Lei nº 12.529/2011. O marco temporal escolhido buscou abarcar a jurisprudência dos últimos 10 anos da autarquia, pois observou-se que “especialmente após a edição da Resolução 5/2013, que regulamentou os TCCs em caso de cartel no Cade, houve um crescimento exponencial das negociações e homologações dessa espécie de acordo no âmbito da autarquia.”¹⁸ Além disso, objetivou-se evitar maiores dificuldades no acesso à informação, dado que parte dos processos no período anterior ao selecionado não são claros em relação aos critérios adotados.

Desse conjunto inicial – que incluía condutas unilaterais e influência a conduta comercial uniforme – filtrou-se apenas os PAs que investigaram a conduta de cartel, a fim de possibilitar a comparação da multa aplicada para o compromissário e demais representados. Essa filtragem inicial resultou em um total de mais de 300 TCCs.

Desse total, foram excluídos, manualmente, os TCCs (i) celebrados com pessoas físicas, não englobadas no objeto de pesquisa¹⁹, e (ii) referentes a PAs que ainda não tenham sido julgados, uma vez que a falta de julgamento impossibilita a comparação pretendida. Assim, obteve-se um conjunto de 139 TCCs celebrados com pessoas jurídicas e homologados entre 2014 e 2024, vinculados a 46 PAs que investigaram cartéis e já foram julgados pelo Tribunal.

¹⁷ CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Termo de Compromisso de Cessação (TCC)**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/acordos/tccs>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁸ ATHAYDE, Amanda.; FRADE, Eduardo. THOMSON, Diogo. **A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos 5 anos de vigência da Lei 12.529/2011**. In: A evolução do antitruste no Brasil. Celso Campilongo; Ricardo Pfeiffer (Org.). Editora Singular, 2018, p. 1271.

¹⁹ Conforme o art. 37, III da Lei nº 12.529/2011, a multa da pessoa física é calculada a partir da multa aplicada à empresa na qual era vinculada, não havendo discussão sobre base de cálculo aplicável, razão pela qual as pessoas físicas não foram incluídas no objeto de pesquisa.

A referida base de dados foi tabelada em planilha do Excel, filtrando-se, entre outros, pelos critérios legais e infralegais – i.e., decorrentes da jurisprudência do Cade, devidamente internalizados pelo Guia de TCC – para o cálculo da contribuição pecuniária.

Utilizou-se como base a metodologia aplicada pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro e apresentada em forma de voto em TCCs diversos²⁰, quais sejam: (a) dimensão geográfica, que engloba (a.1) faturamento no Brasil (critério legal), (a.2) faturamento virtual e (a.3) faturamento no escopo geográfico da conduta; (b) dimensão temporal, que engloba (b.1) faturamento no ano anterior ao PA (critério legal), (b.2) faturamento no ano anterior ao IA, PP ou TCC e (b.3) médias de faturamento ou maior faturamento anual; (c) dimensão temática, que engloba (c.1) faturamento no ramo de atividade (critério legal), (c.2) faturamento referente ao produto ou serviço afetado e (c.3) faturamento descontado repasse a terceiros, (c.4) faturamento bruto total; e por fim, (d) a reincidência, que engloba (d.1) o dobro da multa, se houver, e (d.2) casos em que não houve reincidência.

Dentre outros elementos, verificou-se a incidência desses critérios, caso por caso, por meio da análise dos pareceres da Superintendência-Geral do Cade (SG) e dos votos vencedores do Tribunal do Cade. Nos casos em que não houve menção expressa à não aplicação dos critérios legais da base de cálculo, presumiu-se sua utilização em todas as dimensões.²¹

3.2 Análise quantitativa

Nesta seção, serão apresentadas, sob a perspectiva quantitativa, as principais conclusões extraídas dos processos analisados. Isto é, sem adentrar nas particularidades de cada caso, busca-se apresentar impressões acerca do conjunto analisado como um todo.

Em relação ao decurso de tempo entre a homologação do primeiro TCC celebrado no PA e o julgamento do PA ao qual está vinculado²², verificou-se que, em média, esse intervalo é de cerca de 3 anos e 11 meses. Considerando todos os TCCs homologados – e não apenas os primeiros de cada PA – essa média reduz para 3 anos e 6 meses. Como apresentado no gráfico

²⁰ Dentre estes, os Requerimentos de TCC 08700.001200/2016-14, 08700.007539/2016-80, 08700.007859/2016-30, 08700.007862/2016-53, 08700.007863/2016-06, 08700.007864/2016-42, 08700.007865/2016-97.

²¹ Para os Requerimentos de TCC nº 08700.004496/2014-19, 08700.004627/2014-68, 08700.005159/2014-49, 08700.003376/2013-13, 08700.002404/2013-85, que indicaram como base de cálculo apenas o faturamento da empresa, presumiu-se a aplicação dos critérios legais. Para os Requerimentos de TCC nº 08700.010314/2013-68, 08700.010662/2012-54, 08700.005258/2016-92, 08700.002912/2016-14, 08700.005349/2017-17, 08700.004934/2018-72, presumiu-se que observaram a mesma metodologia de cálculo dos demais TCCs firmados no PA, na medida em que os votos ou notas técnicas indicavam a observância dos acordos previamente firmados.

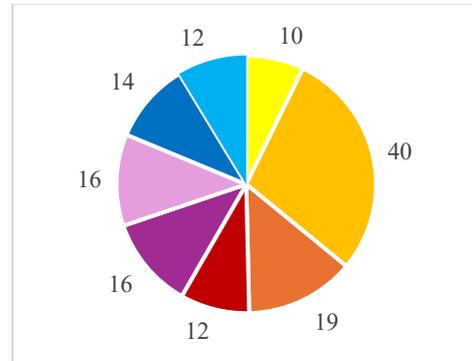
²² Como termo final de duração, escolheu-se a última decisão proferida pelo Tribunal do Cade, em decisão plenária, embargos de declaração ou pedido de reapreciação.

abaixo, esse período pode variar bastante, desde apenas meses nos casos mais céleres, até aproximadamente 8 anos nos casos mais delongados.

Figura 1 – Período (em anos) entre a homologação do primeiro TCC e o julgamento do PA



Figura 2 – Período (em anos) entre a homologação de todos os TCCs e o julgamento do PA



■ Menos de 1 ano ■ Entre 1 e 2 anos ■ Entre 2 e 3 anos ■ Entre 3 e 4 anos
 ■ Entre 4 e 5 anos ■ Entre 5 e 6 anos ■ Entre 6 e 7 anos ■ Entre 7 e 8 anos

Fonte: Elaboração própria (2024).

Em especial, observou-se que 20 dos 46 primeiros TCCs homologados no PA (43%) aguardaram 4 anos ou mais até o julgamento do PA pelo Tribunal do Cade. Considerando todos os TCCs homologados, temos um dado similar: 58 dos 139 TCCs homologados (41%) aguardaram 4 anos ou mais, sendo julgados por uma composição completamente diferente daquela que o homologou. Vale ressaltar que, do conjunto analisado, 100 TCCs (72%) foram negociados no âmbito da SG, enquanto apenas 39 (28%) no âmbito do Tribunal.

Quanto à base de cálculo, apenas 44 TCCs (32%) não apresentaram nenhuma variação em relação à adotada no PA. Por sua vez, para 29 TCCs (21%), não foi possível traçar um paralelo, na medida em que o PA não apresentou condenação de pessoas jurídicas, seja porque todas haviam firmado acordos com o Cade, seja por ausência ou insuficiência de provas ou verificação da prescrição da pretensão punitiva. Para os demais 66 TCCs (47%), houve variação da base de cálculo em relação ao PA vinculado.

A fim de verificar a compatibilidade (ou não) entre as multas e as contribuições pecuniárias, realizou-se análise detalhada da base de cálculo elegida. Para tanto, dividiu-se a investigação em quatro dimensões, conforme a tabela a seguir:

Tabela 3 – Critérios de base de cálculo da contribuição pecuniária nos TCCs

(a) Dimensão geográfica	1	Critério legal: deve se reportar ao faturamento bruto no Brasil
	2	Critério infralegal: faturamento “virtual” no mercado brasileiro ou estimativa de vendas indiretas (quando inexistente ou muito pequeno faturamento no país)
	3	Critério infralegal: faturamento referente ao escopo geográfico da conduta (quando o faturamento nacional é muito maior do que os limites territoriais do cartel)
(b) Dimensão temporal	1	Critério legal: faturamento deve ter sido apurado no ano anterior à instauração do PA relacionado
	2	Critério infralegal: faturamento do exercício anterior à instauração do IA/PP ou do ano anterior ao da apresentação do requerimento do TCC (quando não instaurado PA)
	3	Critério infralegal: média dos faturamentos durante o período da conduta, faturamento nos últimos 12 meses da conduta ou maior faturamento anual obtido durante a conduta (quando o faturamento no ano anterior à instauração é inexistente, excessivo ou muito aquém)
(c) Dimensão temática	1	Critério legal: faturamento deve ter sido apurado no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração
	2	Critério infralegal: faturamento referente ao produto ou serviço afetado pelo cartel (quando faturamento no ramo de atividade é excessivamente amplo ou objeto não perfeitamente enquadrável em nenhuma categoria da Resolução CADE nº 3/2012)
	3	Critério infralegal: faturamento obtido com a receita que efetivamente é mantida pela empresa com o negócio em questão, ou seja, descontado repasse para terceiros (casos de agenciamento)
	4	Critério adicionado: faturamento bruto total, na ausência de informações sobre o ramo de atividade
(d) Reincidência	1	Critério legal: em havendo, dobra a multa esperada
	2	Critério adicionado: casos em que não houve reincidência

Fonte: Elaboração própria com base nos votos do Conselheiro Alexandre Cordeiro.

Assim, aplicação dos critérios legais e infralegais, detalhados na “Tabela 3” acima, seguiu as seguintes proporções:

Figura 3 – Aplicação dos critérios legais e infralegais para definição da base de cálculo da contribuição pecuniária nos TCCs²³

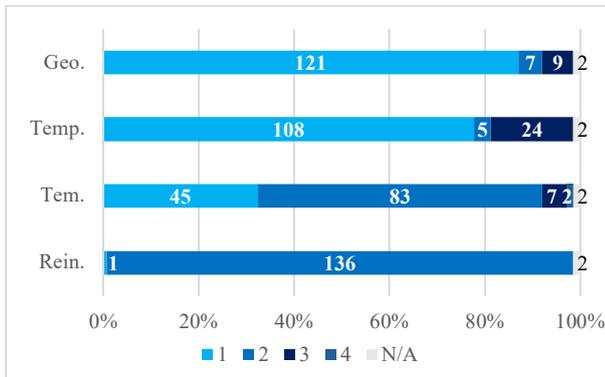
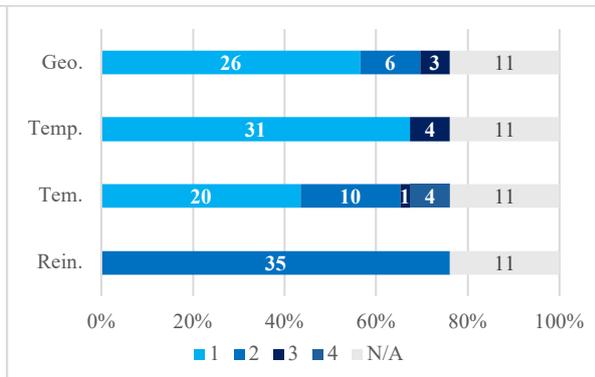


Figura 4 – Aplicação dos critérios legais e infralegais para definição da base de cálculo da contribuição pecuniária no PA²⁴



Fonte: Elaboração própria (2024).

Do exposto, observa-se que a dimensão temática é onde menos se aplica os critérios legais, tanto âmbito dos TCCs (66%), como no âmbito dos PAs a que estão vinculados (32%). Já a dimensão temporal contou com uma taxa de aplicação de critérios infralegais de 21% para os TCCs e 9% para os PAs, enquanto a dimensão geográfica apresentou proporções de 12% para os TCCs e 20% para os PAs. Com exceção de uma compromissária, não foi verificada a reincidência no conjunto base, de modo que a análise da aplicação do critério legal restou prejudicada para essa dimensão.

Ainda, verifica-se que, de modo geral, o Cade tende a não aplicar os critérios legais da base de cálculo mais vezes no âmbito dos TCCs do que em PAs, com exceção da dimensão geográfica. Em especial, destaca-se a discrepância entre as proporções, sendo possível concluir que os critérios aplicados à base de cálculo no âmbito do TCC nem sempre guardam relação direta com aqueles aplicados aos PA, como será exposto na tabela abaixo. Para fins desse cálculo, considerar-se-á que cada PA corresponde a um único TCC, ainda que existam mais TCCs vinculados, a fim de permitir a equivalência com a quantidade de TCCs analisados.

²³ As barras (1), (2), (3) e (4) guardam compatibilidade com as subdimensões citadas no parágrafo acima à figura, bem como a legenda indicada na “Tabela 3” apresentada neste artigo. A barra (N/A) refere-se aos TCCs nº 08700.007351/2016-31 e 08700.007360/2016-22, aos quais foi aplicada a regra do art. 37, II da Lei nº 12.529/11.

²⁴ As barras (1), (2) e (3) guardam compatibilidade com as subdimensões citadas no parágrafo acima à figura, bem como a legenda indicada na “Tabela 3” apresentada neste artigo. A barra (N/A) refere-se aos processos em que não houve condenação de PJs, seja porque todas firmaram acordos, seja por ausência ou insuficiência de provas.

Tabela 4 – Comparativo entre base de cálculo aplicada no TCC e no PA correspondente

Dimensão	Base de cálculo TCC	Nº de TCCs ²⁵	Base de cálculo PA	Nº de PAs	Taxa de equivalência
Geográfica	(a.1) faturamento no Brasil	121	(a.1)	76	63%
			(a.2)	17	14%
			(a.3)	1	1%
			N/A	27	22%
	(a.2) faturamento virtual	7	(a.2)	7	100%
	(a.3) Faturamento no escopo geográfico da conduta	9	(a.1)	2	22%
(a.3)			7	78%	
Temporal	(b.1) faturamento no ano anterior ao PA	108	(b.1)	84	78%
			(b.3)	2	2%
			N/A	22	20%
	(b.2) faturamento no ano anterior ao IA, PP ou TCC	5	(b.1)	5	100%
	(b.3) médias de faturamento ou maior faturamento anual durante a conduta	24	(b.1)	7	29%
			(b.3)	12	50%
N/A			5	21%	
Temática	(c.1) faturamento no ramo de atividade	45	(c.1)	28	62%
			(c.2)	1	2%
			(c.3)	3	7%
			(c.4)	4	9%
			N/A	9	20%
	(c.2) faturamento referente ao produto ou serviço afetado	83	(c.1)	31	37%
			(c.2)	30	36%
			(c.4)	4	5%
			N/A	18	22%
	(c.3) faturamento descontado repasse a terceiros	7	(c.3)	7	100%
(c.4) faturamento bruto total	2	(c.1)	2	100%	

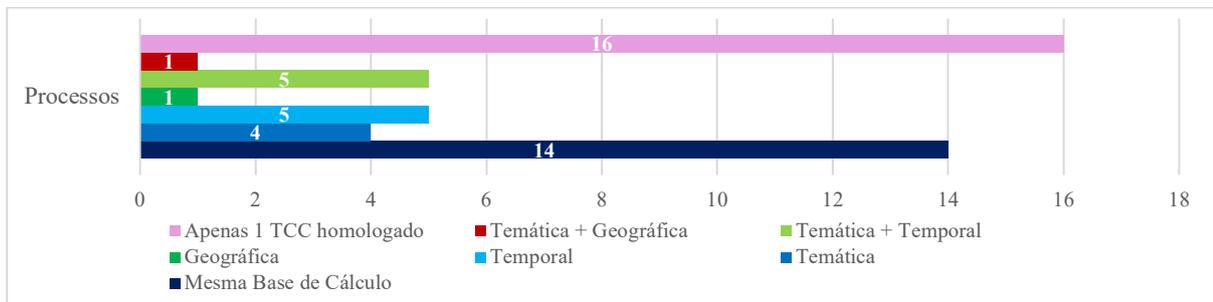
Fonte: Elaboração própria (2024).

²⁵ Foram excluídos dessa comparação os TCCs nº 08700.007351/2016-31 e 08700.007360/2016-22, aos quais foi aplicada a regra do art. 37, II da Lei nº 12.529/2011.

Do exposto, fica evidente que os critérios utilizados para composição da base de cálculo do TCC, em grande parte, não correspondem aos utilizados para o PA. Verificou-se a correspondência integral para apenas dois critérios, sendo o (a.2) faturamento virtual da dimensão geográfica e o (c.3) faturamento descontado repasse a terceiros. Por sua vez, o critério de (c.2) faturamento referente ao produto ou serviço afetado foi o que menos encontrou correspondência nos processos vinculados, com apenas 36% de equivalência.

Outrossim, observou-se que não apenas havia diferenças na base de cálculo entre os TCCs e PAs correspondentes, mas também entre os TCCs firmados no âmbito de um mesmo PA. Excluindo-se os PAs nos quais foi firmado apenas um TCC (16), tem-se que em apenas 14 (47%) foram aplicados os mesmos critérios para composição da base de cálculo, isto é, em menos da metade dos TCCs houve uniformização da contribuição pecuniária. Os 16 (53%) restantes apresentaram variações em dimensões diversas, como, por exemplo, apenas na dimensão temática (4 PAs ou 13%) ou na dimensão temática e temporal (5 PAs ou 17%), como se verifica no gráfico abaixo:

Figura 5 – Equivalência da base de cálculo de TCCs firmados em um mesmo processo



Fonte: Elaboração própria (2024).

Em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar que as variações poderiam decorrer do decurso do tempo entre a homologação de TCCs, ou, ainda, da negociação em diferentes instâncias, como na SG e Tribunal do Cade. Contudo, em inspeção mais cuidadosa, verificou-se que não há uma correlação exata entre esses fatores e o resultado encontrado.

Para os 14 processos que apresentaram a mesma base para todos os seus TCCs, apenas 3 (21%) foram firmados no mesmo ano, enquanto 11 (79%) em anos diferentes. Desse conjunto, constatou-se que em 8 (57%) os TCCs foram negociados apenas com a SG, 2 (14%) apenas

com o Tribunal e 4 (29%) com a SG e o Tribunal. Veja-se, portanto, que mesmo para bases de cálculo iguais, verificou-se o decurso do tempo e negociação em instâncias diversas.

Com efeito, a análise do conjunto de TCCs nos quais não foi aplicada a mesma base de cálculo também não garante respostas concretas. Isso, porque, em 9 (56%) dos processos que apresentaram divergência na metodologia da base de cálculo, os TCCs foram homologados no mesmo ano em que pelo menos um outro TCC de base diversa, enquanto 7 (44%) foram homologados em anos diferentes, sendo que um desses contou com uma diferença de mais de 4 anos entre a homologação do primeiro TCC e o TCC divergente.

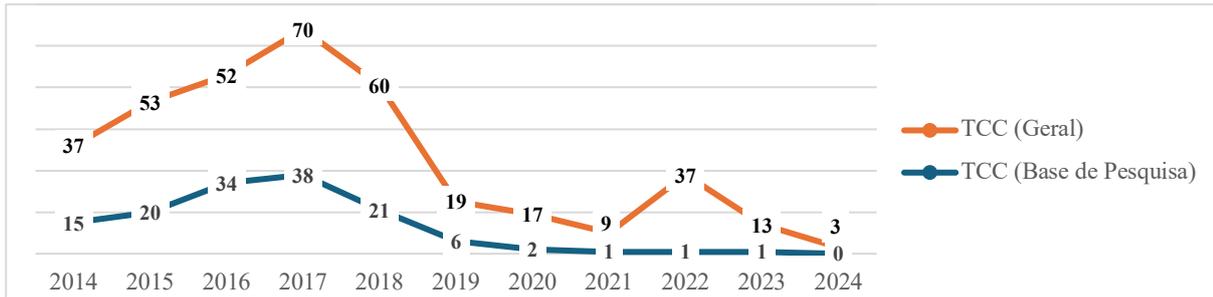
Em relação às instâncias, constatou-se que, em 11 (69%) processos, a divergência se deu no próprio âmbito da SG e 1 (6%) no Tribunal, enquanto 4 (25%) deles foram negociados no Tribunal e na SG. Nesse sentido, enquanto se poderia pensar, de forma lógica, que diferenças cronológicas ou em relação à instância de negociação poderiam impactar a harmonização das bases de cálculo, o que se constatou na realidade é que esses fatores não têm grande impacto na existência ou não das discrepâncias verificadas.

Sobre a discrepância das bases de cálculo, o ex-Conselheiro Mauricio Bandeira Maia e Isabel Jardim²⁶ observam que embora pareçam parâmetros mais objetivos, existe pouca previsibilidade na sua definição. Isso ocorre porque “as inovações hoje vistas na forma de cálculo das multas aplicadas nos processos administrativos [...] possuem o condão de tornar ainda mais difícil a previsibilidade desse cálculo, especialmente pela falta de critérios mais objetivos sobre sua metodologia”.²⁷

Por fim, cumpre destacar que, apesar dos incentivos criados para a colaboração com a autoridade concorrencial, a pesquisa identificou uma redução no número de TCCs celebrados com o Cade ao longo dos anos, não apenas no conjunto base delimitado, mas também considerando todos os TCCs homologados.

²⁶ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira; JARDIM, Isabel. Previsibilidade e segurança jurídica nos acordos do CADE. In. CONJUR, Defesa da Concorrência, 14 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-14/defesa-concorrenca-previsibilidade-seguranca-juridica-acordos-cade/>. Acesso em: 1º dez. 2024.

²⁷ *Ibidem*.

Figura 6 – Número de TCCs celebrados com o Cade entre 2014 e 2024

Fonte: Elaboração própria (2024).

3.3 Análise qualitativa

Conforme exposto acima, dos casos analisados, observou-se que 66 TCCs (47%) utilizaram diferentes bases de cálculo para contribuição pecuniária e multa. Dentre eles, três PAs merecem aprofundamento sobre as razões pelas quais foram utilizados diferentes critérios para definição da base de cálculo e/ou não aplicação da regra de ouro, bem como pelas reflexões trazidas nos votos sobre a temática objeto do estudo. O primeiro é o PA nº 08012.005255/2010-11 (“Cartel de *DRAM*”), em que houve seis propostas de TCC, abaixo sintetizadas:

Tabela 5 – TCCs do PA “Cartel de *DRAM*”

Compromissária ²⁸	Homologação	Base de cálculo	Alíquota	Desconto
Infineon	10/12/2014	Venda de <i>DRAM</i> no ano de 2000	15%	45%
Samsung	08/04/2015			50%
Micron Technology	02/09/2015			38%
SK Hynix	20/01/2016	Venda de <i>DRAM</i> no ano anterior à instauração do PA (2009)	20%	25%
Nanya	17/08/2016	Faturamento virtual em 2002	Desistência	
Hitachi	17/08/2016	Venda de <i>DRAM</i> no ano de 2000	15%	15%

Fonte: Elaboração própria com base no voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no Requerimento de TCC nº 08700.003672/2016-67.

²⁸ Os nomes das empresas foram reduzidos para enquadramento na tabela. São elas, respectivamente: Infineon Technologies, AG; Samsung Semiconductor, Inc. e Samsung Electronics Co., Ltd.; Micron Technology, Inc.; SK Hynix Inc.; Nanya Technology Corporation; e Hitachi Ltda.

O primeiro fato que chama atenção é a concessão de desconto maior ao segundo proponente (Samsung) do que ao primeiro (Infineon). Na ocasião, a SG considerou que a Samsung faria jus ao “desconto máximo previsto no art. 187, I, do RICADE, tendo em vista ser a primeira a propor a celebração de TCC, além de ter colaborado de maneira significativa com a instrução”²⁹. Quanto à primeira proponente, entendeu-se que a colaboração com as investigações “não obteve uma amplitude e uma utilidade tão significativas, de modo que não seria coerente conceder o desconto máximo”³⁰.

A medida vai de encontro à determinação do RICade, que prevê, em seu art. 189, que “nenhuma proposta [...] poderá prever redução percentual superior àquela estabelecida em TCCs já celebrados no âmbito do mesmo processo administrativo.” Os acordos posteriores devem ser menos benéficos que os primeiros, como incentivo à rápida adesão.³¹

Segundo, nota-se que 4 dos 6 requerimentos de TCCs utilizaram como base de cálculo a “venda de DRAM no ano de 2000”, ano de maior faturamento das compromissárias no período da conduta (flexibilização temporal e temática). Na mesma linha, no Requerimento de TCC nº 08700.003811/2016-52, apresentado pela Nanya Technology Corporation (Nanya), o Cade propôs a utilização do “faturamento virtual da empresa em 2002”, o que não foi aceito pela empresa³². Assim, houve desistência pela Nanya e prosseguimento do PA.

O PA foi julgado no final de 2016 (embargos de declaração julgados em 2017) e, em relação à Nanya, reproduziu-se a “multa esperada”, calculada durante a negociação do TCC, “uma vez que a multa passou de ‘esperada’ para ‘aplicada’, ou seja, a multa esperada já havia sido fixada à época da negociação de sua proposta de TCC e estaria espelhada na contribuição pecuniária que seria recolhida pela empresa.”³³

Sob esta ótica, dado que a multa aplicada à Nanya correspondeu à multa esperada, sem o desconto que decorreria da colaboração com o Cade, pode-se concluir que, caso a representada houvesse firmado o acordo, poderia ter obtido uma “situação melhor”. No referido caso, o exercício de previsibilidade foi efetivo, respeitando a regra de ouro. Aponta-se, porém, como observado na amostra quantitativa, que essa conclusão não é necessariamente verdadeira para todos os casos, dadas as diferenças verificadas nas bases de cálculo entre TCC e PA.

²⁹ CADE. Requerimento de TCC nº 08700.003191/2013-09. Nota Técnica nº 16/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

³⁰ CADE. Requerimento de TCC nº 08700.001718/2011-07. Voto do Conselheiro Gilvandro de Araujo. 2014.

³¹ CADE. PA nº 08700.009165/2015-56. Voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima. 2024.

³² “Com a devida vênia, a proposta de utilização do ano-base 2002 como critério para o cálculo de uma eventual contribuição pecuniária refletiria em valor muito acima da capacidade de pagamento da Nanya e não refletiria a situação particular da Proponente nos presentes autos.” CADE. Requerimento de TCC nº 08700.003811/2016-52.

³³ CADE. PA nº 08012.005255/2010-11. Voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. 2016.

O segundo caso que merece destaque é o PA nº 08700.007776/2016-41, apelidado de “PAC Favelas”. A tabela abaixo apresenta síntese da dosimetria utilizada para contribuição pecuniária dos TCCs e multas:

Tabela 6 – Contribuições pecuniárias e multas do PA “PAC Favelas”

Pessoa jurídica ³⁴	Posição	Base de cálculo	Alíquota	Desconto
OAS	Compromissária	Média ponderada (2008-2015) do faturamento no sub-ramo “mercado nacional de Obras de Urbanização de Áreas Precárias”	0%	1%
Carioca			0%	2%
Odebrecht			0%	0,5%
Delta	Representada	Faturamento no sub-ramo “mercado nacional de Obras de Urbanização de Áreas Precárias”, no ano anterior à instauração do PA (2015)	5%	/a
OAS ³⁵			5%	
CQG			8%	

Fonte: Elaboração própria com base no voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro no PA 08700.007776/2016-41.

Os TCCs foram firmados em 2018 e utilizaram a mesma alíquota (20%) para as três empresas compromissárias. Houve mudança da base de cálculo na dimensão temporal, que utilizou a “média ponderada do faturamento obtido entre o início da conduta e o ano anterior à instauração do Inquérito ou Processo Administrativo”, “conferindo maior peso aos anos em que houve maior faturamento”³⁶. A justificativa foi que o faturamento no ano anterior à instauração do PA não era proporcional, quando comparado ao valor total faturado, especialmente porque havia forte variação no faturamento anual.

Também houve mudança na dimensão temática, pois “não há ramos de atividade que se adequem estritamente às obras públicas de serviços de engenharia e construção para

³⁴ Os nomes das empresas foram reduzidos para enquadramento na tabela. São elas, respectivamente: Construtora OAS S.A, Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A, Delta Construções S.A., Construtora OAS S.A. e Construtora Queiroz Galvão S.A.

³⁵ A OAS descumpriu o TCC celebrado com o Cade, razão pela qual aparece como compromissária e representada.

³⁶ CADE. Requerimentos de TCC nº 08700.008074/2016-84, 08700.008066/2016-38 e 08700.008159/2016-62.

urbanização” do PAC Favelas. Assim, foi construído “um ‘sub-ramo’ que melhor refletisse o faturamento com os produtos ou serviços que correspondem ao mercado objeto da conduta.”³⁷

Quanto à base de cálculo das representadas, foram aplicados os critérios legais nas dimensões geográfica e temporal, com alteração apenas na dimensão temática, nos termos dos TCCs. Já em relação à alíquota, houve diferenciação entre a empresa líder do seu consórcio e as demais, levando-se em consideração a situação econômica atual das empresas.

Evidente que há uma diferença significativa na dimensão temporal das bases de cálculo das contribuições pecuniárias e das multas. Porém, dado que os faturamentos das empresas são de acesso restrito ao Cade, não é possível avaliar se a base de cálculo utilizada nos TCCs foi mais benéfica às compromissárias ou não.

Ainda, destaca-se que a Construtora OAS S.A. celebrou TCC com a SG em 2018 e, em 2023, teve o descumprimento integral declarado pelo Tribunal do Cade³⁸, resultando em sua condenação, em 2024. A tabela abaixo apresenta síntese da contribuição pecuniária e da multa aplicada à empresa.

Tabela 7 – Contribuição pecuniária e multa da OAS no PA “PAC Favelas”

	Base de cálculo	Alíquota	Desconto	Ano	Valor (R\$)
Contribuição pecuniária	Média ponderada (2008-2015) do faturamento no sub-ramo	20%	41% + leniência <i>plus</i>	2018	12.967.312,12
Multa	Faturamento no sub-ramo no ano anterior à instauração do PA	15%	n/a	2024	14.845.237,43

Fonte: Elaboração própria com base no Requerimento de TCC nº 08700.008074/2016-84 e no voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro no PA 08700.007776/2016-41.

Nota-se que há diferenças significativas entre as bases de cálculo e as alíquotas. Nesse sentido, o Conselheiro Sérgio Ravagnani, em voto vencido, destacou “a necessidade de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na dosimetria das penas, o que não pressupõe vinculação obrigatória da mesma base de cálculo utilizada nos TCCs”.³⁹ Sob a mesma ótica, o Presidente Alexandre Cordeiro, em voto vencedor, concluiu que as decisões que aplicaram média simples ou ponderada de faturamento “se dão em um

³⁷ CADE. Requerimentos de TCC nº 08700.008074/2016-84, 08700.008066/2016-38 e 08700.008159/2016-62.

³⁸ CADE. Requerimento de TCC nº 08700.008074/2016-84. Despacho Presidência nº 41/2023.

³⁹ CADE. PA nº 08700.007776/2016-41. Voto do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. 2023.

ambiente de TCCs, onde há liberdade negocial e, portanto, maior espaço para negociação da base de cálculo que incidirá a contribuição pecuniária. [...] No entanto, situação diversa ocorre quando se está tratando não de um acordo, mas da aplicação da Lei 12.529/2011.”⁴⁰

A partir desse caso, é possível supor que a justificativa pela qual o Cade tende a não aplicar os critérios legais da base de cálculo mais vezes no âmbito dos TCCs do que em PAs, conforme exposto na análise quantitativa acima, é justamente a liberdade negocial decorrente dos acordos, o que não ocorre na imposição de multas pela prática de cartel.

Por fim, no PA nº 08012.002222/2011-09, as empresas representadas apresentaram ao Cade tanto seus faturamentos brutos, como segmentados referentes a licitações públicas de medicamentos. Diante disso, o voto do conselheiro relator entendeu que não deveria ser considerada essa segmentação, tendo em vista que “a flexibilização da base de cálculo em favor da Hipolabor colocaria em xeque a ‘regra de ouro’ da colaboração, uma vez que consideraria cenário mais favorável à empresa organizadora do cartel, em detrimento da base de cálculo apresentada e referendada por esse tribunal na oportunidade da aprovação do TCC da Profarma”, que considerou “o faturamento total da empresa no ramo de atividade, considerando tanto vendas para setor público quanto privado.”⁴¹

O referido caso demonstra uma preocupação expressa da autarquia em relação à coerência e segurança jurídica quanto aos critérios de definição da base de cálculo para contribuição pecuniária dos TCCs e da multa dos demais representados no PA, em observância à regra de ouro das colaborações.

Nos três casos examinados acima, não houve padrão em relação à mudança na composição do Tribunal do Cade e a aplicação de diferentes bases de cálculo para contribuição pecuniária e multa. No caso da Nanya, entre a data do requerimento de TCC (17/05/2016) e o julgamento do PA (23/11/2016, embargos de declaração em 03/05/2017), houve alteração de apenas um conselheiro⁴². No PAC Favelas, a composição do Tribunal foi integralmente alterada no período entre a homologação dos TCCs (2018) e o julgamento do PA (2024). Por fim, no PA nº 08012.002222/2011-09, mesmo tendo decorrido aproximadamente sete anos entre a homologação do TCC (2016) e o julgamento do PA (2023), com mudança da composição do Tribunal, as bases de cálculo foram compatíveis.

⁴⁰ CADE. PA nº 08700.007776/2016-41. Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro. 2024.

⁴¹ CADE. PA nº 08012.002222/2011-09. Voto do conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Brasília. 2023.

⁴² Vinicius Marques de Carvalho (30/05/2012 a 29/05/2016). CADE. **Histórico de autoridades do Cade**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/composicao/Autoridades%20do%20Cade%20desde%201963.pdf> Acesso em: 2 set. 2024.

4 Conclusão

Os TCCs são mecanismos indispensáveis ao combate a cartéis pela autoridade concorrencial. Como visto ao longo deste artigo, a decisão sobre as condições do acordo e da sua homologação observam o juízo de conveniência e oportunidade das autoridades que os negociam, possibilitando a flexibilização dos parâmetros legais de cálculo.

Consoante apontam Mauricio Bandeira Maia e Isabel Jardim⁴³, enquanto por um lado a discricionariedade permite maior margem de negociação e adequação aos interesses perseguidos em cada investigação, por outro permite a disparidade na definição destes parâmetros o que pode gerar insegurança aos administrados.

Por sua vez, a insegurança se coloca como um obstáculo à implementação eficaz de programas de leniência e similares, como é o caso dos TCCs. Vale ressaltar que após a reformulação do Programa de Leniência Corporativa (*Amnesty Program*) nos Estados Unidos, para a consolidação dos critérios de isenção a penalidade e consequente aumento da previsibilidade, o número de denúncias se multiplicou para mais de 20 por ano no país, acumulando multas acima de US\$ 3 bilhões.⁴⁴

Conclui-se, portanto, que para sua efetividade, deve haver padronização das metodologias de cálculo de multa esperada e aplicada, bem como a observância da regra de ouro das colaborações, com concessão de condições mais benéficas àqueles que colaboraram com o Cade. Do contrário, a consequência poderá ser a redução (ou até extinção) das propostas de TCC – frise-se tendência que já se começou a observar nos últimos anos –, em razão da ausência de incentivos e do esvaziamento do próprio instituto. Isso, porque se não houver garantia de que a colaboração colocará o compromissário em uma “situação melhor” do que aqueles que não colaboraram, não haverá incentivos para a celebração de TCC.

Diante disso, o presente artigo teve como objetivo explorar os principais aspectos da regra de ouro das colaborações, porém, dada a amplitude do tema e as dificuldades de acesso, restringiu-se à análise das bases de cálculo da contribuição pecuniária e da multa.

A pesquisa quantitativa demonstrou que, em muitos casos, não houve correspondência entre as contribuições pecuniárias referentes aos TCCs homologados entre 2014 e 2024, e as

⁴³ MAIA, Mauricio Oscar Bandeira; JARDIM, Isabel. Previsibilidade e segurança jurídica nos acordos do CADE. In. CONJUR, Defesa da Concorrência, 14 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-14/defesa-concorrenca-previsibilidade-seguranca-juridica-acordos-cade/>. Acesso em: 1.º dez. 2024

⁴⁴ DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. **Direito Antitruste - 5ª Edição 2024**. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*, p. 282.

multas dos PAs aos quais estão vinculados. Foram considerados, para essa avaliação, os critérios legais e infralegais, nas dimensões geográfica, temporal e temática.

No que se refere aos aspectos qualitativos, notou-se que, caso o Tribunal do Cade, no julgamento do PA, entenda que a base de cálculo adotada no TCC não foi proporcional, estará diante de um conflito de normas: ou corrige o erro, em atenção à proporcionalidade e razoabilidade, ou mantém a base de cálculo utilizada no TCC, prezando pela segurança jurídica e pela regra de ouro das colaborações.

Com base no conjunto de casos analisados, foi possível confirmar a preocupação do Cade com a apresentação de justificativas para eventuais alterações dos critérios legais para definição da base de cálculo, apesar de terem sido verificadas poucas menções expressas à regra de ouro. Constatou-se avanços na jurisprudência do Cade nos últimos anos, que parece tender ao constante aperfeiçoamento, especialmente quanto à transparência nos dados e informações.

Conclui-se que, a fim de preservar os objetivos do TCC, é imprescindível que o Cade mantenha a transparência e a padronização de suas decisões, tratando dos critérios de forma clara e aplicando flexibilizações à base de cálculo somente quando estritamente necessário para garantir a proporcionalidade e a razoabilidade da contribuição pecuniária e/ou da multa, apresentando, para tanto, justificativa e fundamentação adequada.

Esses fatores possibilitam aos compromissários a avaliação completa sobre sua “situação melhor”, em comparação com aqueles que não colaboraram com a autoridade, garantindo a segurança jurídica e a efetividade dos TCCs celebrados com o Cade.

5 Referências Bibliográficas

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Calculadora do Cidadão**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADA0/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=xibirFormCorrecaoValores&aba=4>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Documento de Trabalho TCC na Lei 12.529/2011**. Brasília-DF: CADE, 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: 1.º set. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Gabinete. **Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018**. Diário Oficial da União, 19 set. 2018, Edição 181, Seção 1, Página 27. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41422475/do1-2018-09-19-resolucao-n-21-de-11-de-setembro-de-2018-41422421. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia - Dosimetria de multas de cartel**. Brasília-DF: CADE, set. 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-dosimetria-de-multas-de-cartel.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia - Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Brasília-DF: CADE, set. 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-Atualizado-11-09-17.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Prêmios 2019 – 2011**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/premiacoes/2019-2011> Acesso em: 1º set. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Termos de Compromisso de Cessação (TCC's)**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/acordos/tccs>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Histórico de autoridades do Cade – 1963 - 2023**. Brasília-DF: CADE, 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/composicao/Autoridades%20do%20Cade%20desde%201963.pdf>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processos (CADE)**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/processos>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento interno do Cade** (Aprovado pela Resolução nº 32, de 2 de fevereiro de 2021). Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

CORDEIRO, Alexandre. Multa Esperada, TCC e segurança jurídica: O Cade tem um padrão para calcular multa nos casos de cartéis? **JOTA**, 27 de jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/multa-esperada-tcc-e-seguranca-juridica>. Acesso em: 1º set. 2024.

FRADE, Eduardo; ANDRADE, Diogo Thomson de; ATHAYDE, Amanda. A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos cinco anos de vigência da Lei 12.529/2011. *In*: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Ricardo. (Org.) **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 1253-1274.

Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0104>. Acesso em: 29 nov. 2024.

DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. **Direito Antitruste - 5ª Edição 2024**. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira; JARDIM, Isabel. Previsibilidade e segurança jurídica nos acordos do CADE. **CONJUR - Defesa da Concorrência**, 14 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-14/defesa-concorrenca-previsibilidade-seguranca-juridica-acordos-cade/>. Acesso em: 1.º dez. 2024.

MARRARA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília-DF, v. 8, n. 2, p. 79-103, dez. 2020.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: a interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Editora Singular, 2013.

OCDE. **The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels**. *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, n.º 299. Paris: OECD Publishing, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9bc9dd57-en>. Acesso em: 1º dez. 2024.

ROS, Luis. **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**. 2020. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília-DF, 2020.

ZARZUR, Cristiane; GARRIDO, Marcos; SILVA, Leda. **Admissão de culpa em TCC não configura reincidência**, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mar-26/admissao-culpa-tcc-nao-configura-reincidencia>. Acesso em: 21 ago. 2024.

NOTAS SOBRE *STANDARDS* PROBATÓRIOS E VALORAÇÃO DAS PROVAS APRESENTADAS AO CADE POR COLABORADORES (BENEFICIÁRIOS DE ACORDO DE LENIÊNCIA E DE TERMO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA)¹

NOTES ON STANDARDS OF PROOF AND EVALUATION OF PROOFS PRESENTED TO CADE BY COOPERATING PARTIES (BENEFICIARIES OF LENIENCY AGREEMENTS AND CEASE & DESIST AGREEMENTS)

*José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho*²

DOI 10.5281/zenodo.14522774

Resumo: O padrão probatório ganhou desdobramentos importantes na prática decisória recente do CADE, sem inovação drástica nos princípios jurídicos, porém vitalidade mais acentuada na análise concreta. Tal análise mais refletida parece confluir para: (i) impossibilidade de condenações apenas com elementos unilaterais de colaboradores, que dependerão de corroboração por fontes externas e independentes; (ii) provas diretas têm mais força e podem ser valoradas isoladamente, porém provas indiretas demandam mais cautela e devem ser apreciadas de forma conjunta e holística; e (iii) desconstituir provas diretas exige demonstração de não ocorrência do fato, mas desconstituir provas indiretas demanda apenas explicação alternativa razoável e plausível. Instrução válida e bem-feita é o caminho para trazer substância aos indícios apresentados pelos colaboradores; o saneamento, por exemplo, poderia ser mais bem aproveitado para corrigir discussões sanáveis e estabelecer concretamente as providências e o cronograma de instrução. Sem pretensão de esgotamento, merecem aprofundamentos: (i) peso muito grande dado ao relato dos colaboradores; (ii) interpretação do silêncio em provas não-unilaterais; (iii) aproveitamento de acordos de leniência estrangeiros. Além de se salvaguardar os benefícios dos colaboradores mesmo quando as provas ao final não sejam suficientes para condenação, termos de cessação de conduta poderiam ser empregados de maneira mais ativa, mediante chamamento dos investigados para negociação.

Palavras-chave: Padrão probatório; Acordo de Leniência; Termo de Cessação de Conduta.

Abstract: The standard of proof has seen significant developments in the recent decisional practice of CADE, without drastic innovation in legal principles but with a more pronounced

¹ Essas notas consistem em versão atualizada e ampliada do material que suportou a apresentação feita pelo autor no **30º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC**, em painel realizado em 07.11.2024 intitulado “*Standard probatório para condenação e valoração de provas apresentadas por colaboradores (leniência e TCC)*”, que contou com participação de Gustavo Augusto Freitas de Lima (Conselheiro do Tribunal Administrativo do CADE), Raquel Mazzuco (Coordenadora-Geral de Análise Antitruste da Superintendência-Geral do CADE), Cláudia Viegas (Diretora Sênior da Alvarez & Marsal) e Karen Ruback (sócia de Grinberg e Cordovil Advogados). O autor agradece ao IBRAC e aos demais painelistas pela oportunidade de discutir tema tão relevante, debate que aportou valiosas contribuições às pesquisas do autor. O autor agradece também a Maria Eduarda Genova e Luma Luz, que o ajudaram no aprofundamento de algumas pesquisas, na checagem de referências e na revisão do texto. Eventuais equívocos nesse artigo são de responsabilidade exclusiva do autor.

² Advogado e Economista. Bacharel em Direito (USP, 2003) e em Ciências Econômicas (FGV-EESP, 2008); Doutor em Direito Comercial (USP, 2012) com estudos de Pós-Doutorado em Direito Comercial (USP, 2021). Sócio do escritório BMA Advogados.

vitality in concrete analysis. Such a more thoughtful analysis appears to converge towards: (i) the impossibility of convictions based only on unilateral elements from collaborating parties, which depend on corroboration by external and independent sources; (ii) direct evidence holds more weight and can be valued in isolation, whereas indirect evidence requires more caution and should be assessed collectively and holistically; and (iii) countering direct evidence requires showing the non-occurrence of the fact, whereas countering indirect evidence only demands a reasonable and plausible alternative explanation. Valid and well-conducted fact-finding is the path to substantiate the elements presented by collaborators; for instance, the stage of resolving preliminary arguments could be better used to resolve remediable discussions and to concretely establish the tasks and timetable for fact-finding. Without the intention of being exhaustive, further discussion is warranted on: (i) considerable weight given to cooperating parties' report; (ii) interpretation of silence in non-unilateral evidence; (iii) using foreign leniency agreements. Additionally, safeguarding the benefits for cooperating parties even when the evidence ultimately proves insufficient for conviction, and cease & desist agreements could be used more actively by inviting the defendants for negotiation.

Keywords: Standard of proof; Leniency Agreement; Cease & Desist Agreement.

Sumário: 1 Introdução; 2 Teoria da corroboração na jurisprudência recente do CADE; 3 Standards probatórios sucessivos: assinatura do instrumento de colaboração vs. abertura de investigação vs. condenação; 4 Importância dos esforços de instrução: desdobramentos processuais-procedimentais; 5 Ramificações e desdobramentos de policy; 6 Conclusões; 7 Referências Bibliográficas.

1 Introdução

O precedente no *Caso de Aquecedores Solares*³ estabeleceu o posicionamento administrativo do CADE pela possibilidade de condenação por infração antitruste baseada *exclusivamente* em provas indiretas. Em que pese a necessidade de justificação das decisões condenatórias pelo CADE⁴, decorrência do sistema de livre convencimento motivado, é

³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24** (GEDEC-MP/SP vs. Astéria Incorporações e Construções Ltda., Aquecedor Solar Transsen Ltda., Tuma Instalações Térmicas Ltda., Associação Brasileira de Refrigeração, Ar Condicionado, Ventilação e Aquecimento - ABRAVA, Enalter Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., Bosch Termotecnologia Ltda. (nova denominação da Heliotek Máquinas e Equipamentos Ltda.), Sol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda. (nova denominação da Soletrol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda.), José Ronaldo Kulb, Paulo Sérgio Ferrari Mazzon; Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; j. 11.03.2015).

⁴ Cf. art. 50-II, da Lei 9.784/1999: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...] § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”, aplicável ao processo sancionador do CADE por força do 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, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.”

inquestionável que o debate sobre provas indiretas tende a ser mais subjetivo do que sobre as provas diretas.

A discussão naturalmente evoluiu para se traçar melhor qual deveria ser o nível de robustez exigido nessas hipóteses, especialmente quando ausente demonstração direta, e ainda mais relevante nos casos que contam com investigados colaboradores (*i.e.*, beneficiários de acordos de leniência ou de termo de cessação de conduta), cujas contribuições muitas vezes vêm acompanhadas de evidências unilaterais (circunstância em que a discussão fica mais pronunciada). Traço essa evolução com base nos precedentes recentes mais importantes na seção II, como etapa prévia para o que se desenha no horizonte probatório: ao menos três *standards* sucessivos, para assinatura dos acordos de colaboração *vs.* abertura de investigações *vs.* condenação pela infração, tratado na seção III.

Esse quadro desafia perguntas sobre a instrução processual das investigações no CADE, de que trato na seção IV, ao que se segue análise exploratória sobre algumas possíveis ramificação processuais e de *policy* na seção V.

Conclusões impressionistas são apresentadas na seção VI. Resumidamente, elas indicam que os desdobramentos na prática decisória recente não trazem inovação drástica nos princípios jurídicos, mas sim renovações no preenchimento concreto dos testes jurídicos e, conseqüentemente, melhor aderência ao princípio *in dubio pro reo*; nota-se vitalidade mais acentuada na análise dos elementos concretos coligidos na investigação (especialmente as provas indiretas) e maior exigência do que é necessário para assegurar, com robustez, a conclusão de que o investigado participou da infração. Dessas ideias decorre a renovada importância da instrução processual, que é precisamente a maneira pela qual se poderá transformar os indícios que motivaram o início da investigação em provas materiais da infração.

2 Teoria da corroboração na jurisprudência recente do CADE

Cinco casos recentes trouxeram novidades importantes em matéria de *standard* probatório e dos requisitos que se espera sejam respeitados para reputar demonstrados os elementos apresentados por investigados colaboradores. Essas decisões se concentram entre os anos de 2023 e 2024, e confluem em torno de algumas ideias centrais: (i) impossibilidade de condenações com base apenas em relatos ou evidências unilaterais dos colaboradores, ainda quando cruzados entre vários deles, que dependerão de corroboração por fontes externas e independentes em relação a terceiros; (ii) provas diretas têm mais força e podem ser valoradas

isoladamente, mas as provas indiretas, por terem menor nível de certeza, demandam mais cautela e devem ser apreciadas de forma conjunta e holística; e (iii) enquanto a desconstituição de provas diretas exige demonstração de não ocorrência do fato, a desconstituição das provas indiretas demanda apenas a apresentação de explicação alternativa razoável e plausível.

No *Caso dos Sistemas Térmicos*⁵, o CADE confirmou o cumprimento do acordo de leniência e dos termos de cessação de conduta firmados por alguns dos investigados; mesmo confirmados os benefícios aos colaboradores, a maioria do Tribunal reputou insuficientes as provas para a condenação de alguns dos investigados.

Interessante é que dois membros (Conselheiros Sergio Ravagnani e Luís Braido) haviam votado pela suficiência das provas coligidas, porém a divergência aberta pelo Presidente Conselheiro Alexandre Cordeiro propôs mais cautela na valoração das evidências, concluindo pelo arquivamento, no que foi seguido pelos demais membros. Em resumo, a divergência frisou não haver óbice ao emprego de provas indiretas para a condenação de cartéis, porém elas devem ser robustas o suficiente e implicar, para além de dúvida razoável, o envolvimento individualizado do investigado⁶; é necessário ainda amparar os relatos de acordos de leniência e termos de cessação de conduta com lastro probatório adicional, notadamente elementos

⁵ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda.; Modine do Brasil Sistemas Térmicos Ltda. (atual denominação de Radiadores Visconde Ltda.); Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Climatização; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Sistemas Modulares; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Térmicos Motor; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Valeo Service; Adalberto Penachio; Adriana Bueno de Camargo Motta; Carlo Chiarle; Carlos José Zilveti Arce Murillo; Christophe Michel; Emy Yanagizawa; Fernando Marcelo Bottura; Helida Ferreira Duarte; Manoel Feitosa Alencar Junior; Mario Tano; Max Davis Forte; Omar Cecchini Said; Paulo Benedito Arroyo; Paulo Shiguero Ninomiya; Pierre Alain Yves Le Marie D'Archemont; Rafael Galparin; Reginaldo Pereira Hermógenes; Renato Luís Barbi; Renato Vilches; Roberto João Dal Medico Junior; Samuel Barletta; Scott Lee Bowser; Sergio Gonzalez Noriega; Silvio Ricardo Valente Taboas e Yuri Daniel Pereira da Motta.; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

⁶ *Cf.* voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 15-7), voto do Conselheiro Luiz Hoffmann (§ 8), voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 10-3, 15-6 e 32), voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§ 3, inclusive falando na necessidade de cautela quando inexistem provas diretas), e voto da Conselheira Lenisa Prado (§ 25 e 34). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

externos e que não sejam puramente unilaterais⁷, ônus que recairia sobre o CADE⁸; independente desse ônus, a capacidade de os investigados apresentarem interpretação alternativa plausível e lícita para a conduta também teve impacto importante para o arquivamento⁹, bem como indeterminações ou incoerências no relato dos colaboradores¹⁰.

No *Caso dos Hidrômetros*¹¹, o CADE também confirmou o cumprimento do acordo de leniência e dos termos de cessação de conduta firmados por alguns investigados; mesmo confirmados os benefícios aos colaboradores, a unanimidade dos membros reputou insuficientes as provas para a condenação de alguns dos investigados.

⁷ Cf. voto do Presidente Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 18-9, 30-3, 41, 80 e 93), voto do Conselheiro Luiz Hoffmann (§§ 8-11 e 15-8, falando inclusive sobre valoração sistemática do conjunto probatório indireto como um todo), voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 17-9, 21-3, 31-5, 43 e 48, falando também na valoração holística de todo o acervo probatório e características do mercado, bem como ainda frisando a limitação de testemunhos indiretos de pessoas que não presenciaram os fatos (*hearsay evidence*)), voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 4, 7, 11-2, 14 e 16-7, inclusive frisando a limitação de testemunhos indiretos ou *hearsay*), e voto da Conselheira Lenisa Prado (§23, 25 e 27). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

⁸ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§ 22). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

⁹ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 34-5), voto do Conselheiro Luiz Hoffmann (§ 13), e voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 8-9, inclusive falando nas possíveis defesas exigidas: contra a prova direta, demonstração de não-ocorrência do fato, e contra a prova indireta, demonstração de explicação alternativa plausível). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

¹⁰ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§ 42), e voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§ 5). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

¹¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda./Accell Soluções para Energia e Água Ltda., LAO Indústria Ltda., Sappel do Brasil Ltda./Diehl Metering Indústria de Sistema de Medição Ltda., Sensus Metering Systems do Brasil Ltda., Saga Medição Ltda., Vector Sistemas de Medição Ltda., Adney Aparecido Costa Siqueira; André Bezerra Lima Carneiro, Antônio Fábio Andrade Santos, Cid Luiz Racca, Carlos Dehon Dias Lopes, Carlos Henrique Gomez Capps, Danilo Murta Coimbra, Emerson da Costa Rodrigues, Frazão Sergio Caixeta Gomes, José Antônio Cattani Xavier, Jose Geraldo de Almeida Junior, José Roberto Baptistella, Leonardo Cangussu Mendes, Luis Antônio Tinello, Luis Claudio Nogueira Rigolon, Luiz Tadeu Beraldo Teixeira, Marcos Antônio Kokol, Marcos Sérgio Sartori, Pedro Cyrillo Cardoso de Almeida, Renzo Rodrigues Sudario da Silva, Samuel Chagas Lee, Sebastião Ataíde Fonseca, Sylvain Brogle e Valdir Iannelli; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024). Vale destacar que houve considerações sobre o uso de aditivos a acordos de leniência, em particular sobre possíveis questões quando tais aditivos sejam incongruentes com o relato original, o que poderia suscitar discussões sobre a correção do primeiro relato, ou sobre o atendimento do requisito de conveniência e oportunidade nesse documento adicional (cf. Voto do Conselheiro Carlos Augusto Freitas (§§ 3-7, 26, 38-9 e 45-7)).

O Conselheiro Vitor Fernandes elabora em mais profundidade sobre a *Regra de Corroboração*, segundo a qual a acusação deve ser confirmada por outras fontes de prova, algo que poderia ser interpretado como espécie de exceção à liberdade de apreciação pelo decisor; esclarece que caberá à prática decisória buscar o “*adensamento dos critérios de atribuição de credibilidade aos elementos corroborativos*”, já que “*não é possível definir antecipadamente e de forma universal quais tipos de provas são consideradas suficientes para afiançar as palavras dos colaboradores*”¹². Comenta ainda sobre a gradualidade (e proporcionalidade inversa) dos esforços de corroboração necessários conforme a confiabilidade das evidências: quanto menos confiáveis, maior será a necessidade de sua corroboração¹³. Ao aprofundar os parâmetros desse adensamento, frisa que se deve avaliar o contexto das declarações dos colaboradores, cujos relatos unilaterais não são suficientes para condenação e exigem corroboração por evidências externas confiáveis¹⁴. Propõem alguns critérios já estabilizados na literatura processual-penal que poderiam ser aplicadas pelo CADE: (i) *conformidade das evidências com o relato do colaborador*, em que a coerência e precisão do relato devem ser consideradas para avaliar a força corroborativa dos documentos unilaterais; (ii) *independência*, no sentido que a evidência corroborativa deve provir de fonte distinta e independente, externa ao elemento que ela propõe corroborar; e (iii) *auxílio na demonstração de ponto controvertido*, no sentido que a evidência corroborativa deve se dirigir a questão específica que é contestada.¹⁵

Demais discussões no *Caso dos Hidrômetros* frisaram a necessidade de cautela no uso de provas indiretas, e a importância de balizas para essa valoração, mas sem dispensar a análise da conduta quando se conte apenas com provas indiretas, que são suficientes para a condenação

¹² Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 137-140). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹³ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 142-3). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁴ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 141, 148-51). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁵ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 156-9). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

quando robustas¹⁶. Explicações alternativas válidas para a conduta surgiram novamente como elementos relevantes e que poderiam suscitar dúvida razoável sobre a prova indireta.¹⁷

No *Caso PAC Favelas*¹⁸, surgiu novamente divergência sobre o padrão probatório suficiente para a condenação, com a maioria exigindo maior robustez em relação a alguns investigados: dois membros (Conselheiros Sergio Ravagnani e Lenisa Prado) haviam votado pela suficiência das provas coligidas, porém a divergência aberta pelo Presidente Conselheiro Alexandre Cordeiro propôs mais cautela na valoração, no que foi seguido pelos demais; o CADE também confirmou o cumprimento do acordo de leniência e não apontou questões em relação à obrigação de colaboração prevista nos termos de cessação de prática firmados por alguns investigados, embora tenha havido descumprimento de obrigações de pagamento. Em resumo, a divergência frisou não haver óbice ao emprego de provas indiretas para a condenação de cartéis, porém devem ser robustas o suficiente e implicar, para além de dúvida razoável, o envolvimento individualizado do investigado¹⁹; relatos provenientes de acordos de leniência e termos de cessação de conduta não ensejam condenação direta e devem ser corroborados com

¹⁶ Cf. voto do Conselheiro Carlos Jaques (§§ 5-6, e 9-11). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁷ Cf. voto do Conselheiro Carlos Augusto Freitas (§§ 13-15). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda. e outros; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

¹⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A., Camter Construções e Empreendimentos S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Delta Construções S.A., Construtora OAS S.A., Álya Construtora S.A. (atual denominação social de Construtora Queiroz Galvão S.A.), Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., Caenge S.A. Construção, Administração e Engenharia, em recuperação judicial; Alberto Quintaes, Benedicto Barbosa da Silva Júnior, Gustavo Souza, João Marcos de Almeida da Fonseca, José Gilmar Francisco de Santana, Juarez Miranda Júnior, Karine Karaoglan Khoury Ribeiro, Marcelo Duarte Ribeiro, Marcos Vidigal do Amaral, Maurício Rizzo, Olavinho Ferreira Mendes, Paulo César Almeida Cabral, Paulo Meriade Duarte, Roque Manoel Meliande. Relator Conselheiro Sergio Ravagnani, j. 17.04.2024).

¹⁹ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 154-6). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 17.04.2024).

lastro probatório adicional²⁰; os investigados apresentarem interpretação alternativa plausível e lícita para a conduta também teve impacto na valoração dos elementos probatórios.²¹

No *Caso de Órteses, Próteses e Materiais Médicos Especiais – OPME*²², em paralelo com alguns arquivamentos por falta de provas decididos por unanimidade e a confirmação do cumprimento dos termos de cessação de conduta firmados por alguns investigados, a divergência a exigir maior robustez em relação a determinados investigados restou vencida.

A Conselheira Lenisa Prado acompanhou a posição da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE sem voto escrito, mas o Conselheiro Gustavo Augusto Freitas apresentou voto vogal onde esclarece que apenas o relato do colaborador não é suficiente e precisa de provas independentes de corroboração, ainda quando as evidências corroborativas se limitem a provas indiretas, que devem ser avaliadas no seu conjunto como também em termos individuais²³; ele consigna que a prova indireta econômica pode ter “*alto grau de certeza no processo de convencimento*”, sendo denominada como tal naquele caso a inferência estatisticamente robusta de que os resultados não eram casuais mas tinham alto grau de probabilidade de decorrer da conduta investigada, especialmente quando repetidos²⁴; ainda,

²⁰ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 159-60), voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 52-4, inclusive frisando a prova econômica indireta em corroboração de determinados aspectos da conduta na situação concreta dos autos). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 17.04.2024).

²¹ Cf. voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (§§ 230-1). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A. e outros; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 17.04.2024).

²² BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios -Abimo, Biotronic Comercial Medica Ltda., Boston Scientific Do Brasil Ltda, Carlos Alberto Pereira Goulart, Cicero Tiago Sobral Melo, Claudio Joaquim Roque, Daniel Eugenio Dos Santos, David Martin Markham Neale, Dirceo Luiz Stona, Eduardo Morani de Araujo, Elcio Allegretti, Fernanda Andrade Ferreira, Fernando Alfredo Gonzalez Rosenqvist, Flavio Lucio Roberto de Aquino, Glauco Ulisses de Oliveira, Gustavo Weidle, Joao Sergio Moreira, Jose Marcelino Battistini, Karine Sales Goncalves, Kurt Kaninski, Maria Laura Galainena, Medtronic Comercial Ltda, Milena Carvalho Borges Bergamin, Milton Munhoz, Oscar Costa Porto, Pedro Luiz Serafim, Ricardo Galvao Sande e Oliveira, Ricardo Mendonça Da Silva, Ricardo Portilho Pettena, Ronaldo Pupkin Pitta, St Jude Medical Brasil Ltda, Tadeu Aparecido De Faria, Walter Luis Furia de Souza, Wilson Martins Junior e Zolmo de Oliveira Junior; Relator Conselheiro Luis Baido, j. 22.05.2024).

²³ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 78 e 80). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios -Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Baido, j. 22.05.2024).

²⁴ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 72-8, 80 e 85). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria

considera que a conduta de certos investigados deveria ser avaliada sob a regra da razão, o que indica que sua divergência congregava mais do que apenas a corroboração dos fatos em discussão, e contemplava também a natureza e forma de análise da prática investigada.²⁵

Interessante que, a despeito da divergência *in concreto* sobre a suficiência das evidências, não parece haver discrepância nos princípios jurídicos gerais, uma vez que alguns dos votos vencedores suscitam igualmente a questão da força probante de provas indiretas, menor que das diretas e que devem ser valoradas de maneira conjunta e com cautela, indicando ser necessário conformidade dessas provas indiretas com o relato do colaborador, externalidade e independência face ao relato que ela pretende corroborar, e auxílio na resolução de ponto controvertido²⁶; comenta-se também que é possível inferir a ilicitude de forma holística do conjunto probatório quando desprovido de explicação alternativa plausível²⁷.

Sem menosprezar as discussões trazidas nesse conjunto de casos, algumas dessas diretrizes jurídicas já constavam no *Guia para Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE*, que listava como não suficiente, quando isoladamente (*i.e.*, sem corroboração de outras provas diretas ou circunstanciais): (i) documentos ou relatos unilaterais (relatos, anotações e comunicações internas de apenas uma das partes, especialmente quando o colaborador); (ii) comportamentos similares puros; (iii) registro de ligações telefônicas sem demonstração do conteúdo das conversas; (iv) menção em comunicações de terceiros; (v) documento sem demonstração de autoria ou data; (vi) participação em e-mail como copiado, ou como destinatário mas sem resposta, para cuja avaliação ainda se deveria

Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braido, j. 22.05.2024). Sobre a prova econômica, vale destacar o § 80 do voto (sem destaques no original): “*No presente caso, a prova econômica consiste na constatação de simetrias de valores de lances para itens licitados em pregões, bem como na verificação de cotas igualmente simétricas atribuídas aos participantes do conluio na contabilização de contratos resultantes de processos licitatórios. No caso concreto, tais semelhanças ultrapassaram os limites plausíveis da mera coincidência.*”.

²⁵ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 100, 103, 106, 109-12 e 117). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braido, j. 22.05.2024).

²⁶ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 17-8, 21-2, 26-8, 51-2 e 55) e voto da Conselheira Camila Pires (§ 7). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braido, j. 22.05.2024).

²⁷ Cf. voto do Conselheiro Vitor Fernandes (§§ 55 e 58). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese, Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimoe outros; Relator Conselheiro Luis Braido, j. 22.05.2024).

considerar o cargo da pessoa; (vii) agendamento de reunião, ou menções a reuniões em comunicações, sem a possibilidade de inferir o seu conteúdo ilícito; (viii) mero relato em denúncia anônima.²⁸ Esse mesmo *Guia para Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE* cita precedentes anteriores a sustentarem essas suas diretrizes.

Por mais que o tema tenha ganho evidência mais intensa a partir dos cinco casos recentes aqui descritos, esses mesmos casos remetem a decisões anteriores do CADE que já haviam estabelecido princípios jurídicos similares como linha de interpretação²⁹. Portanto, *não*

²⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE**, item 4.6, pp. 31-3.

²⁹ Cf. voto do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo (§§ 6, 7, 8 e 9). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001094/2016-24** (CADE *ex officio* vs. Companhia Sud Americana de Vapores S.A.; Eukor Car Carriers Inc.; Grimaldi Group SpA; Hoegh Autoliners Holdings AS; Kawasaki Kisen Kaisha; Mitsui O.S.K. Lines; Nippon Yusen Kaisha; Nissan Motor Car Carriers Co, Ltd; Wallenius Wilhelmsen Logistics; Akio Oe; Alberto Feres Lama; Anzu Takahashi; Asbjorn Loken; Atsushi Matsumoto; Borre Mathisen; Carl Johan Hagman; Christen Schereuder; Cristóbal Rollán; David R. Minetti; D. W. Choi; Erick Purks; Fabio Mello; Fujio Yamagata; Geir M. Berger; Han W. Cho; Helder Filomeno do S. Malaguerra; Hideki Matsumoto; Hideki Nakai; Hideki Suzuki; Hiromichi Takezaki; Hiroshi Kawamura; Hiroshi Kubota; Hirotohi Ushioku; Hiroyuki Fukumoto; Ichiro Osako; Ingar Skiaker; J. C. Lim; Johan Mattsson; John Edward Grbic; John Patrick Ronan; Jostein Bomstad; Junji Muraoka; Kai Kraass; Katsumi Nagata; Keishin Watanabe; Kentaro Tsuji; Koji Wada; Konosuke Suzuki; Lídia Almeida; Masahiro Kato; Masato Oida; Masaya Futakuchi; Maurício Garrido Garcia; Michimasa Noda; Miguel Malaguerra; Milivoj Milosevic; Mitsuhiro Iwata; Mitsuoki Moriya; Noriko Fujita; Norio Abe; Osamu Ikehara; Pablo Sepúlveda Berrios; Rudolf H. Luttman; Santiago Bielenberg Vásquez; Satoshi Yamaguchi; Seong-Hwan Oh; Shigeru Tsuneda; Shin Miyawaki; Shunichi Kusunose; Stig A. Hagen; Susumu Tanaka; Tadanao Matsudaira; Takahiko Aoki; Takashi Ito; Takashi Kawamura; Takashi Kurauchi; Takashi Yamaguchi; Takenori Igarashi; Tomohito Ohtsu; Toru Otda; Toshitaka Shishido; Tsuyoshi Ono; Uehara Hiroshi; Yasuhiro Noguchi; Yoshiyuki Aoki; Yusuke Sasada; Yutaka Hinooka; Yutaka Ikeda e Yutaka Nishino; Relator Conselheiro Luís Henrique Bertolino Braido, j. 24.05.2022). Voto do Conselheiro Victor Oliveira Fernandes (§§ 6, 7, 8, 9, 10 e 11). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.000269/2018-48** (16ª Vara da Justiça Federal no Ceará vs. Cícero Joaquim Alves, Francisco Adiones Saraiva Alves, Cássia Rejane Leite de Souza, Ivan Figueroa Pontes, Hugo Figueiroa Pontes, Cícero Wagner da Silva Brito, Lyndon Johnson de Medeiros Costa, Construtora J. Filho Ltda., Construtora ASP Ltda., Nova Construtora Ltda., CAENGE - Cariri Engenharia Ltda., Brito Construções Ltda., Construtora e Empreendimentos São Bento; Relator Conselheiro Gustavo Augusto de Lima, j. 23.05.2023). Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia (§§ 15, 16, 17 e 18). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35** (SDE *ex-officio* vs. Cial Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.; Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda.; Cor e Sabor Distribuidora de Alimentos Ltda.; Denjud Refeições Coletivas Adm. e Serviços Ltda.; Faculdade do Sabor Refeições Ltda.; Guelli Comércio e Indústria de Alimentação Ltda.; Hambre Distribuidora de Alimentos Ltda.; Home Bread Indústria e Comércio Ltda.; Maria Natália de Souza Alves Ltda. (Real Food); Masan Comercial Distribuidora Ltda.; Mendes dos Santos Sup. e Serviços Ltda.; MMW Irmãos Alimentos Ltda.; Norsul Catering Ltda.; Nutryenerge Refeições Industriais Ltda.; O Universitário Restaurante Industrial Ltda.; Padre da Posse Restaurante Ltda. e Premier Comércio de Alimentos Ltda.; Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, j. 22.02.2019). Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (§§ 9, 11, 12 e 13). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90** (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) vs. Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda.; Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas (APEOP); CESBE S.A. Engenharia e Empreendimentos; Construtora Brasileira e Mineradora Ltda. (CBEMI); Construtora Estrutural Ltda.; Construtora Triunfo S.A.; De Amorim Construtora de Obras Ltda.; Delta Construções S.A.; EMPO – Empresa Curitibana de Saneamento e Construção Civil Ltda.; Feg Engenharia de Obras Ltda.; Gaisler Moreira Engenharia Civil Ltda.; Marc Construtora de Obras Ltda.; Redram Construtora de Obras Ltda.; Carlos Henrique Machado; Cláudio Bidóia; Emerson Gava; Fernando Afonso Gaisler Moreira; Gilberto Piva; Juarez Nassur

se pode dizer que tenha havido inovação drástica ou quebra significativa de tendência no plano jurídico-principiológico. Mas certamente há novidades: os casos recentes deram visibilidade mais clara e assertiva a padrões que já vinham se delineando há certo tempo na prática decisória do CADE, e mais importante, parecem ter elevado o nível concreto a ser exigido de provas indiretas antes que se possa concluir pela existência de violação. Trata-se de exigir maior robustez no raciocínio de inferência que sustenta a condenação quando não existem provas diretas, e por consequência, maior aderência concreta ao princípio *in dubio pro reo*.

3 Standards Probatórios Sucessivos: assinatura do instrumento de colaboração vs. abertura de investigação vs. condenação

As discussões da seção anterior frisam a clara diferença que entre os elementos que motivam a abertura da investigação (*indícios*) e aqueles para condenar alguém por infração antitruste (*provas*). É o que decorre da leitura sistemática dos arts. 13-III/IV³⁰ e 66, §1^o³¹, da Lei 12.529/11, que atribuem competência para a Superintendência-Geral autuar inquérito administrativo quando os indícios não forem suficientes para abertura de processo administrativo, bem como dos arts. 9-II³² e 79, *caput* e inc. I³³, da Lei 12.529/11, a exigirem do Tribunal Administrativo do CADE especificação dos fatos que constituíram a infração e fundamentação da sua decisão pela existência de violação.

Discussão menos usual surgiu no *Caso PROSAMIM*³⁴, que colocou em evidência terceiro marco, dos elementos a suportarem a assinatura do instrumento de colaboração: o caso fora iniciado mediante assinatura de acordo de leniência e motivara instauração de inquérito

Cordeiro; Mário Henrique Furtado de Andrade; Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, j. 21.08.2017).

³⁰ Lei 12.529/2011: “Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório”.

³¹ Lei 12.529/2011: “Art. 66. § 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.”

³² Lei 12.529/2011: “Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;”

³³ Lei 12.529/2011: “Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà: I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar; [...]”

³⁴ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A.; em curso perante a Superintendência Geral.

administrativo, que restou integralmente arquivado pela Superintendência-Geral³⁵ com ateste de cumprimento do acordo de leniência e recomendação de concessão dos benefícios aos seus signatários³⁶.

O caso foi avocado pelo Tribunal Administrativo do CADE³⁷, cuja análise confirmou a insuficiência dos indícios contra determinados investigados sequer para a abertura de processo administrativo, porém reputou-os suficiente em relação a outros³⁸. Interessante ainda que a decisão consigna que mesmo que o acordo de leniência cumpra os requisitos legais, ele “*não necessariamente levará algum representado à condenação*”, na medida em que “*a mera declaração do beneficiário não pode ser o único fundamento para uma eventual condenação [...] o Histórico de Conduta deve vir acompanhado de documentos que comprovem o quanto alegado pelos Lenientes (art. 86, inciso II, da Lei nº 12.529/2011). Além disso, a autoridade poderá apurar a conduta noticiada por outros meios de investigação*”³⁹.

A decisão indica no mesmo sentido de cautela para a análise do acervo probatório, especialmente os documentos unilaterais provenientes de colaboradores; aponta também para a necessidade de instrução a fins de corroboração adicional dos indícios de infração para conformá-los em provas. Ademais, a confirmação dos benefícios aos signatários da leniência mesmo na insuficiência de indícios para processar alguns acusados parece correta; ela implica reconhecimento de outro *standard*, menos exigente que os indícios para abertura de processo administrativo, mas ainda assim apto a de assegurar a assinatura de acordo de leniência (presentes, naturalmente, os outros requisitos legais).⁴⁰

³⁵ Cf. Nota Técnica nº 98/2023/CGAA8/SGA2/SG/CADE, de 11.10.2023, e Despacho SG Arquivamento Inquérito Administrativo nº 29/2023, de 11.10.2023 (DOU de 16.10.2023).

³⁶ Cf. Nota Técnica nº 101/2023/CGAA8/SGA2/SG/CADE, de 25.10.2023 e Despacho SG nº 1430/2023, de 25.10.2023 (DOU de 26.10.2023).

³⁷ Cf. Despacho Decisório nº 38/2023/GAB3/CADE, de 24.10.2023, homologado em 25.10.2023, na 222ª Sessão Ordinária de Julgamento.

³⁸ Cf. voto do Conselheiro Gustavo Augusto Freitas (§§ 35-8, 42-4, 55 e 63 sobre o arquivamento, e §§ 45, 64 e 115, sobre a abertura de processo administrativo; os benefícios do acordo de leniência são confirmados no § 140), voto do Conselheiro Carlos Jaques (§16-8, sobre o arquivamento, retomando as discussões sobre rigor de análise nos casos sem provas diretas, e § 19 sobre abertura de processo administrativo). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96 (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. e outros; em curso perante a Superintendência Geral).

³⁹ Cf. voto do Conselheiro Carlos Jaques (§12-3). BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96 (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. e outros; em curso perante a Superintendência Geral).

⁴⁰ Teria ainda havido outros dois casos em que ocorreu a mesma situação de assinatura de acordo de leniência com posterior arquivamento, mantidos os benefícios ao colaborador: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.010322/2012-23 (CADE *ex officio* vs. Kostal Eletromecânica Ltda., Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda e outros; Relator Conselheiro João

Realmente, a assinatura só pode ocorrer se não houver nos autos provas suficientes para a condenação do interessado, nos termos do art. 86, §1º-III e §2º⁴¹, da Lei 12.529/2011; mas considerando-se o acordo de leniência como meios de prova (e não prova em si mesmo), é natural que a colaboração mencionada no *caput* e incs. I e II do mesmo art. 86⁴² (identificação dos envolvidos, e informações e documentos a comprovarem a infração noticiada) poderia perfeitamente ser menos robusta do que o necessário para abertura de processo administrativo; caberia a pertinente avaliação de conveniência e oportunidade à própria Superintendência-Geral e, a depender do nível dos indícios coligidos, sua correspondente obrigação de iniciar a investigação como inquérito administrativo.

Tal não exclui do Tribunal Administrativo do CADE a competência para verificar o adimplemento do acordo, nos termos do art. 86, §4º⁴³, da Lei 12.529/2011, o que não significa

Paulo de Resende, j. 13.12.2017); Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.010319/2012-18** (CADE *ex officio* vs. Indústrias Arteb S.A., Valeo S.A., Valeo Sistemas Automotivos Ltda., Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão Iluminação, Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão Valeo Service e outros; Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. 13.12.2017). Ambos têm informações gerais sobre as partes investigadas disponíveis nas pautas de julgamento publicadas e são reportados como contemplando assinatura de acordo de leniência com posterior arquivamento por Amanda Athayde e Isabella Accioly, “The antitrust leniency program and its spillovers on other leniency programs in Brazil” in **Revista de Derecho Administrativo – CDA**, 21, 2022, p. 325: “It is worth noting that a possible decision by Cade’s Tribunal for filing an Administrative Proceeding initiated by a Leniency Agreement due to insufficient evidence does not necessarily mean noncompliance with the cooperation requirement by the undertakings. In this sense, a discussion held by the Administrative Tribunal at the end of 2017 is mentioned, when the filing of two investigations initiated from a Leniency Agreement in the auto parts market was decided by the Counselors, but the benefits of the Leniency Agreement were confirmed, resulting in the extinction of possible punishment of the undertakings”. Contida nesse trecho, nota e rodapé n.º 12 do artigo de Amanda Athayde e Isabella Accioly traz a referência aos dois casos citados: “CADE. Administrative Inquiry n. 08700.010322/2012-23. Reporting Counselor: João Paulo de Resende. Judged in Dec. 2017; CADE. Administrative Inquiry n. 08700.010319/2012-18. Reporting Counselor: Paulo Burnier da Silveira. Judged in Dec. 2017”).

⁴¹ Lei 12.529/2011: “Art. 86 § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo [acordo de leniência] somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse 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 Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo”

⁴² Lei 12.529/2011: “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e 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.”

⁴³ Lei 12.529/2011: “Art. 86, § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.”

revisitar o julgamento que motivou a Superintendência-Geral quando da assinatura, nem muito menos imputar essa insuficiência de provas aos beneficiários de boa-fé. Talvez a única implicação dessa situação ocorreria nas hipóteses de leniência parcial (e leniência *plus*), se a insuficiência dos indícios seja levada em consideração sob a rubrica “efetividade da colaboração” prevista no art. 86, §4º-II, da Lei 12.529/2011, a fim de fixar a redução da pena dentro da faixa legal; há apenas que considerar potenciais ramificações de *policy*, especialmente quando o beneficiário de boa-fé possa acabar em situação pior do que os investigados que não cooperaram ou cooperaram mediante termo de cessação de conduta; talvez índice melhor para essa avaliação seja a boa-fé do beneficiário e sua disponibilidade para colaborar durante a investigação com os elementos que tenha disponíveis, critério que é diretamente oponível ao beneficiário.

Guardadas as devidas diferenças, as mesmas considerações se deveriam aplicar aos termos de cessação de conduta que contenham obrigações de colaboração, cujo limiar para aceitação igualmente poderia ser menos exigente. Talvez a maior diferença resida no fato de que este instrumento já é diretamente aprovado pelo Tribunal Administrativo do CADE antes de sua assinatura, nos termos dos arts. 9º-V⁴⁴ e 10-VII⁴⁵ da Lei 12.529/2011, fatorando a discussão sobre o nível de colaboração dentro do processo de negociação, e inclusive com diretrizes detalhadas do *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel*⁴⁶ sobre o cômputo do nível de colaboração na definição mais precisa do desconto a ser concedido ao beneficiário.

4 Importância dos esforços de instrução: desdobramentos processuais-procedimentais

Parece bem estabelecido haver níveis diferentes de exigência para assinatura de leniência (ou de termo de cessação de conduta) *vs.* abertura de investigação, sobretudo de processo administrativo *vs.* condenação em processo administrativo. Essas diferenças (e o nível crescente de rigor) é bastante natural, e será sempre importante debater quais os requisitos gerais para cada um desses três *standards* (no plural). Essa discussão, todavia, é essencialmente

⁴⁴ Lei 12.529/2011: “Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento”.

⁴⁵ Lei 12.529/2011: “Art. 10. Compete ao Presidente do Tribunal: [...] VII - assinar os compromissos e acordos aprovados pelo Plenário”.

⁴⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia: Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel**, item I.3, pp. 20-24.

concreta (jurisprudencial), sendo impossível pré-determinar valores probatórios, o que equivaleria à já abandonada tarifação legal das provas. Mas é importante consistência nessa construção jurisprudencial, que deve ser isonômica e o mais previsível possível, e deve-se ainda chamar atenção para os meios segundo os quais se desenrolam os esforços de instrução processual no CADE.

Sem descuidar dos dois *standards* iniciais para relato de infrações ou abertura de investigações, e por mais relevante que seja a discussão sobre o último deles, o *standard* necessário para sustentar a decisão condenatória, é fundamental lembrar que o julgamento pelo Tribunal Administrativo do CADE será altamente dependente das medidas concretas de instrução. Ela é que conecta esses dois momentos, e aspectos processuais da instrução válida e bem-feita serão os meios de se substanciar a teoria da corroboração mencionada nos precedentes recentes, o que coloca em evidência o papel central da instrução pela Superintendência-Geral; caso contrário, o momento de julgamento será atingido sem o necessário para ultrapassar o *standard* probatório para a condenação.

A esse respeito, convém lembrar precedente do STF que frisa não serem os relatos de colaboradores suficientes para juízo condenatório, embora sejam adequados para início das investigações; porém eles não podem justificar investigações indefinidas⁴⁷. É preciso, portanto, que se estabeleça o impulso organizado da instrução; para esse fim, a fase de saneamento está muito bem-posicionada, porém tem sido utilizada no CADE de forma menos produtiva do que poderia.

⁴⁷ Cf. Inquérito 4.458/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2018: “PENAL E PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ARQUIVAMENTO PELO RELATOR EM CASO DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 231, §4º, DO RISTF. ART. 654, §2º, CPP. COLABORAÇÃO PREMIADA. NECESSIDADE DE CORROBORAÇÃO MÍNIMA DAS DECLARAÇÕES. FALTA DE SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO PARA PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE PRAZO RAZOÁVEL. CONSTRANGIMENTO MANIFESTAMENTE ILEGAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AP 937/RN. POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO. [...] 2. Os precedentes do STF assentam que as declarações de colaboradores não são aptas a fundamentar juízo condenatório, mas suficientes dar início a investigações. Contudo, tais elementos não podem legitimar investigações indefinidas, sem que sejam corroborados por provas independentes. 3. A EC 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º. LXXVIII). Conforme a doutrina, esta norma deve ser projetada também para o momento da investigação. As Cortes Internacionais adotam três parâmetros: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias. No caso de inquéritos em tramitação perante o STF, os arts. 230-C e 231 do RISTF estabelecem os prazos de 60 dias para investigação e 15 dias para oferecimento da denúncia ou arquivamento, com possibilidade de prorrogação (art. 230-C, §1º, RISTF). [...] 5. Caso em que inexistem indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva, mesmo após 15 meses de tramitação do inquérito. Depoimentos genéricos e inespecíficos relatando o recebimento de recursos eleitorais em pleito no qual o investigado sequer disputou qualquer mandato eletivo. Apresentação apenas de elementos de corroboração produzidos pelos próprios investigados. Arquivamento do inquérito, na forma do art. 21, XV, “e”, art. 231, §4º, “e”, ambos do RISTF, e art. 18 do CPP.” (sem destaques no original).

Prevista no art. 72⁴⁸ da Lei 12.529/2011, essa etapa tem sido tradicionalmente mais retrospectiva, no sentido de decidir sobre as preliminares processuais e avaliar os pedidos de prova feitos pelos investigados. É comum a Superintendência-Geral emitir ofícios para solicitações de informações e, ocasionalmente, indicar testemunhas ou depoimentos pessoais do seu interesse, porém são muito raras outras provas de iniciativa da autoridade. Essa fase de saneamento poderia ser melhor aproveitada adotando-se linha mais prospectiva, em que a autoridade organiza e já planeja em mais detalhes os esforços de instrução futura. Isso exigiria maior granularidade no despacho de saneamento, com definição explícita dos aspectos específicos ainda controvertidos e que dependem de prova, assim como justificadamente determinar a quem cabe o ônus dessa demonstração; fundamental neste trabalho é a identificação mais clara dos pontos de incerteza e das ações necessárias para corroborar tais elementos dos autos. Seria útil também que a Superintendência-Geral já determinasse, no saneamento, o cronograma da instrução em suas grandes linhas, com prazos tentativos para conclusão das providências. Assim é possível construir um caminho mais concreto de instrução, o que também ajuda a própria autoridade a planejar o caso em face de eventuais mudanças de servidores, que ocorreria com menor risco de se perder o plano de trabalho anteriormente preparado.

Essas medidas também exigem que a autoridade reflita sobre o real status do caso e as perspectivas de melhorar a qualidade das provas, o que evita prolongar por inércia investigações que não contam com provas suficientes e para as quais a autoridade não tem perspectivas realistas (ou meios viáveis) de melhorar a qualidade das evidências, ajudando a manter a duração razoável dos processos.

Também a etapa de saneamento poderia corrigir discussões potenciais que, eventualmente, poderiam afetar a validade do caso. Um olhar mais voltado a evitar nulidades corrigíveis e garantir a validade do caso como quer que as questões processuais trazidas nas defesas venham a ser razoavelmente interpretadas futuramente pelo Tribunal Administrativo do CADE ou pelo Poder Judiciário terá impacto significativo em termos de garantia de manutenção da decisão final do CADE.

Por isso, é importante a Superintendência-Geral olhar para como o Tribunal Administrativo do CADE tem decidido e levar em consideração essas tendências para definir o

⁴⁸ Lei 12.529/2011: “Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei [i.e., o prazo para apresentação de defesa administrativa], a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.”

standard probatório e as salvaguardas processuais da instrução; menos para fins de negociação de acordos de leniência (que é o ponto de partida e algo que a Lei 12.529/2011 atribui muito claramente como competência da própria Superintendência-Geral¹⁰, e mais para as atividades de processuais de instrução e corroboração a serem adotadas, que serão a base para o julgamento definitivo pelo Tribunal Administrativo do CADE. Pelos mesmos motivos, é também importante que ambos os órgãos do CADE, Superintendência-Geral e Tribunal Administrativo, olhem para como o Poder Judiciário tem decidido os temas antitruste, matéria de mérito das competências do CADE, mas também os aspectos procedimentais em investigações administrativas sancionadoras, para os fins de garantir a validade das investigações antitruste e a suficiência das provas a ampararem as condenações.

Sem pretensão de esgotar o assunto, alguns aspectos importantes em matéria de corroboração desafiam tratamento mais detalhado nas investigações do CADE.

O primeiro deles é o peso muito grande ainda dado ao relato dos colaboradores. Os precedentes recentes focalizaram mais no *standard* probatório para condenação, porém a credibilidade do relato e seu suporte são importantes também para a abertura de investigação, supondo-os suficientes para a assinatura do acordo de leniência, segundo o julgamento da Superintendência-Geral. A abertura da investigação deve considerar de forma individualizada os indícios concretos já coligidos contra cada alvo listado pelo colaborador, o que exige consistência e isonomia em relação a todos os investigados, tanto quanto para a condenação. Relatos dos beneficiários podem ser suficiente para a assinatura de acordo de leniência ou de termo de cessação de conduta, porém não necessariamente suficientes para inclusão como investigados de todos os mencionados no histórico da conduta, exceto se houver indícios suficientes contra cada um deles. Em face de previsão legal específica de que inquérito ou processo administrativos se instauram mediante indícios, impossível sujeitar alguém a investigação sem ao menos haver indícios, o que exige elementos corroborativos além do relato dos colaboradores. Sem elementos mínimos a configurarem indícios de participação, é impróprio sujeitar o indivíduo a investigação fundado na ideia de complementação da apuração na fase instrutória. Evidentemente, não haverá qualquer impedimento à instauração posterior da investigação caso surjam elementos específicos contra outras pessoas, enquanto não prescrita a violação.

Para além da importante discussão sobre unilateralidade da prova, outro grande desafio que merece mais elaboração é sobre a interpretação do silêncio. Esses são os casos de prova não-unilateral, mas que não contêm demonstração de assentimento ou de participação

propriamente dita. Entram nessa categoria elementos como ser destinatário ou estar copiado em e-mails, presenciar fatos, ou ainda ter conhecimento da conduta sob investigação; eles trazem consigo mais demonstração factual do que o mero relato dos colaboradores, porém exigem outros elementos confirmatórios sobre o comportamento do investigado para que se possa inferir com robustez sua participação na violação. Sem outras corroborações, o silêncio deveria ser interpretado como não-ação ou não-participação; exige-se algum grau de demonstração adicional para sustentar a abertura de investigações (*i.e.*, indícios, que mais ou menos fortes modulariam entre inquérito ou processo administrativos), e ainda maior robustez para condenação (*i.e.*, provas).

Por fim, outro tema que merece aprofundamento é o aproveitamento de acordos de leniência firmados no exterior. Natural que ocorra o aproveitamento de investigações internas e leniências no exterior, e não há maiores problemas se bem ponderado que o requisito de assinatura do acordo de leniência não é o mesmo que para abertura processo. Possivelmente adaptações ao contexto brasileiro serão necessárias, porém como prestígio à boa-fé de quem reporta a prática a todas as autoridades potencialmente interessadas, esse aproveitamento em si não é problemático. O problema surge em duas dimensões: (*i*) quando se considera, impropriamente, que apenas a menção no histórico seria suficiente para investigação de terceiros -- deficiência que pode ser ainda mais pronunciada quando a investigação interna original focou em outra jurisdição; e (*ii*) esquecer que efeitos no Brasil precisam ser efetivamente provados, ainda quando a prática seja ilícita pelo objeto -- mesmo que se presumam efeitos negativos de determinada prática fática (como o cartel *hardcore*), a geografia onde esses efeitos (presumidos) serão sentidos depende de prova. Tanto quanto ocorrem com outros aspectos factuais, a declaração dos beneficiários de que Brasil foi (ou pode ter sido afetado) não deveria ser suficiente para estabelecer a jurisdição do CADE.

5 Ramificações e desdobramentos de policy

A seção anterior focalizou possíveis desdobramentos processuais-procedimentais para as investigações no CADE. Igual relevância se deve prestar também a aspectos de política pública (*policy*) concorrencial.

O mais imediato diz respeito às salvaguardas aos colaboradores em casos de arquivamento. Importante primeiro deixar de lado casos de violação ou descumprimento dos acordos firmados com o CADE, que consistem em outro tipo de discussão; aqui estamos a tratar de conduta regular e de boa-fé do colaborador, em casos que ao final não se restou comprovada

a violação para outros investigados. Reconhecido haver padrões diferentes para assinar a leniência ou termo de cessação de conduta *vs.* abrir a investigação *vs.* condenar, e sendo ainda os acordos de colaboração meio de produção de prova, mas não prova em si, não há nada de intrinsecamente problemático nessa situação.

No caso de termo de cessação de conduta, a aprovação prévia pelo Tribunal Administrativo do CADE reforça a posição do colaborador, restando em aberto apenas discussões sobre adimplemento das obrigações. Para acordos de leniência, firmados diretamente pela Superintendência-Geral, é importante certa deferência ao julgamento da Superintendência-Geral quanto à sua conveniência e oportunidade, que é a autoridade competente para a assinatura e reputou suficiente os elementos para assinar o acordo. Tal não exclui os deveres de instrução e corroboração pela Superintendência-Geral, que serão posteriormente avaliados pelo Tribunal no julgamento do mérito, nem exclui o controle de legalidade quanto aos requisitos legais objetivos. Porém revisitar, posteriormente, a conveniência de assinatura para fins de excluir os benefícios aos colaboradores sem falta imputável a eles seria muito problemático.

Para consistência do programa de leniência, é fundamental que se salguarde os benefícios dos colaboradores mesmo nos casos em que as provas coligidas na instrução não sejam suficientes para condenação. Manter essa linha, já adotada no *Caso Prosamim*⁴⁹, é crítico como sinalização da aderência à “regra de ouro” dos programas de leniência, de que o colaborador não seja colocado em posição pior do que os demais investigados. Do ponto de vista de *policy*, são de extrema importância as providências para salvaguardar a imunidade dos beneficiários em caso de arquivamento, seja nos próprios autos, seja em outros autos que investiguem os mesmos fatos confessados e objeto da imunidade. Ainda que a obrigação de colaboração esteja concluída com o arquivamento do caso original, a imunidade deveria se estender a qualquer outro feito que tenha o mesmo objeto.

Cabe também avaliar a possibilidade de emprego proativo dos termos de cessação de conduta pela autoridade. Tradicionalmente, esse instrumento tem sido usado mediante iniciativa da defesa, interessada na discussão sobre colaboração e obtenção de descontos na sanção esperada, para cuja decisão a regra do “*one shot*” prevista no art. 85, §§ 4º e 13⁵⁰, da

⁴⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96** (CADE *ex officio vs.* Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. e outros; em curso perante a Superintendência Geral).

⁵⁰ Regimento Interno do CADE: “Art. 190. O Superintendente-Geral poderá, nos termos do art. 13, inciso IX da Lei 12.529, de 2011, propor termo de compromisso de cessação relativo a processo administrativo, inquérito

Lei 12.529/2011, inspira muita cautela. Muitas vezes, os investigados podem ter interesse em colaborar, mas o receio natural de perder sua única chance ao encontrar exigências elevadas da Superintendência-Geral para a assinatura do termo de cessação de conduta impedem o início da discussão. Nada de impróprio que a Superintendência-Geral tenha expectativas diferentes dos investigados, mas essa incerteza pode diminuir muito as oportunidades de colaboração bem-sucedidas.

Para melhor se desincumbir do ônus de corroboração ínsito em qualquer investigação, o CADE poderia usar de forma mais ativa a faculdade de chamar investigados para discutir eventual colaboração, prevista no Regimento Interno do CADE e que não prejudica a faculdade de o investigado posteriormente apresentá-lo *sponte sua* (cf. art. 190, caput e §4^o), o que permitiria engajar discussões com os investigados sem que eles corram o risco de perder a sua única oportunidade de propor a colaboração. Essa postura inspira cuidados com isonomia: haveria que demonstrar a importância da colaboração do investigado convidado para demonstração aspecto específico da investigação, se a faculdade for individualizada para apenas alguns investigados; isso pressupõem a fase de saneamento ser mais granular e específica. Aqui, é decisão mais jurídico-processual de instrução, que precisa ser motivada. Mas nada impede que a Superintendência-Geral chame todos os investigados na citação inicial do processo, para se querendo discutir eventual oportunidade de termo de cessação de conduta, para que possam fazê-lo logo no início do caso e sem perder o seu “*one shot*”. Aqui, o viés é menos jurídico-processual de instrução, e mais de *policy*.

6 Conclusões

O padrão probatório ganhou desdobramentos importantes na prática decisória recente do CADE. É interessante que não parece ter havido inovação drástica nos princípios jurídicos a nortearem as decisões, mas houve renovações significativas na prática decisória, que me parecem localizadas no nível de preenchimento concreto desses testes jurídicos: nota-se vitalidade mais acentuada na análise dos elementos concretos coligidos na investigação (especialmente das provas indiretas) e maior exigência do que é necessário para assegurar, com robustez, a conclusão de que determinado investigado participou da infração. O sistema de

administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo que esteja em trâmite na Superintendência-Geral. [...] § 4º A aceitação ou rejeição pelo Representado da negociação do termo de compromisso proposta pelo Superintendente-Geral não prejudica a apresentação de requerimento de termo de compromisso por parte do Representado, nos termos do art. 179 deste Regimento Interno.”

interpretação e aplicação do direito concorrencial parece ter calibrado melhor entre riscos de falso-positivos e falsos-negativos, garantindo assim melhor aderência ao princípio *in dubio pro reo*.

Essa análise mais refletida das provas parece confluir em torno de algumas ideias centrais: (i) impossibilidade de condenações com base apenas em relatos ou evidências unilaterais dos colaboradores, ainda quando cruzados entre vários deles, que dependerão de corroboração por fontes externas e independentes em relação aos terceiros; (ii) provas diretas têm mais força e podem ser valoradas isoladamente, mas as provas indiretas, por terem menor nível de certeza, demandam mais cautela e devem ser apreciadas de forma conjunta e holística; e (iii) enquanto a desconstituição de provas diretas exige demonstração de não ocorrência do fato, a desconstituição das provas indiretas demanda apenas a apresentação de explicação alternativa razoável e plausível.

Clareza e objetividade quanto aos *standards* probatórios convida reflexão sobre a negociação de acordos (leniência e termo de cessação de conduta) e a abertura de investigações, mas também sobre a instrução que lhes seguirá. Trata-se, do caminho da corroboração, que deve transcorrer em contraditório a fim de que se atinja o momento de julgamento com elementos concretos suficientes para a decisão. Aspectos processuais e a instrução válida e bem-feita são os meios de substanciar a corroboração dos indícios, caso contrário se atingirá o julgamento sem o mínimo necessário para sancionamento das violações. A fase de saneamento da investigação, por exemplo, poderia ser mais bem aproveitada no CADE, com fins de corrigir potenciais discussões sanáveis e ainda estabelecer mais concretamente as providências de instrução e o cronograma dessas atividades. Isso demanda maior granularidade no despacho de saneamento, com definição mais precisa dos aspectos específicos controvertidos que dependem de prova, assim como atribuição justificada de a quem cabe essa demonstração; fundamental neste trabalho é a identificação mais clara dos pontos de incerteza e das ações necessárias para corroborar tais elementos dos autos, o que convida a autoridade a refletir realisticamente sobre o status do caso, quais possíveis provas de corroboração são necessárias e a real capacidade de obtê-las.

Sem pretensão de esgotamento, alguns temas sobre a concretude da corroboração merecem aprofundamentos: (i) o peso muito grande dado ao relato dos colaboradores, cuja credibilidade e suporte são importantes também para abertura da investigação: é necessário considerar de forma individualizada os indícios concretos, sendo que relatos suficientes para assinar acordos de leniência podem não conter elementos suficientes para inclusão como

investigados de todos os mencionados; (ii) a interpretação do silêncio em provas não-unilaterais, que trazem consigo alguma demonstração factual maior do que o mero relato porém ainda exigem elementos confirmatórios sobre o comportamento do investigado para que se possa inferir sua participação na violação; (iii) o aproveitamento de acordos de leniência firmados no exterior, que não é problemático, porém convida a corroboração suficiente dos efeitos no Brasil: tanto quanto quaisquer aspectos factuais da violação, a mera declaração dos beneficiários de que Brasil foi (ou pode ter sido afetado) não é suficiente e depende de corroboração.

Do ponto de vista de *policy*, é fundamental que se salvguarde os benefícios dos colaboradores mesmo nos casos em que as provas coligidas na instrução não sejam suficientes para condenação; deixando de lado casos de inadimplemento ou violação dos instrumentos de colaboração, os beneficiários não deveriam ter sua situação revisadas em seu prejuízo sem fatos negativos que lhes seja imputáveis. Ademais, termos de cessação de conduta poderiam ser empregados de maneira mais ativa, mediante chamamento dos investigados pela Superintendência-Geral para negociação; isso permitiria engajar discussões e explorar mais oportunidades de colaboração bem-sucedidas ao neutralizar a preocupação natural dos investigados em perder sua única chance caso encontrem expectativas de colaboração muito elevadas por parte da Superintendência-Geral.

7 Referências Bibliográficas

ATHAYDE, Amanda; ACCIOLY, Isabella. The Antitrust Leniency Program and its Spillovers on other Leniency Programs in Brazil. **Revista de Derecho Administrativo – CDA**, n. 21, p. 318-337, 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia - Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel**. Brasília-DF: CADE, set. 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.003510/2021-96** (CADE *ex officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A., CCI Construções Ltda., Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Queiroz Galvão S.A. e Estacon Engenharia S.A.; em curso perante a Superintendência Geral.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.010319/2012-18** (CADE *ex officio* vs. Indústrias Arteb S.A., Valeo S.A., Valeo Sistemas Automotivos Ltda., Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão

Iluminação, Valeo Sistemas Automotivos Ltda - Divisão Valeo Service e outros; Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. 13.12.2017).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.010322/2012-23** (CADE *ex officio* vs. Kostal Eletromecânica Ltda., Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda e outros; Relator Conselheiro João Paulo de Resende, j. 13.12.2017).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.000269/2018-48** (Poder Judiciário - 16ª Vara da Justiça Federal no Ceará vs. Cícero Joaquim Alves, Francisco Adiones Saraiva Alves, Cássia Rejane Leite de Souza, Ivan Figueroa Pontes, Hugo Figueiroa Pontes, Cícero Wagner da Silva Brito, Lyndon Johnson de Medeiros Costa, Construtora J. Filho Ltda., Construtora ASP Ltda., Nova Construtora Ltda., CAENGE - Cariri Engenharia Ltda., Brito Construções Ltda., Construtora e Empreendimentos S'º Bento; Relator Conselheiro Gustavo Augusto de Lima, j. 23.05.2023).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.001094/2016-24** (CADE *ex officio* vs. Companhia Sud Americana de Vapores S.A.; Eukor Car Carriers Inc.; Grimaldi Group SpA; Hoegh Autoliners Holdings AS; Kawasaki Kisen Kaisha; Mitsui O.S.K. Lines; Nippon Yusen Kaisha; Nissan Motor Car Carriers Co, Ltd; Wallenius Wilhelmsen Logistics; Akio Oe; Alberto Feres Lama; Anzu Takahashi; Asbjorn Loken; Atsushi Matsumoto; Borre Mathisen; Carl Johan Hagman; Christen Schereuder; Cristóbal Rollán; David R. Minetti; ; D. W. Choi; Erick Purks; Fabio Mello; Fujio Yamagata; Geir M. Berger; Han W. Cho; Helder Filomeno do S. Malaguerra; Hideki Matsumoto; Hideki Nakai; Hideki Suzuki; Hiromichi Takezaki; Hiroshi Kawamura; Hiroshi Kubota; Hirotoshi Ushioku; Hiroyuki Fukumoto; Ichiro Osako; Ingar Skiaker; J. C. Lim; Johan Mattsson; John Edward Grbic; John Patrick Ronan; Jostein Bomstad; Junji Muraoka; Kai Kraass; Katsumi Nagata; Keishin Watanabe; Kentaro Tsuji; Koji Wada; Konosuke Suzuki; Lídia Almeida; Masahiro Kato; Masato Oida; Masaya Futakuchi; Maurício Garrido Garcia; Michimasa Noda; Miguel Malaguerra; Milivoj Milosevic; Mitsuhiro Iwata; Mitsuoki Moriya; Noriko Fujita; Norio Abe; Osamu Ikehara; Pablo Sepúlveda Berrios; Rudolf H. Luttmann; Santiago Bielenberg Vásquez; Satoshi Yamaguchi; Seong-Hwan Oh; Shigeru Tsuneda; Shin Miyawaki; Shunichi Kusunose; Stig A. Hagen; Susumu Tanaka; Tadanao Matsudaira; Takahiko Aoki; Takashi Ito; Takashi Kawamura; Takashi Kurauchi; Takashi Yamagushi; Takenori Igarashi; Tomohito Ohtsu; Toru Otda; Toshitaka Shishido; Tsuyoshi Ono; Uehara Hiroshi; Yasuhiro Noguchi; Yoshiyuki Aoki; Yusuke Sasada; Yutaka Hinooka; Yutaka Ikeda e Yutaka Nishino; Relator Conselheiro Luís Henrique Bertolino Braido, j. 24.05.2022).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24** (GEDEC-MP/SP vs. Astéria Incorporações e Construções Ltda., Aquecedor Solar Transsen Ltda., Tuma Instalações Térmicas Ltda., Associação Brasileira de Refrigeração, Ar Condicionado, Ventilação e Aquecimento - ABRAVA, Enalter Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., Bosch Termotecnologia Ltda. (nova denominação da Heliotek Máquinas e Equipamentos Ltda.), Sol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda. (nova denominação da Soletrol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda.), José Ronaldo Kulb, Paulo Sérgio Ferrari Mazzon; Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior; j. 11.03.2015).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003699/2017-31** (CADE *ex officio* vs. Ana Maria Ragonese,

Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos para Saúde - Abimed, Associação Brasileira da Indústria de Artigos e Equipamentos Médicos, Odontológicos, Hospitalares e de Laboratórios - Abimo, Biotronik Comercial Medica Ltda., Boston Scientific Do Brasil Ltda, Carlos Alberto Pereira Goulart, Cicero Tiago Sobral Melo, Claudio Joaquim Roque, Daniel Eugenio Dos Santos, David Martin Markham Neale, Dirceo Luiz Stona, Eduardo Morani de Araujo, Elcio Allegretti, Fernanda Andrade Ferreira, Fernando Alfredo Gonzalez Rosenqvist, Flavio Lucio Roberto de Aquino, Glauco Ulisses de Oliveira, Gustavo Weidle, Joao Sergio Moreira, Jose Marcelino Battistini, Karine Sales Goncalves, Kurt Kaninski, Maria Laura Galainena, Medtronic Comercial Ltda, Milena Carvalho Borges Bergamin, Milton Munhoz, Oscar Costa Porto, Pedro Luiz Serafim, Ricardo Galvao Sande e Oliveira, Ricardo Mendonça Da Silva, Ricardo Portilho Pettena, Ronaldo Pupkin Pitta, St Jude Medical Brasil Ltda, Tadeu Aparecido De Faria, Walter Luis Furia de Souza, Wilson Martins Junior e Zolmo de Oliveira Junior; Relator Conselheiro Luis Braidó, j. 22.05.2024).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35** (SDE *ex-officio* vs. Cial Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.; Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda.; Cor e Sabor Distribuidora de Alimentos Ltda.; Denjud Refeições Coletivas Adm. e Serviços Ltda.; Faculdade do Sabor Refeições Ltda.; Guelli Comércio e Indústria de Alimentação Ltda.; Hambre Distribuidora de Alimentos Ltda.; Home Bread Indústria e Comércio Ltda.; Maria Natália de Souza Alves Ltda. (Real Food).; Masan Comercial Distribuidora Ltda.; Mendes dos Santos Sup. e Serviços Ltda.; MMW Irmãos Alimentos Ltda.; Norsul Catering Ltda.; Nutryenerge Refeições Industriais Ltda.; O Universitário Restaurante Industrial Ltda.; Padre da Posse Restaurante Ltda. e; Premier Comércio de Alimentos Ltda.; Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, j. 22.02.2019).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007776/2016-41** (CADE *ex-officio* vs. Andrade Gutierrez Engenharia S.A. (nova denominação social de Construtora Andrade Gutierrez S.A.), Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A., Camter Construções e Empreendimentos S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Delta Construções S.A., Construtora OAS S.A., Alya Construtora S.A. (atual denominação social de Construtora Queiroz Galvão S.A.), Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., Caenge S.A. Construção, Administração e Engenharia, em recuperação judicial; Alberto Quintaes, Benedicto Barbosa da Silva Júnior, Gustavo Souza, João Marcos de Almeida da Fonseca, José Gilmar Francisco de Santana, Juarez Miranda Júnior, Karine Karaoglan Khoury Ribeiro, Marcelo Duarte Ribeiro, Marcos Vidigal do Amaral, Maurício Rizzo, Olavinho Ferreira Mendes, Paulo César Almeida Cabral, Paulo Meriade Duarte, Roque Manoel Meliande. Relator Conselheiro Sergio Ravagnani, j. 17.04.2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009165/2015-56** (CADE *ex-officio* vs. Elster Medição de Água S/A, FAE Ferragens e Indústria de Hidrômetros S/A, Itron Soluções para Energia e Água Ltda./Accell Soluções para Energia e Água Ltda., LAO Indústria Ltda., Sappel do Brasil Ltda./Diehl Metering Indústria de Sistema de Medição Ltda., Sensus Metering Systems do Brasil Ltda., Saga Medição Ltda., Vector Sistemas de Medição Ltda., Adney Aparecido Costa Siqueira; André Bezerra Lima Carneiro, Antônio Fábio Andrade Santos, Cid Luiz Racca, Carlos Dehon Dias Lopes, Carlos Henrique Gomez Capps, Danilo Murta Coimbra, Emerson da Costa Rodrigues, Frazão Sergio Caixeta Gomes, José Antônio Cattani Xavier, Jose Geraldo de Almeida Junior, José Roberto Baptistella, Leonardo Cangussu Mendes, Luis Antônio Tinello,

Luis Claudio Nogueira Rigolon, Luiz Tadeu Beraldo Teixeira, Marcos Antônio Kokol, Marcos Sérgio Sartori, Pedro Cyrillo Cardoso de Almeida, Renzo Rodrigues Sudario da Silva, Samuel Chagas Lee, Sebastião Ataíde Fonseca, Sylvain Brogle e Valdir Iannelli; Relator Conselheiro Vitor Fernandes, j. 07.02.2024).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90** (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) vs. Afirmas Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda.; Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas (APEOP); CESBE S.A. Engenharia e Empreendimentos; Construtora Brasileira e Mineradora Ltda. (CBEMI); Construtora Estrutural Ltda.; Construtora Triunfo S.A.; De Amorim Construtora de Obras Ltda.; Delta Construções S.A.; EMPO – Empresa Curitibana de Saneamento e Construção Civil Ltda.; Feg Engenharia de Obras Ltda.; Gaissler Moreira Engenharia Civil Ltda.; Marc Construtora de Obras Ltda.; Redram Construtora de Obras Ltda.; Carlos Henrique Machado; Cláudio Bidóia; Emerson Gava; Fernando Afonso Gaissler Moreira; Gilberto Piva; Juarez Nassur Cordeiro; Mário Henrique Furtado de Andrade; Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, j. 21.08.2017).

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78** (CADE *ex officio* vs. MAHLE Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. (atual denominação de Behr Brasil Ltda.); Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda.; Modine do Brasil Sistemas Térmicos Ltda. (atual denominação de Radiadores Visconde Ltda.); Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Climatização; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Sistemas Modulares; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Térmicos Motor; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. – Divisão Valeo Service; Adalberto Penachio; Adriana Bueno de Camargo Motta; Carlo Chiarle; Carlos José Zilveti Arce Murillo; Christophe Michel; Emy Yanagizawa; Fernando Marcelo Bottura; Helida Ferreira Duarte; Manoel Feitosa Alencar Junior; Mario Tano; Max Davis Forte; Omar Cecchini Said; Paulo Benedito Arroyo; Paulo Shigueru Ninomiya; Pierre Alain Yves Le Marie D’Archemont; Rafael Galparin; Reginaldo Pereira Hermógenes; Renato Luís Barbi; Renato Vilches; Roberto João Dal Medico Junior; Samuel Barletta; Scott Lee Bowser; Sergio Gonzalez Noriega; Silvio Ricardo Valente Taboas e Yuri Daniel Pereira da Motta.; Relator Conselheiro Sergio Ravagnani; j. 08.03.2023).

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia - Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o CADE**. Brasília – DF: CADE, set. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-recomendacoes-probatorias-para-proposta-de-acordo-de-leniencia-com-o-Cade.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2024.

PRICE COMPETITION MEETS DISCOUNT COMPETITION: HOW BAD REGULATORY DESIGN CAN AFFECT THE GENERICS PUBLIC POLICY AND REDUCE PATIENT SURPLUS

Roberto Taufick¹

DOI 10.5281/zenodo.14522790

Abstract: When the healthcare plans reimburse the hospitals for the full price cap, and at the same time not only do those hospitals negotiate massive discounts over the price cap with pharmaceutical companies, but also cash in those discounts in full and do not pass on to the patients any share of them, there is a strong incentive for those hospitals to purchase the drugs that have the highest price cap discounts, not rarely the drugs priced with the highest – not the lowest – market prices. This shift from price competition to discount competition can have notorious consequences for the generic drugs' low-price policy. In this article we explain why (i) the disconnect between (i.a) unrealistically high price caps and (i.b) the competitive price on a given market, (ii) the prevalence of the discounts policy over the price policy, (iii) the absence of the pass-on of a fair share of the discounts and (iv) the interference in the generics pricing policy by private discounts arrangements are likely to be the outcomes of bad regulatory design, and we offer options to realign economic incentives, overcome bad regulation and increase patient surplus.

Keywords: Price Cap; Discounts Policy; Price Policy; Generic Drugs; Reimbursement Policy.

Resumo: Quando os planos de saúde reembolsam os hospitais pelo preço-teto integral e, ao mesmo tempo, esses hospitais não apenas negociam descontos massivos sobre o preço-teto com as empresas farmacêuticas, mas também embolsam esses descontos integralmente sem repassar nenhuma parte deles aos pacientes, cria-se um forte incentivo para que esses hospitais adquiram os medicamentos com os maiores descontos sobre o preço-teto. Não raramente, esses medicamentos são os que possuem os preços de mercado mais altos — e não os mais baixos. Essa mudança da competição por preços para a competição por descontos pode ter consequências notórias para a política de baixos preços de medicamentos genéricos. Neste artigo, explicamos por que (i) a desconexão entre (i.a) preços-teto irrealisticamente altos e (i.b) o preço competitivo em um determinado mercado, (ii) a prevalência da política de descontos sobre a política de preços, (iii) a ausência de repasse de uma parcela justa dos descontos e (iv) a interferência na política de precificação de genéricos por arranjos privados de descontos são provavelmente resultados de um desenho regulatório inadequado. Também oferecemos opções para realinhar os incentivos econômicos, superar a má regulação e aumentar o benefício para os pacientes.

Palavras-chave: Teto de Preços; Política de Descontos; Política de Preços; Medicamentos Genéricos; Política de Reembolso.

¹ Doutor e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco/USP, mestre em Direito e John Olin Fellow em Direito e Economia pela Universidade de Stanford.

Summary: 1 When Regulation Fails to Offer a Fair Price Cap Regulation; 2 The Perverse Incentives Hidden in Drug's Price Cap Discounts; 3 When the Courts Recognize the Hospital's Right to Cash in Price Cap Discounts; 4 Competition Problems; 5 Regulatory Solutions; 6 Final Remarks; 7 Bibliographic References.

1 When Regulation Fails to Offer a Fair Price Cap Regulation

Pharmaceutical companies (either laboratories or distributors) that sell to any kind of consumer in the Brazilian market – be it an intermediary or an end consumer, a corporation or an individual – are subject to price cap regulation. Price cap regulation was introduced in 2003 by Law 10,742 as a means to increase broad access to healthcare² and not only includes a maximum price for every prescription drug, but also affords extra discounts for both (i) generic drugs in general and (ii) public procurement under specific circumstances, like court orders and priority programs of the Ministry of Health.

Price cap effectiveness can be deeply affected by bad regulation, though. The larger the gap between the regulated price and the competitive price³, the less effective the price cap is. And that goes both ways: The price cap cannot be (i) so high that it does not inflict any pressure on the costs of the monopolist or oligopolist, or (ii) so low that it does not offer sufficient economic incentives for a timely entry into the market. In this article, we address one situation where bad regulatory design led to unrealistically high price caps.

One way to identify price cap distortions is precisely by looking for wholesale or retail discounts. Depending on the magnitude of the discounts, neither anticompetitive fidelity rebates nor gains of scale or scope in sales for large or monopsonistic buyers can justify them, leaving little room to argue against the existence of an overestimation of the price cap by the regulatory authorities. When pharmaceutical companies market drugs at prices that account for a fraction of their price caps, there is evidence that the regulatory body has not effectively priced the drug at the competitive level.

Price caps can be distorted for at least two reasons. First, the entrance price cap may have been wrongly estimated. We usually expect bad estimations to be the consequences of information asymmetry or human error, but they can also be the outcomes of capture or bad public policy.

² BRASIL. E.M. n.º 28. Brasília-DF: Presidência da República, 26 jun. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Exm/2003/EMI28-CCV-MS-MF-MJ-03.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

³ The marginal cost, here interpreted as including the minimum compensation that the firm needs to keep investing in drug production, including a higher premium during patent protection.

Second, even when a price cap has been correctly established, the market value of the technology can be appreciated or depreciated without the proper rebalance by the regulatory authority. Outdated market value is usually the consequence of bad regulation, but can also be determined by lack of data (like sector specific input inflation) or capture. Capture usually focuses on avoiding price depreciation, particularly the gradual depreciation of the market value of patented drugs.

Pricing problems can be magnified when the regulator lacks the appropriate tools to make corrections along the way and update the price caps after the original decision is issued by the pricing regulatory authority. In that case, the market is given an incentive to forge long term strategies, including contract and tax arrangements, that might weaken competition on the merit. Not surprisingly, price cap distortions can distort regulatory incentives. When the gap between the regulatory price cap and the competitive price is way too large, bad regulation can, unintendedly or not, make it possible for pharmaceutical companies to offer unrealistically high price cap discounts. In this paper, we are interested in how those discounts can distort a generic drugs' public policy that aims at making drugs available at low prices, shifting the successful model of price competition into a model of discounts competition.

2 The Perverse Incentives Hidden in Drug's Price Cap Discount

Under certain conditions, market players like hospitals and clinics can understand that price cap discounts offered by the pharmaceutical companies have more value to them than access to lower prices. When healthcare plans reimburse hospitals and clinics for a flat amount – the full regulated price cap⁴ – and hospitals cash in the whole discount offered by the pharmaceutical companies, the buyers (hospitals and clinics) have a strong incentive to purchase drugs that have the highest discounts, not rarely the drugs priced with the highest –

⁴ In Brazil, healthcare plans reimburse hospitals and clinics under fee-for-service regulation. Even though federal drug price regulation forbids hospitals from cashing in resale margins or charging healthcare plans any amount higher than the price actually paid to pharmaceutical companies (Resolution CMED N. 3 of 2009, as interpreted by Interpretative Orientation N. 5 of 2009), healthcare plan regulation seem more comfortable to accept that the parties mutually agree that hospitals and clinics charge healthcare plans for more than what they actually paid, as long as the margins cashed in are discounts offered by the pharmaceutical companies over the drug price cap (Normative Resolution ANS N. 241 of 2010, as amended by Normative Resolution ANS N. 503 of 2022, and collective negotiation involving the ANS and the private sector representing both healthcare plans and the hospitals). See: GRUPO DE TRABALHO SOBRE REMUNERAÇÃO DOS HOSPITAIS. **Sistemáticas de Remuneração dos Hospitais que atuam na Saúde Suplementar: Diretrizes e Rumos**. Rodada do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, junho 2010, p. 1-25. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/camaras-e-grupos-tecnicos-antiores/grupo-tecnico-externo-de-orteses-proteses-e-materiais-especiais/grupo5_orteses_protetes_materiais_especiais_rodadarj_2010.pdf. Acesso em: 25 jul. 2024.

not the lowest – regulated price caps or even the highest – not the lowest – actual market prices. Because generic drugs are expected to have the lowest market prices, laboratories that sell generic drugs are as consequence expected to be the most affected by this market abnormality that, as we shall see, is determined by bad regulatory design.

Generic drugs are expected to offer lower discounts than patented drugs because their bottom line is also lower: The Brazilian federal authority that sets and oversees drugs prices (CMED) determines that the price cap of generic drugs in Brazil is at least thirty-five percent lower than the cap for the innovative drug. At the same time, because generic drugs only enter the market after the relevant patent expires, it is expected that, by the time that the generics' entrance is allowed, (i) innovative drugs' laboratories will already have made recoupment and (ii) will be able to cut the price of the innovative drugs to compete with the prices of their generic version.

Because in Brazil the price caps of innovative drugs have not been cut by the regulatory authority to reflect the depreciation of the market value of their patents, innovative drugs' laboratories offer significant discounts that roughly correspond to at least thirty-five percent of their price cap when they want to compete in price with their generic version. Conversely, because generic drugs price caps are set by CMED having in mind their abbreviated and much cheaper process of registration, we expect that generics' price caps encompass much lower margins and approach marginal costs. As consequence, generic drugs, particularly those that have just entered the market, are expected to have little room to compete in discounts with innovative drugs whose patent protections expired.

Because price cap regulation was forged so that the generic drugs' lower prices would incentivize price cap discounts by innovative pharmaceutical companies that wanted to compete in price with their generic version, discounts should have beneficial consequences to price competition after the expiration of the patent of the innovative drug. It is the distortion of those incentives by a sector whose regulation depends on the complex alignment of at least three regulatory bodies in Brazil – CMED (the national drug pricing authority), ANVISA (the national drug regulatory agency) and ANS (the national healthcare plan regulatory agency) – that shifted those incentives when price cap discounts to hospitals come into play.

When the full reimbursement of the price cap by healthcare plans and the intermediary's ability to cash in the full amount of the discount make price cap discounts look more attractive than low prices to hospitals and clinics, then the innovative drugs labs have a clear head start over the generic drugs ones in hospital procurement. Because healthcare plans reimburse hospitals

and clinics for the full price cap of the medication used in authorized procedures – regardless of their prices -, hospitals and clinics that buy drugs with discounts over the price cap have strong economic incentives to buy those drugs that offer the highest discount over the price cap that will be reimbursed by the healthcare plan and cash in the discount in full.

The following mathematical model sums up the finding that, given the full reimbursement of the price cap by the healthcare plans, hospitals will choose the drug that offers the highest discount:

$$(FFS = MPcap) \mid [(MPcap - P) > 0] \Rightarrow Hc = \max (MPcap - P)$$

Where:

HC = hospital/clinic choice

MPcap = regulated price cap of the medication

max (MPcap - P) = maximum discount over the price cap

FFS = fee-for-service reimbursement

P = price after discount

Because the healthcare plans reimburse the drugs' price caps in full, the rational behavior of the hospitals is, *coeteris paribus*, to look for drugs offering discounts over the price cap and – among those – to purchase the drugs with the highest discount. The logic lies in that, when the price cap is reimbursed in full, any discount over the price cap becomes a new source of revenue, and the higher the discount, the higher the revenue.

At the same time, because – as mentioned earlier – the generic drugs regulation itself was designed to bring prices down by fixing significantly lower price caps to generic drugs, generic drugs have a smaller room to offer price discounts.

As consequence, generic drugs do not stand on equal foot with non-generic drugs when large price cap discounts become more important than low market prices. Therefore, by opting for the highest discount, hospitals and clinics are usually choosing to buy non-generic drugs, whose margins are in general expected to be lower than the margins of the innovative drug. Because the margins of generic drugs are dire, their chances of expressive discounts are also lower. In other words, the same regulation that makes generic drugs fit to price competition has, with the help of bad regulatory design, made generic drugs unfit to compete on equal foot in a world ruled by price cap discounts.

The following chart offers a visual example of a situation where lower generic prices are not as attractive as higher margins offered by innovative drugs. As one can see, the larger the margin, the more attractive that drug is to the hospital.

Table 1. Drug Price Cap, Average Market Price and Price Discount

Lab	Drug	Pcap	Avg DP	Discount
	Innovative drug	0,29	0,15	0,14
	Other patented drug	0,28	0,14	0,14
	Generic drug	0,15	0,10	0,05

Source: author's own elaboration, based on lawsuits and on the SAMMED database.

As we shall see in the next section, CMED has condemned that hospitals have not passed on any share of the price cap discounts to the patients and have cashed in what should have become lower prices and patient surplus. CMED has also claimed that it is against the law to profit on what it has interpreted to be a (construed) resale of drugs from the hospitals and clinics to the patient via healthcare plans which has distorted the market incentives towards the purchase of the drugs with the highest prices. We shall also see that hospitals have, with a considerable degree of success, filed lawsuits in order to have their rights to cash in the discounts affirmed in a court of law. At the same time, CMED has no tool yet to review and adjust the price caps along the way – which, if implemented, would be a powerful way to lower the payoff of a discounts policy vis-à-vis a low-price policy.

One specific aspect makes the aforementioned economic incentives of the Brazilian regulation – a combination of both bad regulatory design and low public enforcement – a major threat to the generics policy. Because hospitals' and clinics' agents have low information asymmetry regarding drugs, procurement of those institutions is expected – everything else being equal – to rely less on the brand of the drug and more on its proven scientific therapeutic benefits, making hospitals and clinics more prone to buy generic drugs having in mind their budgetary constraints. Because hospitals and clinics are also the main beneficiaries of this regulatory imbroglio that has turned price cap discounts more relevant than the availability of low prices, it is clear that generic drugs are losing an important market, showing that the shift from a price policy to a discounts policy represents a significant rise in the barriers to the entry of generic drugs. The problem is more egregious in markets where the drug or a specific formulation of that drug is limited to hospital use or depends heavily on it.

Finally, passing on a fair share of the price cap discounts to the patient alone may not solve the regulatory distortion against the generic drugs. In fact, where price cap

overestimations are too great, the pass-on – without a joint effort to align the price cap with the competitive price – may only consolidate the discounts policy and eliminate the incentives to buy generic drugs.

3 When the Courts Recognize the Hospitals' Right to Cash in Price Cap Discounts

Anvisa's Drug Market Monitoring System (SAMMED) data offers a unique opportunity to identify the gap between price caps and the average price at which a drug is actually sold on the market. Due to confidentiality restrictions, SAMMED data are not public and cannot be replicated in this study. Our immersion over the data⁵ allows us to claim that important drugs have been sold at discounts that are higher than seventy percent of the price cap.

Access to those data is not essential for the purpose of this study, though. Prize winner investigation by Amanda Rossi⁶ offers examples of discounts that amount to more than seventy percent of the price cap. Although the article limited the investigation to retail prices in drugstores, it offers evidence of the same reality we found looking at SAMMED data: That the market of drugs has unrealistically high price caps and offers room for massive discounts.

Two other sources confirm both (i) the existence of the discounts to the hospitals and to the clinics alike (ii) as well as the full cash-in of the discounts by said hospitals and clinics (and, as consequence, the absence of the pass-on of a fair share of the discounts to the patient). First, Resolution CMED N. 2 of 2018 – which sets forth that both hospitals and clinics that charged either patients or healthcare plans more than what they paid the pharmaceutical companies for the medication (the final price after the discounts are applied) should be subject to fines (Article 5, II, c) – was issued as a response to actual market behavior. The command considered that by not passing on the full discount to the patient or to the plan, hospitals and clinics were reselling the drugs to those very patients and healthcare plans (construed resale of drugs) – a behavior already vetoed by Resolution CMED N. 3 of 2009, as interpreted by Interpretative Orientation N. 5 of 2009. In fact, both Resolution CMED N. 3 of 2009 and

⁵ For the purpose of this paper, the author had legally authorized access to the SAMMED data.

⁶ ROSSI, Amanda. **O que a farmácia sabe sobre mim?** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/o-que-a-farmacia-sabe-sobre-mim/#page1>. Acesso em: 25 jul. 2024. / 'O DESCONTO NÃO É REAL': o que está por trás do CPF que pedem na farmácia. **UOL São Paulo**, 29 fev. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/02/29/o-desconto-nao-e-real-o-que-esta-por-tras-do-cpf-que-pedem-na-farmacia.htm>. Acesso em: 25 jul. 2024.

Interpretative Orientation N. 5 of 2009 are derivations CMED's understanding that Law N. 5.991 of 1973 prohibited hospitals from charging for the act of dispensing medication.

Second, hospitals have insurged against Resolution CMED N. 2 of 2018 – that revisits Resolution CMED N. 3 of 2009 – and filed over thirty lawsuits⁷ challenging the core of the regulation, claiming freedom of enterprise and that the cash-in of the discounts over the price caps is necessary to cover all the (storing, manipulation, transportation, tracking) costs involved in the treatments where the drugs were used. The following table offers a view of the decisions in those claims where the courts have already issued injunctions.

Table 2. Hospitals' Lawsuits to Affirm their Right not to Pass on the Discounts

DOCKET - COMPLAINANT	AWARD
1009788-74.2019.4.01.3400 - Aliança Instituto de Oncologia S/A et allia.	Preliminary injunction granted.
5030249-44.2018.4.02.5101 - Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro.	Preliminary injunction not granted.

⁷ 1009788-74.2019.4.01.3400 (Aliança Instituto de Oncologia S/A e outros); 1043635-96.2021.4.01.3400 (Angara Oncologia e Participações S/A); 1007185-53.2018.4.01.3500 (Associação dos Hospitais do Estado de Goiás (AHEG)); 5030249-44.2018.4.02.5101 (Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro (AHERJ)); 1006919-41.2019.4.01.3400 (Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro (AHERJ)); 1021758-08.2018.4.01.3400 (Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo (AHESP) e outra); 1005862-94.2019.4.01.3300 (Associação dos Hospitais e Serviços de Saúde do Estado da Bahia); 5001401-93.2019.4.03.6100 (Associação Hospitalar Filhas de Nossa Senhora do Monte Calvário); 1018885-35.2018.4.01.3400 (Associação Nacional de Hospitais Privados); 1007716-17.2020.4.01.4100 (Casa de Saúde Bom Jesus Ltda e outros); 5008030-30.2019.4.04.7208/SC (Clínica de Neoplasias Litoral Ltda.); 5008502-83.2018.4.04.7202 (Cooperativa de Trabalho Médico da Região Oeste Catarinense - UNIMED CHAPECÓ); 1022737-67.2018.4.01.3400 (Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED GURUPI); 1022735-97.2018.4.01.3400 (Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED PALMAS); 5024511-75.2018.4.02.5101/RJ (Federação das Misericórdias e Entidades Filantrópicas e Beneficentes do Estado do Rio de Janeiro (FEMERJ)); 1019156-10.2019.4.01.3400 (Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo (FEHOSP)); 5065398-64.2018.4.04.7100 (Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes Religiosos e Filantrópicos do Estado do Rio Grande do Sul (FESCFILRS) e outro); 5012898-67.2018.4.02.5001 (Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos do Estado do Espírito Santo (FEHOFES)); 1028980-27.2018.4.01.3400 (Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Rio Grande do Sul (FEHOSUL) e outros); 5039536-03.2018.4.04.7000 (Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Paraná (FEHOSPAR) e outros); 1010324-51.2021.4.01.4100 (Hospital HCC de Ariquemes Ltda EPP); 5003634-54.2019.4.03.6103 (Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos); 033033-80.2020.4.01.3400 (Núcleo de Hematologia e Transplante de Medula Óssea de Minas Gerais Ltda e Pró-Onco Centro de Tratamento Oncológico SS Ltda); 1020812-36.2018.4.01.3400 (Sindicato Brasileiro de Hospitais, Casas de Saúde e Clínicas (SBH) e outros); 1043948-28.2019.4.01.3400 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas (SINDHOSPITAL) e outros); 0000009-16.2011.4.02.5001 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES)); 1008892-31.2019.4.01.3400 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Pará (SINDESPA) e outros); 5024271-69.2018.4.03.6100 (Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas no Estado de São Paulo (SINDHOSP) e outros); 5029410-19.2018.4.02.5101 (Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro (SINDHRIO)); 1023105-76.2018.4.01.3400 (Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde da Baixada Fluminense (SINDHESB)); 1005566-63.2019.4.01.3400 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Sul de Santa Catarina (SINESSUL) e outros).

1021758-08.2018.4.01.3400 - Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo (AHESP) et allia.	Preliminary injunction not granted.
1005862-94.2019.4.01.3300 - Associação dos Hospitais e Serviços de Saúde do Estado da Bahia.	Preliminary injunction granted.
5001401-93.2019.4.03.6100 - Associação Hospitalar Filhas de Nossa Senhora do Monte Calvário.	Preliminary injunction granted. Court award confirming the injunction.
1018885-35.2018.4.01.3400 - Associação Nacional de Hospitais Privados (ANAHP).	Preliminary injunction granted. Court award confirming the injunction.
1007716-17.2020.4.01.4100 - Casa de Saúde Bom Jesus Ltda et allia.	Preliminary injunction not granted.
5008030-30.2019.4.04.7208/SC - Clínica de Neoplasias Litoral Ltda.	Preliminary injunction not granted. Court award granting the injunction.
5008502-83.2018.4.04.7202 - Cooperativa de Trabalho Médico da Região Oeste Catarinense - UNIMED CHAPECÓ.	Preliminary injunction granted. Court award confirming the injunction.
1022737-67.2018.4.01.3400 - Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED GURUPI.	Preliminary injunction granted.
1022735-97.2018.4.01.3400 - Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED PALMAS.	Preliminary injunction granted. Court award confirming the injunction.
5024511-75.2018.4.02.5101/RJ - Federação das Misericórdias e Entidades Filantrópicas e Beneficentes do Estado do Rio de Janeiro (FEMERJ).	Preliminary injunction granted. Court award not confirming the injunction.
1019156-10.2019.4.01.3400 - Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo (FEHOSP).	Preliminary injunction granted.
5065398-64.2018.4.04.7100 - Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes Religiosos e Filantrópicos do Estado do Rio Grande do Sul (FESCFILRS) et ali.	Preliminary injunction not granted. Court award reaffirming preliminary decision (not granting the injunction).
5012898-67.2018.4.02.5001 - Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos do Estado do Espírito Santo (FEHOFES).	Preliminary injunction granted. Court award not confirming the injunction.
1028980-27.2018.4.01.3400 - Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Rio Grande do Sul (FEHOSUL) et ali.	Preliminary injunction granted. Court award confirming the injunction.
5039536-03.2018.4.04.7000 - Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Paraná (FEHOSPAR) et ali.	Court award granting the injunction.
1010324-51.2021.4.01.4100 - Hospital HCC de Ariquemes Ltda EPP.	Preliminary injunction not granted.

5003634-54.2019.4.03.6103 - Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos.	Preliminary injunction not granted. Court award reaffirming preliminary decision (not granting the injunction).
033033-80.2020.4.01.3400 - Núcleo de Hematologia e Transplante de Medula Óssea de Minas Gerais Ltda/Pró-Onco Centro de Tratamento Oncológico SS Ltda.	Preliminary injunction granted.
1020812-36.2018.4.01.3400 - Sindicato Brasiliense de Hospitais, Casas de Saúde e Clínicas (SBH) et ali.	Preliminary injunction granted.
1043948-28.2019.4.01.3400 - Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas (SINDHOSPITAL) et ali.	Preliminary injunction not granted. Court award granting the injunction.
0000009-16.2011.4.02.5001 - Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES).	Preliminary injunction not granted. Court award reaffirming preliminary decision (not granting the injunction).
1008892-31.2019.4.01.3400 - Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Pará (SINDESPA) et ali.	Preliminary injunction not granted.
5024271-69.2018.4.03.6100 - Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas no Estado de São Paulo (SINDHOSP) et ali.	Preliminary injunction granted. Court award confirming the injunction.
5029410-19.2018.4.02.5101 - Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro (SINDHRIO).	Preliminary injunction not granted. Court award reaffirming preliminary decision (not granting the injunction).
1023105-76.2018.4.01.3400 - Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde da Baixada Fluminense (SINDHESB).	Preliminary injunction granted. Court award confirming the injunction.
1005566-63.2019.4.01.3400 - Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Sul de Santa Catarina (SINESSUL) et ali.	Preliminary injunction granted.

Source: author's own elaboration, based on information provided by CMED.

As one can see, Table 2 shows that many courts have granted injunctions or awarded pro-complainant final decisions that leave room to the understanding that Section 4 (XV) of Law N. 5.991 of 1973 in fact allows that drug dispensers fully cash in the discounts negotiated with the pharmaceutical companies. On the other hand, many others have also mentioned that ANS⁸ does not forbid hospitals or clinics from charging for the services connected to the use of the drugs they purchased to medicate patients (storing, manipulation, transportation,

⁸ See Resolution ANS N. 363 of 2014.

tracking), but asserting such clearance that does not amount to admitting that hospitals could charge for (or trade) the drugs and therefore afford not to fully pass on the discounts to the patient.

There is at least one decision⁹ specifying that hospitals and clinics cannot substitute the full cash-in of drug discounts – which that court specifically found to be illegal in Brazil – for the licit charges over accessory hospital services like storing, selection, fractioning, transportation, among others. In other words, the court distinguished the flat prices charged by the hospitals for dispensing medication, which are typically horizontal (uniform for similar procedures) and depend basically on the complexity of the task, from the non-linear amount cashed in after price cap discounts. Price cap discounts might not even be the same for identical procedures and diseases, insofar as they do not necessarily reflect the complexity of the accessory service, but the price of the relevant drug elected to be used in the medical procedure – which might vary from hospital to hospital and from physician to physician.

Although those lawsuits are still being litigated or under appeal, it is already possible to see how some courts have been reluctant to render decisions that might affect the financial health of a sector that has already been subject to massive consolidation over the last decade. In fact, although it is true that the sector has been subject to major structural changes – Brazil's competition commission (CADE) has analyzed two hundred and eighty-five mergers from 2003 to 2020 -, only three mergers have been challenged by the national antitrust authority¹⁰.

By cashing in the full price cap discount – and not passing on at least part of the patient surplus to the healthcare plan (and indirectly to the payers¹¹) or to the out-of-pocket patient -, hospitals and clinics have increased patient spending with health services, lowering patient surplus and welfare. But, because a shift towards the pass-on alone is not enough to restore the appeal of the generic drugs' pricing policy, the regulatory framework must be addressed to halt the growing importance of the discounts policy and increase price competition, thus building a sustainable competitive environment that lowers prices and increases patient surplus.

⁹ Docket N. 0000009-16.2011.4.02.5001 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES)).

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica** (Edição revista e atualizada) (Série Cadernos do Cade). Brasília-DF: Departamento de Estudos Econômicos (DEE) – Cade, jan. 2022, p. 1-108. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Cadernos-do-Cade_AC-saude-suplementar.pdf. Acesso em: 25 jul. 2024.

¹¹ When the surplus is passed on to the healthcare plan, we expect that lower drug prices will lead to lower annual adjustments in the prices of plans.

4 Competition Problems

As shown above, when healthcare plans reimburse hospitals and clinics for the full price cap, higher margins of discount become more important than lower prices for the hospitals and clinics. That is so because the cash-in of the margins creates a new source of revenue to the hospitals and to the clinics alike, while purchases whose discounts are entirely passed on bring them no profit at all.

Three other factors come into play when one analyzes whether hospitals and clinics will be able to cash in the full discount, though: Patient awareness, patient price-elasticity and the level of competition among hospitals.¹²

The hospitals' ability to cash in the price cap discounts in full is inversely proportional to both the degree of patient awareness of the benefits that they – even indirectly – can extract from price discounts and to the economic relevance of price discounts at all on patient choice. It is only when the patients are aware that they can benefit from the pass-on and they consider that the amount of the pass-on is significant enough to justify fighting for it that the degree of competition on the hospital and on the healthcare plan markets becomes relevant.

In general, the price of the medication in hospital care only matters to the patients that afford out-of-pocket expenses. Even so, hospitals or clinics might still cash in the whole price cap discount depending on multiple factors, like: (a) how transparent the pricing policy is; (b) how much the drug accounts for in total cost; (c) how significant is the co-payer's share in the costs; (d) the degree of competition on the market; and (e) the quality of the services of the competitors.

If the co-payer has no opportunity to disaggregate the costs she will have to pay for; if the drug accounts for only a small share of the total cost of treatment; if all the co-payer's options are using the discount policy or if the quality of the other options is significantly lower, hospitals and clinics might be able to cash in the full price cap discount even when the co-payer is price elastic.

When hospitals and clinics prioritize price cap discounts over lower costs, one observes the substitution of price competition, turning the market less interesting to mavericks

¹² Competition among healthcare plans also counts when the regulation does not set the price cap as the fee for the service, which is not the case in Brazil. See GRUPO DE TRABALHO SOBRE REMUNERAÇÃO DOS HOSPITAIS. **Sistemáticas de Remuneração dos Hospitais que atuam na Saúde Suplementar: Diretrizes e Rumos**. Rodada do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, junho 2010, p. 1-25. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/acesso-a-informacao/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/camaras-e-grupos-tecnicos-anteriores/grupo-tecnico-externo-de-orteses-protese-e-materiais-especiais/grupo5_ortese_protese_materiais_especiais_rodadarj_2010.pdf. Acesso em: 25 jul. 2024.

and innovators that should win competition by managing to be more cost efficient. Because price caps are much higher for the innovative drugs, it is regulation – not market efficiency – that will determine who wins the competition for hospital procurement among pharmaceutical companies, creating what we call path dependence.

Also, if price competition is weakened, so are the incentives to the entry of generic drugs. The consequence of the dominance of (high) discounts policy over (low) pricing policy is bad regulation crowding out innovation, patient surplus and lower prices. It also concentrates the market around innovative pharmaceutical companies, narrowing the room that the generic drugs' industry has to develop. By affecting the generic drugs' industry, we expect that lower competition within the pharmaceutical industry and lower countervailing power to negotiate with healthcare plans will increase the pressure to increase prices. Also, by increasing the costs for the development of a generic drugs' market in Brazil, a weakened price competition poses a threat to the generic drugs' public policy that is central to the sustainability of Brazil's Unified Health System.

Finally, the full cash-in of the margin of discount by hospitals also comes with tax asymmetry and unlevel playing field. Hospital invoices collected in lawsuits¹³ evidence that

¹³ 1009788-74.2019.4.01.3400 (Aliança Instituto de Oncologia S/A e outros); 1043635-96.2021.4.01.3400 (Angara Oncologia e Participações S/A); 1007185-53.2018.4.01.3500 (Associação dos Hospitais do Estado de Goiás (AHEG)); 5030249-44.2018.4.02.5101 (Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro (AHERJ)); 1006919-41.2019.4.01.3400 (Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro (AHERJ)); 1021758-08.2018.4.01.3400 (Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo (AHESP) e outra); 1005862-94.2019.4.01.3300 (Associação dos Hospitais e Serviços de Saúde do Estado da Bahia); 5001401-93.2019.4.03.6100 (Associação Hospitalar Filhas de Nossa Senhora do Monte Calvário); 1018885-35.2018.4.01.3400 (Associação Nacional de Hospitais Privados); 1007716-17.2020.4.01.4100 (Casa de Saúde Bom Jesus Ltda e outros); 5008030-30.2019.4.04.7208/SC (Clínica de Neoplasias Litoral Ltda.); 5008502-83.2018.4.04.7202 (Cooperativa de Trabalho Médico da Região Oeste Catarinense - UNIMED CHAPECÓ); 1022737-67.2018.4.01.3400 (Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED GURUPI); 1022735-97.2018.4.01.3400 (Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED PALMAS); 5024511-75.2018.4.02.5101/RJ (Federação das Misericórdias e Entidades Filantrópicas e Beneficentes do Estado do Rio de Janeiro (FEMERJ)); 1019156-10.2019.4.01.3400 (Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo (FEHOSP)); 5065398-64.2018.4.04.7100 (Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes Religiosos e Filantrópicos do Estado do Rio Grande do Sul (FESFILRS) e outro); 5012898-67.2018.4.02.5001 (Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos do Estado do Espírito Santo (FEHOFES)); 1028980-27.2018.4.01.3400 (Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Rio Grande do Sul (FEHOSUL) e outros); 5039536-03.2018.4.04.7000 (Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Paraná (FEHOSPAR) e outros); 1010324-51.2021.4.01.4100 (Hospital HCC de Ariquemes Ltda EPP); 5003634-54.2019.4.03.6103 (Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos); 033033-80.2020.4.01.3400 (Núcleo de Hematologia e Transplante de Medula Óssea de Minas Gerais Ltda e Pró-Onco Centro de Tratamento Oncológico SS Ltda); 1020812-36.2018.4.01.3400 (Sindicato Brasileiro de Hospitais, Casas de Saúde e Clínicas (SBH) e outros); 1043948-28.2019.4.01.3400 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas (SINDHOSPITAL) e outros); 0000009-16.2011.4.02.5001 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES)); 1008892-31.2019.4.01.3400 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Pará (SINDESPA) e outros); 5024271-69.2018.4.03.6100 (Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa

those institutions do not outline how much out of the total amount charged for the service corresponds to what patients or health plans are actually paying for the drugs, leaving little room for patients or patients' associations to complain. The proper disaggregation of the costs of hospitals services is key to identify if patients have been deprived of the pass-on of the full price discounts offered by pharmaceutical companies, as required by CMED. Some courts have claimed that because CMED is responsible for the price regulation of drugs it is also the legitimate body to interpret Law N. 5.991 of 1973 and to prohibit hospitals from charging for drug dispensation. Hospitals that circumvent regulation to cash in patient surplus are getting a head start over the competition that complies.

5 Regulatory Solutions

Price competition among drugs and the value of generic drugs' price competition can be reaffirmed where discounts competition has grown strong and even replaced price competition.

One simple, but mistaken way to do so is to ban any sort of cash-in of the discount. That change can take place by modifying healthcare regulation to command that plans charge hospitals and clinics for the actual price they paid pharmaceutical companies. In fact, that regulation already exists: it is Resolution CMED N. 3 of 2009, as interpreted by Interpretative Orientation N. 5 of 2009, which has been contested in court by hospitals. Resolution CMED N. 3 of 2009 is not a good regulation though. Alone, its immediate consequence is to deprive hospitals from important economic incentives, which might lead to at least two undesirable outcomes.

First, although regulations like Resolution CMED N. 3 of 2009 make higher discounts lose their relative advantage in relation to lower prices, one can hardly claim that the regulation brings the proper incentives to buy cheaper generics drugs. Because compliance with this kind of regulation leads to the full pass-on of the price cap discount, hospitals lack the economic incentives to negotiate with the pharmaceutical companies.

Second, as hospitals no longer have the incentives to negotiate prices with the pharmaceutical companies, those pharmaceutical companies will fully cash in the surplus that

e Análises Clínicas no Estado de São Paulo (SINDHOSP) e outros); 5029410-19.2018.4.02.5101 (Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro (SINDHRIO)); 1023105-76.2018.4.01.3400 (Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde da Baixada Fluminense (SINDHESB)); 1005566-63.2019.4.01.3400 (Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Sul de Santa Catarina (SINESSUL) e outros).

was once cashed in by the hospitals and the clinics, which does not help in any way to bring lower drug prices to end consumers.

If draconian rules like Resolution CMED N. 3 of 2009 are detrimental to overall price competition in drugs regulation, rules that incentivize discounts policy over price policy like Resolution ANS N. 241 of 2010 (as amended by Normative Resolution ANS N. 503 of 2022) can poison the generic drugs policy. As pointed out in this work (footnote 3), the ANS regulation and the 2010 report written by the working group that discussed hospital compensation (in which ANS also took part) have been interpreted as bringing a degree of flexibilization to CMED regulation and even accepting that hospitals and clinics can cash in price cap discounts offered by pharmaceutical companies.

Having that in mind, alternative strategies are key to (i) avoid the lack of interest by hospitals to negotiate with the pharmaceutical companies, (ii) provide hospitals with the incentives to prioritize better prices instead of higher discounts and (iii) force the pass-on of a fair share of the negotiated price difference to patients, all at the same time. The achievement of those three elements demands greater coordination between CMED, ANVISA and ANS, though.

To begin with, hospitals should inform ANS the actual price they paid for each medication and how much out of the full discount offered by pharmaceutical companies they passed on to the patients. Second, ANS and ANVISA should integrate their databases or at least the parts that are needed to enhance the performance and compliance of their own regulations. Third, the three sector regulatory bodies should make a greater effort to bring harmony to their rules, avoiding sending the market conflicting messages.

A complete improvement of the regulation should also encompass the empowerment of CMED with express authority to update the prices of drugs under certain circumstances. Access to SAMMED and to the ANS database should help identify situations where the gap between the competitive price and the regulatory price cap is too large and as a consequence CMED should act to decrease the payoff of price cap discounts vis-à-vis lower market prices. To put it different, the power to update prices according to the market value, to amend bad pricing decisions or to adjust prices as intellectual property protection expires should be able to neutralize major price distortions and could even reduce the appeal of price cap discounts.

That notwithstanding, healthcare plan regulation by ANS should also be improved to increase mechanisms that contribute to lower drug prices. First, regulation could create incentives that would allow the healthcare plans to use their bargain power to purchase and

offer drugs for lower prices to their customers. It could also create incentives that will lead healthcare plan corporations and consumer protection associations to flag price strategies that hospitals (and healthcare plans alike) negotiate and whose benefits they do not pass on. One way to achieve that would involve the design of a tripartite mechanism that distributes among hospitals, healthcare plans and patients the surplus arising from price negotiations. In order to work, all the involved parties – including the regulatory bodies – would be granted access to the price that hospitals paid for the drugs and how much has been passed on to the healthcare plans (and later on to the patients). As mentioned earlier, an integration between ANVISA's and ANS's databases would be key to make it possible.

Finally, hospitals and clinics alike could be sued for collective damages both for consumer protection and antitrust violations if the absence of the pass-on is consequence of abusive market dominance or abusive relationships with patients. If any sort of collusion is proved – horizontally or vertically, among hospitals/clinics and pharmaceutical companies – patients could also charge double damages pursuant to Law 14470 of 2020.

6 Final Remarks

This article shows how conflicting regulation across CMED, ANS and ANVISA, the lack of a dynamic pricing system that gives CMED the power to update the price caps of the drugs according to the competitive price and regulations that afford the prioritization of high price discounts over low drug prices have posed a threat to the generics public policy that is central to the sustainability of Brazil's Unified Health System.

By digging into (i) the data of several lawsuits, (ii) arrangements between ANS and the private sector representing both healthcare plans and the hospitals as well as into (iii) how CMED has behaved when confronted with the effect of the discounts policy over the generics pricing policy, we explain how resuming the attractiveness of the generics pricing policy in hospitals procurement shall encompass not only financial incentives that will encourage market players to look for the cheapest drug instead of the highest discount over high price caps, but also redesigning the regulation to narrow the gap between the regulatory price cap and the competitive price.

We conclude that the foundation of a better generics pricing policy relies on a triangular system: (i) the integration between the relevant databases of CMED, ANS and ANVISA, (ii) the empowerment of CMED to review and update the prices of drugs according

to their competitive value and (iii) offering hospitals the economic incentives to negotiate discounts with the pharmaceutical companies, but passing on a fair share of such discounts to the healthcare plans and to the end consumers.

Because stiff price competition affects the generic drugs' pricing policy and harms a cornerstone of Brazil's Unified Health System, market players could also be sued for collective damages both for consumer protection and antitrust violations if the absence of the pass-on is the consequence of either abusive market dominance or abusive relationships with consumers. Finally, if collusion is proved, the violator could also be charged with double damages pursuant to Law 14470 of 2020.

7 Bibliographic References

BRASIL. 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1009788-74.2019.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Aliança Instituto de Oncologia S/A e outros.

BRASIL. 17ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1043635-96.2021.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Angara Oncologia e Participações S/A.

BRASIL. 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Processo nº 1007185-53.2018.4.01.3500. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Associação dos Hospitais do Estado de Goiás (AHEG).

BRASIL. 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo nº 5030249-44.2018.4.02.5101. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro (AHERJ).

BRASIL. 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1006919-41.2019.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Associação de Hospitais do Estado do Rio de Janeiro (AHERJ).

BRASIL. 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1021758-08.2018.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo (AHESP) e outra.

BRASIL. 11ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária da Bahia e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Processo nº 1005862-94.2019.4.01.3300. Concessão de tutela para

suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Associação dos Hospitais e Serviços de Saúde do Estado da Bahia.

BRASIL. 25ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo e Tribunal Regional Federal da 3ª Região (6ª Turma). Processo nº 5001401-93.2019.4.03.6100. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Associação Hospitalar Filhas de Nossa Senhora do Monte Calvário.

BRASIL. 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1018885-35.2018.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Associação Nacional de Hospitais Privados (ANAHP).

BRASIL. 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Rondônia e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1007716-17.2020.4.01.4100. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Casa de Saúde Bom Jesus Ltda. e outros.

BRASIL. 2ª Vara Federal de Itajaí - Seção Judiciária de Santa Catarina e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3ª Turma). Processo nº 1007716-17.2020.4.01.4100. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Clínica de Neoplasias Litoral Ltda.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Chapecó e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Processo nº 5008502-83.2018.4.04.7202. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Cooperativa de Trabalho Médico da Região Oeste Catarinense - UNIMED CHAPECÓ.

BRASIL. 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª Turma). Processo nº 1022737-67.2018.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED GURUPI.

BRASIL. 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª Turma). Processo nº 1022735-97.2018.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Cooperativa de Trabalho Médico - UNIMED PALMAS.

BRASIL. 23ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e Tribunal Regional Federal da 2ª Região (5ª Turma Especializada). Processo nº 5024511-75.2018.4.02.5101/RJ. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Federação das Misericórdias e Entidades Filantrópicas e Beneficentes do Estado do Rio de Janeiro (FEMERJ).

BRASIL. 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1019156-10.2019.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Federação das Santas Casas e Hospitais Beneficentes do Estado de São Paulo (FEHOSP).

BRASIL. 4ª Vara Federal de Porto Alegre e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Processo nº 5065398-64.2018.4.04.7100. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Federação das Santas Casas e Hospitais Benéficos Religiosos e Filantrópicos do Estado do Rio Grande do Sul (FESCFILRS) e outro.

BRASIL. 4ª Vara Federal Cível de Vitória e Tribunal Regional Federal da 2ª Região (5ª Turma Especializada). Processo nº 5012898-67.2018.4.02.5001. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos do Estado do Espírito Santo (FEHOFES).

BRASIL. 8ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1028980-27.2018.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Rio Grande do Sul (FEHOSUL) e outros.

BRASIL. 3ª Vara Federal de Curitiba/PR e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). Processo nº 5039536-03.2018.4.04.7000. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde no Estado do Paraná (FEHOSPAR) e outros.

BRASIL. 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Rondônia e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1010324-51.2021.4.01.4100. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Hospital HCC de Ariquemes Ltda EPP.

BRASIL. 3ª Vara Federal de São José dos Campos e Tribunal Regional Federal da 3ª Região (4ª Turma). Processo nº 5003634-54.2019.4.03.6103. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São José dos Campos.

BRASIL. 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 033033-80.2020.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Núcleo de Hematologia e Transplante de Medula Óssea de Minas Gerais Ltda e Pró-Onco Centro de Tratamento Oncológico SS Ltda.

BRASIL. 9ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª Turma). Processo nº 1020812-36.2018.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato Brasiliense de Hospitais, Casas de Saúde e Clínicas (SBH) e outros.

BRASIL. 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª Turma). Processo nº 1043948-28.2019.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas (SINDHOSPITAL) e outros.

BRASIL. 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo e Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo nº 0000009-16.2011.4.02.5001. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo (SINDHES).

BRASIL. 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1008892-31.2019.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Pará (SINDESPA) e outros.

BRASIL. 25ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo e Tribunal Regional Federal da 3ª Região (6ª Turma). Processo nº 5024271-69.2018.4.03.6100. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas no Estado de São Paulo (SINDHOSP) e outros.

BRASIL. 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e Tribunal Regional Federal da 2ª Região (8ª Turma). Processo nº 5029410-19.2018.4.02.5101. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde do Município do Rio de Janeiro (SINDHRIO).

BRASIL. 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª Turma). Processo nº 1023105-76.2018.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde da Baixada Fluminense (SINDHESB).

BRASIL. 8ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5ª Turma). Processo nº 1005566-63.2019.4.01.3400. Concessão de tutela para suspensão dos efeitos do art. 5º, I, "d" e "f", II, "c"; e §2º, da Resolução CMED nº 02/2018. Autor: Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Sul de Santa Catarina (SINESSUL) e outros.

BRASIL. **E.M. n.º 28**. Brasília-DF: Presidência da República, 26 jun. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Exm/2003/EMI28-CCV-MS-MF-MJ-03.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica** (Edição revista e atualizada) (Série Cadernos do Cade). Brasília-DF: Departamento de Estudos Econômicos (DEE) – Cade, jan. 2022, p. 1-108. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Cadernos-do-Cade_AC-saude-suplementar.pdf. Acesso em: 25 jul. 2024.

GRUPO DE TRABALHO SOBRE REMUNERAÇÃO DOS HOSPITAIS. **Sistemáticas de Remuneração dos Hospitais que atuam na Saúde Suplementar: Diretrizes e Rumos.** Rodada do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, junho 2010, p. 1-25. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/camaras-e-grupos-tecnicos/camaras-e-grupos-tecnicos-anteriores/grupo-tecnico-externo-de-orteses-proteses-e-materiais-especiais/grupo5_orteses_protetes_materiais_especiais_rodadarj_2010.pdf. Acesso em: 25 jul. 2024.

'O DESCONTO NÃO É REAL': o que está por trás do CPF que pedem na farmácia. **UOL São Paulo**, 29 fev. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/02/29/o-desconto-nao-e-real-o-que-esta-por-tras-do-cpf-que-pedem-na-farmacia.htm>. Acesso em: 25 jul. 2024.

ROSSI, Amanda. **O que a farmácia sabe sobre mim?** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/o-que-a-farmacia-sabe-sobre-mim/#page1>. Acesso em: 25 jul. 2024.

SIMPRO – Informações e Soluções em Saúde. **Grupo da ANS orienta sobre remuneração de medicamentos.** 6 jun. 2012. Disponível em: <https://www.simpro.com.br/PortalPages/VisualizadorNoticia.aspx?idNoticia=1200>. Acesso em: 25 jul. 2024.