

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Volume 24 - Número 1 - 2018

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Volume 24 - Número 1 – 2018

ISSN 1517-1957

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

IBRAC - 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 3673 6748

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

Editor Responsável: Guilherme Favaro Corvo Ribas

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Barbara Rosenberg

Bernardo Macedo

Caio Mario da Silva Pereira Neto

Carlos E. Joppert Ragazzo

Isabel Vaz

Juliano Maranhão

Leonor Cordovil

Marcio Dias Soares

Mariana Villela

Mauro Grinberg

Patricia Regina Pinheiro Sampaio

Pedro Dutra

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Vicente Bagnoli

DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2018- 2019

DIRETORIA

Diretor-Presidente
Marcio de Carvalho Silveira Bueno

Vice-Presidente
Lauro Celidonio Gomes dos Reis
Neto

Diretor de Concorrência
Leonor Augusta Giovine Cordovil

Diretora de Consumo
Thais Matallo Cordeiro Gomes
Diretor de Comércio Internacional

Francisco Niclós Negrão

Diretor de Publicações

Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretora de Economia
Sílvia Fagá de Almeida

Diretor de Regulação
Ricardo Franco Botelho

Diretora de Compliance
Maria Eugênia Novis

Diretor de Brasília e Relações
Governamentais

Leonardo Peres da Rocha e Silva
Diretor de Relações Internacionais

Caio Mario da Silva Pereira Neto
Diretor de Contencioso Econômico

Bruno de Luca Drago

CONSELHO DELIBERATIVO

Presidente: Barbara Rosenberg
Adriana Giannini
Andrea Weiss Balassiano
Bernardo Gouthier
Carlos Francisco de Magalhães
Cristianne Saccab Zarzur
Daniel Oliveira Andreoli
Denise Junqueira
Eduardo Caminati Anders
Eduardo Molan Gaban
Fabiana Ferreira de Mello Tito
Fernando Marques
Flávia Chiquito dos Santos
Guilherme Justino Dantas
Jose Carlos Magalhaes Teixeira Filho
Juliana Oliveira Domingues
Marcelo Procopio Calliari
Marcio Dias Soares
Marcos Drummond Malvar
Marcos Paulo Veríssimo

Mariana Villela Correa
Mario Girasole
Mauro Grinberg
Paulo Eduardo Campos Lilla
Paulo Leonardo Casagrande
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Pedro Zanotta
Priscila Brólio Gonçalves
Raquel Cândido
Renê Guilherme da Silva
Ricardo Casanova Motta
Ricardo Lara Gaillard
Rodrigo Zingales Oller do Nascimento
Sérgio Varella Bruna
Sonia Maria Giannini M. Döbler
Tatiana Lins Cruz
Tito Amaral de Andrade
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli

SUMÁRIO

Sobre os autores	5
La nueva Ley de Defensa de la Competencia en Argentina	
<i>Gabriel H. Lozano Estanislao H. Olmos</i>	7
Cornerstones of effective leniency programmes: the Latin American experience	
<i>Federico Rossi Rodriguez</i>	30
Valoração e padrão de prova em processos administrativos de cartel⁷⁰	
<i>Paulo Burnier da Silveira e João Felipe Aranha Lacerda</i>	70
Finalidades da política concorrencial e promoção da rivalidade em países em desenvolvimento: argumentos em prol de um foco renovado no combate a abusos de posição dominante.	
<i>Bruno Braz de Castro</i>	90
<i>Sham litigation</i> e abuso de direitos de propriedade industrial	
<i>Marcel Medon Santos e Venicio Branquinho Pereira Filho</i>	137
Análise institucional da aplicação cível da lei antitruste: impactos sobre a atuação do Cade	
<i>Daniel Favoretto Rocha</i>	174

SOBRE OS AUTORES

Bruno Braz de Castro. Doutor (2017) e Mestre (2012) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor, advogado e consultor, especializado em direito concorrencial.

Daniel Favoretto Rocha trabalha com direito da concorrência no Pereira Neto Macedo Advogados. Bacharel pela FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas), onde integra grupo de pesquisa em direito da concorrência. Estagiou em Câmara Recursal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Estanislao H. Olmos es el socio del departamento de Defensa de la Competencia y del departamento de Fusiones & Adquisiciones.

Federico Rossi Rodriguez. Graduado pela Universidad Austral (2009). LLM em direito da concorrência pela King's College London (2017). Advogado sênior em Allende & Brea (Argentina).

Gabriel H. Lozano es el socio a cargo del departamento de Defensa de la Competencia de Bruchou, Fernández Madero & Lombardi, en Buenos Aires, Argentina.

João Felipe Aranha Lacerda é mestrando em Direito pela University of Cambridge (Reino Unido). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Advogado. As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições mencionadas.

Marcel Medon Santos é graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Atuou na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) entre 2001-2007. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP. Advogado em São Paulo.

Paulo Burnier da Silveira é professor-Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de Paris II. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Atualmente, exerce a função de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições mencionadas.

Venício Branquinho Pereira Filho é graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Econômico pela mesma instituição. Membro do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. Advogado em São Paulo.

LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

Gabriel H. Lozano

Estanislao H. Olmos¹

1.- Introducción

El 24 de mayo del corriente año entró en vigor la nueva ley de defensa de la competencia N° 27.442 (la “LDC”)². Mediante esta nueva LDC se introdujeron finalmente varios cambios que sin duda tendrán un impacto relevante en la práctica de defensa de la competencia en la Argentina.

Dichos cambios pueden ser clasificados en dos grandes áreas, a saber: (i) concentraciones económicas; y (ii) conductas. Y abarcando a éstas otros cambios tales como el diseño institucional de la autoridad de aplicación de la LDC.

Dentro de los cambios que afectan a las concentraciones económicas podemos mencionar no sólo el aumento de los umbrales de notificación sino también su fijación en unidades móviles, y su actualización en forma anual³

¹ Gabriel H. Lozano es el socio a cargo del departamento de Defensa de la Competencia de Bruchou, Fernández Madero & Lombardi, en Buenos Aires, Argentina. Estanislao H. Olmos es también socio de ese departamento y del departamento de Fusiones & Adquisiciones. Los autores destacan la participación y colaboración en este artículo de Dolores Cedrone, David Kahansky, Pilar Marcó y María Lucila Seco, miembros del departamento de Defensa de la Competencia.

² Promulgada el 14 de mayo de 2018 mediante el Decreto N° 451/18. La LDC fue reglamentada mediante el Decreto N° 480/18.

³ Previo al 31 de enero de cada año el Tribunal de Defensa de la Competencia deberá publicar en el Boletín Oficial durante un (1) día, el monto en moneda de curso legal que se aplicará durante el correspondiente año. El monto de la actualización anual comenzará a correr al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial (confr. art. 9 del Decreto reglamentario N° 480/18). Por su parte el art. 85 de la LDC establece que la unidad móvil será actualizada automáticamente cada un año, y que se realizará el último día hábil de cada año y que entrará en vigor desde el momento de su publicación. De lo que se desprende que la actualización efectivamente debe realizarse

para evitar las desactualizaciones⁴ ocurridas en el pasado. El monto actual en unidades móviles para notificar es de 100.000.000, y toda vez que el valor de la unidad móvil fue fijada en AR\$ 20, esto equivale a AR\$ 2.000.000.000 (es decir unos USD 51.150.895,14⁵).

Asimismo, y siguiendo el criterio mayoritario a nivel global, la LDC establece finalmente en forma clara el control previo de las concentraciones económicas. Sin embargo, este cambio en la forma de notificar las concentraciones económicas, como así también su análisis por parte de la autoridad, no es de aplicación inmediata, toda vez que se deberá esperar al menos hasta un (1) año, a ser contado desde que esté en funcionamiento la Autoridad Nacional de la Competencia (la “ANC”), para su entrada en vigor⁶.

En el caso de conductas la LDC introduce la definición de conductas anticompetitivas *per se* en su art. 2 (entre competidores). Otra de las novedades está relacionada con la inclusión de la prohibición de la participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí⁷.

Se aumentaron los montos de las sanciones de multa (de un máximo de AR\$ 150.000.000 previstos en la anterior ley⁸, a un máximo de 200.000.000 unidades móviles que son AR\$ 4.000.000.000 (equivalentes actualmente a USD 102.301.790,28).

El gran logro de la LDC es la inclusión finalmente en la legislación de nuestro país del programa de clemencia. Con este instituto lo que se pretende es lograr detectar los carteles a través de la ayuda de al menos uno de los involucrados en dicha conducta, al que se le otorga el beneficio de la

el último día hábil de cada año y que el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene plazo hasta el 31 de enero de cada año para cumplir con su publicación en el Boletín Oficial.

⁴ A modo de ejemplo tener presente que en el año 1999 el umbral para las notificaciones era de AR\$ 200.000.000 (equivalentes a USD 200.000.000 según el tipo de cambio vigente en aquel momento) y el monto máximo de las sanciones por conductas era de AR\$ 150.000.000 (es decir, USD 150.000.000). Como se verá en el presente a pesar del aumento de estos montos en virtud de esta LDC, los mismos continúan por debajo en USD de aquéllos.

⁵ Al tipo de cambio del día 19 de diciembre de 2018. Todas las referencias a USD están expresadas en este artículo según el tipo de cambio vigente en dicha fecha (USD 1 = AR\$ 39,1).

⁶ Conforme art. 84 de la LDC.

⁷ Conforme art. 3, inc. 1) de la LDC.

⁸ Ley N° 25.156.

exención de las sanciones de multa, de las sanciones previstas en el código penal⁹ y la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, a cambio del reconocimiento de su actuar, la denuncia de las otras empresas involucradas en dicha conducta y la colaboración con la autoridad de aplicación.

Y por último, se crea la ANC que es la autoridad de aplicación de la LDC. El objetivo perseguido por la LDC –al igual que en la anterior- es que esta autoridad sea un organismo descentralizado y autárquico, esto significa que sea independiente del poder político.

Lamentablemente, durante toda la vigencia de la anterior ley de defensa de la competencia esto no fue cumplido. En esta oportunidad se vuelve a insistir aunque -como ya señalamos- recientemente “... *La búsqueda de constituir a la ANC, independiente del poder político y especialista en la materia, es una excelente noticia que deberá ser implementada a la brevedad para evitar caer nuevamente en la desolación y contradicciones que padecemos desde el dictado de la ley 25.156*”¹⁰.

Dentro de la ANC actuarán (i) el Tribunal de Defensa de la Competencia (el “Tribunal”); y (ii) dos secretarías, a saber: a) la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas (la “Secretaría de Instrucción”) y b) la Secretaría de Concentraciones Económicas (la “Secretaría de Concentraciones”).

A continuación desarrollaremos todas estas novedades como así también otros temas relevantes tales como el permiso especial previsto en el art. 29 de la LDC (para acuerdos entre competidores que no constituyan perjuicio para el interés económico general), las sanciones aplicables bajo la LDC, la reparación de daños y perjuicios (*private damages*), las apelaciones y la Sala Especializada en defensa de la competencia y la prescripción en la LDC. Por último, efectuaremos algunos comentarios a modo de conclusiones.

2.-Autoridad de aplicación

En cuanto a los cambios importantes introducidos por la LDC entendemos que –más allá de lograr tener una autoridad descentralizada e

⁹ Conforme art. 61, último párrafo de la LDC.

¹⁰ Ver nuestro artículo “La Autoridad Nacional de la Competencia: designación, funciones y facultades” publicado en Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia, Edición Especial, Thomson Reuters, La Ley 2018. Directores Pablo Trevisán, Miguel del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos.

independiente del poder político- la nueva estructura creada y que funcionará dentro de la ANC, será un paso muy importante para lograr una mayor especialización y profesionalización en esta materia.

Adicionalmente, el Tribunal estará integrado por cinco (5) miembros¹¹ y cada secretaría tendrá un (1) Secretario a cargo.

A los fines de su designación se estableció un concurso público el cual hasta la fecha no ha sido realmente impulsado¹², lo que desde ya acarreará una demora adicional en su implementación y en el funcionamiento del Tribunal, de la Secretaría de Instrucción y de la Secretaría de Concentraciones.

Una vez efectuada la pre-selección mediante el concurso ya mencionado, el Poder Ejecutivo Nacional seleccionará a los candidatos y publicará sus nombres en el Boletín Oficial y en dos (2) diarios de circulación nacional, siendo en definitiva necesario el acuerdo del Senado de la Nación. Los miembros elegidos durarán en su cargo cinco (5) años, su renovación será escalonada y podrán ser reelegidos por única vez.¹³

3.- Concentraciones Económicas

El principal cambio introducido por la LDC es el del control previo de las concentraciones económicas, colocando así a nuestro país a la par de lo que ocurre en la mayoría de las jurisdicciones.

Este cambio en la notificación previa importará la prohibición de *gun jumping*. Es decir, que quienes realicen una transacción que implique un cambio de control que supere los umbrales anteriormente mencionados y no se encuentre sujeta a ninguna excepción, deberán notificarla al Tribunal en forma previa a fin de obtener su aprobación.

¹¹ De los cuales dos (2) por lo menos serán abogados y otros dos (2) con título de grado o superior en ciencias económicas.

¹² Lo más reciente respecto de este tema es el Decreto N° 972/2018, de fecha 30 de octubre de 2018, por el cual se establecieron las equiparaciones remuneratorias del Presidente del Tribunal al cargo de Secretario, la de los Vocales del Tribunal al cargo de Subsecretario, y que tanto el Secretario Instructor como el Secretario de Concentraciones Económicas percibirán una remuneración equivalente al 90% de las percibidas por los Vocales del Tribunal. Y también se autorizó a que la Secretaria de Comercio a que pueda pedir colaboración a la Secretaría de Empleo Público a los fines de la convocatoria al concurso público.

¹³ Conforme art. 24 de la LDC.

No obstante, es importante destacar que de acuerdo a los términos del art. 84 de la LDC el control previo no será de aplicación inmediata, sino que el mismo entrará en vigor luego de transcurrido un (1) año desde la puesta en funcionamiento de la ANC, lo cual aún no ha sucedido y, por cuenta de la demora ya incurrida, se estima que recién acontecerá hacia mediados de 2020. Mientras tanto continuará –tal como hasta ahora- el control posterior de las concentraciones económicas las que deberán ser notificadas dentro del plazo de una (1) semana a contar desde la efectiva toma de control.

En caso de no cumplir con la notificación previa en los términos anteriormente mencionados, y sin perjuicio de la obligación de revertir el acto y remover todos sus efectos en el caso que se determine que dicha transacción restringe o distorsiona la competencia, los infractores serán sancionados con una multa diaria del 0,1% del volumen de negocios consolidado en Argentina de todo el grupo económico asociado con los infractores. Si el cálculo anterior no resulta ser posible, las multas podrán fijarse en hasta 750.000 unidades móviles por día¹⁴ (USD 383.631,71).

Es decir, actualmente y hasta tanto entre en vigencia la notificación previa, en caso de retardo en la notificación post-closing las partes estarán sujetas a una multa por notificación tardía, mientras que a partir de la notificación previa se empezará a aplicar una multa que sancionará el *gun jumping*.

En cuanto a la obligación de notificar, la LDC dispone que tal obligación recae solo en cabeza del grupo comprador, sin perjuicio de que el vendedor tendrá la opción de realizarla en forma voluntaria y que el Tribunal podrá requerir su intervención en el trámite.

La LDC redefine el umbral de notificación obligatoria no sólo incrementándolo sino también fijándolo en 100.000.000 de unidades móviles. Es decir que para que una operación deba notificarse en nuestro país se exige que entre el grupo comprador y la target tengan un volumen de negocios total de al menos 100.000.000 de unidades móviles originados en la Argentina¹⁵ (USD 51.150.895,14).

¹⁴ Conforme art. 55 inc. d) de la LDC. Nótese que la aplicación de dicha multa aún no ha entrado en vigor en tanto todavía rige el control ex-post.

¹⁵ Las unidades móviles son un monto variable que se actualiza en forma anual en función de la evolución del índice de precios al consumidor (IPC).

El volumen de negocios comprende la facturación por ventas de productos o prestación de servicios realizados, y los subsidios directos percibidos¹⁶ por las empresas afectadas durante el último ejercicio fiscal, correspondientes a actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos e impuestos aplicables.

En materia de excepciones, la LDC mantiene sustancialmente lo establecido en la anterior ley, pero clarificando ciertos conceptos que hasta el momento daban lugar a interpretaciones dispares. Tal es el caso de la excepción de *first landing*, ya que ahora se aclara que debe tenerse en cuenta que las exportaciones del grupo comprador hacia la Argentina no hubieran sido significativas, habituales y frecuentes durante los últimos treinta y seis (36) meses. En este caso, tal operación se encontraría exenta de notificación por encuadrar en el art. 11 de la LDC¹⁷.

Respecto de la excepción por la toma de control de una empresa que no haya registrado actividad en el país en el último año, se mejoró la misma dejándose de utilizar el concepto de “empresa liquidada”. De cualquier manera, para que pueda aplicarse esta excepción el grupo comprador deberá tener un objeto social diferente al de la empresa objeto.

Por último, también se actualizaron los umbrales para la excepción *de minimis*. En efecto, al establecerse ahora en unidades móviles y teniendo en cuenta su valor actual (AR\$ 20), estos umbrales se vieron incrementados

¹⁶ El tema de los subsidios no estaba incluido en la ley anterior.

¹⁷ Destacamos asimismo que, de acuerdo al art. 11 de la LDC, se encontrarían también exentas de notificación obligatoria las siguientes operaciones: (i) Las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones, siempre que ello no implique un cambio en la naturaleza del control; (ii) Las adquisiciones de bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; (iii) Adquisiciones de empresas que no hayan registrado actividad en el país en el último año, salvo que las actividades principales de la empresa objeto y de la empresa adquirente fueran coincidentes; y (iv) Las concentraciones económicas cuyo monto total y el valor de los activos no superen la suma equivalente a 20.000.000 unidades móviles (aproximadamente USD 10.230.179,03). Esta excepción no aplicará si durante los doce (12) meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de 60.000.000 unidades móviles (aproximadamente USD 30.690.537,09) en los últimos treinta y seis (36) meses, siempre y cuando se trate del mismo mercado.

considerablemente ya que pasaron de AR\$ 20.000.000 y AR\$ 60.000.000 a AR\$ 400.000.000 y AR\$ 1.200.000.000 respectivamente.

Otra innovación en línea con el objetivo de agilizar los procesos de análisis y aprobación de concentraciones es la inclusión en la LDC de un procedimiento (*fast-track*) para aquellas transacciones que, debiendo ser notificadas, resultan de bajo impacto a la competencia. Estas transacciones serán analizadas siguiendo un procedimiento especial y sumario¹⁸. De esta forma, el trámite de análisis de este tipo de transacciones será llevado a cabo en forma más rápida, circunstancia ésta que ya está siendo verificada en la práctica, lo que es realmente una muy buena consecuencia de la nueva LDC.

El art. 14 de la LDC establece que la autoridad de aplicación tendrá cuarenta y cinco (45) días para expedirse. Ahora se especificó que dicho plazo comenzará a correr desde que la información y los antecedentes estén completos (a criterio de la propia autoridad).

La resolución a dictarse deberá (i) autorizar la operación; (ii) subordinarla al cumplimiento de ciertas condiciones; o (iii) denegar la autorización.

En aquellos casos en que la autoridad considere que la operación notificada tiene la potencialidad de restringir o distorsionar la competencia, previo a la toma de una decisión comunicará a las partes sus objeciones mediante un informe fundado y las convocará a una audiencia especial a fin de evaluar posibles medidas para mitigar el efecto negativo sobre la competencia¹⁹.

Los terceros interesados podrán efectuar objeciones a la transacción notificada. Sin embargo, la autoridad no estará obligada a expedirse sobre las mismas²⁰.

Respecto de la autorización tácita la LDC mejora las disposiciones de la anterior ley. En efecto, ahora dispone que transcurrido el plazo anteriormente mencionado sin mediar resolución por parte de la autoridad, la operación se tendrá por autorizada tácitamente, y producirá en todos los casos

¹⁸ Conforme art. 10, 3^{er} párrafo de la LDC.

¹⁹ En este caso, el plazo para resolver podrá extenderse por hasta ciento veinte (120) días adicionales, el cual podrá suspenderse hasta tanto las partes respondan a las objeciones presentadas.

²⁰ Conforme art. 13, segundo párrafo de la LDC.

los mismos efectos legales que la autorización expresa²¹. Y a través del Decreto Reglamentario se establece el procedimiento para obtener una certificación a ser emitida por la propia autoridad sobre la autorización tácita.

Adicionalmente, se incorpora que la dilación excesiva e injustificada en el requerimiento de información será considerada una falta grave por parte de los funcionarios responsables, lo cual eventualmente permitirá a las partes accionar ante dichas situaciones²².

Por otro lado, se mantiene la prohibición de impugnar posteriormente en sede administrativa aquellas concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas por el Tribunal. Si dicha autorización se hubiera obtenido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante, se las tendrá por no notificadas sin perjuicio de otras sanciones que pudieren corresponder²³.

También se introdujeron ciertas modificaciones respecto a las opiniones consultivas que se pueden requerir a la autoridad cuando existen dudas sobre la necesidad o no de notificar una transacción.

Conforme con el art. 10 del Decreto Reglamentario, la vigencia de la opinión consultiva será de seis (6) meses (prorrogables a pedido de las partes involucradas, por única vez y con causa justificada), transcurridos los cuales deberá solicitarse una nueva opinión consultiva. Una vez que el Tribunal tome una decisión, la misma será inapelable²⁴ e indicará, la necesidad o no de notificar la concentración económica en forma previa.

Por último, el art. 17 de la LDC establece el plazo en el que deberán pronunciarse los entes estatales cuando las concentraciones notificadas involucren servicios que estuvieren regulados por el Estado Nacional. La autoridad les requerirá su opinión dentro de los tres (3) días de efectuada la notificación de concentración y el ente respectivo deberá pronunciarse en el término máximo de quince (15) días hábiles, transcurrido el cual se entenderá que el mismo no tiene objeciones a la operación.²⁵

²¹ Conforme art. 15 de la LDC.

²² Conforme art. 14 de la LDC.

²³ Conforme art. 16 de la LDC.

²⁴ Conforme art. 10 de la LDC.

²⁵ Este escenario no era posible bajo la anterior ley, en donde el ente estatal contaba con noventa (90) días hábiles para responder y la CNDC antes de emitir su opinión

4.- Conductas

Con relación a los acuerdos y prácticas prohibidas, las cuales se encuentran definidas en el art. 1 de la LDC, se establece un nuevo esquema de conductas que diferencia las prácticas “absolutamente restrictivas” de la competencia, comprendidas en forma taxativa en el art. 2 de la LDC, de aquellas que son simplemente “restrictivas” de la competencia, las cuales se enumeran a modo ejemplificativo en el art. 3 de la LDC.²⁶

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la LDC, se encuentra prohibido todo acuerdo entre competidores, concentración económica, acto o conducta que tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituya un abuso de una posición de dominio²⁷ en un mercado, siempre que de ello pueda resultar un perjuicio para el interés económico general. Asimismo, la obtención de ventajas competitivas mediante la infracción de otras normas, también queda comprendida entre estas conductas.

Ahora bien, lo novedoso de la LDC en esta materia es la introducción de las llamadas conductas “*per se*” o “absolutamente restrictivas” de la competencia. En concreto, la LDC establece una serie de conductas, las cuales se concretan por medio de acuerdos entre dos o más competidores, que se presumen contrarias al interés económico general, y por lo tanto, son en principio considerados nulos de pleno derecho y sin efecto jurídico alguno. Remarcamos que esto es así “en principio”, en tanto estos acuerdos pueden ser permitidos por el propio Tribunal en aquellos casos que

debía contar con esta respuesta del ente estatal. Es decir, la LDC a través de esta modificación busca evitar cualquier demora en el análisis de la concentración económica que dependa de un ente estatal.

²⁶ Tener presente que lo novedoso del art. 3 es el inc. 1) que prevé entre las prácticas restrictivas a la competencia “la participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”.

²⁷ Conforme el art. 5 de la LDC: “A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado (...) o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”.

a su sana discreción considere que no causen un perjuicio al interés económico general, tal como propone la introducción del permiso especial del art. 29 de la LDC.

Cabe destacar que lo que implica esta presunción es *iuris tantum* en tanto admite prueba en contrario, pero supone una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual, será el sujeto denunciado o investigado quien deberá acreditar que no existe una afectación al interés económico general. Caso contrario, se le aplicarán las sanciones del art. 55 de la LDC, y se declarará la nulidad del acuerdo anticompetitivo.

Otra de las particularidades de las conductas del art. 2 es que las mismas implican la existencia de un acuerdo entre dos o más competidores, ya sea por medio de contratos, convenios o arreglos, que conlleven como objeto o efecto (i) la concertación del precio de bienes o servicios en forma directa o indirecta; (ii) la creación de obligaciones de producir, procesar, distribuir, o comprar sólo una cantidad limitada de bienes y/o prestar servicios en forma limitada; (iii) la distribución de mercado, clientes o fuentes de aprovisionamiento; o bien, (iv) la concertación en licitaciones, concursos o subastas.²⁸

Sin embargo, cabe resaltar que, sin perjuicio de los efectos más gravosos que la LDC le asigna a los supuestos del art. 2 de la LDC, de acuerdo al texto de la ley, son estos mismos los únicos que admitirían la aplicación del art. 29 de la LDC para obtener el permiso especial del Tribunal y los que habilitarían la aplicación del beneficio del programa de clemencia del art. 60 de la LDC. Con lo cual, en caso de que se realice una interpretación literal de la ley, sólo estos cuatro supuestos de conductas “*per se*” habilitarían ambos beneficios novedosos de la LDC.

²⁸ Sin perjuicio de lo expuesto, según Guillermo Cabanellas (h) “... *la utilidad práctica del art. 2° es muy dudosa. Es bien sabido que, aunque cierto tipo de casos encajan generalmente en prohibiciones per se o en su opuesta, la regla de la razón, es muy difícil construir una norma que, sin excepciones, defina una u otra categoría*” (“Comentario y Valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, publicado en Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia, Edición Especial, Thomson Reuters, La Ley 2018. Directores Pablo Trevisán, Miguel del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulo), página 7.

En lo referente al art. 3 de la LDC, Guillermo Cabanellas (h)²⁹ ha expresado que “*El art. 3° de la misma prevé diversos casos especiales de figuras comprendidas en esos tipos básicos, pero su contenido es jurídicamente irrelevante y tiene funciones puramente ilustrativas. Si una conducta está incluida en el art. 1° de la LDC, pero no en el 3°, es ilícita, mientras que si está incluida en alguna de las figuras enumeradas en el art. 3°, pero no está prohibida por el art. 1°, no es ilícita; así, solo el art. 1° determina la licitud o ilicitud de una conducta bajo los tipos básicos de la LDC*”.

Otro tema fundamental que la nueva LDC aclaró es que serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en la ley y en cuanto sean compatibles con sus disposiciones, el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal de la Nación. De esta manera, está claro que no serán aplicables las disposiciones de la Ley N° 19.549 (Ley de Procedimiento Administrativo).

Permiso Especial (art. 29 de la LDC)

Por su parte, el art. 29 de la LDC, dispone que por decisión fundada se podrán expedir permisos para la realización de contratos, convenios o arreglos que contemplen conductas incluidas en el art. 2 de la misma, que a la sana discreción de la autoridad no constituyan perjuicio para el interés económico general. Es decir, que se trata de una clara excepción al principio de las conductas “*per se*”.

Asimismo, el Decreto Reglamentario dispuso una serie de requisitos o condiciones que habilitan la aplicación del presente artículo. En efecto, deberá verificarse que los contratos, convenios y/o arreglos (i) contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes y servicios; (ii) fomenten el progreso técnico o económico; (iii) generen beneficios concretos para los consumidores; (iv) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para lograr los requisitos (i), (ii) y (iii); y (v) que no impongan a tales empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en cuestión.

²⁹ Cabanellas, Guillermo (h), (“Comentario y Valoración general de la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, publicado en Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia, Edición Especial, Thomson Reuters, La Ley 2018. Directores Pablo Trevisán, Miguel del Pino y Demetrio Alejandro Chamatropulos), página 7.

De este modo, aun cuando se verificara alguna de las conductas del art. 2 de la LDC, siendo que las mismas no podrían constituir en el caso concreto en un perjuicio para el interés económico general, el Tribunal podría expedir un permiso para que las mismas puedan ser llevadas adelante, siguiendo los criterios y pautas de la autoridad. Y obviamente, siempre que se den las condiciones establecidas en el Decreto Reglamentario del art. 29 de la LDC.

Lo cierto es que estas condiciones reglamentarias no resultan suficientes para generar un criterio objetivo y claro de aplicación del presente artículo. En este sentido, la ley deja abierta la aplicación a la “sana discreción” del Tribunal. Esto, sin dudas, deja sujeto al propio criterio y discrecionalidad de la autoridad tanto la valoración de la conducta que se pretende autorizar como de la configuración de las condiciones pro-competitivas que exige el Decreto Reglamentario. Por ende, es fundamental generar jurisprudencia sobre la materia para que las empresas interesadas en obtener dicho permiso especial tengan cierta previsibilidad sobre su concesión o no. Asimismo, y a fin de garantizar la seguridad jurídica y/o evitar arbitrariedades, sería útil que tales resoluciones sean de carácter público, pero –claro está- sin poner en riesgo cualquier información confidencial oportunamente presentada por las partes interesadas.

Otro asunto que no quedó debidamente aclarado es la oportunidad o contexto en que puede ser requerido el permiso especial. Y a los fines de valorizar adecuadamente la cuestión somos de la opinión en que debería interpretarse en forma amplia, esto es en el marco de una consulta espontánea, dentro de una concentración económica, o bien, en el contexto de un expediente de investigación de conducta.

Programa de Clemencia

El programa de clemencia (el “Programa de Clemencia”) es una gran innovación en nuestro país introducida por la LDC, pero existente en la legislación comparada desde hace ya muchos años. El mismo se encuentra regulado en el Capítulo VIII bajo el título “Del programa de clemencia”, y tan sólo hay dos artículos que tratan del mismo (art. 60 y 61).

El primero comienza su redacción estableciendo que se podrá acoger al beneficio de exención o reducción de las multas previstas por el inc. b) del

art. 55 de la LDC cualquier persona humana o jurídica que haya incurrido o esté incurriendo en una conducta de las enumeradas en el art. 2 de la LDC.

Determina también que el beneficio debe solicitarse ante el Tribunal en cualquier estado del proceso pero como máximo antes de la notificación prevista en el art. 41 de la LDC (por la que se notifica a los presuntos culpables a fin de que efectúen su descargo y ofrezcan prueba). De no ser presentada en tiempo la misma será rechazada *in limine*. Toda vez que el Tribunal no ha sido constituido aún, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (la “CNDC”) es la encargada de llevar adelante la instrucción del procedimiento previsto en el art. 60 de la LDC.³⁰ A estos fines, la CNDC publicó en su página web el modo de comenzar el proceso, debiendo presentar la solicitud en la mesa de entradas.³¹

Si bien esto es un gran adelanto, lo cierto es que no parece haberse tenido en cuenta las garantías necesarias para el correcto funcionamiento y aplicación del Programa de Clemencia, viéndose así potencialmente vulnerada la imparcialidad y la confidencialidad que deberían guiarlo. En efecto, la CNDC analizará las pruebas presentadas por el solicitante y decidirá sobre el otorgamiento del beneficio, siendo el mismo órgano el encargado de investigar y sancionar las conductas denunciadas posteriormente, volviéndose difícilmente imparcial, más aún si el beneficio fuera rechazado. De igual manera, la presentación de la solicitud en la misma mesa de entradas que se presenta cualquier escrito implica un enorme riesgo para la confidencialidad, existiendo inclusive la posibilidad de que el mismo pueda ser visto por terceros. Es imperiosa una reglamentación minuciosa del Programa de Clemencia que tienda a garantizar todas estas cuestiones.

Para que el beneficio resulte aplicable, quien lo solicite debe cumplir los requisitos detallados a continuación, según corresponda:

En el caso de la exención, se requiere que el solicitante:

(i) Sea el primero de los involucrados en la conducta en suministrar información y aportar elementos de prueba que permitan comprobar la existencia de la práctica anticompetitiva, si no se hubiera iniciado la investigación o si, estando iniciada, el Tribunal no contare con evidencias suficientes. La metodología “*first through the door*” es un incentivo a los

³⁰ Conforme el punto 24 del Anexo de la Resolución N° 359/2018 de la Secretaría de Comercio.

³¹ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/postulacion-al-programa-de-clemencia>

involucrados en las prácticas anticompetitivas que persigue motivarlos a presentarse ante el Tribunal.

(ii) Cese de forma inmediata con su práctica anticompetitiva, salvo que el Tribunal estimare conveniente que continúe con su accionar, a los fines de la investigación.

(iii) Desde el momento de la presentación de su solicitud y hasta la conclusión del procedimiento, coopere plena, continua y diligentemente con el Tribunal.

(iv) No destruya, falsifique u oculte pruebas de la conducta anticompetitiva, ni lo hubiese hecho.

(v) No divulgue o hubiera divulgado o hecho pública su intención de acogerse al beneficio, a excepción que haya sido a otras autoridades de competencia.

Si no cumpliera el primero de los requisitos, podrá igualmente obtener el beneficio de reducción de entre el cincuenta por ciento (50%) y el veinte por ciento (20%) del máximo de la sanción, debiendo aportar elementos de convicción adicionales a los que ya cuente el Tribunal, satisfaciendo además los restantes requisitos. Con el fin de determinar el monto de la reducción el Tribunal tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud.

Asimismo, la LDC prevé un beneficio complementario (“*Leniency Plus*”) para el caso de la persona que no cumpliera los requisitos para ser exento pero que durante la sustanciación de la investigación de la conducta anticompetitiva revelara y reconociera una segunda y disímil conducta concertada. Si respecto a la segunda conducta reuniera los requisitos exigidos, se le otorgará adicionalmente a la exención de las sanciones respecto de la segunda conducta, una reducción de un tercio de la sanción o multa que le hubiese sido impuesta por su participación en la primera.

La última parte del art. 60 de la LDC establece que la identidad de las personas que pretenden acogerse a los beneficios es confidencial, al igual que las declaraciones, reconocimientos, información y/u otros medios de prueba aportados por ellas. Los jueces competentes en los procesos judiciales iniciados conforme lo dispuesto en la LDC no podrán ordenar su exhibición.

El Decreto Reglamentario impone al Tribunal el deber de establecer un procedimiento en virtud del cual se establezcan cuatro (4) etapas sucesivas para la solicitud, tramitación, obtención o rechazo de la solicitud de clemencia y otorgamiento o rechazo del beneficio, estableciendo el plazo de duración de

cada una de las etapas, así como los requisitos y condiciones para continuar el procedimiento. Seguidamente, detallamos cada paso:

1. Solicitud del marcador: el solicitante comunicará su interés de acogerse al beneficio de clemencia y deberá presentar la información que el Tribunal le requiera. El solicitante podrá realizar consultas generales acerca de la disponibilidad de marcadores para la tramitación de una solicitud.
2. Solicitud del beneficio: se presentará formalmente la solicitud de acogimiento al beneficio, entregando al Tribunal la información, documentación y todo elemento de prueba que este le requiera al solicitante a los fines de determinar la existencia de la conducta denunciada.
3. Calificación preliminar del beneficio: se evaluarán los antecedentes presentados por el solicitante y se otorgará un beneficio condicional de exoneración o reducción, según corresponda, bajo condición suspensiva, sujeta al deber de prestar plena colaboración a lo largo de todo el procedimiento, reconocer su participación en la conducta investigada, así como a colaborar y cooperar durante los procedimientos de solicitud de clemencia y de sanción, esforzándose en hacer efectiva la investigación, instrucción, sanción y demás etapas procesales. El incumplimiento de este deber es causal de rechazo del beneficio.
4. Otorgamiento definitivo del beneficio: habiendo valorado la información y elementos de prueba aportados, así como la colaboración y cooperación del solicitante, el Tribunal resolverá sobre el otorgamiento del beneficio definitivo.

El art. 61 limita el acogimiento al beneficio de exención o reducción a un único participante de la conducta anticompetitiva realizada. Sin embargo, prevé una excepción, pudiendo acogerse conjuntamente la persona jurídica, sus directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales que por su acción o por la omisión culpable de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción, siempre y cuando cumplan cada uno de ellos acumulativamente los requisitos del art. 60 de la LDC, siendo evaluado el cumplimiento de los mismos en forma particular.

El último párrafo del Capítulo VIII exime a quienes se acojan al beneficio de la sanción de prisión que pudiere corresponderles por las

conductas anticompetitivas, así como de las sanciones previstas en los artículos 300 y 309 del Código Penal de la Nación³².

A modo de síntesis, los beneficios del Programa de Clemencia para la primera persona física o jurídica en presentarse, aportar pruebas y que cumpla los requisitos del art. 60 de la LDC, son:

1. La exención del cien por ciento (100%) de las sanciones y multas.
2. Según establece el art. 65 de la LDC, la exención de la reparación por los daños y perjuicios³³, así como de la multa civil. Como excepción a este principio el beneficiario de este Programa de Clemencia será responsable solidariamente cuando fuera imposible obtener la reparación integral del daño de los restantes involucrados en la conducta anticompetitiva.
3. El beneficiario estará exento de la sanción de prisión que pudiere corresponderles por su participación en la conducta (artículos 300 y 309 del Código Penal de la Nación).
4. La excusación de la sanción del inciso e) del art. 55 según la cual el Tribunal puede suspender del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta cinco (5) u ocho (8) años, dependiendo de la conducta incurrida.³⁴
5. La exención de la sanción de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años que establece el art. 58.³⁵

Si quien solicitara el acogimiento no fuera el primero en hacerlo, el beneficio consistirá en una reducción de entre el veinte por ciento (20%) y el cincuenta por ciento (50%) del máximo de la sanción, en lugar de la exención total enumerada más arriba.

³² Al día de la fecha no existen casos en los que se haya aplicado sanciones en virtud de estos artículos del Código Penal de la Nación.

³³ Una interpretación integral, razonable y lógica implica –a nuestro entender– que la multa civil también debería estar incluida en la exención.

³⁴ Si bien de una interpretación literal de la LDC no surge que la persona acogida al beneficio se encuentre exenta de esta sanción, una interpretación integral, razonable y lógica del Programa de Clemencia nos lleva a concluir que la misma no debería ser de aplicación a quien se le conceda la clemencia.

³⁵ Idem cita 34.

5.- Daños y perjuicios

El Capítulo IX de la LDC regula la reparación de los daños y perjuicios causados por los actos prohibidos en dicha ley.

La LDC introduce modificaciones relevantes respecto del régimen anterior. Principalmente, la LDC incorpora un capítulo completo dedicado a la reparación de daños y perjuicios, agregando a lo que ya se disponía en la anterior ley, sobre la posibilidad de reclamar daños y perjuicios ante la justicia civil³⁶, circunstancia ésta receptada en el art. 62 de la LDC³⁷, otros tres artículos que regulan:

(i) el ejercicio de las acciones en un proceso sumarísimo y la determinación de las decisiones del Tribunal como cosa juzgada en cuanto a la violación de la LDC³⁸;

(ii) la posibilidad de que el Juez competente pueda imponer una multa civil (“daños punitivos”) a favor del damnificado, siempre y cuando así sea solicitado por el damnificado³⁹; y

(iii) finalmente dispone la solidaridad frente a los damnificados de todos los actores involucrados en la conducta violatoria, con excepción de

³⁶ Art. 51 de la Ley 25.156: Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

³⁷ Art. 62 de la LDC: Las personas humanas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de reparación de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia.

³⁸ Art. 63 de la LDC: La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la violación a esta ley, una vez que quede firme, hará de cosa juzgada sobre esta materia. La acción de reparación de daños y perjuicios que tuviere lugar con motivo de la resolución firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, tramitará de acuerdo al proceso sumarísimo establecido en el capítulo II del título III, del libro segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El juez competente, al resolver sobre la reparación de daños y perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley.

³⁹ Art. 64 de la LDC: Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

aquél que haya logrado el beneficio de la clemencia⁴⁰. Sin perjuicio de que este último pueda perder el beneficio en el caso de imposibilidad de la reparación plena a través del resto de los infractores involucrados.

En la jurisprudencia argentina no existen muchos casos sobre reclamos de daños y perjuicios por infracciones a las leyes de defensa de la competencia.

1. La responsabilidad civil y el daño por infracciones a la LDC

Como ya mencionado, la LDC establece que los damnificados por actos violatorios de la LDC tendrán el derecho de reclamar daños y perjuicios ante el juez competente bajo el derecho común.

A nuestro entender el mismo texto citado responde a la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, cuando dice que la misma se deriva de los actos violatorios de la ley, y no del incumplimiento de obligaciones asumidas por las partes a nivel contractual aunque eso pueda verificarse en los hechos, se trata entonces de una responsabilidad civil extracontractual.⁴¹

Los actos prohibidos por la LDC y por ello susceptibles de causar daños y perjuicios se encuentran enumerados en los art. 1, 2 y 3. A mayor abundamiento nos referimos al comentario efectuado en el punto 4 más arriba.

2. Las novedades de la LDC en materia de daños y perjuicios

No existen prácticamente diferencias en lo establecido por la LDC en su art. 62 y lo dispuesto por el art. 51 de la vieja ley 25.156.

⁴⁰ Art. 65 de la LDC: Cuando más de una persona sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el damnificado, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. Según corresponda, podrán eximir o reducir su responsabilidad de reparar los daños y perjuicios a los que se refiere el presente capítulo, aquellas personas humanas o jurídicas que se acojan al beneficio del programa de clemencia dispuesto bajo el capítulo VIII de la presente ley, previa resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que determine que cumple con los términos establecidos en las disposiciones de dicho capítulo VIII.

⁴¹ Trevisán, Pablo: “Reparación de daños por conductas anticompetitivas a la luz de la nueva Ley de Defensa de la Competencia” Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 12/10/2018, 427. Aunque se focaliza en la nulidad de los actos o acuerdos violatorios de la LDC en base a su art. 2 para concluir que la naturaleza jurídica es extracontractual, creemos que la respuesta se encuentra en el mismo texto de la norma y que más allá de la validez o nulidad de los contratos o acuerdos la clave está en las consecuencias de las conductas que violan la LDC.

Los desafíos y dificultades de los particulares al momento de probar los ilícitos anticompetitivos y los presupuestos de la responsabilidad civil en dicha materia se mantienen. En este punto, destaca Trevisán, entre otros: (i) la dificultad de obtener la prueba del ilícito, es decir el acuerdo colusorio o el abuso de posición dominante con efectos distorsivos para la libre competencia perjudiciales para el interés económico general, cuando ésta se encuentra en poder de los responsables para distorsionar la competencia; (ii) los costos asociados a los cálculos, mediciones y análisis respecto de los mercados y de los efectos de las conductas anticompetitivas o el daño para quien reclame; y (iii) las dificultades de probar el nexo causal entre la conductas anticompetitivas y el daño diferenciándose de aquellos daños sufridos por el devenir del propio mercado y la economía⁴².

Sin embargo, cuando nos preguntamos qué hay de nuevo en el capítulo IX de la LDC la respuesta se encuentra en los arts. 63, 64 y 65⁴³.

En particular y respecto a lo que hace a la prueba del ilícito anticompetitivo para cumplir con el presupuesto de antijuridicidad, cobra significado lo que establece el art. 63 respecto del ejercicio de las acciones, cuando dispone que las decisiones firmes de la Autoridad en Defensa de la Competencia harán cosa juzgada respecto de la comisión de un ilícito anticompetitivo y de la culpabilidad de las personas objeto de la investigación. Esto significa que ante una demanda por daños y perjuicios que siga a la resolución del Tribunal, una *follow on action*, el sujeto que reclame la reparación sólo deberá probar el daño resarcible^{44 45}.

Es esperable que, a partir de la operatividad de este artículo resulte más fácil a los supuestos damnificados por violaciones a la LDC avanzar con una pretensión resarcitoria en sede civil. Cabe aclarar que la redacción de la LDC no impide que los damnificados por violaciones a la LDC inicien acciones directas por responsabilidad civil si no hay una investigación o condena por parte del Tribunal respecto de la conducta que causa el daño.

Sin embargo, si coexistieran reclamos por daños y perjuicios en sede civil e investigaciones en sede administrativa por la o las mismas conductas y

⁴² Trevisán, Pablo, ver cita 42.

⁴³ Trevisán, Pablo, ver cita 42.

⁴⁴ Art. 1737 y 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁵ En este sentido ya había resuelto la justicia comercial en “Auto Gas vs YPF Gas y otros” en la que consideró que la sanción de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia hacia cosa juzgada respecto de la existencia del ilícito y el factor de atribución, en este caso dolo, del demandado.

sobre el o los mismos sujetos, el juez civil no debería poder dictar sentencia hasta tanto se resuelva y quede firme el trámite en la instancia administrativa a fin de evitar decisiones contradictorias respecto de la existencia del ilícito y la culpabilidad de los demandados. De esta manera se asegura la operatividad del efecto de cosa juzgada que la LDC le otorga a la decisión administrativa.

Finalmente, la tercera novedad del capítulo IX es la inclusión de la denominada multa civil favor del damnificado reclamable en sede civil. La multa civil no es otra cosa que daño punitivo, es decir aquella compensación dineraria que excede la indemnización resarcitoria del daño emergente, el lucro cesante o la pérdida de la chance y que se encuadra en el ámbito de las sanciones retributivas de la responsabilidad legal pero que son de naturaleza civil y no penal.

En Argentina, en el ámbito del derecho privado ha primado siempre la función resarcitoria del daño en la responsabilidad civil, limitándose la indemnización al daño efectivamente sufrido. La multa civil o daño punitivo se incorpora a la legislación argentina mediante el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 aprobada en el año 1993.

El art. 64 de la LDC faculta a los jueces a imponer una multa civil a favor de los damnificados por una violación a las normas de defensa de la competencia, sin perjuicio de otras indemnizaciones que correspondan. El Juez graduará la multa de acuerdo a las circunstancias del caso y la gravedad del hecho.

6.- La apelación en la LDC

Una de las novedades más relevantes introducidas por la LDC resulta ser la impugnación judicial de los actos administrativos que, eventualmente, dicte el Tribunal, las que serán resueltas por una Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal.

De acuerdo con el art. 66 de la LDC, son susceptibles de impugnación en sede judicial aquellas resoluciones dictadas por el Tribunal que ordenen: (a) la aplicación de sanciones; (b) el cese o abstención de una conducta conforme el art. 55; (c) la oposición o condicionamiento por parte del Tribunal respecto de las operaciones de concentración económica; (d) la desestimación de la denuncia por parte de la autoridad de aplicación; (e) el

rechazo de una solicitud de acogimiento al Régimen de Clemencia; y (f) las resoluciones emitidas conforme el art. 44 (es decir, aquellas resoluciones recaídas respecto a medidas preventivas o cese de abstención de conductas lesivas a la competencia).

En este orden de ideas, la LDC en su art. 67 establece que la interposición y fundamentación del recurso deberá efectuarse dentro de los quince (15) días hábiles administrativos de notificada la resolución ante el Tribunal.

Asimismo, la LDC dispone que el Tribunal deberá elevar el recurso junto con su fundamentación ante el “juez competente”, es decir se deberá elevar ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial (actualmente en formación), o según corresponda, a la Cámara Federal del interior del país correspondiente, dentro del plazo de diez (10) días de interpuesto el recurso.⁴⁶

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de la concesión del recurso de apelación en la LDC? Éste resulta ser uno de los cambios fundamentales introducidos por la misma, en la cual se realiza una “distinción” entre los efectos atribuidos a la concesión de un recurso de apelación según sea esencialmente el acto administrativo que se esté impugnando.

Las apelaciones de las sanciones establecidas en el art. 66, inc. a) de la LDC se otorgarán con *efecto suspensivo*, pero se deberá acreditar en forma previa la contratación de un seguro de caución sobre la sanción correspondiente. Por otra parte, el resto de las apelaciones previstas en el art. 66, incisos b), c), d) y e) serán concedidas con *efecto devolutivo*, al igual que la apelación de las multas diarias previstas en el art. 44 y 55, inciso d) de la LDC, y de las medidas establecidas en el art. 44 de la LDC.

Finalmente, el último párrafo del art. 67 de la LDC establece que *“en los casos que el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas considere que pudiera estar en riesgo la efectiva aplicación de la sanción debido a posible insolvencia del sancionado, podrá requerir su pago en los términos del art. 16 de la ley 26.854 de medidas cautelares”*. A nuestro entender esto último sería contrario a la “esencia” de requerir un seguro de

⁴⁶ En esta línea, resulta destacable mencionar que la LDC amplía el plazo para la apelación de la resolución administrativa llevándolo de diez (10) a quince (15) días tal como fuera receptado en la anterior ley.

caución. El crédito del Estado Nacional se encontraría protegido por el seguro de caución, por lo que el mecanismo de requerir el pago ante la impugnación de una medida cautelar, y en consecuencia, aplicar una solución distinta para proteger dicho crédito, resulta al menos confuso.

7.- Conclusiones:

A continuación detallamos lo que consideramos como los puntos más salientes:

- A la fecha, todavía no se inició el procedimiento para la designación de los miembros de la ANC. Sin embargo, el 30 de octubre de 2018 se dictó el Decreto N° 972/18 por el cual se estableció que la Secretaria de Comercio podrá pedir colaboración a la Secretaría de Empleo Público, lo que demuestra cierto interés en iniciar el proceso por parte del Poder Ejecutivo Nacional⁴⁷.
- Resulta fundamental la elección de los miembros de la ANC para cumplir con la tan esperada independencia de la autoridad del poder político. La demora en llevar adelante el concurso público no es una buena señal.
- El cambio en el sistema de control que pasará a ser previo, es un gran adelanto que nos coloca en pie de igualdad con el resto de los países. Sin embargo, su entrada en vigor todavía no está garantizada y deberemos esperar un (1) año a ser contado desde la constitución y puesta en funcionamiento de la ANC. En el tiempo de transición deberá notificarse una concentración económica dentro del plazo de una (1) semana a contar desde la efectiva toma de control, tal como viene ocurriendo actualmente.
- La LDC incrementa el *threshold* para la notificación de concentraciones económicas y lo fija en 100.000.000 unidades

⁴⁷ Publicado en el Boletín Oficial el 31 de octubre de 2018. Adicionalmente, en dicho decreto se estableció la equiparación remuneratoria del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia al cargo de Secretario; de los Vocales al cargo de Subsecretario; y que el Secretario Instructor de Conductas Anticompetitivas y el Secretario de Concentraciones Económicas percibirán una remuneración equivalente al 90% de las percibidas por los Vocales.

móviles. Y las unidades móviles serán actualizadas en forma anual motivo por el cual se pretende de esta manera evitar que el umbral quede desactualizado. Y así también se logrará que la cantidad de concentraciones económicas a ser notificadas por año disminuyan considerablemente en comparación con los últimos años.

- La introducción del sistema “*fast track*” en el análisis de concentraciones económicas es una excelente noticia, siendo que actualmente ya se nota una reducción importante en el tiempo de análisis de este tipo de transacciones.
- Respecto del nuevo esquema de conductas restrictivas a la competencia “*per se*” reguladas en el art. 2 de la LDC, habrá que esperar a ver cuál es la interpretación del Tribunal sobre la aplicación del permiso especial previsto en el art. 29 de la LDC.
- Se aumentaron los montos de las sanciones de multa en comparación con la ley anterior.
- La creación del Programa de Clemencia, que cabe aclarar ya se encuentra vigente, también es algo fundamental que nos coloca en pie de igualdad con las mejores legislaciones de defensa de la competencia. Resta ahora a toda la comunidad de defensa de la competencia de la Argentina, que obviamente incluye tanto al sector público como al privado, la utilización de este instituto para lograr los resultados deseados por el legislador en la lucha contra los carteles, para cumplir de esta forma con la protección del interés económico general.
- Continúa siendo necesaria una reglamentación adecuada que garantice la imparcialidad y confidencialidad necesarias para el correcto funcionamiento del instituto.

CORNERSTONES OF EFFECTIVE LENIENCY PROGRAMMES: THE LATIN AMERICAN EXPERIENCE¹

Federico Rossi Rodriguez

1. Introduction

At the very dawn of antitrust history, the main issue was whether cartels² were pernicious for society³. Unlike today, at that time cartels were formalised by means of written agreements⁴ and their parties had no intention to conceal their economic objectives, but focused instead on arguing that such agreements were either socially neutral or even desirable.⁵ In other cases,

¹ The author would like to thank William Kovacic for his useful comments as his thesis' supervisor, and Aylla Assis, Michel Narcia, Diego Lamotte Hernandez, and Andres Yanez Torres for their thoughtful insights on the chapters relating to Brazil, Mexico, Chile and Colombia, respectively.

² In this essay, the term "cartel" shall have the standardized meaning assigned to it by the OECD, which is as follows: "an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce". See OECD, "Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels" (1998) 2.

³ "In the late 19th century, the central issue in Section 1 litigation was not the fact of concerted action but rather the legality of admittedly collective behaviour" and "until the late 1930s, most Section 1 litigation focused on the legality of admittedly concerted action". See Gellhorn, Kovacic and Calkins, *Antitrust Law and Economics in a nutshell* (5th edition, Thomson West 2004) 267-268.

⁴ For instance, in *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n* 166 U.S. 290 (1897) several railroad companies created an association with the aim of setting rates. Defendants acknowledged the existence of the agreement, but argued that the fixed rates were reasonable. See *ibid* 205.

⁵ See for instance the United States Supreme Court decision in *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933) whereby the Court upheld a coal sales cartel and considered "that the mere fact that the parties to an agreement eliminate competition between themselves is not enough to condemn it". The discussion about the lawfulness of cartels was primarily a matter of US antitrust law since by the time

agreements between competitors were fostered by the intervention of the government in the economy.

The pernicious nature of cartels for society was conclusively established long time ago and today there is a broad consensus that cartels are "the cancers of the open economy"⁶, "the most egregious violation of competition law"⁷, "the supreme antitrust evil"⁸, and "the public enemy No. 1 to the market economy".⁹

Consequently, firms modified their *modus operandi* of overtly entering into cartels and devised more subtle mechanisms to avoid being discovered by increasingly aware competition agencies. These novel ways to cartelise include oral or gentleman's agreements, tacit offers and acceptances, signalling between competitors, exchanges of confidential information directly between competitors or through third parties (such as trade associations, common suppliers or retailers, consultancy firms, etc.) and, most recently, even employing pricing algorithms.¹⁰

Since the 1990s until today, arguably one of the main tasks for competition agencies has been devising tools to discover secret cartels,¹¹ whereas, on the other hand, for firms it has been crafting novel ways to conceal cartels from the authorities.¹²

other jurisdictions adopted their own competition laws, the detrimental effects of cartels were apparent to most legal and economic observers.

⁶ See Mario Monti's speech "Fighting cartels why and how? Why should be concerned with cartels and collusive behaviour", September 11, 2000.

⁷ OECD (n 2) 2.

⁸ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004) 407-408.

⁹ Korea's contribution to OECD, "Leniency for subsequent applicants" (2012) 85.

¹⁰ On the matter, see seminal work from Ezrachi and Stucke, "Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition" (Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015).

¹¹ "By their very nature, secret cartels are often difficult to detect and investigate without the cooperation of undertakings or individuals implicated in them", EU Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ C298/17, para. 3.

¹² Whish and Bailey, *Competition Law* (8th edition, Oxford 2015) 546-547, exemplify how firms "often go to great lengths to suppress evidence of their illegal activity: for example, the Commission's decision in *Gas Insulated Switchgear*, says that participants in the cartel used codes to conceal their companies' names and encryption software to protect the secrecy of emails and telephone conversations (...) and made

In the fight against clandestine cartels, competition agencies have developed a broad array of tools to detect and tackle cartels, *inter alia*: (i) *ex officio* investigations; (ii) complaints by affected parties such as customers or competitors; (iii) market investigations or sector inquiries; (iv) tip-offs by anonymous informants (generally, disgruntled former employees); and (v) most recently, leniency programmes.¹³

Of all these tools, leniency has proven to be "the most effective and least costly mechanism for detecting and prosecuting activity that is systematic, deliberate and covert".¹⁴

The first ever leniency programme was devised by the Department of Justice of the United States in 1978, which was later reformed and improved in 1993. As from that time and at an astonishing pace, several jurisdictions have followed suit and adopted their own leniency programmes, which largely resemble that of the United States.

Today, out of more than 130 countries with competition laws, roughly 50 of them foresee a leniency programme¹⁵; the vast majority of them being adopted in the past 25 years in what can undoubtedly be considered a "leniency revolution".¹⁶

Latin America provides a good example of this leniency revolution. In the past 17 years, beginning with Brazil in 2000,¹⁷ most of the Latin

use of mobile telephones provided by a member of the cartel that contained encryption options".

¹³ In some jurisdictions the terms "leniency", "amnesty" and "immunity" are used in an interchangeable manner. In this paper, the term "leniency" shall be used generically to refer to leniency programmes, irrespective of whether such programmes grant full or partial immunity from sanctions.

¹⁴ Beaton-Wells, "Leniency Policies: Revolution or Religion", in Beaton-Wells and Tran (eds), *Anti-Cartel Enforcement in Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart 2015) 3. Praising leniency in a similar fashion, Werden, Hammond, and Barnett, "Deterrence and Detection of Cartels: Using all the Tools and Sanctions", Speech at the 26th Annual National Institute on White Collar Crime (1 March 2012) 14: "For all the power of this formidable array of investigative tools, the Antitrust Division's leniency program is now the most important tool either for detecting cartels or for developing the evidence necessary to prosecute them".

¹⁵ Beaton-Wells (n 14) 3.

¹⁶ Spagnolo, "Leniency and Whistleblowers in Antitrust" (CEPR Discussion Paper No. 5794, 2006) 3.

¹⁷ Peru enacted its original leniency programme in 1996 but it never received any application until it was reformed in 2008. See OECD/IDB, "Follow-up to the nine peer reviews of competition law and policy of Latin American countries" (2012) 20.

American countries have adopted a leniency programme. Furthermore, starting with Brazil's 2011 amendment of its leniency programme, several Latin American jurisdictions have already undergone the first wave of leniency reforms and improvements (e.g. Mexico in 2011, Colombia in 2015, and Chile in 2016). Opposing to this trend, the only major Latin American countries lacking a leniency system are Venezuela and Argentina¹⁸.

The goal of this paper is to identify the common cornerstones enjoyed by effective leniency programmes and to analyse whether Latin America's most developed jurisdictions in terms of competition law (i.e. Brazil, Mexico, Chile, and Colombia¹⁹) possess such cornerstones. The analysis shall also encompass the legal steps and modifications that each jurisdiction has taken in connection with these cornerstones to buttress the development of their respective leniency programmes.

This paper will not deal with the elements of leniency programmes, for which there is a growing global trend towards convergence²⁰ primarily advocated by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the International Competition Network (ICN), and which hinges around the United States' leniency programme. Rather, the focus of this paper will be the factors underpinning effective leniency programmes, which relate to more elemental issues of anti-cartel policy and without which even a leniency programme designed following the best international practices is doomed to fail.

By way of introduction to leniency, chapter 2 describes the dynamics of cartels and the role that leniency plays in such dynamics whilst chapter 3 considers the benefits of leniency. In turn, chapter 4 identifies the cornerstones of effective leniency programmes. Subsequently, chapter 5 analyses how the reviewed jurisdictions have fared with achieving such cornerstones. Finally, chapter 6 draws some conclusions on Latin America's

¹⁸ However, Argentina's Congress is currently debating a bill to amend its competition law in many aspects, *inter alia*, introducing a leniency programme for the first time. Other Latin American countries with no formal leniency programme are Paraguay, Costa Rica, and Bolivia.

¹⁹ Other Latin American countries that formally possess a leniency programme, not be covered by this paper, are: Ecuador, Peru, Panama, El Salvador, and Uruguay.

²⁰ See Witterick and Gudofsky, "Leniency programmes and cross-border co-operation in cartel enforcement: challenges and steps towards convergence" (Thomson Reuters Practical Law 2006), explaining the global trend towards convergence in leniency.

leniency experience to date as well as identifies some obstacles lying ahead for the successful leniency implementation in the region.

2. Cartels' Dynamics and Leniency Programmes

Cartels are inherently unstable. Cartels replace firms' independent decision-making for coordination in the market and that is not a simple task but one which faces many challenges, the extent of which depends on the parameters on which competition between the firms takes place in the market (i.e. number of players, products' characteristics, firms' symmetry, macro-economic environment, etc).

Firstly, firms need to reach a common understanding as to how to coordinate their behaviour in the market either by artificially increasing prices, reducing output, allocating territories or customers or big-rigging. Secondly, since firms will be tempted to deviate from the agreed patterns of competition, cartel members need to monitor and punish any deviation to the make the agreement viable. Thirdly, firms need to accord how to deal with external factors that could affect the cartel's stability such as new comers in the market or customers with countervailing buyer power not willing to accept the artificial costs created by the cartel.

Therefore, cartels are complex to implement and inherently unstable, and that is where leniency programmes come into play by helping to break down cartels from the inside by providing one or more of its members incentives to report its existence to the competition authority. Leniency is a tool developed to exploit cartels' inherent weaknesses to the advantage of competition authorities, however, such type of programmes are not exclusive to competition law but are also present in other areas of the law.²¹

In broad terms, leniency can be described as "a system of partial or total exoneration from the penalties that would otherwise be applicable to a cartel participant in return for reporting its cartel membership and supplying information or evidence related to the cartel to the competition agency providing leniency".²²

²¹ Leniency programmes are also a frequent investigative and deterrence tools in criminal cases relating to corruption, drug trafficking and money laundering.

²² ICN, *Anti-cartel Enforcement Manual*, Chapter 2, "Drafting and implementing an effective leniency policy" (April 2014) 4.

To illustrate the dynamics of a leniency programme commentators usually refer to the “carrot and stick” approach, the carrot being the rewards offered by leniency and the stick being the sanctions to be imposed on cartelists that fail to come forward and cooperate. The bigger the stick (i.e. the sanctions and the prospect of being detected) the more firms are induced to wanting the carrot (i.e. the benefits of leniency).

3. Benefits of Leniency

Nowadays there is a large consensus among competition enforcers, international organisations fostering the expansion and converge of competition law (e.g. Organisation for Economic Co-operation and Development, International Competition Network, Inter-American Development Bank) and scholars that leniency programmes are the most cost-effective tool to detect cartels and prevent their formation.²³

The following are the main benefits arising from leniency programmes:²⁴

- Deterrence: first and foremost, leniency deters the formation of cartels as well as fosters the dissolution of already existent cartels by means of reducing the incentives of firms to cartelise. Firm’s incentives to collude are diminished since any cartel member could decide²⁵ to apply for leniency and hefty sanctions are likely to follow;²⁶

²³ There are nonetheless some economic studies that report mixed results as to the effectiveness of leniency programmes to deter cartel formation, particularly, by means of buttressing cartel stability, see for instance Marvão and Spagnolo, "What do we know about the Effectiveness of Leniency Policies? A survey of the Empirical and Experimental Evidence", in Beaton-Wells and Tran (eds), *Anti-Cartel Enforcement in Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart 2015).

²⁴

ICN (n 22) 4-5.

²⁵ In addition to avoiding a sanction for cartel behaviour, the motives that could trigger a firm’s decision to apply for leniency could be multiple, e.g. a cartel member which is unhappy with the results of the collusion; the sale of a company and the need to avoid future contingencies for the purchaser; a company’s new management that detects an existing collusion and desires to clean the company; a desire to harm competitors by reporting them to the competition authority, etc.

²⁶ There is no (and there cannot be) accurate data to quantify the effectiveness of leniency programmes in deterring cartels (as opposed to detecting cartels) because it

- **Detection:** perhaps as its most apparent benefit, leniency allows competition agencies to detect cartels which would otherwise remain covert and slip under the competition agency's radar. It is worth remarking that even though leniency is generally the most efficient cartel detection tool within a competition agency's toolkit, over-reliance to the detriment of other cartel detection tools could reduce the fear of detection, which -as explained below- is one the cornerstones of an effective leniency programme;

- **Sanctioning:** as a direct result of enhanced cartel detection, leniency also enables competition authorities to sanction a larger number of cartels than they would otherwise be able to sanction. An applicant seeking leniency will be generally required to provide meaningful and direct evidence of the cartel's existence, which will allow the competition agency to more easily (i.e. cost-effectively) prosecute and incriminate fellow cartelists. Such cost-savings in cartel prosecution will also free additional human and financial resources that would enable the authority to investigate further cartels. Moreover, sanctioning cartels will in turn generate further deterrence, not only in connection the firms engaged in the collusion being punished (i.e. special deterrence) but also for firms unrelated to the collusion at hand but nonetheless considering entering into one of their own (i.e. general deterrence);

- **Cessation:** in addition to cartel deterrence and detection, successful leniency programmes inevitably lead to cartel cessation because either one or more of its members applied for leniency or, even absent any leniency application, its members decide that there is an enhanced risk of continuing with the cartel while a leniency programme is in force;

- **Cooperation:** in cases where a leniency applicant grants a waiver, the competition authority recipient of the application could cooperate with its counterparts in other jurisdictions, which could result in, for instance, the launch of simultaneous dawn raids in different jurisdictions; and

- **Knowledge and Expertise:** an usually neglected advantage of leniency programmes is that they provide competition agencies and its staff with knowledge and expertise on how (and why) cartels are formed, concealed

is impossible to determine the number of firms that have refrained from cartelising due to the existence of leniency.

and operated.²⁷ The acquired know-how definitively reinforces the agency's capabilities to tackle cartels in the future.

The benefits of leniency extend beyond the detection and sanctioning of the cartel at hand. According to Hammond, leniency programmes have a "rollover pattern"²⁸ since one investigation often leads to another as firms involved in the cartel reported through leniency are likely to be involved in further discrete cartels.²⁹

Competition agencies will normally follow the *iter criminis*, i.e. the trails of cartelists to neighbouring product markets where they are also active. In this regard, certain leniency programmes (e.g. United States and the United Kingdom) include a policy mechanism commonly referred to as "Leniency Plus" whereby a firm that fails to qualify for immunity as to the first cartel, is nonetheless granted a reduction if it discloses a distinct cartel in which it is involved (for which it shall obtain immunity).

Additionally, firms unrelated to the cartel reported via leniency but members to a discrete cartel together with one or more of parties to the reported cartel, will have enhanced incentives to self-report their cartel as they would perceive the competition agency closing in on the second cartel to which they are parties.

²⁷ OECD, Secretariat Background paper, "Leniency programmes in Latin America and the Caribbean: Rules, reforms and challenges" (14th Latin American and Caribbean Competition Forum, Mexico City, 12-13 April 2016) 5.

²⁸ Hammond, "Cornerstones of an effective Cartel Leniency Programme", ICN Workshop on Leniency Programs (Sydney, November 22-23, 2004) 13.

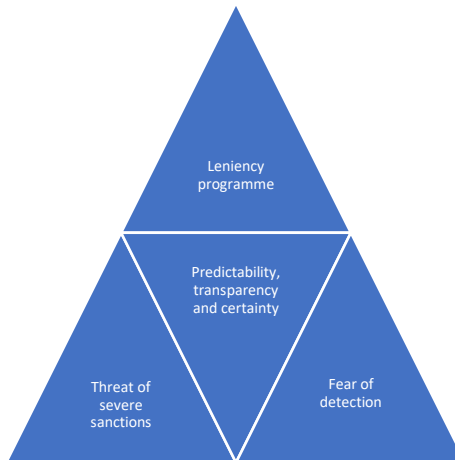
²⁹ Two main reasons explain why cartelists are prone to be involved in more than one cartel: (a) if a cartelist broke the moral imperative of not infringing the law by engaging in a cartel once, it would thereafter have less incentives not to infringe the law at least once more and engage in a different cartel; and (b) by being part to a cartel, its members acquire the know-how and experience as to how to successfully manage a cartel, which in turn can be used to run other cartels; see Wils, "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice" (World Competition 30 (1), 2007) 42-43.

4. Cornerstones of an Effective Leniency Programme

The following have traditionally been identified as the three cornerstones that must be present before³⁰ a jurisdiction can successfully implement a leniency programme:³¹

- a. Threat of severe sanctions;
- b. Fear of detection; and
- c. Transparency, predictability and certainty in enforcement policies.

These cornerstones refer to the more fundamental features that the competition law edifice of any jurisdiction must possess to host a successful leniency programme. The graphic below helps to understand how a successful leniency programme can solely be achieved if grounded on the three referred cornerstones, all of which are equally important:



³⁰ Ideally these cornerstones should be achieved before implementing a leniency programme. Nonetheless, as it will be seen below, many jurisdictions simultaneously adopt leniency and amend their competition laws to buttress the newly introduced leniency by, for instance, increasing civil fines, criminalising cartels, granting dawn raid powers to the competition agency, etc. This confirms that a leniency programme is- to a large extent- useless to a competition agency which has not first achieved these three cornerstones.

³¹ Hammond (n 28) 4-5. Similarly, see O'Brien, "Leadership of Leniency", in Beaton-Wells and Tran (eds), *Anti-Cartel Enforcement in Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart 2015) 21.

Marco Colino rightly draws a distinction and refers to these cornerstones as the external factors affecting the success of leniency "which although not part of the leniency programme itself, act as buttress that provide vital support to the leniency edifice",³² as opposed to the internal factors relating to the intrinsic features of the leniency, which are rewards granted by a leniency programme (e.g. level of reward, conditions for applicability, availability of marker, availability of amnesty plus).

By analogy to the construction of a building, the foundations, pillars, beams, and roof would be tantamount to the cornerstones (or external factors) of a leniency programme, whereas windows, doors, and coatings would be equivalent to the elements (or internal factors) of a leniency programme. The former are necessary and essential to hold the latter, and must therefore be laid down firstly. Only once the foundations are sturdy enough, then can an engineer (by analogy, a competition policy designer) decide which type of windows and doors it will use. No matter how good the windows and doors are, the building will inevitably collapse if the foundations are weak.

Each of the three cornerstones is addressed in further detail below.

4.1 Threat of severe sanctions

The first cornerstone of an effective leniency policy is the threat of significant and severe sanctions on cartel members. Immaterial or weak sanctions would otherwise neither create incentives for firms to blow the whistle on an existing cartel nor deterrence from first entering into one, as they would be part of the costs that cartelists would be willing to assume to reap the gains of collusion.

It is almost needless to add that the threat of significant sanctions must not be merely a theoretical one, but a real, tangible, and concrete risk of being severely punished by the competition authority.³³ In this regard, harsh sanctions imposed on previous cartels will provide firms with real-life

³² Marco Colino, "The perks of being a whistleblower: designing efficient leniency programs in new antitrust jurisdictions" (The Chinese University of Hong Kong, Research Paper No. 2016-32) 14.

³³ Repeated annulment or reduction by the Judiciary of the sanctions imposed by competition agencies would certainly undermine the effectiveness of a leniency programme, as cartelists could perceive that the threat of severe sanctions is merely theoretical. The same effect could be caused by the undue delay of the Judiciary in reviewing appeals to cartel sanctions.

examples of the risks they take on by colluding. Certainly, competition agencies with an abundant track-record in penalising cartels are more likely to generate more incentives on cartelists to self-report and thus receive more applications than authorities with poor cartel track-records.³⁴

Although there is no exact formula to determine how severe a sanction ought to be, "cartel activity will not be adequately deterred nor reported if the potential penalties are perceived by firms and their executives as outweighed by the potential rewards".³⁵ It is common ground to state that sanctions cannot merely be a tax on cartels or the cost of doing business, on the contrary, sanctions must be substantial enough to achieve a deterrent effect on economic agents.

Imprisonment certainly fulfils the requirement of severe sanctions and creates sufficient incentives for firms' executives to avoid engaging in collusive behaviour. Indeed, there is evidence showing that certain cartels explicitly agreed not to cover the United States' market in light of the active criminal enforcement pursued by the United States Department of Justice and the prospect of the firms' executives being imprisoned.³⁶ Additionally, those jurisdictions that criminalised cartels witnessed a substantial increase in leniency applications.

However, the criminalisation of cartels is not a *conditio sine qua non* to a successful leniency programme. Competition law systems which lack criminal enforcement but provide for substantial administrative fines, such as the European Union, can also operate a successful leniency programme.³⁷

To create a stronger deterrent effect on cartelists, monetary sanctions ought not to have a maximum ceiling (i.e. a certain amount of currency) but rather a variable ceiling (for instance, a given percentage of the offender's turnover or sales). This approach prevents cartelists from accurately running a cost-benefit analysis for their participation in the cartel that would deter them from colluding.

³⁴ This triggers the separate issue of whether a newly created competition agency with obviously no cartel track record can implement from scratch an effective leniency programme. Although answering such question is not strictly the aim of this paper, in light of the cornerstones discussed herein, it would be sensible to argue that in principle only mature -or sufficiently experienced- antitrust regimes would be in the best position to operate a successful leniency programme.

³⁵ Hammond (n 28) 7.

³⁶ *ibid* 7.

³⁷ *ibid* 8.

Complying with the requisite of severe sanctions is not simply a matter of passing legislation, but one that requires competition agencies to effectively and consistently apply the sanctions provided in their legislations.

4.2 *Fear of detection*

To lay the groundwork for an effective leniency programme, in parallel to the threat of severe sanctions, cartel members must perceive a real risk that the competition agency may discover and penalise any illegal agreement. Conversely, a cartel member would have no incentives to run to the agency's door to self-report a conduct of which the competition agency would have never gained knowledge.

To convey how the fear of detection among cartelists works, Hammond uses the example of a cartel meeting which begins with an "empty seat at the table".³⁸ Such absence triggers all kinds of fears and speculations on fellow cartel members, among which one certainly is that the unexpected non-attendance derives from the fact that the absent member has reported the illegal agreement to the competition agency and applied for leniency. The fear of detection and thus of losing the race to the competition agency's door to benefit from immunity, undoubtedly creates incentives on cartelists not only to self-report but to do it urgently.

To achieve such fear of detection a competition agency must be proactive in chasing and harshly sanctioning cartels, using to that end all the investigative powers at its disposal, including -but not limited- to leniency.

To that end, the power to perform unannounced inspections on business premises is nowadays an unavoidable investigative power that no competition agency can fail to possess. Without said power it is almost impossible for a competition agency to investigate and successfully prosecute cartels.³⁹ To further reinforce the fear of detection on cartelists, competition agencies must also be provided with other fundamental investigatory powers, such as copying or storing electronic data in the framework of a dawn raid, issuing mandatory information requests and questioning witnesses. It is needless to state that the previously mentioned investigatory powers would be useless and generate no fear of detection if a competition agency is not

³⁸

ibid 10.

³⁹ Acknowledging cartel prosecution without dawn raid powers as virtually impossible, see OECD/IDB (n 17) 19.

sufficiently funded with the financial and human resources necessary to perform its duties.⁴⁰

It is crucial that the competition agency's detection of cartels does not exclusively rely on leniency because this would undermine the effectiveness of the programme as cartelists would perceive that the agency's only source of detection stems from self-reporting and hence diminish the fear and/or real prospect of being caught. Accordingly, it is sensible to point out that 'leniency is not a substitute but a complement to the other methods of collecting intelligence and evidence of antitrust violations'.⁴¹ Leniency over-reliance carries the seed of the programme's own destruction and accordingly many commentators alert against such risk,⁴² especially for non-mature competition regimes.

To enhance the fear of the detection, competition agencies normally advertise the fruits of their enforcement activity in the media⁴³, notably, through the publication in local newspapers of their infringement decisions and the sanctions imposed therein. This not only increases the perception of enforcement and deterrence on firms engaged in cartel activity, but also raises awareness of honest businessmen not engaged in cartel activity and the society at large. Likewise, dawn raids by competition agencies (a procedural step preceding most cartel sanctions) boost the perception of enforcement. Advertising by the competition authority of both the competition law framework (including the existence and availability of a leniency programme) and the results of its enforcement agenda is particularly relevant in developing jurisdictions where knowledge of competition law is scarce, since knowledge

40

See OECD (n 27) 5.

41

Wils (n 29) 22.

42 For instance, Kovacic, "Leniency and Competition Authority Governance", in Beaton-Wells and Tran (eds), *Anti-Cartel Enforcement in Contemporary Age: Leniency Religion* (Hart 2015) 123-135.

43 COFECE, "10 years since the implementation of the Federal Economic Competition Commission's Leniency Program: what has been its impact?" (2017) 5, stressing that advertisement of the leniency programme by the competition agency is crucial to its success. Similarly, it is reported that Colombia's competition agency "deliberately leverages news media to highlight for the public and the business community in particular its increasingly effective antitrust enforcement in Colombia", see Dillon and De los Rios Quiñones, "Colombian Cartel Leniency and U.S. DOJ Leniency: Different Approaches to the same Objectives", ABA Antitrust Spring 2015 Newsletter, available at <https://www.dillonlawgroup.com/colombian-cartel-leniency-and-us-doj-leniency/> (accessed on August 10, 2017).

by economic agents is a precondition for deterrence as well as to attracting leniency applications.

Taking into account the first two cornerstones, it is patent that the risk of cartel detection and the threat of severe sanctions are closely intertwined as no firm would self-report its engagement in a cartel if there is no realistic probability that the competition agency may, firstly detect the cartel, and secondly, severely sanction its members.

4.3 *Transparency, predictability and certainty in enforcement*

As a third and last pillar, an effective leniency programme shall account for transparency, predictability, and certainty.

Accumulated experience, especially that stemming from the United States' 1978 original programme, has shown that predictability is essential to a successful leniency programme because it enables an applicant to 'predict with a high degree of certainty how it will be treated if it reports the conduct and what the consequences will be if it does not'.⁴⁴

For the most part, a firm's decision to submit a leniency application relies on a cost-benefit analysis. Therefore, for a firm assessing whether it is convenient to apply it is crucial to gauge with certainty and predictability the conditions under which leniency will be granted by the competition authority and, if so, the extent of the benefits arising therefrom.

Under the United States' original leniency programme, immunity was not automatic but rested on the Department of Justice's prosecutorial discretion. The uncertainty as to whether immunity would be effectively granted by the Department of Justice rendered, among other reasons, the original leniency programme unsuccessful.⁴⁵

There is a wide consensus that predictability is the most difficult cornerstone to accomplish because a competition agency "has to be willing to make the ultimate sacrifice for transparency -the abdication of prosecutorial

⁴⁴

Hammond (n 28) 18.

⁴⁵ The United States' original leniency programme received on average one application per year, however, it was revised and modified in 1993. Notably, the prosecutorial discretion was supplanted by an automatic grant of immunity, among other changes. The results were immediate as the revised programme received on average 12 applications per year up to 2003, and by 2010, the yearly average of applications increased to approximately 20. See O'Brien (n 31) 18.

discretion".⁴⁶ This is obviously something hard to do for a competition agency whose prime institutional command is generally to punish cartelists. Sanctioning cartels is deeply rooted in a competition agency's DNA. Nonetheless, as past experience has shown, the benefits for a competition agency deriving from self-restraining its prosecutorial discretion and running a predictable and transparent leniency programme certainly outweigh the costs of letting a cartel escape the sanction in exchange for cooperation.

Likewise, the complexity of attaining this cornerstone lies in the fact that predictability "is a journey, not a destination. Transparency is an ongoing goal that cartel enforcers strive to achieve each day in every policy and enforcement decision they make".⁴⁷ Hence, it is reasonable to conclude that achieving transparency and predictability would constitute a tough hurdle for a new competition authority or one that, albeit not new, holds a bad reputation for being arbitrary or unreliable.

The ICN acknowledges the prime importance of transparency for leniency programmes and recommends competition agencies to "ensure that their leniency policies are clear, comprehensive, regularly updated, well publicised, coherently applied, and sufficiently attractive for the applicants in terms of rewards that be granted".⁴⁸ In line with the ICN recommendation, many jurisdictions have published guidelines or documents answering frequently asked questions, whereby a competition agency provides full information about the programme's features.⁴⁹

Despite the particular importance of transparency and predictability to achieve a successful leniency programme, it is worth underscoring that such attributes must without exception characterise the entire enforcement activity of any competition agency, irrespective of whether they operate a leniency programme.

4.4 *Coordination and Cooperation as a Fourth Cornerstone?*

In addition to the three cornerstones traditionally identified by scholars and enforcers, a successful leniency programme also requires competition agencies to attain a great deal of coordination and cooperation both internally and externally, so that the effectiveness of the programme is

46

Hammond (n 28) 19.

47

O'Brien (n 31) 24.

48

ICN (n 22) 6.

49

ibid 20.

not hampered by other potentially conflicting policies pursued by the competition agency or by decisions adopted by the courts. Therefore, this paper argues that coordination and cooperation could be viewed either as a discrete fourth pillar for the success of leniency programme or as a sub-set of the third pillar relating to predictability and transparency.

As to the internal coordination with the remaining policies executed by the competition agency, it is necessary to keep in mind that leniency is just one of many tools, albeit likely the most efficient, to detect and sanction cartels. Therefore, "designing an effective leniency programme also requires careful consideration of the other antitrust enforcement policies" because "immunity programmes do not operate in a vacuum".⁵⁰ Consequently, leniency shall not be considered an end in itself, but just a tool to detect and punish cartels despite the obvious temptation of competition agencies to rely almost exclusively on leniency to fight cartels. In this regard, many commentators have warned against the abuse of leniency, because "over-reliance on leniency at the expense of investment in other detection tools undermines the perceived threat of detection, independent of such policies".⁵¹

On a different note, but one that also calls for more coordination within competition agencies, is the possibly conflicting relationship between leniency programmes and civil damages actions.

Leniency programmes are a fundamental tool in a competition agency's public enforcement toolkit as they are a major stream of new cartel investigations and they increase cartel deterrence. Not less importantly, private enforcement complements public enforcement by reinforcing public deterrence as well as provides compensation for cartel victims.

Disclosure of leniency confidential information is a double-edged sword, as it can encourage private litigation by providing victims with crucial information that will allow them obtaining redress in courts, but can by the same token diminish the incentives of cartelists to self-report, which would in

⁵⁰ Call for countries contributions paper prepared by the OECD's Secretariat for the 14th Latin American and Caribbean Competition Forum, 12-13 April 2016, Mexico City, "*Session II: Leniency programmes in Latin America and the Caribbean: Rules, reforms and challenges*", 4.

⁵¹

Beaton-Wells (n 14) 3.

turn significantly affect a competition agency's detection powers and subsequent follow-on private litigation.⁵²

Such tension between public and private enforcement is not irreconcilable, and begs for a coherent and harmonious approach within the competition agency in relation to, on the one hand, fostering private damages actions and, on the other hand, protecting the confidentiality of the leniency submissions it receives. Normally the solution to this tension materialises firstly in the form of a judicial decisions, followed by the adoption of some sort of regulation.⁵³

On the external front, it is of the utmost importance that competition agencies educate courts on the influence that judicial decisions can exert on the effectiveness of a leniency programme and, more broadly, on the fight against cartels. The following two examples clearly demonstrate how a successful leniency programme requires competition agencies to strive for coordination with the courts. Firstly, on several occasions the US Department of Justice had to appear before domestic courts and submit *amicus curiae* briefs opposing to the discovery of information obtained through its leniency programme.⁵⁴ Secondly, courts reviewing cartel decisions (irrespective of

⁵² The referred tension is clearly framed by the European Commission which argues that leniency programmes "have proved to be useful for the effective investigation and termination of cartel infringements and they should not be discouraged by discovery orders issued in civil litigation. Potential leniency applicants might be dissuaded from cooperating with the Commission under this Notice if this could impair their position in civil proceedings, as compared to companies who not cooperate. Such undesirable effect would significantly harm the public interest in ensuring effective public enforcement of Article 81 EC in cartel cases and thus its subsequent or parallel effective private enforcement", EU Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (2006/C298/11) para. 6.

⁵³ This was the case in the European Union. The adoption of a leniency programme (firstly in 1996, revamped in 2002 and 2006), triggered the decision by the European Court of Justice in *Pfleiderer* (case C-360/09 [2011] ECR I-5161) in 2011. Thereafter, the Damages Directive (2014/104/EU of 26 November 2014) was adopted in 2014, which devotes the whole chapter IV to the disclosure of evidence in proceedings obtained through leniency and settlements.

⁵⁴ This occurred in several cases, for example, in *re Micron Technology, Inc. Securities Litigation*, No. 09-mc-00609 (Doc. No. 17) (D.D.C. Feb. 1, 2010), where the United States Department of Justice opposed to discovery and stated that "the government's disclosure of its investigative memoranda will strongly damage the integrity of the Division's leniency program, current open investigations, and the ability to pursue investigations in the future".

whether they derive from leniency) must take into consideration the relevance that severe sanctions have for the success of a leniency programme and, in turn, in the fight against cartels. Should courts systematically reverse (or significantly reduce) the fines imposed by competition agencies, such judicial approach will certainly jeopardize the deterrent effect of fines and thus endanger the whole effectiveness of the leniency programme.⁵⁵

External coordination in leniency is especially needed in those jurisdictions where enforcement of competition law is vested in more than one body. Most commonly, in jurisdictions where the criminal prosecution of cartels is entrusted to one body (normally, an ordinary or specialized public prosecutor) whilst civil enforcement is vested on the competition agency. To operate an efficient leniency programme, the different competition enforcers must coordinate their approach towards, among other things, criminal immunity and the protection of confidentiality in leniency applications. Conflicts arising from this kind of lack of coordination are frequent and have been reported in several jurisdictions.

Additionally, a leniency programme's coordination with the public policies carried out by other areas of the administration is advisable, particularly, in relation with anti-corruption leniency programmes.⁵⁶

Furthermore, coordination and cooperation among the competition agencies of different jurisdictions is important to perform simultaneous dawn raids in cases arising from leniency. A successful example is the Refrigerators Compressors cartel, which began with a leniency application in Brazil, and dawn raids were simultaneously executed in Brazil, United States, Germany, Denmark and Italy. Lack of coordination between agencies (for instance, a leak of information) would have simply spoiled the success of the parallel investigations.⁵⁷

* * *

To summarize, even the most technically sound leniency programme will fail to deter and detect cartels if it is not underpinned on the cornerstones explained above, i.e. threat of detection, severe sanctions, predictability, coordination, and cooperation. In fact, most jurisdictions have

⁵⁵ For instance, this problem has been reported in Chile and Peru.

⁵⁶ For instance, lack of coordination on this matter has been reported in Brazil and Mexico.

⁵⁷ Silva Pereira Neto and Casagrande, "Recent Developments in Brazilian Competition Law and Policy", CPI Antitrust Journal, July 2010 (1) 5.

adopted leniency programmes largely based on the United States' experience, however, not all of them have delivered equally successful results, but only those which were firmly based upon the cornerstones of an effective leniency programme.⁵⁸

In this regard, young antitrust jurisdictions desiring to adopt a leniency programme should firstly focus on achieving the referred cornerstones, and only then turn to focus on the internal features of the programme itself. This lesson is confirmed by the Latin American experience, which is addressed in section V below.

Most revolutions entail some level of wishful thinking and the 'leniency revolution' is not an exception. The false belief that leniency will provide an instant remedy to all the competition agency's shortcomings seems unavoidable. Therefore, the temptation for young antitrust jurisdictions to put the cart before the horse (i.e. adopting a leniency programme without first focusing on achieving its cornerstones) is understandable although highly inadvisable.

5. The Latin American Experience

Prior to analyzing how Brazil, Mexico, Chile and Colombia have striven to achieve the cornerstones of a successful leniency programme, it is useful to briefly set forth certain social, economic and cultural characteristics *generally* present in Latin American countries, which necessarily influence and condition the way in which competition law is designed and implemented in the region.⁵⁹

⁵⁸ In Latin America, Panama and Ecuador stand out as examples of jurisdictions which although formally adopting a leniency programme (in 2007 and 2011, respectively) have not had yet any prosecutions deriving from leniency. As of March 2016, Ecuador received only one leniency application while Panama nil. The immaterial results yielded by leniency in these jurisdictions are highly likely explained by the absence of the above referred cornerstones. For instance, Ecuador has not decided a single cartel case since the introduction of the new competition law in 2011, thus cartelists have no fear of being detected by the competition agency, whereas cartel penalties in Panama are not deterrent (i.e. maximum fine is US\$1 million), hence cartelists would most probably decide to cartelise and pay the bill, if and when they are detected.

⁵⁹ Most of these characteristics are stated by Javier Tapia in "Increasing deterrence in Latin American competition law enforcement regimes", in Richard Whish and Christopher Townley (eds), *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and*

- (a) Large social inequality and high levels of poverty and indigence;⁶⁰
- (b) Wide-spread corruption,⁶¹ which necessarily entails an important degree of disregard for the rule law both from the public and private sector;
- (c) Most industries exhibit a high degree of concentration,⁶² derived from former state intervention in the economy. Furthermore, Latin American countries have historically held "a tolerant if not supportive view of cartels".⁶³ On a related note, Latin American markets are normally insulated from foreign competition through the erection of high entry barriers,⁶⁴ particularly, trade and non-trade import restrictions; and
- (d) Lack of competition culture,⁶⁵ which is manifested in various ways, and across most of the sectors of the society. On the one hand, businessmen in Latin America are for the most part used

Building Institutions' (2012) 142. Similarly, Tapia and Ditzel Faraco, "Latin American antitrust law and policy: An overview of three jurisdictions -Brazil, Chile and Colombia", in Duns, Duke and Sweeney (eds), *Comparative Competition Law* (Elgar 2015) 473-474.

⁶⁰ *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL) reports that in 2014 average poverty in Latin American countries was 28% of the population while average indigence reached 12%. See CEPAL, *Panorama Social de América Latina* (2014) 16.

⁶¹ According to the 2015-2016 World Economic Forum's Competitiveness Rankings, which survey and ranked 140 nations according to their levels of competitiveness, in the field of "Ethics and Corruption" Chile stands #33, Mexico #121, Colombia #126, and Brazil #138.

⁶² Same report in footnote 59, in the field of "Extent of Market Dominance", which measures whether corporate activity is dominated by a few business groups or spread among many firms, out of a 140 surveyed nations Brazil ranks #45, Mexico #103, Colombia #108, and Chile #129.

⁶³ See IDB and OECD, 'Fighting Hard Core Cartels in Latin America and the Caribbean', 2. Available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>

⁶⁴ Same report in footnote 59, in the field of "Foreign Competition", which assesses the openness of a country to foreign competition (e.g. prevalence of tariff and non-tariff barriers, foreign ownership, business impact of rules on foreign direct investment, burden of customs procedures), out of a 140 surveyed nations Chile ranks #34, Mexico #80, Colombia #109, and Brazil #136.

⁶⁵ See IDB/OECD (n 63) 2.

to be favored by the government sitting at office, rather than truly competing on the merits for customers. On the other hand, governments in the region have not been consistent throughout the years to convey society with the benefits steaming from a culture of competition. As a contributing factor to the lack of competition culture, there are still large portions of the population that are ideologically biased and are under the belief that competition law is a foreign value imposed by developed countries interested in exploiting less developed ones.

In view of the above characteristics, it sounds sensible to assert that "Latin American markets are *prima facie* prone to cartelization".⁶⁶ Therefore, if markets in Latin American countries are particularly inclined to cartel formation, it is reasonable to argue that leniency programmes have a larger potential to detect cartels in this region than in other more law-abiding jurisdictions. However, it is also the case the absence of a credible threat of severe sanctions for cartelists in most Latin American jurisdictions "may limit the potential benefits of leniency programmes" in the region.⁶⁷

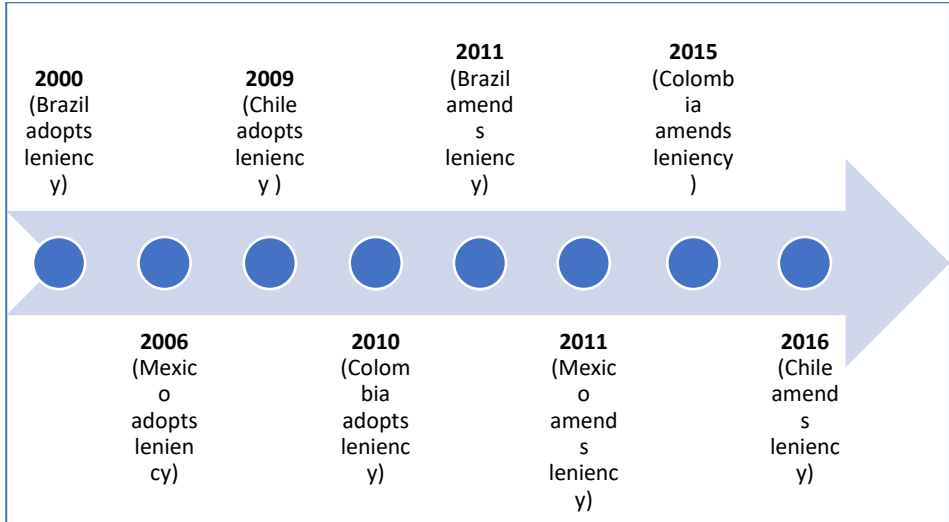
As shown in the timeline below, the "leniency revolution" reached Latin America in the early 2000s and expanded to most jurisdictions in the region. Brazil was a regional pioneer and introduced leniency in 2000, whilst Mexico followed suit in 2006, Chile in 2009 and Colombia in 2010. Since 2011 this revolution has consolidated as countries learnt from experience and introduced the first set of leniency reforms.

66

Tapia (n 59) 142.

67

See IDB/OECD (n 63) 16.



In hindsight, the leniency experience in Brazil, Mexico, Chile, and Colombia can generally be branded as a success, despite the varying outcomes and timings to deliver positive results. A brief comparative analysis of the leniency experience in these four jurisdictions follows next.

5.1 *Brazil*

Brazil implemented its leniency programme in 2000, being the first Latin American country to effectively implement such tool.⁶⁸ The positive results were almost immediate as the country's first leniency agreement was executed in 2003.⁶⁹ Since then, the Brazilian competition authority⁷⁰ has

⁶⁸ In line with the global trend towards convergence of leniency programmes, Brazil's leniency programme is similar in many respects to that of the United States. See Barnett, "Perspectives on Cartel Enforcement in the United States and Brazil" (28 April 2008), available at: <https://www.justice.gov/atr/speech/perspectives-cartel-enforcement-united-states-and-brazil>.

⁶⁹ Particularly on 8 October 2003. In 2008 that date was officially established as the Anti-Cartel Enforcement Day in commemoration of the first ever leniency agreement to be executed in Brazil. See OECD/IDB, Latin American Forum, "Session I: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels" (9-10 September 2009, Santiago, Chile) 3.

⁷⁰ The Administrative Council for Economic Defense (CADE) is Brazil's competition law enforcer, which is entrusted with administering the leniency programme.

executed more than 72 leniency agreements with companies and individuals that had allegedly participated in cartel conduct.⁷¹

This is remarkable considering that CADE's first cartel decision was issued only in 1999. It also indicates that Brazil stands out as an excellent example of how a young antitrust jurisdiction can implement a successful leniency programme in roughly 15 years. Special regard to the Brazilian experience should be paid by the rest of the Latin American countries given that they all share, albeit to varying degrees, the social, economic and cultural traits stated at the beginning of chapter 5.

As explained in more detail below, the key to the success of Brazil's leniency programme is its firm reliance on severe sanctions (in particular, CADE's commitment to increasing fines over time and criminally prosecuting individuals engaged in collusion), fear of detection (e.g. CADE's increasing use of dawn raids), and the adoption of clear, fair, and predictable rules to improve the attractiveness of the programme.⁷²

The Brazilian competition regime provides serious sanctions for cartel behaviour. Companies can be sanctioned with fines ranging from 0.1% to 20% of their gross revenue whilst individuals involved in the conduct can receive fines varying between 1% and 20% of the fine imposed on their respective companies.

Brazil's increased efforts against cartels can be shown as CADE's fines based on the percentage of the sanctioned companies' revenue picked up over time, even though the latest modification to its competition law actually reduced the maximum applicable fines.⁷³ As an illustration of this trend, in its first cartel decision in the flat steel market in 1999 CADE set the fine at the

⁷¹ Brazil's leniency statistics are condensed by CADE and are available at: <http://en.cade.gov.br/topics/leniency-program> (accessed on 9 November 2017).

⁷² Similarly, Ana Paula Martinez argues that the effectiveness of Brazil's leniency programme "is built mainly on three pillars: fear of detection (with increasing numbers of dawn raids and wiretaps, as a result of the cooperation with criminal authorities), threat of severe sanctions (with record fines and jail sentences), and efforts to promote transparency". See Martinez, "Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience", *Journal of European Competition Law & Practice* (Vol. 6, No. 4, 2015) 260.

⁷³ The previous competition law no. 8,884/94 provided the possibility of levying higher fines on companies (i.e. up to 30% of the company's revenue) than the current competition law no. 12,529/11 (i.e. up to 20% of the company's revenue), however, despite the legislative lowering of the ceiling on fines, in practice the relative weight of CADE's cartel fines has increased over time.

statutory minimum percentage of 1% of the firms' turnover whereas in the sand extraction cartel decision of 2008 fines amounted to 22.5% of the firms' turnover.⁷⁴

Cartels are not only subject to administrative fines in Brazil, but also to criminal sanctions. Pursuant to law no. 8,137 of 1990, individuals involved in cartel behaviour can be imprisoned from 2 to 5 years. In this regard, the OECD has regarded Brazil as one of the most active nations when it comes to criminal prosecution of cartels.⁷⁵

Jointly with the adoption of a leniency programme in 2000, CADE was granted the power to carry out dawn raids and inspections. Ever since the first dawn raid in 2003, CADE use of this investigative tool has steadily grown throughout the years. It is not striking that the first leniency application was made in 2003, immediately after the first two dawn raids ever carried out by CADE, which reveals the close link between the fear of detection and cartelists blowing the whistle.

Since the adoption of its original leniency programme in 2000, Brazil has been taking incremental steps to achieve further predictability and transparency, which as explained above, is crucial to the successful outcome of any leniency programme. On this regard, Brazil's leniency programme was modified and consolidated with the enactment of Brazil's new competition law no. 12,529 in 2011.

Arguably the most relevant change in such respect is that Brazil has amended its competition law (as recommended by the OECD)⁷⁶ to eliminate the uncertainty as to whether a successful leniency applicant is entitled to full criminal immunity. Under the previous competition law no. 8884/94 it was unclear whether a leniency recipient would obtain full criminal immunity or exclusively in relation to the crimes listed in the Economic Crimes Law no. 8,137/90. To dispel the uncertainty as to the rewards derived from the programme and thus increase cartelists' incentives to come forward, the legal wording was amended and the current competition law no. 12,529/11 clarifies that a leniency recipient is entitled to full criminal immunity.⁷⁷

⁷⁴ OECD/IDB, Latin American Forum, "Session I: Using Leniency to Fight Hard Core Cartels" (9-10 September 2009, Santiago, Chile), 4.

⁷⁵ OECD, *Competition Law and Policy in Brazil, A Peer Review* (2010) 18.

⁷⁶ OECD, *Competition Law and Policy in Brazil, A Peer Review* (2005) 111.

⁷⁷ Like in Brazil, uncertainty in connection with criminal liability was also a shortcoming of the original US leniency programme. As advanced above, the US

A further example of Brazil's attempts towards increased predictability is CADE's publication of its first Leniency Guidelines⁷⁸ in June 2016, which explain in detail how the leniency programme works.

Countering Brazil's efforts to increase the predictability of its leniency programme, there are certain factors that undermine the incentives of cartel members to self-report in Brazil, and which are addressed below.

Firstly, the fact that leniency recipients are potentially subject to full damages compensation affects the predictability of the programme. Insofar as private damages litigation remains low in Brazil this is not a pressing issue. Nevertheless, should the number and economic significance of the actions brought by private parties soar, Brazil's leniency programme will certainly lose attractiveness with a consequent decrease in leniency applications, which in turn will lead to less cartels being tackled by CADE.

Secondly, the infamous leakage to the media of confidential information contained in a leniency agreement occurred in Brazil in 2013 has severely affected the programme's credibility, especially in the eyes of foreign companies.⁷⁹ Aggravating the uncertainty regarding the disclosure of confidential leniency information, the Brazilian Superior Court of Justice recently ruled that, if the leniency materials are deemed essential for private enforcement, third parties should have access to leniency materials before a final decision is reached by CADE.⁸⁰ Such a decision negates CADE's position not to disclose leniency agreements and related documents until a final decision on the case.

revamped its leniency programme in 1993 clarifying that successful leniency applicants are entitled to full criminal immunity, and therefore the individuals involved would not be subject to imprisonment. The experiences in both the US and Brazil demonstrate that predictability -especially when related to whether an executive could spend jail time- is of paramount importance to a successful leniency programme.

⁷⁸ Available at: <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guidelines-cades-antitrust-leniency-program-final.pdf> (accessed on 20 June 2017).

⁷⁹ Martorano, "The Leniency Avalanche in the first 5 years of the Brazilian Antitrust Law: Improvements achieved and challenges ahead", in *Brazilian Antitrust Law (Law No. 12,529/11): 5 years* (IBRAC 2016) 243.

⁸⁰ Celidonio Neto, "Five years of anti-cartel enforcement under the new Brazilian Antitrust Law: how changes in the competition regulatory framework balanced the decision matrix in favour of cooperative solutions", in *Brazilian Antitrust Law (Law No. 12,529/11): 5 years* (IBRAC 2016).

To remediate the negative effects of the two factors mentioned above, CADE published in December 2016 a draft resolution which intends to "foster antitrust damages actions in the country in a complementary and harmonious way with the antitrust authority's investigations" as well as to "align the rules related to the access of the documents in CADE with the best international practices".⁸¹

Thirdly, some commentators have expressed concerns that the lack of coordination between the antitrust leniency programme administered by CADE and other existing leniency programmes in Brazil⁸² (i.e. those established by the anti-corruption and criminal organization laws) are denting the predictability of the regime.

Unquestionably, Brazil is at the forefront when it comes to the fight against cartels and leniency in Latin America. According to the OECD, "Brazil has an active leniency programme, which is generating applications and cases",⁸³ and has proven "to be quite successful".⁸⁴ Provided that Brazilian competition authorities overcome the challenges discussed herein, primarily in furtherance of predictability and transparency, the leniency programme should constitute an even more effective tool to enforce competition law in Brazil.

5.2 Mexico

Mexico adopted its first leniency programme in June 2006. Despite the excitement caused by the adoption of leniency and what such new tool could entail in terms of cartel busting for Mexico, "historical records show that the first program did not have the success expected".⁸⁵

The unsuccessful start was unrelated to the features of the leniency programme itself, which following the leniency global convergence trend

⁸¹ Available at: <http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-submits-for-public-consultation-resolution-on-procedures-related-to-the-access-to-documents-from-the-antitrust-investigations> (accessed on 10 August 2017).

⁸² Alves Guimaraes, "Interface between the Brazilian Antitrust, Anti-corruption, and Criminal Organization Laws: the Leniency Agreements", in *Brazilian Antitrust Law (Law No. 12,529/11): 5 years* (IBRAC 2016).

⁸³ OECD, *Competition Law and Policy in Brazil, A Peer Review* (2010) 15.

⁸⁴ Ibid 77.

⁸⁵ COFECE (n 43) 6.

identified above, resembled those adopted in other jurisdictions.⁸⁶ On the contrary, the deficiencies were more fundamentally enshrined in the lack of the cornerstones for effective leniency in the Mexican competition regime. Notably, cartel fines were low and thus not deterrent, and predictability and certainty were absent in the enforcement activity⁸⁷ performed by the Mexican competition agency.⁸⁸

Mexico's competition regime needed important modifications for its leniency programme to deliver the expected results. Accordingly, Mexico carried out a sizeable modification of its competition law regime in 2011 with the purpose of increasing cartel deterrence and thus the attractiveness of its leniency programme.

Firstly, Mexico abandoned the fixed-amount cap on cartel fines and replaced it with a variable ceiling, and nowadays cartelists can be fined with up to 10% of their annual turnover.⁸⁹

Secondly, Mexico criminalised cartel conduct with imprisonment from 5 to 10 years. Despite the huge step of criminalising cartel conduct in 2011, the Mexican regime still had a procedural hurdle that prevented the effective criminal prosecution of cartels, i.e. COFECE could press criminal charges only after reaching a final decision with *res iudicata* effects. Said obstacle was cleared with a new competition law reform in 2014, which now

⁸⁶ See Mexico chapter by Guerrero Rodriguez and Michaus Fernandez, in *The Cartels and Leniency Review*, Varney and Terzaken (eds.) (5th Edition, Law Business Research 2017) 189. Similarly arguing that the Mexican leniency programme is influenced by its European and American counterparts, see Mariscal and Mena-Labarthe, 'Leniency Programs in Latin America: "New" Tools for Cartel Enforcement' (Competition Policy International, Autumn 2010, Volume 6, No. 2) 174.

⁸⁷ Reporting on the flaws of the Mexican competition regime affecting leniency, Guerrero Rodriguez and Michaus Fernandez (n 86) 183 and COFECE (n 43) 6.

⁸⁸ Today the administration of the leniency programme is entrusted to the Federal Economic Competition Commission's (COFECE, for its acronym in Spanish), which is the Mexican competition agency. It is worth mentioning that the Federal Institute for Telecommunications is entrusted with competition matters in the sectors of telecoms, radio and broadcasting.

⁸⁹ This change brought Mexico's fining policy in line with most antitrust jurisdictions, which determine cartelists' fines by reference to a percentage of the offender's turnover rather than a fixed cap. The new approach does not only boost deterrence, but also relies on information which is "relatively easy to obtain, normally collected and audited and kept on records by the companies". See ICN, "Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions (2017)", Report to the 15th ICN Annual Conference (Porto, May 2017) 55.

allows COFECE to press charges with the Criminal Public Prosecutor before reaching a final administrative decision.⁹⁰ Despite the modifications of the regime to introduce criminal sanctions for cartel conduct, as of today, there has only been one single case in which COFECE sought the criminal indictment of the individuals involved in a cartel.⁹¹ Although an increased level of deterrence has been attained by criminalising cartels, further deterrence (and in turn, more leniency submissions) are likely to follow after individuals responsible for cartel behaviour serve time in prison.

On the other hand, to increase the threat of detection, the 2011 amendments granted COFECE the much-needed power to carry out unannounced inspections.⁹² As explained above, surprise inspections on business premises is fundamental to convey a real fear on cartelists of being detected.

In terms of the third pillar of predictability and transparency, stakeholders do not report serious flaws in the Mexican leniency programme. Arguably this is related to the fact that criminal enforcement of cartels has been recently introduced and that private litigation is yet in a nascent stage in Mexico.⁹³

The recent criminalisation of cartels (once indictments become more frequent and individuals effectively serve time in prison) should increase the number of leniency applications in Mexico. Close cooperation between COFECE and the Federal Criminal Prosecutor is expected to avoid conflicting positions (for instance, in relation to safeguarding confidential leniency materials),⁹⁴ which would negatively impact on cartelists' incentives to come

⁹⁰ Valdes-Abascal and Santiago-Abrego, *Cartel Regulation* (Getting the Deal Through 2016) 200.

⁹¹ In early 2017, for the first time, COFECE pressed criminal charges against three individuals involved in a bid-rigging cartel in the health market. COFECE's press release is available at: <https://cofece.mx/solicita-cofece-accion-penal-contra-3-personas-que-de-acuerdo-a-sus-investigaciones-se-coludieron-en-la-venta-de-bienes-en-el-sector-salud> (accessed on 18 December 2017).

⁹² COFECE (n 43) 7. Prior to the 2011 reform COFECE had to request a judge's authorization to perform a dawn raid.

⁹³ Mexico's legislation does not allow stand-alone actions for cartel infringements, but only follow-on actions where an infringement decision from the competition authority predates the private action.

⁹⁴ Mariscal and Mena-Labarthe warn about how leniency programmes could be impaired by the lack of coordination between the competition authority and criminal prosecutors, see Mariscal and Mena-Labarthe, (n 86) 176.

forward. Cooperation is likewise advisable if and when private enforcement attains relevance in Mexico.

Also potentially affecting the predictability of Mexico's leniency programme, some stakeholders have reported that the existence of a parallel anti-corruption leniency programme for big rigging cases could be hampering the effectiveness of antitrust leniency in Mexico.⁹⁵

On the other hand, COFECE has also taken measures to ensure that its leniency programme conveys certainty and transparency for all stakeholders. For instance, in 2016 COFECE had to adopt the unprecedented decision of revoking leniency to a non-cooperating applicant. Although such measures are very exceptional in the leniency world, they are not completely unheard of in other jurisdictions, since there are times in which competition agencies must adopt a tough stance and recall applicants that the benefits of leniency are reserved only for those parties that fully cooperate throughout the whole investigation. Some may argue that the revocation of a leniency application would always be prejudicial for the system's predictability, however, if the decision is fair and duly justified it can only reinforce the transparency of the programme.

Moreover, as part of the journey to enhance predictability and transparency, in 2010 COFECE issued its first guidelines explaining the functioning of its leniency programme, which were revised and amended with the same goal in June 2015.

To sum up, the leniency experience in Mexico has been one of gradual progress. By the time its first leniency programme was implemented in 2009, all of the pillars for effective leniency were absent as cartel sanctions were not dissuasive and the level of cartel detection was low. Nonetheless, as time elapsed, Mexico introduced several reforms to buttress its leniency programme, notably, increasing civil fines (through the deletion of its fixed-amount cap) and buttressing cartel detection by means of granting COFECE with vital dawn raid powers. Furthermore, the criminalisation of cartels (and the first criminal indictment in February 2017) has definitely increased the number of leniency applications in Mexico.

⁹⁵ In COFECE (n 41) 17-18, the Mexican competition agency highlights as one of the challenges ahead the need to coordinate and cooperate with the anticorruption authorities as certain offenses can fall under both the anticorruption and competition law frameworks.

5.3 Chile

Following the regional examples of Brazil and Mexico, Chile adopted its first leniency programme in July 2009.⁹⁶

At the moment of introducing its first leniency programme, the Chilean competition regime lacked the cornerstones of effective leniency since cartel enforcement was limited, sanctions were weak, and the Chilean Competition Authority⁹⁷ was devoid of the necessary tools to effectively fight cartels.⁹⁸

Against this background, the adoption of a leniency programme in 2009 was not isolated but part of a substantial overhaul of Chile's Competition Law DL 211/1973, which sought to equip the Chilean Competition Authority with the necessary tools to tackle cartels as well as to increase the level of fines to deter collusions.

Prior to the 2009 amendment of Chile's Competition Law, monetary penalties failed to be deterrent, thus the maximum fine was increased by 50% (from approximately US\$15 million to US\$22 million). Similarly to the Mexican experience addressed above, Chile's 2009 increase of its maximum fines despite representing an improvement, proved to be inadequate to both *ex ante* deter cartel formation and to *ex post* sanction cartelists. As a consequence, Chile's Competition Law was amended once again in 2016, whereby the fixed ceiling was abandoned and a variable maximum fine determined in relation to the offender's turnover was adopted.⁹⁹

⁹⁶ The features of the Chilean leniency programme are based on the EU system. See Barahona, "Confidentiality of Leniency Material vis-à-vis Criminal Prosecution (Chile)", *Journal of European Competition Law & Practice* (Vol. 8, No. 4, 2017) 253.

⁹⁷ The Chilean Competition Authority is comprised of the *Fiscalía Nacional Económica* (FNE), a prosecuting body that investigates and presses charges; and the *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (TDLC), a specialized court which adjudicates and decides the cases prosecuted by FNE.

⁹⁸ See OECD, *Competition Law and Policy in Chile: Accession review 2010* (2011) 50.

⁹⁹ Today, the Chilean Competition Law sets forth a maximum fine for cartelists amounting to 30% of the sales achieved while the collusion existed or twice the economic benefit achieved through the collusion. If determining the sales proves impossible, then a maximum legal fine of approximately US\$53 million can be applied.

Additionally, the 2016 amendment criminalized cartels in Chile, and at present individuals involved in cartel conduct can be subject to imprisonment from 3 to 10 years, with at least 1 year of effective prison time.

It is very likely that the criminalization of cartels coupled with the increase in the level of fines will foster the number of leniency applications received by the FNE in the near future.

To strengthen the threat of cartel detection, which was low in the pre-lenieny scenario, the 2009 amendment of Chile's Competition Law conveniently granted the FNE new investigatory tools to hunt cartels¹⁰⁰. Most importantly, the FNE was given the power to carry out searches, inspections, wiretapping as well as ordering telecom companies to hand in communication records,¹⁰¹ all of which require the authorization of the TDLC and a judge from the Court of Appeals.¹⁰²

Shortly after the enactment of the original leniency programme and to enhance predictability for potential applicants, Chile published its first leniency guidelines in October 2009. Furthermore, as a consequence of the 2016 amendment, Chile revised and updated its leniency guidelines in March 2017.¹⁰³

It is undoubtable that the adoption of harsher sanctions for cartelists (i.e. criminalization together with an increase in civil fines for cartels) as well as the higher prospects of cartel detection (achieved notably through the award of dawn raid powers to the FNE) will boost cartel deterrence and consequently lead to a surge in leniency applications in Chile. Nonetheless, at least three factors still distort the predictability (and thereby success) of Chile's leniency programme.

Firstly, the system is riddled with uncertainty as to whether successful leniency recipients are entitled to criminal immunity. Although a 2003 amendment to the Chilean Competition Law abrogated criminal

¹⁰⁰ Since the 2009 amendment of the Chile's Competition Law, all of the prosecutions brought by the FNE were originated on a leniency application and/or featured the use of dawn raids.

¹⁰¹ IDB/OECD, "Recent Challenges for Cartel Combat: Chile's New Leniency Programme" (Latin American Competition Forum, 9-10 September 2009, Santiago, Chile) 5.

¹⁰² Lizana, Piedra, Barahona, and Kubick Orrego, "Overview of Competition Law in Chile", in *Overview of Competition Law in Latin America* (IBRAC 2016) 110.

¹⁰³ Chile's leniency guidelines are available at: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Guidelines_Leniency_Cartel_Cases.pdf

sanctions for anti-competitive conducts, since 2008 certain criminal prosecutors casted uncertainty on the regime by bringing criminal charges based on article 285 of the Chilean Criminal Code (enacted in 1874), which punished artificially increasing prices with up to 3 years of prison. In December 2015 a Court of Appeals restored some level of certainty to the regime by blocking the criminal prosecutor's attempt to seek the imprisonment of certain individuals involved in the Retail Pharmacies cartel.¹⁰⁴ Despite the Court of Appeals' decision, some uncertainty remains as to whether prosecutors can seek the criminal enforcement of cartels, and this will certainly diminish the attractiveness of Chile's leniency programme.¹⁰⁵ The US and Brazilian experiences addressed above confirm that it is crucial for the success of a leniency programme to clearly provide whether criminal immunity will be awarded, as no businessman will self-report its involvement in a cartel if that will trigger the chance to be imprisoned.

Secondly, also generating uncertainty and closely linked to the first factor, certain criminal prosecutors began requesting the Chilean Competition Authority to disclose confidential information (including leniency applications and submissions) to criminally prosecute cartel behavior based on article 285 of the Chilean Criminal Code. This matter reached the Constitutional Tribunal of Chile,¹⁰⁶ which sided with the Chilean Competition Authority and denied access to the confidential materials filed in the framework of the Tissue Paper cartel investigation. At the core of the dispute, among other issues, was the public interest in running a predictable leniency programme to investigate collusions, and the devastating effect that breaching the confidentiality of applications would entail for Chile's leniency programme.¹⁰⁷

Thirdly, the Chilean Supreme Court has repealed some decisions of the TDLC or substantially reduced the fines imposed therein,¹⁰⁸ which as

¹⁰⁴ Court of Appeals of Santiago (Chile), FNE v. Farmacias Ahumada (29 December 2015).

¹⁰⁵ It is also true that the 2016 amendment of Chile's Competition Law diminished the referred uncertainty since by creating a new and discrete cartel offence, Congress implicitly meant that article 285 of the Criminal Code is not applicable to cartels (if it ever was).

¹⁰⁶ Decision in Case No 2934-15-CCO (2016) Constitutional Tribunal, Chile, "*Contienda de competencia suscitada entre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Regional Metropolitana Sur del Ministerio Público*".

¹⁰⁷ For a comment on the case, see Barahona (n 96) 253-256.

¹⁰⁸ Tapia (n 59) 160.

flagged in section 4.4 above decreases cartel deterrence and consequently the incentives of cartelists to self-report.

All in all, the Chilean leniency programme has been gradually consolidated¹⁰⁹ since its adoption in 2009, and improved with the 2016 amendment of the Chilean competition law. It is expected that the recent criminalization of cartels and the increase in the maximum civil fine will reinforce the incentives of cartelists to blow the whistle; however, these advances need to go in hand with increased efforts in the field of transparency and predictability, notably, as to the confidentiality of leniency materials and the criminal immunity of successful leniency applicants.

5.4 Colombia

Colombia's first leniency programme entered into force in August 2010.¹¹⁰

By the time of the enactment of its leniency programme, Colombia's competition system lacked the preconditions to guarantee the operation of a successful leniency programme.

In that regard, the OECD reported in 2009 that, despite SIC's efforts to tackle cartels "most cases were settled with the acceptance of undertakings from the companies without the imposition of significant penalties, the effect of which is to diminish the deterrent effect of these prosecutions".¹¹¹ At that time, maximum legal fines for cartel conduct amounted to 2,000 minimum monthly wages (at that time approximately US\$427,000), which was undeniably low and far from creating any kind of deterrence on cartelists. To illustrate with an example, the whole Colombian cement industry was fined with the meagre amount of US\$1.3 million for market allocation during 2005.¹¹² The suspicion that such fines were non-deterrent was corroborated by

¹⁰⁹ Opinion of the FNE's head Felipe Irrarazabal in *The Antitrust Review of the Americas 2017* (Global Competition Review, 2016) 122.

¹¹⁰ Article 14 of Law 1340 of 2009 authorized the Colombian Competition Authority (i.e. the Superintendence of Industry and Commerce or SIC) to create a leniency programme, which was subsequently introduced by means of Decree 2896 of 2010.

¹¹¹ OECD, *Competition Law and Policy in Colombia, A Peer Review* (2009) 8.

¹¹² SIC's Resolution no. 051694 of 2008. As a further example of the non-deterrent effect of fines in the pre-lenieny scenario, SIC imposed an insignificant fine worth US\$2,260 to a company engaged in bid-rigging in a public tender for systematization services for district schools in Bogota. See OECD, *Competition Law and Policy in Colombia, A Peer Review* (2009) 22.

the fact that less than 5 years after (i.e. between January 2010 and December 2012) the very same companies (Cementos Argo, Cemex, and Holcim) engaged again in collusion in connection with the same product. However, this time the fines imposed by SIC under the new regime were considerably higher, and amounted to approximately US\$68 million.¹¹³

In addition to the weak sanctions provided in the pre-leniency scenario, SIC lacked dawn raid powers, which as stated above, is an indispensable tool for any competition agency to effectively fight cartels.¹¹⁴

Against this feeble cartel enforcement scenario, the OECD rightly warned that Colombia's newly enacted leniency programme could not "be effective unless the SIC also establishes a reputation for imposing large, punitive fines on cartel operators".¹¹⁵

In this context, Colombia's Competition law underwent a substantial modification in 2009. As a buttress to the newly created leniency programme, the maximum financial penalties for cartel behavior were augmented and since then, Colombia's Competition Law foresees fines for cartelists of up to 100,000 minimum monthly wages (equivalent today to roughly US\$25 million).¹¹⁶ By increasing the maximum legal fine by 50 times, the Colombian competition regime moved in the right direction towards creating a real threat of severe sanctions on cartelists. This modification in the legal text was in turn

¹¹³ SIC's Resolution no. 81391 dated 11 December 2017. See SIC's press release at: <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-el-mercado-del-cemento-superindustria-sanciona-a-argos-cemex-y-holcim> (accessed on 18 December 2017).

¹¹⁴ The SIC has no formal dawn raid powers, but only the power to inspect premises provided that the investigated firm agrees to it. However, if the firm refuses to submit to the inspection without a valid justification, SIC may charge the firm with obstructing the investigation which foresees the same penalty as cartels. Certain delays in authorizing SIC's staff to access the premises as well as unexpected absences of key managers or employees, argues in favour of formally granting dawn raid powers to SIC.

¹¹⁵ OECD, *Competition Law and Policy in Colombia, A Peer Review* (2009) 59.

¹¹⁶ See article 25 of Law 1340 of 2009, which also provides a second and alternative parameter under which fines can amount up to 150% of the profits derived from the anticompetitive conduct. Since calculating the latter figure is complex, SIC generally calculates fines using the maximum fixed amount. In this regard, the OECD recognizes that "the option permitting fines of up to 150% of the illicit profits is unavailable as a practical matter, because the profits cannot effectively be calculated". See OECD, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy* (2016) 21.

accompanied by SIC's strong commitment to increase the level of fines for hard-core cartels.¹¹⁷

Despite the heightened deterrence brought about by the substantial increase in the maximum legal fines, it is nonetheless worth noting that the Colombia's Competition law still provides a fixed ceiling for fines.¹¹⁸ As explained above whilst addressing the experiences of Chile and Mexico, maximum fines that refer to a specific amount of a certain currency achieve less deterrence vis-à-vis those that refer to variable ceiling (e.g. a certain percentage of a company's sales or turnover), as the former can be more easily factored into a cartelist's cost-benefit analysis. Moreover, a fixed-amount fine can have uneven results as small firms will be more deterred whereas larger and more resourceful firms will tend to be less deterred by the same fine.¹¹⁹

To further increase deterrence and incentivize whistle-blowing by cartelists, in 2011 Colombia criminalized big-rigging in public procurement with imprisonment from 6 to 12 years, fines up to 1,000 minimum monthly wages (approx. US\$ 250,000) and debarment from public procurement of up to 8 years.

The combination of low fines (which ultimately resulted in a poor anti-cartel enforcement record) and the absence of formal dawn raid powers, largely explains the slow development of Colombia's leniency programme. To make its whistle-blower programme more predictable and appealing to cartelists, certain modifications were adopted in 2015 by means of Decree 1523/2015. As acknowledged by SIC, although the leniency programme was

¹¹⁷ Both in 2013 and 2014, the average individual fine levied by SIC on firms engaged in cartel conducts more than doubled those imposed during the 2008-2012 period. See OECD, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy* (2016) 61.

¹¹⁸ In September 2015 bill no. 38 of 2015 was introduced in the Colombian Senate to modify, *inter alia*, the methodology to calculate financial penalties under the Colombian Competition Law, however, it was withdrawn for political reasons in April 2016. Maintaining the current fining criteria of 100,000 minimum monthly wages, the bill sought to introduce several other fining parameters for SIC to determine fines, i.e. up to 10% of the offender's income, or up to 10% of the offender's assets, or up to 30% of sales related to the collusion, whichever is the highest. The bill's statement of purpose acknowledged that the current fix ceiling on fines of US\$25 million proves inadequate to sanction and deter anticompetitive conduct by high-turnover companies and companies involved in long-lasting cartels.

¹¹⁹ Also acknowledging that Colombia's fixed maximum legal fines may not act as sufficient deterrent for large firms, see OECD, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy* (2016) 21.

implemented in mid-2010 it only began to be fruitful in 2014, delivering important results in 2015.¹²⁰

Despite the slow, albeit steady, progress made by Colombian leniency programme, there are still several important issues affecting its predictability and success.¹²¹

Firstly, Colombia's competition law system does not foresee criminal immunity for the first-in applicant in the case of public bid rigging, but only limited incentives consisting in reductions of one-third of the maximum imprisonment term (i.e. from 12 years to 8 years), 40% of the maximum fine (i.e. from 1,000 to 600 minimum monthly wages), and three years in the debarment from public procurement (i.e. from 8 to 5 years). These reductions in the extent of criminal liability would not be sufficient to lure leniency applicants, and it is certainly the prospect of serving time in jail – even if reduced- that will discourage any businessman from turning in.¹²²

Secondly, a successful applicant under Colombia's leniency programme is potentially subject to full compensation of private damages, and this operates as a disincentive for cartelists to blow the whistle. Despite the fact that private damages actions in Colombia are still in a nascent stage,¹²³ in the future this could become an important factor affecting the attractiveness of Colombia's leniency programme.¹²⁴

Thirdly, the Colombian regime foresees the possibility of granting confidential treatment to the identity of the leniency applicant upon request to

¹²⁰ *The Antitrust Review of the Americas 2017* (Global Competition Review, 2016) 125.

¹²¹ Most of these negative factors were addressed in a legislative proposal, which was backed by the SIC, to amend Colombia's competition law, but as stated, unluckily such proposal has lost parliamentary status.

¹²² The bill referred to above also aimed at granting criminal immunity to individuals involved in public procurement bid-rigging to make Colombia's leniency programme more attractive. However, such bill has been withdrawn from Congress.

¹²³ To date, there are no reported cases of successful awards of damages in Colombia. See Colombia chapter co-authored by Alberto Zuleta-Londono and Ximena Zuleta-Londono, *International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2016* (Global Legal Group, 2016) 60.

¹²⁴ The withdrawn bill also dealt with this issue and proposed to limit the liability of a leniency successful applicant to the extent of its damages, as an exception to today's joint and several liability between cartelists. See OECD, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy* (2016) 62.

SIC,¹²⁵ but such treatment does not extend to the leniency application itself or to the accompanying evidence submitted to SIC. There is no express rule prohibiting SIC and/or other leniency applicants which may have obtained access to leniency materials through access to file, from disclosing such documents if required by a domestic or foreign court in the framework of a civil damages litigation. SIC has expressly recognized that this shortcoming in the current legislation can negatively impact the effectiveness of the leniency programme, and has thus advocated for the introduction of a prohibition to extend the scope of confidentiality to also cover leniency materials.¹²⁶

Fourthly, as reported by SIC as also affecting the predictability and transparency of Colombia's leniency programme, is the statutory requirement that in order to be granted civil immunity, the first applicant must not have been the instigator or promoter of the collusion.¹²⁷ Leniency applications might be discouraged both in situations in which it is clear-cut who has been the cartel promoter, as well as those in which the converse is true (for instance, because members might have switched the leader role throughout time in a long-standing collusion).

Finally, unlike Brazil, Mexico, and Chile, Colombia has not yet issued leniency guidelines. The four factors tampering the predictability of Colombia's leniency programme identified above obviously call for greater and more urgent attention, however, the issuance of leniency guidelines would be a step forward towards reducing at least some the uncertainty surrounding its leniency programme.

6. *Conclusions*

In spite of the different outcomes, the leniency experiences in Brazil, Mexico, Chile and Colombia ratify that, first and foremost, a jurisdiction needs to lay the cornerstones that will enable the leniency programme's future success, i.e. (i) threat of severe sanctions; (ii) fear of detection; and (iii) predictability and transparency in enforcement.

¹²⁵

Article 15, Law 1340 of 2009.

¹²⁶ OECD, Secretariat Background paper, "Leniency programmes in Latin America and the Caribbean: Rules, reforms and challenges" (14th Latin American and Caribbean Competition Forum, Mexico City, 12-13 April 2016) 15.

¹²⁷ See OECD, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy* (2016) 62.

The relevance of achieving these three pillars in order to have a successful leniency programme is further confirmed by the fact that most leniency programmes in the world (i.e. not only those under analysis in this paper) are modelled on the United States leniency programme,¹²⁸ hence, the factors which might prevent the effectiveness of a particular leniency programme are most likely associated with the total or partial absence of the referred cornerstones in the competition law regime of a particular jurisdiction rather than with the intrinsic features of a the leniency programme itself.

Well-aware of the critical importance of these three cornerstones and that the "leniency revolution" would not magically put an end to all cartel behaviour, policy-makers in the surveyed Latin American countries while introducing leniency (or shortly thereafter through additional reforms) pledged to equip their competition agencies with the necessary investigatory powers (mainly, the power to carry out dawn raids) and stronger sanctioning powers (e.g. criminalization of cartels, elimination of fixed ceilings on fines). On their part, competition agencies actively deployed these new enhanced investigatory and sanctioning powers through a more aggressive cartel enforcement, which increased the fear of detection and the threat of severe sanctions on cartelists, generating further incentives on cartelists to blow the whistle.

The recent criminalisation of cartels and the abandonment of fixed ceilings for fines in both Chile and Mexico will undoubtedly boost their leniency programmes. On the other hand, Colombia may not take full advantage of its leniency programme as long as the fixed-amount ceiling on civil fines is not abolished and/or cartels (other than bid-rigging in public procurement) are fully criminalized. However, the experience in the European Union demonstrates that cartel criminalization is not an essential condition to have an effective leniency programme.

The experience in the reviewed jurisdictions also ratifies the predominant role that predictability and transparency play in having a successful leniency programme. To enhance the predictability of their leniency programmes, Brazil, Mexico and Chile adopted several steps, for instance, by clarifying the precise scope of the benefits granted by leniency

¹²⁸ As stated above, the leniency programmes adopted in Brazil, Mexico, Chile and Colombia are, to different extents, all modelled on the United States' leniency programme. This buttresses the finding of a global alignment or convergence trend in relation to the intrinsic features of leniency programmes.

(most importantly, whether full criminal immunity is available to successful leniency recipients) and publishing guidelines explaining the programme's functioning.

Alongside the three traditional cornerstones identified by commentators, a fourth one has been detected, namely, the need for cooperation and coordination on several fronts to have a successful leniency programme. For instance, greater internal coordination is required with the remaining policies carried out within the competition agency, especially to avoid the risk of over-relying on leniency. Also, a need for greater external cooperation with the courts reviewing cartel fines and ordering the disclosure of confidential leniency materials has been reported in the reviewed jurisdictions as diminishing the attractiveness of their leniency programmes. Additionally, the absence of coordination with parallel leniency programmes established by other domestic laws (e.g. anti-corruption laws) seems to be hampering the effectiveness of the leniency programmes in Mexico and Brazil.

Commentators in Brazil, Mexico, Chile and Colombia have identified the interface between leniency and private damages actions as one of the challenges that lie ahead once the latter increase in the region. Today, private damages actions are still underdeveloped in Latin America, however, this type of actions will most likely surge in the near future (as they did in the United States, the European Union, and almost everywhere else).

Once this occurs, cartelists will begin to factor-in the potential awards and litigation costs within their cost-benefit calculation when considering filing for leniency. In turn, competition agencies will need to assess the impact of private litigation on the incentives provided to potential applicants to come forward and report their involvement in a cartel. At that stage, we will likely witness the passing in the region of some kind of legislative cap on private actions as those imposed in the United States¹²⁹ or the European Union¹³⁰ because the prospect of hefty private damages awards

¹²⁹ See United States' Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA) of 2004, which creates an exception to the ordinary treble damages to which a private plaintiff is entitled under section 4 of the Clayton Act. ACPERA limits the damages recoverable by a private plaintiff against a successful recipient of leniency to single or actual damages.

¹³⁰ See Damages Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council dated 26 November 2014, article 11, paragraph 4, which sets forth an exception to the general joint and several liability of cartelists, thus limiting the

will certainly discourage cartelists from blowing the whistle, thus endangering the capability of competition agencies to tackle collusions.

liability of immunity recipients to the damages caused to its direct or indirect purchasers as long as the other injured parties are able to recover full compensation from the other cartelists.

VALORAÇÃO E PADRÃO DE PROVA EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE CARTEL

Paulo Burnier da Silveira¹ e

João Felipe Aranha Lacerda²

1. Introdução

Em Processos Administrativos no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o debate sobre valoração de prova e padrão probatório surge de modo frequente. Todavia, e a título preliminar, diferencia-se desde logo os processos que visam apurar a existência de cartel daqueles que examinam supostas práticas de abuso de posição dominante. Isso porque, nos casos de abuso de posição dominante, os fatos são geralmente incontroversos, de modo se discute diretamente a licitude da conduta, e não propriamente a sua existência. Inversamente, em casos de cartel, a comprovação do acordo ilegal entre concorrentes é etapa essencial para a configuração do ilícito apurado. Nessas situações, não há, de todo modo, extenso debate sobre a ilicitude, em razão do entendimento majoritário de que cartéis são ilícitos *per se*, independentemente de comprovação de efeitos econômicos negativos.

Dito isto, percebe-se que, em casos de cartel, as questões fáticas assumem relevo ímpar. É por esse motivo que os debates mais profundos sobre valoração e padrão probatório ocorrem em sede de processos que visam apurar a existência de cartel. Como se verá, não se trata de debate

¹ Professor-Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de Paris II. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Atualmente, exerce a função de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições mencionadas.

² Mestrando em Direito pela University of Cambridge (Reino Unido). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Advogado. As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão das instituições mencionadas.

propriamente novo no âmbito do CADE ou da doutrina antitruste, mas que comporta oscilações a depender da composição colegiada ou jurisdição, em que pese existir uma jurisprudência cada vez mais perene sobre seus *standards* mínimos para comprovação da ilicitude.

Diante desse contexto, o tema reaparece com frequência nas discussões acadêmicas e práticas do direito antitruste. Inicialmente, esse artigo busca trazer um aporte dogmático para o debate, de modo a esclarecer o conceito de prova, bem como de meio de prova, para, em seguida, diferenciar os conceitos de prova direta e indireta. Posteriormente, o artigo aborda a possibilidade de condenação com base em provas indiretas e em provas decorrentes de colaboração em acordos de leniência ou em termos de compromisso de cessação (TCC). Por último, será discutido o padrão de prova necessário para condenação no âmbito do direito administrativo sancionador.

2. Prova e meio de prova

Prova é demonstração da verdade de uma proposição, como afirma o célebre processualista Francesco Carnelutti.³ Portanto, não se pode confundir prova e meio de prova. Esse é o meio pelo qual se busca demonstrar a verdade de uma proposição. Dessa forma, um documento ou um depoimento são meios de prova, não provas – no sentido técnico-jurídico.

Ademais, como prova é a demonstração da verdade de uma proposição, o objeto da prova não é um fato, mas uma alegação de fato. Um fato não pode ser verdadeiro ou falso. Ele está no âmbito ôntico, do ser. Em outras palavras, ou o fato existiu ou não existiu.⁴

O que pode ser qualificado como verdadeiro ou falso é uma proposição, uma alegação de fato. A verdade sobre determinada proposição está no campo axiológico, de valoração.⁵ Somente afirmações podem ser verdadeiras ou falsas.⁶ Nas palavras de Candido Dinamarco:

³ CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. 2 [Ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 67.

⁴ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 57.

⁵ Idem.

⁶ Nas palavras de Candido Dinamarco: “Provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de

“Provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prova-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”⁷

No entanto, nunca será possível atingir a verdade real, absoluta, sobre uma alegação de fato. Não é possível reconstruir o passado com absoluta certeza do que ocorreu. O que sempre haverá, portanto, é um juízo de probabilidade sobre a verdade de certa alegação de fato. O fato objeto da alegação que se busca provar é chamado de “fato probando”.

Em relação à finalidade da prova, a ampla doutrina processual brasileira entende que é dar suporte ao julgador para formar seu convencimento sobre o fato probando. Nas palavras de Vicente Greco Filho: “*No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz*”.⁸ Ademais, em decorrência dessa finalidade, a doutrina brasileira majoritária entende ser o julgador o destinatário da prova.

3. Provas diretas e indiretas

A alegação de existência do fato probando pode ser comprovada mediante as chamadas provas diretas ou provas indiretas. Vale notar que, tecnicamente, deveríamos nos referir a meios de prova diretos ou meios de prova indiretos. No entanto, adota-se, neste artigo, a nomenclatura usualmente utilizada, qual seja, prova direta e indireta.

Provas diretas se referem especificamente ao fato probando. A título ilustrativo, podemos citar um depoimento de uma testemunha que estava

prova-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”. DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3, p. 58.

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3, p. 58.

⁸ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2, p. 182. No mesmo sentido, mas referindo-se ao processo penal, LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 576.

presente na reunião em que preços concorrentes fixaram ou uma gravação dessa reunião.

Já as provas indiretas não se referem ao fato probando, mas a outro que, por meio de raciocínio indutivo, autorize concluir pela existência do fato probando. Como exemplo, pode-se mencionar demonstrações econômicas de paralelismo de preços, registros de entrada de vários concorrentes em uma sala de reunião. Fora do direito antitruste, poderíamos citar como exemplo de prova direta o depoimento de uma testemunha ocular que presenciou um acidente e, como indireta, uma perícia que demonstra a posição dos veículos após o acidente.

No Direito brasileiro, as provas indiretas também são chamadas de indícios⁹, como preceitua o próprio Código de Processo Penal ao trazer conceito de indício em seu artigo 239:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

A Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) também explorou esse tema através de estudo comparado envolvendo dezenas de jurisdições. Nesse estudo, as provas indiretas são abordadas como prova circunstanciais, que se subdividem em provas de comunicação e provas econômicas. Nas provas de comunicação, comprova-se o contato entre concorrentes, por exemplo através de reunião presencial ou registro telefônico, mas sem especificar o conteúdo dessa comunicação. As provas econômicas, por sua vez, constituem provas de condutas suspeitas, em geral condutas paralelas identificadas no mercado (como aumento simultâneo de preços), ou mesmo provas econômicas de natureza estrutural, que oferecem fatores de mercado capazes de aumentar ou diminuir as chances da existência de uma colusão.¹⁰

Feitas essas breves considerações sobre o conceito e a natureza da prova, analisa-se o sistema de valoração de provas.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 580.

¹⁰ OCDE. *Roundtable on "Prosecuting Cartels without Direct Evidence"*. Paris, 2010.

4. Sistemas de valoração de prova

O sistema de valoração de provas representa o conjunto de normas jurídicas sobre que instruem o julgador sobre como as provas produzidas no processo devem ser por ele consideradas, valoradas.

O sistema brasileiro adota o livre convencimento motivado (ou persuasão racional) como regra de valoração de prova. Nas palavras de Fredie Didier: “*O CPC consagra, seguindo a tradição brasileira, o sistema que permite que o órgão julgador atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto*”.¹¹ Além disso, o Código de Processo Penal afirma, em seu artigo 155, que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Tratando do Direito Antitruste, Eduardo Molan Gaban e Juliana Domingues afirmam que:

“A valoração das provas deve dar-se por meio do **sistema da persuasão racional**, segundo o qual o julgador deve apreciar as provas para formar seu convencimento sobre a veracidade dos fatos, atendo-se àquelas que julgar mais convincentes”¹²

Portanto, no Brasil, adota-se como regra o sistema do livre convencimento motivado. O julgador examina as provas e forma sua convicção sobre os fatos probando do processo. A partir dessa convicção formada pelo julgador, que extrai legitimidade de sua imparcialidade, deve ele expor a motivação de sua decisão, apontando as provas que influenciaram sua convicção e expondo como as valorou, para permitir posterior revisão.

¹¹ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 117. Também no mesmo sentido, em relação ao processo penal, LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 605.

¹² GABAN, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219.

De qualquer forma, o “livre” convencimento é sujeito a algumas restrições.

Em primeiro lugar, a valoração da prova deve ser motivada de forma racional e clara. A racionalidade e a clareza da motivação são necessárias para possibilitar a revisão e o controle da valoração das provas. Nesse sentido, a Lei 12.529/11 afirma que:

Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar; [...]

No mesmo sentido, a Lei 9.784/99, aplicável ao processo administrativo em âmbito federal:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

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.

Em verdade, a necessidade de motivação da decisão configura corolário do direito fundamental ao devido processo legal, garantido constitucionalmente aos acusados em processos administrativos e judiciais. Em relação a esses últimos, a Constituição da República é expressa ao exigir fundamentação da decisão, sob pena de nulidade (art. 93, IX, Constituição da República de 1988).

Além da necessidade de motivação racional e clara, também se exige que o julgador apenas utilize na formação de convencimento meios de prova constantes nos autos do processo. A finalidade dessa regra é garantir o contraditório, direito constitucionalmente garantido. Portanto, a prova (*rectius*: meio de prova) objeto de valoração pelo julgador deve estar nos autos, sob pena de violação do princípio do contraditório.

Por fim, veda-se que o julgador valore prova obtida por meios ilícitos na formação de seu convencimento. A regra tem assento constitucional: “Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ademais, a vedação também é objeto de previsão expressa na Lei do Processo Administrativo Federal (Art. 30 da Lei 9.784/99).

Portanto, o livre convencimento é, por bem, sujeito a algumas limitações, tais como a exigência de motivação racional e a impossibilidade de valoração de provas ilícitas ou que não estejam nos autos.

Dessa forma, a conclusão sobre a veracidade de uma alegação de fato compete ao julgador caso a caso. Por isso, não parece pertinente a tentativa de valoração de determinados tipos de prova *ex ante*, sem considerar as particularidades de cada caso concreto.

No contexto do direito antitruste e das infrações que se busca coibir, a tentativa de fixação, *a priori*, da valoração de determinados tipos de prova pode trazer mais malefícios do que benefícios. É que, em que pese tal sistematização possa conferir maior grau de segurança para os agentes que se vêm acusados em processos administrativos, poder-se-ia gerar um engessamento excessivo da liberdade do julgador de a modo a valorar esses elementos e formar sua convicção, com base nas peculiaridades das provas e do caso concreto.

Deve-se prestigiar o sistema do livre convencimento motivado, adotado em todos os ramos do direito brasileiro. A ideia de adotar um sistema de tarifação de provas, em que se busca avaliar o valor de cada tipo de prova previamente, é contrária à lógica processual brasileira e acarreta uma retirada indevida da liberdade do julgador em avaliar as provas de cada processo concreto para formar sua convicção.

Ademais, deve-se levar em consideração a natureza das infrações objeto de processos administrativos no CADE, em especial cartéis. Trata-se de delitos de colarinho branco, cometidos, em regra, por agentes de alto nível intelectual e social, de maneira sofisticada e secreta. Ainda, trata-se de um crime que não produz vestígios materiais, como um corpo-delito, um instrumento do crime. Normalmente, o fato probando em um caso de cartel é um mero acordo. É incontroversa a dificuldade de se comprovar crimes de colarinho branco. Mesmo dentro dessa categoria, o cartel é ainda mais difícil, pois não há recurso desviado, não há propina paga. Trata-se de um mero acordo, que pode ser verbal e, inclusive, tácito.

Tento isso em vista, a seção seguinte do artigo aborda a possibilidade de decisão condenatória baseada exclusivamente em provas

indiretas (ou indiciárias) e em provas fornecidas por beneficiário de acordo de leniência ou TCC.

5. Condenação com base exclusivamente em provas indiretas

Há um precedente do CADE que pode ser considerado como *leading case* no uso de conjunto probatório exclusivo de provas indiretas para formação de convicção de condenação. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24, conhecido como cartel dos aquecedores, julgado pelo Tribunal do CADE em 2015, condenado pela unanimidade do colegiado à época. Na ocasião, destacou-se que os cartéis tendem a uma maior sofisticação, em especial os cartéis em licitação, o que justificava estudos, no Brasil e no exterior, sobre a possibilidade e as condições para aferição do ilícito sem provas diretas.

A esse respeito a recomendação da OCDE é no sentido de que as provas indiretas, também chamadas de circunstanciais, podem ser usadas para fundamentar a existência de um cartel: “*the better practice is to use circumstantial evidence holistically, giving it cumulative effect, rather than on an item-by-item basis*”¹³. Nesse sentido, as provas indiciárias devem ser valoradas, de forma holística, para fundamentar o convencimento do julgador e, sendo o caso, eventual decisão condenatória.

Até mesmo na esfera criminal, indícios podem ser suficientes para sustentar uma condenação. O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, afirmou que:

“Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função persuasiva da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a

¹³ OCDE, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006

obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

(...)

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

[...] (HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

[...] (HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009)

[...] (HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.)

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios” (Excerto de voto do Ministro Luiz Fux, Ação Penal 470, STF, Ministro Relator Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2002, DJe 19/04/2013, sem destaques no original).¹⁴. Grifamos

“A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta.”¹⁵. Grifamos

“[...] O conceito de “certeza” e “verdade” são inatingíveis, sendo que o processo, num mecanismo dialético, busca aproximar-se o máximo possível do que realmente ocorreu. Se, em face de tudo o que foi produzido e debatido durante o contraditório, o juiz atingir um grau de certeza que lhe dê segurança para condenar, assim deverá proceder. Do contrário, a absolvição é de rigor.

¹⁴ STF. AP 470. Voto Min. Luiz Fux.

¹⁵ STF. HC 97781/PR, Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento em 26/11/2013

A perspectiva que disso se extrai, diante da *livre persuasão motivada do juiz*, é de não se excluir, em abstrato, o valor da *prova indiciária*¹⁶. Grifamos

Renato Brasileiro Lima, renomado processualista penal, afirma que:

“Muito se discute acerca da possibilidade de se *condenar alguém com base única e exclusivamente em indícios*. A nosso juízo, com a incorporação ao processo penal do *sistema da persuasão racional do juiz* (CPP, art. 155, caput, e CF/88, art. 93, IX), e a conseqüente *exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta* sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado”¹⁷ Grifamos

Portanto, mesmo na esfera penal é possível condenação baseada exclusivamente em indícios, o que corrobora a possibilidade de seu uso na esfera administrativa.

Além disso, parece importante afastar uma falsa premissa de que indícios possuem, inerentemente, menor força probatória do que provas diretas. A título ilustrativo, um vídeo mostrando que o acusado de homicídio entrou no prédio da vítima cinco minutos antes de seu assassinato e um depoimento de uma testemunha que viu o acusado saindo do prédio cinco minutos depois empunhando uma arma e com a roupa manchada de sangue são indícios. São meios de prova dos seguintes fatos: o acusado entrou no prédio e saiu empunhando uma arma e com a roupa manchada de sangue. Esses dois fatos não são o fato probando (que o acusado matou a vítima). No entanto, são fatos que, por meio de um raciocínio indutivo, permitem concluir pela existência do fato probando – ou seja, indícios. Até mesmo a expressão “batom na camisa”, vulgarmente utilizada como sinônimo de prova cabal, é um indício, uma prova indireta.

¹⁶ STF. HC 83.348-9/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Primeira Turma. Julgamento em 21/10/2003.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015, p. 580.

Dessa forma, não se pode assumir que prova indiciária possui baixo valor para o convencimento. O valor de cada prova, direta ou indireta, depende das circunstâncias de cada caso e deve ser avaliado pelo julgador, com base no princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado).

A respeito da utilização dos indícios para sustentar condenação no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, Fabio Medina Osório afirma que:

“No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que *os indícios podem ser suficientes para uma condenação*, especialmente no terreno de aplicação do *Direito Administrativo repressor*, embora até mesmo no Direito Penal isto seja possível, justificadamente”¹⁸ Grifamos

No Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24 (cartel dos aquecedores), o Plenário do CADE discutiu a possibilidade de utilização de provas indiretas para condenações no âmbito do CADE. Isso também ocorreu no Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68, julgado em 2013, através de voto-condutor da Conselheira Ana Frazão:

“Mostra-se de *fundamental relevância o recurso a provas indiciárias* e circunstanciais que, ainda de forma indireta, sejam capazes de constituir um conjunto suficientemente robusto para gerar um *convencimento* por parte da autoridade julgadora no sentido da configuração do ilícito. [...] *Diante das especificidades dos delitos econômicos, em particular nos de caráter associativo*, deve ser visto com naturalidade o recurso a provas indiretas e circunstanciais em investigações de cartéis, especialmente na seara administrativa (...) tenho que o conjunto probatório colhido pela Secretaria de Direito Econômico, apesar de formado em sua maior parte por evidências indiretas, é suficiente para caracterizar a prática de

¹⁸ OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 424.

infração colusiva por parte das panificadoras e pessoas físicas que integram o polo passivo”.¹⁹ Grifamos

Outra decisão sobre o tema é o voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no Processo Administrativo 08012.004860/2000-01, onde se reconheceu a dificuldade de obtenção de provas em investigações de cartel:

“A prova de ação de cartéis - na maioria das vezes - é feita mais por meio de indícios de conluio do que pela comprovação de existência de acordos formais. Tal regra aplica-se em todos os países que adotam o sistema de proteção antitruste, tendo em vista a *dificuldade de encontrar documento formal assinado entre os partícipes* da conduta afirmando as condições de acordo. [...]

Cumpra registrar que o sistema de provas, tanto no processo penal, civil ou administrativo, não se coaduna com a hierarquia das provas, de modo que não há um meio de prova melhor, mais eficaz ou que tenha mais valor que outro.

*Um conjunto de indícios pode, então, levar a um juízo probatório conclusivo. [...]*²⁰ Grifamos.

Vale notar que mesmo no acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que discorreu da valoração da prova realizada pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.009088/99-48 (caso conhecido como cartel dos medicamentos genéricos), o Tribunal deixou claro que não se exige nenhuma formalidade ou tipo de prova específico para a condenação de cartel, em razão da dificuldade de obtenção de provas desse delito:

*“Preliminarmente, não é a ausência de assinatura da ata ou a informalidade da reunião que lhe retiram a força probatória, visto que não se espera formalidades em ajustes ilícitos; [...]*²¹ Grifamos.

Enfim, o CADE e inúmeras outras autoridades da concorrência aceitam a utilização de provas indiretas adotando a doutrina do paralelismo

¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68

²⁰ Processo Administrativo 08012.004860/2000-01

²¹ TRF1, Processo nº 200734000443146, Rel. Des. Federal Kassio Marques. Julgado em 30/03/2015.

plus. Utilizam-se provas indiretas como paralelismo econômico, provas de reuniões entre concorrentes, ausência de explicações razoáveis para o comportamento coordenado de preços, entre outras. A análise conjunta desses indícios pode sustentar, por si só, uma decisão condenatória, caso o julgador se convença da existência da infração.

Diante desse contexto, a utilização de prova indireta para fundamentar uma condenação, no âmbito do processo administrativo sancionador no CADE, parece plenamente possível.

6. Condenação com base exclusivamente em delação premiada

Pode-se afirmar que as discussões acerca do valor de provas decorrentes de acordos de colaboração premiada (incluindo o acordo de leniência e o TCC) surgem, por vezes, de uma confusão muito comum: a diferença entre a delação e as provas produzidas no âmbito da colaboração.

Em regra, as declarações de um corréu podem ser usadas como meio de prova. Em rigor jurídico, com relação àquele que confirma sua participação na infração e a descreve, trata-se de confissão. Com relação aos outros corréus, trata-se de prova testemunhal. Como se sabe, a prova testemunhal pode embasar decisão condenatória, se suficiente para convencer o julgador. Dessa forma, regra geral, a declaração de um corréu pode ser usada como elemento para embasar condenação dos outros.

Entretanto, há uma exceção. Caso a declaração, confessando participação no ilícito e imputando responsabilidade aos corréus, seja feita no âmbito de um acordo de colaboração premiada, a lei impede que essa declaração seja o único fundamento da condenação. Trata-se da regra da corroboração, que possui assento legal e é pacificamente aplicada pela jurisprudência, inclusive do STF. Em outras palavras, a mera declaração/testemunho de um colaborador não pode ser o único fundamento de uma condenação. O dispositivo legal que prevê essa regra é o § 16 do artigo 4º da Lei 12.850/13, que trata da colaboração premiada na esfera penal:

Art. 4º [...]

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Portanto, as declarações do colaborador não podem ser *fundamento exclusivo* da condenação. Isso porque se reconhece claros incentivos do colaborador em incriminar seus corrêus.

Dito isto, há uma grande diferença entre a declaração do colaborador e eventuais provas (documentais, periciais, etc.) apresentadas por ele no âmbito do acordo da colaboração. Suponha que o colaborador delate um cartel. Suas afirmações não podem, por expressa vedação legal, ser o único fundamento de condenação – em que pese poderem ser valoradas pelo julgador para a formação de seu convencimento. No entanto, caso esse colaborador, além de suas declarações, apresente outras provas a respeito do fato relatado, essas poderão constituir o fundamento da decisão condenatória, como por exemplo, documentos das reuniões do cartel, e-mails enviados à época dos fatos relatando o teor das reuniões, um vídeo ou áudio da reunião, entre outros.

Note-se que, muitas vezes, as provas fornecidas pelo colaborador, adicionalmente às suas declarações, configuram provas diretas do fato probando. Portanto, cumpre esclarecer que, em que pese as declarações do colaborador não possam ser o único fundamento de condenação, outras provas por ele apresentadas podem.

Essas conclusões são aplicáveis à esfera penal – onde se asseguram maiores garantias processuais aos acusados. No entanto, a despeito de inexistência de previsão legal similar ao §16 do artigo 4º da Lei 12.850/13 para acordos de colaboração premiada no âmbito do CADE (leniência e TCC), essa vedação também deve ser aplicada, por analogia, na esfera administrativa sancionadora.

Assim, as declarações dos beneficiários de acordos de leniência ou dos compromissários de TCC, normalmente instrumentalizadas em documento chamado “Histórico da Conduta”, não podem ser o único e exclusivo fundamento para decisão condenatória por parte do CADE. No entanto, caso sejam apresentadas outras provas pelo colaborador, essas sim podem fundamentar a condenação, caso sejam suficientes para convencer o Tribunal do CADE da existência da infração à ordem econômica. Mais uma vez, todo o conjunto probatório deverá ser analisado de forma holística pelo julgador, que apreciará livremente as provas para formar sua convicção e terá o ônus de fundamentar seu juízo de maneira clara e racional – princípio do livre convencimento motivado.

Pelo exposto, não nos parece ser apropriada a tentativa de tarifação das provas, sobretudo aquelas apresentadas no âmbito de acordos de leniência

ou de TCC. Apesar de meras declarações não serem suficientes, isoladamente, para a condenação, outras provas eventualmente entregues pelos colaboradores – atas de reuniões, agendas, e-mails, planilhas, etc. – devem ser valoradas pelo Tribunal e, caso sejam suficientes para convencer os julgadores da existência da infração, podem ser usadas como fundamento para a condenação.

É possível que se cogite a impossibilidade de utilização de prova fornecida pelo colaborador caso esta seja “unilateral” – produzida sem a participação dos outros acusados. A título ilustrativo, podemos citar a agenda do colaborador relatando a reunião ou um e-mail trocado entre o funcionário que esteve presente na reunião ilícita e seu superior, todos empregados da empresa colaboradora. A esse respeito, também nos parece que cada prova deve ser valorada caso a caso pelo julgador, que deverá considerar seu teor e formar seu convencimento. Não parece conveniente tarifar como insuficiente, *a priori*, o valor de uma prova unilateral para o convencimento do julgador. Caso as provas unilaterais sejam robustas e capazes de convencer o julgador, este pode fundamentar decisão condenatória.

Sobre esse ponto, é relevante citar a lição de Fábio Medina Osório, em sua obra “Direito Administrativo Sancionador”:

“Parece-nos, enfim, artificial, muitas vezes, uma valoração automática e abstrata das provas. Um único testemunho direto vale mais do que um forte conjunto de indícios? E dois ou três testemunhos diretos? Mas as testemunhas não podem ser “compradas” ou orientadas à prática do “falso testemunho”? A prova documental não pode ser forjada, com alta sofisticação? [...]

Trata-se de ingênuo raciocínio esse de exigir provas “pré-tarifadas” para a formação do juízo reprovatório, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo. O limite da “tarifa” legal há de ser o campo da licitude ou ilicitude de determinados procedimentos destinados à obtenção das provas, porque o processo não é um jogo sem regras. O certo é que mesmo provas materiais, perícias, podem ser falsificadas, eventualmente, mas nem por isso se pode desmoralizar ou desprezar esses – e quaisquer outros – meios de prova a priori.

Potencial veracidade ou falsidade toda e qualquer prova possui. O problema é analisar o caso concreto e verificar o

*grau de razoável credibilidade que apresentam as provas, de modo a extrair daí um razoável juízo de certeza, não uma certeza intocável e suprema que somente os “deuses” possuem.”*²²

Portanto, não parece adequado limitar a utilização de provas unilaterais – ou quaisquer outras – *a priori*. Não se pode presumir falsidade de prova unilateral fornecida por beneficiário de acordo de colaboração (leniência ou TCC). O grau de credibilidade de cada prova deverá ser valorado caso a caso.

Além disso, deve-se considerar que o CADE lida com responsabilidade administrativa, onde se dispensa, para punição, até a culpa do agente. Dessa forma, a imposição, normalmente a pessoas jurídicas, de sanções pecuniárias exige menor grau de garantismo processual do que a responsabilização criminal.

Ademais, como já mencionado, deve-se levar em consideração as dificuldades inerentes à obtenção de provas em casos de cartel. Cartel é, quase sempre, um delito classificado como transeunte, ou seja, não deixa vestígios materiais. Nas palavras de Guilherme Ribas, em tese de doutorado sobre o tema aqui tratado:

*“Diversas decisões do CADE enfatizam a dificuldade de obtenção de provas em processos de investigação de cartel. Conscientes da ilicitude da prática, os participantes de acordos dessa natureza não costumam deixar rastros de suas atividades ilícitas. Assim, todo meio de prova idôneo a demonstrar a conduta é aceito pelo CADE [...]”*²³ Grifamos.

Em cartéis internacionais, as provas obtidas em razão de acordo de colaboração assumem ainda maior relevância. É que nesse tipo de conduta, se afigura praticamente impossível a realização de buscas e apreensões no exterior ou de interceptações telefônicas – meios úteis de obtenção de prova em casos de cartéis domésticos.

²² OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 424.

²³ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. A prova no processo administrativo de investigação de cartel. São Paulo: USP/Faculdade de Direito. 2014, p. 76.

Em conclusão, nos parece indevida qualquer tentativa de tarifação do valor de provas decorrentes de colaboração premiada no âmbito do CADE, sob pena de distorcer o princípio do livre convencimento motivado. O julgador, com acesso às particularidades do caso concreto e ao teor das provas específicas, está melhor posicionado para aferir o valor persuasório de cada uma delas, *in concreto*.

7. Padrão de prova necessário para condenação

Intimamente ligado à valoração da prova está o padrão probatório. Enquanto as normas sobre valoração instruem o julgador a respeito do valor de cada tipo de prova, o padrão probatório indica qual a certeza necessária – decorrente da valoração das provas – para que um acusado seja condenado.

Tradicionalmente, há diferentes padrões de prova a depender da gravidade das consequências de uma decisão. Em casos criminais, nos quais a liberdade do acusado está ameaçada, exige-se maior grau de certeza. Em casos cíveis, onde apenas o patrimônio do réu será afetado, o nível de certeza requerido é mais brando.

No direito comparado, especificamente nos Estados Unidos, cunhou-se as expressões “*beyond a reasonable doubt*” e “*preponderance of the evidence*” para indicar os padrões (*standards*) probatórios em casos criminais e cíveis, respectivamente.

Considerando a gravidade da sanção penal – prisão e, em alguns estados norte-americanos, até a morte –, exige-se que o órgão julgador tenha um nível de certeza “além de uma dúvida razoável”. Obviamente, nunca seria possível atingir um grau de certeza além de qualquer dúvida. A verdade absoluta sobre fatos passados é inatingível. Por isso, qualifica-se a dúvida capaz de impedir a condenação de um acusado: deve ser razoável. Nesse sentido, vale a citação de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos:

“Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real

possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty.”²⁴

O *standard* probatório em casos cíveis, onde apenas o patrimônio do réu responde, é mais brando – *preponderance of the evidence*. Nesse tipo de lide, o réu deverá ser condenado se, com base nas provas dos autos, o julgador se convencer que a ocorrência do fato é mais provável do que sua não ocorrência. Sobre o tema, cita-se Devit e Blackmar:

“To establish by a preponderance of evidence means to prove that something is more likely so than not so”²⁵

No Brasil, inspirado na tradição jurídica da Europa Continental, aplica-se em casos criminais a máxima “*in dubio pro reo*”. Essa regra significa que o benefício da dúvida deve ser dado ao acusado. Trata-se de padrão muito semelhante ao aplicado nos Estados Unidos em casos criminais – *beyond a reasonable doubt*. Em outras palavras, caso haja uma dúvida razoável a favor do acusado, este não poderá ser condenado.

No âmbito dos Processos Administrativos julgados pelo CADE, não há possibilidade de penas restritivas de liberdade. Apenas o patrimônio das representadas responde por eventual multa. Ademais, a maioria dos condenados pelo CADE é constituída de pessoas jurídicas. Desse modo, poder-se-ia argumentar que o padrão de prova deveria se aproximar do padrão cível. No entanto, com base em posicionamento mais garantista, a jurisprudência do CADE aponta para o uso de padrão probatório mais rigoroso no Direito Administrativo Sancionador, semelhante ao utilizado na esfera criminal. Isso porque, em regra, as sanções aplicadas pelo CADE são substanciais e possuem impactos relevantes na esfera jurídica dos administrados.

Em suma, havendo dúvida razoável a respeito do fato controverso no processo – entendida como aquela dúvida realmente plausível para um julgador médio – o julgamento deverá ser em favor do acusado.

²⁴ Victor v. Nebraska, 511 U.S. 1, 27, 114 S.Ct. 1239, 1253 (1994) (Justice Ginsberg concurring).

²⁵ DEVIT, Edward James. BLACKMAR, Charles B. Federal jury practice and instructions. 3ª Ed. St. Paul: West Pub. Co., 1977.

8. Conclusão

O debate da teoria da prova aplicada ao direito antitruste não é novo. No entanto, o tema ainda suscita controvérsias e desafia o aplicador do direito em casos concretos. Especialmente em processos administrativos para a sanção de cartéis, o assunto possui grande relevância prática. Em parcela significativa desses casos, a questão mais importante para o deslinde do processo é uma questão fática. Diante disso, o julgador deve ser o mais transparente possível no que concerne suas premissas teóricas sobre a valoração das provas e qual o padrão exigido para fundamentar um juízo de probabilidade suficiente para a condenação, vez que essas diferentes premissas podem acarretar conclusões opostas no caso concreto. Nesse contexto, o presente artigo abordou a teoria da prova aplicada ao direito antitruste, em especial os sistemas de valoração de prova e o padrão de prova.

A conclusão a que se chegou é que se deve adotar, no Direito Administrativo sancionador, o sistema do livre convencimento motivado para a valoração da prova. Dessa forma, tem-se como indevida qualquer tentativa de tarifar o valor de categorias de provas aprioristicamente, tais como provas indiretas, provas decorrentes de acordos de colaboração, provas documentais unilaterais, entre outras. Todas as provas devem ser analisadas holisticamente e, caso o julgador se convença, para além de uma dúvida razoável, da existência de uma infração à ordem econômica, deverá condenar com base nesses elementos probatórios, indicando-os de forma clara e coerente em sua fundamentação.

Bibliografia

CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. 2 [Ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DEVIT, Edward James. BLACKMAR, Charles B. Federal jury practice and instructions. 3a Ed. St. Paul: West Pub. Co., 1977.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3.

GABAN, Eduardo Molan; Domingues, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2015.

OCDE, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *A prova no processo administrativo de investigação de cartel*. São Paulo: USP/Faculdade de Direito. 2014.

FINALIDADES DA POLÍTICA CONCORRENCIAL E PROMOÇÃO DA RIVALIDADE EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO: ARGUMENTOS EM PROL DE UM FOCO RENOVADO NO COMBATE A ABUSOS DE POSIÇÃO DOMINANTE.

*Bruno Braz de Castro*¹

1. Introdução

Iniciativas recentes de harmonização (ou convergência) internacional das políticas de defesa da concorrência, cada vez mais processadas por mecanismos de *soft law*, têm grande variação em formato e impacto (CASTRO, 2017b), destacando-se dois eixos. O primeiro eixo busca a normalização de um consenso técnico acerca das *finalidades* da política concorrencial: parte das contribuições neste eixo postula que a teoria antitruste deve restringir-se ao quadro conceitual da teoria neoclássica do bem-estar, apurando-se a deseabilidade de práticas econômicas em função de seu potencial de redução do bem-estar do consumidor (definido em função da eficiência alocativa em determinado mercado relevante) (GERBER, 2014, p. 7).

O segundo eixo orienta-se à ordenação das *prioridades* das autoridades antitruste ao redor do mundo: o combate a cartéis assume função central na política de aplicação da lei (ou “*enforcement*”), com consequente marginalização do combate a abusos de posição dominante. Essa ordenação é feita com recurso a argumentos como: improbabilidade de danos causados por abusos de posição dominante; risco de condenações errôneas; inexperiência e inaptidão técnica das autoridades concorrenciais de países em desenvolvimento para apreensão da complexidade de práticas unilaterais; impacto midiático do combate a cartéis, dentre outros.

¹ Bruno Braz de Castro. Doutor (2017) e Mestre (2012) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor, advogado e consultor, especializado em direito concorrencial.

O presente artigo tem como objetivo reunir argumentos contrapostos aos dois eixos acima mencionados: analisa-se a teoria de que características específicas aos países em desenvolvimento podem reclamar entendimentos distintos quanto à *finalidade* da política de defesa da concorrência nessas jurisdições, o que, conseqüentemente, pode impactar a ordenação de *prioridades* da política de aplicação da legislação concorrencial.

Após esta breve introdução, o item seguinte detalha características dos países em desenvolvimento que reclamam atenção antitruste diferenciada. Destaca-se o entrincheiramento de posições dominantes, promovido por grande concentração econômica de ativos produtivos, *rent seeking*, elevadas barreiras à entrada, dentre outros elementos que conformam uma realidade econômica de baixa mobilidade e desigualdade de oportunidades de acesso ao mercado.

Em seguida, o artigo detalha como parte da teoria antitruste vem, recentemente, reconhecendo a necessidade de que a política de defesa da concorrência incorpore preocupações desenvolvimentistas, em atenção às especificidades das realidades econômicas locais.

O próximo item, então, apresenta as propostas teóricas de que o direito da concorrência em países em desenvolvimento foque na promoção da rivalidade, com vistas à ampliação da mobilidade e das oportunidades de acesso aos mercados.

A promoção da rivalidade, argumenta o item seguinte, é melhor processada por um direito da concorrência cuja finalidade não se restrinja à maximização do bem-estar do consumidor, mas que incorpore maior preocupação com a estrutura da concorrência efetiva, mesmo quando não identificado dano direto ao consumidor em curto prazo. Tal conformação não se traduz na proteção de rivais ineficientes por si só, mas na garantia de uma estrutura competitiva em que a concorrência se processe pelo mérito.

O artigo, em seguida, analisa como a ordem econômico-constitucional brasileira não restringiu a defesa da concorrência à estrita proteção da eficiência alocativa, formatando a toda a política econômica à promoção da justiça social, ideal certamente compatível com um direito antitruste comprometido com a promoção da rivalidade.

O último item analisa os reflexos de tal entendimento na ordenação das prioridades da política de aplicação da legislação concorrencial: o combate a práticas exclusionárias assume posição de grande importância, não devendo o controle repressivo restringir-se ao combate a cartéis. Ao final, algumas conclusões são delineadas.

2. Características dos países em desenvolvimento e política de defesa da concorrência

O modelo da eficiência econômica proposto pela Escola de Chicago é sustentado em uma série de presunções sobre o funcionamento dos mercados e a função do Estado diante de tais condições (CASTRO, 2017c). Um primeiro obstáculo ao universalismo dessas presunções é a constatação de que, em países em desenvolvimento, algumas circunstâncias da realidade econômica reclamam um diferente formato de política pública.

A alcunha “países em desenvolvimento”, deve-se reconhecer, agrupa um grupo bastante heterogêneo de países². Desenhar uma política de defesa da concorrência para todo e qualquer país em desenvolvimento, portanto, apresenta o mesmo risco de “universalismo” ora discutido: embora seja essencial analisar características comuns, é sempre necessário ter em vista o contexto específico de cada país ao analisar a pertinência de determinadas propostas (INDIG; GAL, 2015, p. 54).

As características dos países em desenvolvimento que mais importam para a formatação da política de defesa da concorrência, ademais, não são aquelas geralmente capturadas pelas definições tradicionais, que são construídas para outros propósitos (INDIG; GAL, 2015, p. 59). A seguir, serão mencionadas aquelas mais pertinentes para o caso brasileiro.

² Para a classificação de renda do Banco Mundial, os países dividem-se entre países de renda alta, renda média superior, renda média inferior e renda baixa. O Brasil posiciona-se, em 2015, no grupo de “renda média superior”. Esse grupo integra o grupo equivalente aos países em desenvolvimento (NIELSEN, 2013, p. 11). O Índice de Desenvolvimento Humano divide os países entre “Países com Desenvolvimento Humano Muito Alto”, “Países com Alto Desenvolvimento Humano”, “Países com Desenvolvimento Humano Médio”, e “Países com Baixo Desenvolvimento Humano”, sendo que a alcunha “Países em Desenvolvimento” representa os países com desenvolvimento humano médio a alto (NIELSEN, 2013, p. 19). A edição de 2015 do *Human Development Report*, que incorpora outros índices – IDH descontado da desigualdade, igualdade de gênero, desenvolvimento de gênero, e pobreza multidimensional – qualifica o Brasil como país em desenvolvimento (entre os Países com Alto Desenvolvimento Humano), na 75ª colocação, (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015, p. 273). O documento “World Economic Situation Prospects”, de 2016, também posiciona o Brasil como país em desenvolvimento (UNITED NATIONS, 2016, p. 02). O Fundo Monetário Internacional divide os países entre “Economias Avançadas” e “Mercados Emergentes e Economias em Desenvolvimento”, sendo que o Brasil integra esse segundo grupo (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2014, p. 2).

No Brasil, como em toda a América Latina, identifica-se frustração com os resultados do Consenso de Washington para o desenvolvimento econômico (PEÑA, 2006, p. 743). A história econômica do país, desde a colonização, tem sido marcada pela consolidação de estruturas de poder econômico monopolístico e distribuição desigual de renda (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 03). Essas estruturas são perpetuadas ao se traduzirem em considerável poder político, além de contar com estruturas sociais e culturais de sua reprodução. De modo mais importante, o poder monopolístico é de tal forma enraizado que o bem-estar econômico do país passa a ser refém de sua perpetuação: as principais determinantes do crescimento econômico, nesse contexto, são a continuada redistribuição, em direção a esses conglomerados, da renda de consumidores, de trabalhadores e de possíveis investimentos em outros setores econômicos (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 04). Isso quer dizer que mesmo períodos de intenso crescimento econômico não necessariamente repercutem de modo positivo no desenvolvimento humano nessas nações, especialmente quando a estratégia de crescimento é fundada no reforço e expansão das estruturas econômicas monopolísticas de que deriva a desigualdade³: em outras palavras, quando a reprodução do subdesenvolvimento é a determinante do crescimento econômico (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 06).

Uma das principais justificativas para a liberalização das economias de países em desenvolvimento foi combater a concentração de poder econômico sustentada pelo Estado intervencionista do modelo de substituição de importações. Esse modelo, apontava-se, gerava ineficiência econômica em razão da proteção, face à competição internacional, de estruturas de mercado domésticas concentradas, com reduzidos incentivos à inovação e aumentos de

³ Salomão Filho enuncia o paradoxo aparente entre “reprodução do subdesenvolvimento (com deterioração absoluta ou pelo menos relativa dos principais indicadores sociais e de renda) mesmo em países que tem tido importantes taxas de crescimento. A hipótese aqui apresentada por ajudar a aplicar esse paradoxo aparente. Se a hipótese para a concentração de poder econômico como um gerador de distribuição inversa de renda para o consumidor, trabalho, e mercados inter-industriais, é admitida, é possível entender a razão para crescimento econômico com deterioração de indicadores sociais. Isso acontece precisamente por causa da distribuição inversa de renda, em outras palavras, se devendo ao fato de que os ganhos de produtividade resultam de uma perda em salários reais ou, mais recentemente, um aumento no processo exclusionário criado pelo desemprego. O resultado final é a existência de economias constantemente subdesenvolvidas, em que quanto mais estruturas de poder econômico crescem, mais pobreza e desigualdades sociais são produzidas” (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 5, tradução livre).

produtividade, além da ineficiência de empresas estatais sujeitas a ingerência política (AMANN; BAER, 2006, p. 270).

As críticas aos resultados desse processo apontam para o fato de que a liberalização não alterou, contudo, o quadro de dominação econômica por determinadas elites econômicas com profundas conexões políticas: o Consenso de Washington, baseado na fé na autocorreção do mercado após retiradas os entraves estatais, “falhou porque presumiu que os mercados eram fortes e iriam derrotar (capturar e punir) atores privados que tentassem explorar compradores e vendedores e excluir rivais meritórios mas desempoderados”⁴ (FOX, 2012, p. 6, tradução livre), o que não ocorreu na prática. A privatização teria constituído, em grande medida, uma mera alteração do regime jurídico de um processo de dominação econômica persistente na história desses países. Isso ocorre, por exemplo, quando o controle de um elemento-chave da infraestrutura econômica nacional é, integralmente, transferido a um único agente econômico privado. Brusick e Evenett (2008, p. 276) analisam que essa estratégia é adotada para maximizar os ganhos estatais com o processo de privatização, tendo o efeito de meramente transformar um monopólio estatal em um monopólio privado.

Por meio desse tipo de processo, o “entrincheiramento” de posições dominantes – processo entendido como “o contínuo controle de uma parcela de recursos contestados vastamente desproporcional por um grupo fixo de atores”⁵ (CHU, 2013, p. 4, tradução livre). Tal entrincheiramento, obtido por meio de décadas de vigência de políticas econômicas descomprometidas com a defesa da concorrência – alheia, portanto, a fusões, práticas exclusionárias, *rent seeking* e outras medidas em prol do controle de cadeias integrais de produção – tende a se manter por razões muito diferentes da inovação e eficiência superior. O impedimento à mobilidade social agrava a desigualdade social e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico.

Salomão Filho (2011) analisa que o processo de liberalização econômica não só manteve intactas as estruturas monopolísticas de poder econômico que caracterizaram a histórica econômica de países como o Brasil, como contribuiu para sua *expansão* a novos setores de monopólio, como os serviços públicos (anteriormente estatais). Além de preços supracompetitivos,

⁴ No original: “It failed because it presumed that markets were strong and would overpower (catch and punish) private actors that tried to exploit buyers and sellers and exclude meritorious but powerless rivals”.

⁵ No original: “the continuous control of a vastly disproportionate share of contested resources by a fixed group of actors”.

essa estrutura econômica acarreta, analisa o autor, consequências que vão além de um mercado relevante determinado: vulneração do poder de barganha dos trabalhadores e elevação do desemprego, agravamento da desigualdade econômica, exploração predatória dos recursos naturais, enfraquecimento da rede de proteção social oferecida pelos serviços públicos, concentração do controle da tecnologia e drenagem, pelos monopólios, dos recursos que, de outra maneira, estariam disponíveis para investimento em novas empreitadas (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 15).

Amann e Baer (2006), em uma análise da economia brasileira nos primeiros 15 anos desde as reformas neoliberais da década de 1990, constataam o “paradoxo” de que a concentração industrial teria aumentado sensivelmente nesse período. Interpretar essa constatação é algo complexo. Embora esse movimento tenha sido, por outro lado, acompanhado de aumento de competitividade em determinados setores, através da modernização tecnológica – mesmo que em nível inferior a outros países em situação semelhante, como os do Leste Asiático – a concentração industrial aumentou a desigualdade nesses setores (medida pelo aumento da participação dos lucros em relação aos salários), em resultado dessa modernização tecnológica. Os autores também observam que a política de defesa da concorrência, nesse período, não interviu significativamente no processo de concentração econômica, o que pode ter ocorrido em razão da verificação de que os mercados, embora concentrados, permaneciam contestáveis, ou em razão da ideia da criação de “campeões nacionais” para aumentar a competitividade internacional de empresas nacionais (AMANN; BAER, 2006, p. 282). Nos setores de serviço público privatizados, os autores constataam um aumento no número de fusões e aquisições, de modo geral, alertando para a necessidade de uma regulação efetiva para contrabalançar os efeitos de tal concentração (AMANN; BAER, 2006, p. 283). Em outras palavras, embora a liberalização possa ter contribuído para o aumento da eficiência produtiva nacional, ela não significou uma desconcentração do poder econômico, ou teve impactos significativos na redução da desigualdade.

Características como mercados altamente concentrados, elevadas barreiras à entrada, rivalidade limitada e alta concentração na propriedade de ativos produtivos, em um país em desenvolvimento, tendem a se reforçar mutuamente, no que Dutz e Khemani (2007) denominam “tirania dos grupos de interesse”: o poder econômico traduz-se em influência política, e rendas de monopólio são utilizadas para obtenção de favoritismo no governo (*rent-seeking*) em prol do entrincheiramento de posições dominantes, processo que é agravado quando não há grupos de interesse econômico contrapostos (o que

é mais comum quanto mais concentrada for a propriedade de ativos produtivos) ou instituições democráticas saudáveis e opinião pública independente dos grupos econômicos dominantes (DUTZ; KHEMANI, 2007, p. 11). Em relação ao caso latino-americano, o mesmo diagnóstico é repetido por Petrecolli *et al.* (2015):

[Países Latino-Americanos] carecem de uma história de políticas de proteção ao consumidor e desenvolvimento de uma cultura de concorrência, mas exibem precedentes de forte política industrial e a proteção de campeões nacionais, juntamente com uma baixa performance de instituições públicas. Nesse contexto, comportamento de *rent-seeking* em curto prazo foi impulsionado, dado que as vantagens competitivas e rendas econômicas podiam ser obtidas de decisões relativamente discricionárias, enquanto a concorrência equitativa não é sempre um resultado previsível. Esse tipo de comportamento pode ter levado a estratégias de crescimento com menos cuidado para objetivos de política de concorrência, mas com um resultado de baixa produtividade (TFP) em relação ao resto do mundo.⁶ (PETRECOLLI *et al.*, 2015, p. 111, tradução livre).

Uma outra peculiaridade importante, e em conexão com as anteriores, é a pervasividade de barreiras à entrada. Uma organização industrial inflexível e ineficiente, como a do ciclo acima descrito, também se traduz em dificuldades de acesso a capital por novos entrantes, já que os prospectos de viabilidade de contestação das posições dominantes entrincheiradas são bastante limitados e, portanto, pouco atraentes para credores de empréstimos (DUTZ; KHEMANI, 2007, p. 12). Essa indisponibilidade de financiamento torna a ameaça de entrada pouco crível, o que – aliado a uma participação restrita das importações nos mercados

⁶ No original: “LACs lack a history of consumer protection policies and competition culture development, but they show precedents of strong industrial policies and the protection of national champions, along with a weak performance of public institutions. In that context, short-term rent-seeking behavior has been fostered, given that competitive advantages and economic rents could be acquired from relatively discretionary decisions, while fair competition is not always a predictable outcome. This kind of behavior could have led to growth strategies with less care for competition policy goals, but with an outcome of low productivity (TFP) relative to the rest of the world”.

nacionais, economias de escala, efeitos de rede, questões de infraestrutura e logística – faz com que a rivalidade seja ainda mais enfraquecida, o que torna menos provável que o mercado seja capaz de se autocorrigir e erodir posições dominantes entrincheiradas (TAPIA, 2012, p. 142; TAPIA; ROBERTS, 2015, p. 357). Outro ponto é a constatação de que os custos de abertura de empresa – incluindo aqui tarifas, etapas procedimentais e tempo necessário para obtenção de licença – são consideravelmente maiores nos países em desenvolvimento (EVENETT, 2015, p. 26), o que pode afetar presunções sobre a “tempestividade” da entrada.

A desigualdade econômica reforçada por uma organização econômica como a descrita é um importante obstáculo ao desenvolvimento econômico sustentado⁷ (STIGLITZ, 2013; TAPIA, 2012, p. 142).

Por todas essas razões, a prevalência de estruturas monopolísticas passa a ser vista como um problema central. Critica-se o fato de que as políticas de defesa da concorrência latino-americanas, implementadas no contexto da liberalização dos mercados, não foram conectadas a uma estratégia de desenvolvimento econômico local e regional (MOGUILLANSKY; VERÓNICA, 2004, p. 5). Enquanto, no resto do mundo, haja uma relação positiva entre a efetividade de uma política de defesa da concorrência e o crescimento econômico, isso não tem sido verdade para o caso latino-americano (PETRECOLLA *et al.*, 2015, p. 110).

É possível questionar, a partir desse quadro, se é adequada uma política pública de defesa da concorrência formatada para excluir, de plano, preocupações desenvolvimentistas, distributivas e outras.

3. Concorrência e desenvolvimento.

Durante décadas, tem-se observado um “diálogo de surdos”, segundo Evenett (2015, p. 18), entre aqueles que defendem que a eficiência econômica é a única finalidade do antitruste, de um lado, e aqueles que defendem que o direito da concorrência deve incorporar preocupações com as necessidades locais de desenvolvimento econômico, de outro.

⁷ No mesmo sentido, Budzinski e Beigi: “em economias em que a concorrência não é bem estabelecida e representa a exceção ao invés da regra, posições de poder de mercado privado são meios de distribuição de renda: em direção aos privilegiados e em detrimento de outros” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 229, tradução livre).

O direito da concorrência de inspiração na eficiência neoclássica tem um foco estático na alocação eficiente de recursos em um mercado determinado, desconsiderando preocupações macroeconômicas ou com a distribuição de recursos⁸ (BUCH-HANSEN; WIGGER, 2011, p. 107).

De modo geral, o desenvolvimento econômico não constituiu um objeto de preocupação central para economistas neoclássicos (NIELSEN, 2013, p. 05), e a contribuição de economistas que se dedicaram ao tema, como Schumpeter, teve limitada influência no desenvolvimento da teoria neoclássica do preço (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 783).

Foi em decorrência da descolonização, após a Segunda Guerra Mundial, que o tema do desenvolvimento econômico emergiu como uma subdisciplina da Economia (NIELSEN, 2013, p. 05). A partir de então, a teoria do desenvolvimento econômico, segundo Lianos, Mateus e Raslan (2013), teria atravessado três fases: a primeira, nas décadas de 1950 e 1960, partia de uma postura intervencionista – inspirando, por exemplo, políticas de substituição de importações na América Latina – distante dos pressupostos da teoria neoclássica do preço; a segunda, nas décadas de 1970 e 1980, foi marcada por controvérsias que levaram à adoção do paradigma do livre mercado; a terceira, iniciada na década de 1990, tende a refrear o fundamentalismo de mercado em prol de uma abordagem institucionalista (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 833).

As políticas econômicas inspiradas na teoria do desenvolvimento econômico da primeira fase, haja vista previrem papel central à atuação estatal na economia, eram incompatíveis com um direito concorrencial baseado na teoria do preço neoclássica, analisam os autores⁹. Essa afirmação é compatível

⁸ “Crescimento econômico como um objetivo de política pública foi ignorado por várias décadas, de por volta da década de 1870 até a de 1930. A preocupação dos economistas neoclássicos era como a escolha do consumidor poderia ser maximizada (eficiência alocativa) ou custos produtivos minimizados (eficiência produtiva). No seu modelo padrão, interações entre produtores e consumidores são mediadas pelo sistema de preços, assim levando a um singular equilíbrio Pareto-eficiente. [...] História e instituições não importavam e não poderiam influenciar a escolha do equilíbrio, e foram então excluídos da análise. A possibilidade de que pode haver *múltiplos* equilíbrios, inferiores ou superiores, em um dado ponto no tempo, que poderia ser escolhido por causa de razões históricas, culturais ou institucionais ou a distribuição da riqueza, não foi seriamente contemplada” (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 783, tradução livre).

⁹ “Com o governo guiando o caminho do desenvolvimento, as macro-estratégias padrão o período pós-Segunda Guerra Mundial incluíam o planejamento estatal e a propriedade estatal de indústrias principais e estruturas bancárias, regras de proteção

com o diagnóstico dos autores brasileiros de que a legislação concorrencial brasileira, implementada desde a década de 1960, teve sua efetividade obstada pelo padrão de política econômica vigente à época, influenciado por essa teoria de desenvolvimento econômico e, portanto, marcado pela intensa presença do Estado através da participação direta e controle de preços (CONSIDERA; CORRÊA, 2002).

A segunda fase marcou a hegemonia da Escola de Chicago, passando a teoria do desenvolvimento a organizar-se em torno da mínima intervenção estatal, com foco nas políticas de equilíbrio macroeconômico e liberalização que deram base ao Consenso de Washington. Essa mudança de paradigma abriu caminho à adoção de políticas como a defesa da concorrência (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 938), embora sua efetividade tenha sido, a princípio, limitada, por razões como a carência de recursos e limitada “cultura da concorrência” (PEÑA, 2006, p. 737).

O ideário monotônico da Escola de Chicago, que deu sustentação ao Consenso de Washington, tem como característica a crença no universalismo do instrumental econômico dominante, tendendo a desconsiderar ponderações sobre o contexto de desenvolvimento local do país destinatário de suas prescrições (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 752). Essa visão universalista repercute, no direito da concorrência, no estímulo à adesão, pelos países em desenvolvimento, do modelo da eficiência neoclássica conforme estruturado pela Escola de Chicago (GERBER, 2014).

Priest (2012), por exemplo, sugere que, por padrão, as “leis de defesa da concorrência de todas as nações devem em princípio ser idênticas” (PRIEST, 2012, p. 1.665, tradução livre). Isso porque, segundo esse autor, já existe “ampla concordância” sobre quais princípios devem ser adotados para uma aplicação ótima da legislação concorrencial em qualquer lugar do mundo, devendo essa política ser articulada em torno da maximização do bem-estar agregado da sociedade e da desregulação de modo geral¹⁰. Esses princípios, se

contra importações, restrições a investimentos estrangeiros e licenciamento industrial. Essas políticas estavam em direta contradição com o paradigma concorrencial da Escola da Economia Neoclássica, deixando quase nenhum espaço para se contemplar uma política concorrencial sob um ambiente econômico com tal intervencionismo estatal” (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 883, tradução livre).

¹⁰ Além do combate a cartéis, fusões que geram monopólio e práticas exclusionárias (por contrato ou, especialmente, por meio de regulação governamental), a política de concorrência ótima, para Priest, inclui adotar a desregulação e liberalização das economias para o comércio internacional (PRIEST, 2012, p. 1.805). O autor critica a retomada de força da regulação nos Estados Unidos, após a crise de 2008, como uma

aplicados em qualquer sociedade, terão o condão de promover o crescimento econômico e, especialmente, ajudar os menos favorecidos¹¹. Não é cabível, nessa visão, uma distinção entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, haja vista o potencial ilimitado de continuado crescimento para qualquer nação, mesmo as já mais desenvolvidas: toda nação seria uma nação em desenvolvimento¹², e eventuais disparidades no desenvolvimento dos países seriam resultado do afastamento desses princípios universais¹³. Preocupações com as circunstâncias locais constituiriam uma porta de entrada para que interesses políticos suplantassem a política de concorrência já estabelecida como ótima, argumento que implica a neutralidade política de princípios que, afinal, seriam “universais”¹⁴.

forma de afastamento de uma política econômica ótima, já que a desregulação da década de 1980 teria maximizado a concorrência no país (PRIEST, 2012, p. 1.822).

¹¹ “[...] após um século de estudos e aplicação da lei concorrencial, existe amplo acordo de que há um conjunto de princípios de lei concorrencial que, se apropriadamente implementados, irão maximizar o bem-estar do consumidor, aumentar o crescimento econômico, e ajudar a todos com baixa renda em qualquer sociedade” (PRIEST, 2012, pos. 1.665, tradução livre). “Esses princípios são econômicos, não sociais ou culturais, e irão aplicar a todas as sociedades” (PRIEST, 2012, p. 1.759, tradução livre).

¹² “Como definida, a política concorrencial ótima é apropriada tanto para as que são convencionalmente conhecidas como nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Novamente, eu não acredito que há nenhum conteúdo útil nessa distinção convencional. Como discutido, todas as nações estão em desenvolvimento, no sentido de que refinamentos a suas economias permanecem disponíveis; o progresso econômico pode continuar em economias em qualquer nível de desenvolvimento. Não há limites, teóricos ou empíricos, ao crescimento econômico” (PRIEST, 2012, p. 1.822, tradução livre).

¹³ Defende Priest que “Diferenças entre sociedades em níveis concorrenciais e avanço econômico certamente existem, mas elas existem por causa de distanciamentos desses princípios econômicos, tipicamente por causa de razões históricas e institucionais que deveriam ser visadas para mudança no mundo moderno” (PRIEST, 2012, pos. 1.790, tradução livre). Mesmo, para o autor, que os métodos de implementação possam variar, os princípios são universais: “Os princípios básicos de uma legislação concorrencial ótima permanecem claros – no caso dos EUA, desmontar organizações paraestatais e eliminar o protecionismo do Estado através de ‘regulação’ econômica, entre outras reformas. Os meios de implementação podem ser específicos ao contexto dos Estados Unidos; os princípios são universais” (PRIEST, 2012, pos. 1.837, tradução livre).

¹⁴ Cf. Priest: “[...] é importante para a política de concorrência ideal discutida abaixo não ser suplantada, como foi o Consenso de Washington, por forças políticas locais similares. A proposição de que a lei de defesa da concorrência seja desenhada para responder às condições econômicas individuais de nações em desenvolvimento coloca exatamente essa ameaça” (PRIEST, 2012, p. 1.708, tradução livre).

Esse universalismo passou a ser desafiado na terceira fase da teoria do desenvolvimento econômico, apontada acima por Lianos, Mateus e Raslan (2013). No final da década de 1990, o Consenso de Washington foi-se expandindo para além do viés puramente desregulatório, passando a incluir a promoção de políticas públicas que, ainda centradas no mercado¹⁵, fossem destinadas ao seu funcionamento mais eficiente, como o combate à pobreza, à corrupção, a seguridade social e o fortalecimento das instituições (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 918). Isso foi motivado, na América Latina, pelo reconhecimento de que as reformas inspiradas pelo Consenso não foram suficientes para retomada do desenvolvimento econômico na região (PEÑA, 2006, p. 736).

Passa-se a reconhecer que não há receita universal e pré-definida sobre o papel do Estado na ordem econômica. O contexto de cada nação – instituições, cultura, história, estrutura econômica – deve ser levado em consideração para a formatação de sua estratégia de desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, definição do formato e finalidades do direito concorrencial (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 936).

Essa mudança paradigmática é a premissa do recente fortalecimento de abordagens que propõem que o instrumental teórico do direito concorrencial nos países desenvolvidos pode não ser o mais adequado aos países em desenvolvimento. Corroborando esse ponto, Bakhom (2011) compreende que o direito da concorrência nos países em desenvolvimento tem sido marcado, nos últimos anos, por uma “dupla linguagem”: em paralelo à linguagem da eficiência, passa a emergir uma segunda linguagem antitruste, marcada por considerações não-econômicas e preocupações com o desenvolvimento econômico nessas nações.

A compreensão da necessidade de que a legislação concorrencial leve em conta o nível de desenvolvimento de cada país já vem alcançando

¹⁵ É o que observam Moguillanski e Verónica, com relação à América Latina como um todo: “Desse ponto de vista, durante a primeira etapa de implementação do modelo de liberalização e abertura econômica, o desenvolvimento da regulação e das políticas de concorrência foram deixadas em um segundo plano por parte das autoridades dos países. Dominava, então, a crença de que as falhas de mercado não eram relevantes. Foi a partir de meados da década de 1990 que os governos voltam a centrar-se nelas e essa tendência se aprofunda com as recomendações de instituições multilaterais que militam pelas reformas microeconômicas ou de segunda geração. O fortalecimento das leis de defesa da concorrência e das instituições que as executam estão dentro dessa nova estratégia” (MOGUILLANSKY; VERÓNICA, 2004, p. 10, tradução livre).

dominância no debate antitruste (EVANS, 2009, p. 161)¹⁶. O que é menos estabelecido, contudo, é *como* deveria a legislação antitruste de um país em desenvolvimento ser desenhada para responder às preocupações mencionadas. Algumas propostas serão analisadas a seguir.

4. Direito da Concorrência e Promoção da Rivalidade nos Países em Desenvolvimento

Um direito da concorrência cuja finalidade única seja a promoção da eficiência estática alocativa e produtiva, em um determinado mercado, em um período determinado de tempo, tem como consequência o fato de que somente serão sancionadas, pelo Direito, práticas que tenham o efeito de *reduzir* o nível atual de bem-estar econômico agregado, não havendo um requerimento de que as firmas necessariamente maximizem o bem-estar total (SALOP, 2010, p. 353). Não há tratamento jurídico de práticas que não alteram o nível de bem-estar econômico em curto prazo, mesmo que insatisfatório ou impeditivo do desenvolvimento econômico em longo prazo. Presume-se que as forças do mercado, através do mecanismo de sua autocorreção, serão responsáveis por incentivar a maximização do bem-estar e eficiência, em longo prazo. Nesse contexto, se uma empresa mantém uma posição dominante, presume-se que isso se deve a sua maior eficiência, salvo quando inequivocamente restar comprovada a prática de práticas injustificadamente exclusionárias que reduzam o bem-estar agregado.

Esse direito da concorrência tem como principal função, então, proteger o *status quo* contra reduções no bem-estar agregado. Enquanto esse objetivo pode ser adequado a jurisdições desenvolvidas, cuja economia já é suficientemente dinâmica – e com uma política de defesa da concorrência com décadas de efetividade – é questionada sua adequação a uma jurisdição marcada por uma história de política econômica como a brasileira – desconectada, até recentemente, de um objetivo de promoção da rivalidade competitiva. Esse é o argumento de Budzinski e Beigi (2015):

¹⁶ A OCDE, por exemplo, reconhece que “o desenho da lei deve refletir o nível de desenvolvimento econômico do país em questão, a estrutura de sua economia e sua Constituição e cultura. Uma política concorrencial não pode simplesmente ser transplantada de um país desenvolvido, ou mesmo de um outro país em desenvolvimento” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2007, p. 91).

Enquanto a agenda de política concorrencial de uma economia de mercado há muito estabelecida é caracterizada pela meta de proteger a concorrência existente e em bom funcionamento, bem como auferir eficiências marginais que ainda estão disponíveis em uma economia, fora isso, eficiente, o problema urgente de muitos países em processo de industrialização é gerar concorrência efetiva em primeiro lugar. ‘Proteger o que nós temos’ frequentemente implicará em prolongar e conservar estruturas anticompetitivas. Quando combinada com a privatização e liberalização, isso pode instigar uma transferência pura de poder econômico público para poder econômico privado – sem gerar concorrência.¹⁷ (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 224, tradução livre).

Um ponto a corroborar esse argumento é a constatação de que, em seus estágios iniciais de desenvolvimento, a política de defesa da concorrência dos países desenvolvidos também incorporavam objetivos mais amplos, com caráter abertamente antimonopolista e equitativo (BUDZINSKI, 2008, p. 228).

Como visto acima, a frustração com os resultados do Consenso de Washington levou a teoria do desenvolvimento econômico a uma abordagem menos ortodoxa (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 936). Lentamente, a perspectiva totalizante articulada em torno da desregulação, privatização e liberalização vem sendo substituída por uma que, embora ainda centrada no mercado, reconhece a necessidade de ação estatal em prol do desenvolvimento econômico sustentável em longo prazo, rejeitando-se o formato universalista tão marcante nas prescrições do Consenso de Washington. Especificamente quanto ao antitruste, critica-se o foco estrito do Consenso na redução do escopo de atuação do Estado em prol de uma visão estática da eficiência, ou “um foco em evitar e desestimular intervenções

¹⁷ No original: “While the competition policy agenda of a long-established market economy is characterized by the target of protecting existing and well-functioning competition, as well as reaping marginal efficiencies that are still available in an otherwise comparatively efficient economy, the urgent problem of many industrializing countries is to generate effective competition in the first place. ‘Protecting what we have’ will often imply to prolong and conserve anti-competitive structures. When combined with privatization and liberalization, this may abet a pure transfer of public economic power into private economic power – without generating competition”.

governamentais e colocar a eficiência (em curto prazo) acima de tudo: mais concorrência significa mais bem-estar e mais concorrência automaticamente acompanha mercados livres”¹⁸ (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 226, tradução livre).

Fox (2012) pondera que essas perspectivas se intensificaram após a Crise de 2008, evento que evidenciou a falência do paradigma unicamente desregulatório – reconhecida até mesmo por muitos de seus grandes defensores – e cita como um marco a publicação, no mesmo ano, do *Growth Report* pelo Banco Mundial, relatório elaborado por Comissão do Crescimento e Desenvolvimento chefiada pelo economista premiado pelo Nobel, Michael Spence (WORLD BANK, 2008). O documento tem como objetivo analisar estratégias para o crescimento econômico dos países em desenvolvimento, delineando casos de sucesso e fracasso nesse tipo de política pública. O relatório estipula categoricamente que o desenvolvimento econômico sustentável é também um desenvolvimento *inclusivo*, orientado à redução da desigualdade social e, também, à garantia de *igualdade de oportunidades* em uma economia de mercado (WORLD BANK, 2008, p. 60). Preocupações distributivas passam a ser vistas como um requisito para o crescimento, não uma variável externa ao processo.

Além da redução da *desigualdade nos resultados*, Fox (2012) analisa que a preocupação do Relatório com a *igualdade de oportunidades* oferece um novo ponto de partida para a compreensão do direito concorrencial nos países em desenvolvimento. Em referência ao economista autor do Relatório, Fox afirma que “o antitruste de países em desenvolvimento deve aspirar a se encaixar no Consenso de Spence, não no Consenso de Washington”¹⁹ (FOX, 2012, p. 11, tradução livre), sendo articulado, então, para a finalidade de promoção do *desenvolvimento inclusivo*. Isso significa que o direito da concorrência passaria a incluir, no entendimento de sua finalidade, uma dimensão distributiva e de empoderamento da rivalidade, que valorize o acesso aos mercados e a mobilidade social: “se há um símbolo apropriado para o antitruste de um país em desenvolvimento, não é o

¹⁸ No original, com o trecho completo: “For a long time, the external explanation has been dominated by the so-called ‘Washington Consensus’ and liberalization policy often followed an extreme interpretation of it. In terms of antitrust this extreme interpretation implies a focus on avoiding and deterring government interventions and putting (short-term) efficiency ahead of everything: more competition equals more welfare and more competition automatically follows free markets”.

¹⁹ No original: “These observations signify that developing-country antitrust should aspire to fit the Spence Consensus, not the Washington Consensus”.

neoliberalismo, que pode sugerir um abismo crescente. É a escada ascendente”²⁰ (FOX, 2007, p. 26).

O foco exclusivo em eficiência agregada, desconsiderando questões distributivas, “pode ser uma contradição em termos em países em desenvolvimento, em que desigualdades distributivas estão deprivando o mercado dos talentos e energia da maioria da população”²¹ (FOX, 2007, p. 10, tradução livre). Assim, um antitruste inclusivo, preocupado com a garantia de oportunidade e mobilidade econômica, seria favorável ao desenvolvimento econômico em longo prazo (GAL; FOX, 2015, p. 325).

Se, conforme o Relatório, são dois os elementos principais da dimensão *inclusiva* do desenvolvimento – a saber, a redução da desigualdade social e a promoção da igualdade de oportunidades – como o direito da concorrência pode se posicionar diante disso?

No âmbito do direito concorrencial, a inserção de preocupações distributivas relacionadas às desigualdades nos *resultados econômicos* é algo que pode inspirar a adoção de um padrão de eficiência baseado no conceito estrito de excedente do consumidor (ATKINSON, 2015, p. 126), controle de práticas exploratórias (SALOP; BAKER, 2015, p. 22) e a conformação de uma política de aplicação da lei que incorpore preocupações com o combate à pobreza, como a atenção especial a mercados de bens essenciais, por exemplo (GAL; FOX, 2015, p. 335; WAKED, 2015, p. 975).

Quanto à *igualdade de oportunidades*, o foco seria proteger a mobilidade e o acesso aos mercados, o que, para Fox (2007), significa adotar medidas de empoderamento da *rivalidade*²². Isso significa tratar a exclusão de rivais não só com um foco na redução do bem-estar agregado, mas preocupar-se também com seus efeitos na mobilidade e no bloqueio do acesso aos mercados de agentes aptos a concorrerem pelo mérito: “dar às empresas, incluindo pequenas e novas empresas, uma chance justa de competir pelos

²⁰ No original: “If there is an appropriate symbol for a developing country’s antitrust, it is not neo-liberalism, which may imply a widening moat. It is the rising ladder”.

²¹ No original, com o trecho completo: “To the extent that ‘efficiency’ as the goal of antitrust implies disregard of distributional values, this may be a contradiction in terms in developing countries, where severe distributional inequities are depriving the marketplace of the talents and energies of the majority of the population. Aggregate efficiency, turning its back on maldistribution and severe economic inequities, is probably not the centrepiece that most developing countries are likely to choose”.

²² Por empoderamento, então, Fox define o “empoderamento para se envolver em mercados livres de restrições empresariais desnecessárias por parte de empresas com poder de mercado substancial” (FOX, 2007, p. 10).

méritos de seus produtos e serviços, livres de restrições de fechamento de mercado artificiais e desnecessárias por empresas poderosas”²³ (FOX, 2007, p. 10, tradução livre). Assim sendo, o foco seria na inclusão e mobilidade dos cidadãos não só em sua condição de consumidores, como também de empreendedores²⁴.

O foco na rivalidade serviria, para os países em desenvolvimento, à finalidade de *geração* da concorrência, em vez de se *proteger* um status quo marcado por posições dominantes entrincheiradas (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 235).

Ademais, a preocupação com a igualdade de oportunidades de acesso aos mercados, traduzida na rivalidade, pode desempenhar importante função política, tanto para reforçar a percepção de legitimidade da defesa da concorrência junto à população dos países em desenvolvimento (OSTI, 2015, p. 268) quanto para a criação de uma *cultura da concorrência* em países em que essa política econômica é ainda considerada algo recente – criando incentivos econômicos para que o foco da conduta empresarial seja a concorrência pelo mérito, em vez de práticas exclusionárias ou de *rent seeking* (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242).

5. Rivalidade, proteção da concorrência e proteção dos concorrentes.

Preocupações com a rivalidade são normalmente rechaçadas sob o argumento de que a política de defesa da concorrência deve “proteger a concorrência, não os concorrentes”. Para compreender melhor a questão, o tratamento das práticas exclusionárias é um bom ponto de partida para reflexão. Práticas exclusionárias são abusos de posição dominante por meio dos quais a entrada ou permanência de rivais em um determinado mercado é impedida ou dificultada, através da restrição de seu acesso a consumidores ou

²³ No original: “give firms, including smaller and younger firms, a fair chance to compete on the merits of their products and services, free from artificial and unnecessary foreclosing restraints by powerful firms”.

²⁴ Essa é a posição de Drexel: “Em geral, a legislação concorrencial só pode ampliar o desenvolvimento sustentável se contribui para a inclusão de todos os membros da sociedade. Um foco puramente no papel dos cidadãos como consumidores iria deixar de abordar essa finalidade da legislação concorrencial, enquanto a proteção indireta de todos os participantes do mercado através da proteção do processo competitivo iria obtê-lo” (DREXEL, 2015, p. 291, tradução livre).

insumos, elevação de seus custos, ou, de outra maneira, alteração de seus incentivos para entrada e permanência no mercado (BAKER, 2013b, p. 539). Podem constituir restrições horizontais (relacionadas ao mesmo mercado relevante) ou verticais (relacionadas a mercados integrantes da mesma cadeia produtiva) Exemplos típicos são os preços predatórios, a recusa de contratar, os contratos de exclusividade, a compressão de margens, fixação de preço de revenda, discriminação de preços, venda casada, e a *sham litigation*. Embora seja possível o abuso de posição dominante coletivo (ou em colusão), o maior ponto de disputa refere-se à exclusão por meio de práticas unilaterais.

Uma das principais características do pensamento da Escola de Chicago é o ceticismo quanto à relevância das práticas unilaterais exclusionárias para o antitruste. Esse pensamento é derivado de teorias como a do “único lucro de monopólio”, da eficiência da discriminação de preços e da irracionalidade, em geral, da predação.

Em vista da crença na raridade de ocorrência de uma prática unilateral exclusionária que seja apta a reduzir a eficiência agregada – e, especialmente, em razão do fato de que a exclusão de concorrentes é um elemento natural (e esperado) de um mercado com concorrência vigorosa, o que beneficia os consumidores – as dificuldades de diferenciação de uma conduta pró-competitiva de uma conduta anticompetitiva são consideradas grandes demais, o que acautela contra a ação da autoridade antitruste. Erros tipo I (falsas condenações) seriam altamente prejudiciais nessas situações, enquanto erros tipo II (falsas absolvições) tendem a ser neutralizados pela ação autocorretora do mercado (EASTERBROOK, 1984). Assim, mesmo diante dos excepcionais casos em que práticas exclusionárias seriam prejudiciais à eficiência, ainda assim a atuação estatal não seria recomendada²⁵.

²⁵ Cf. Carlton: “Como regra geral, conduta que leva à saída de rivais de um mercado pode beneficiar os consumidores – isso é, pode ser pró-competitiva. [...] Pode ser possível demonstrar, contudo, que certos tipos de conduta poderiam reduzir o bem-estar social se certas presunções sobre as condições de mercado e interações das empresas são satisfeitas. Contudo, as particulares circunstâncias em que tal conduta também prejudica os consumidores podem ser tão estritas e incomuns que uma regra antitruste que sujeita uma inteira classe de conduta ao escrutínio antitruste nos fundamentos de que ela pode, às vezes, ser anticompetitiva irá causar uma perda social substancial se a política pública também proíbe ou desencoraja conduta pró-competitiva. Por essa razão, há um risco de que a aplicação da lei antitruste contra conduta exclusionária potencialmente anticompetitiva irá causar prejuízo econômico ao desencorajar conduta pró-competitiva” (CARLTON, 2008, p. 273, tradução livre).

Como essas dificuldades – que orientam a uma postura minimalista quanto às práticas unilaterais – são consideravelmente menores no caso de um cartel puro ou de uma fusão para monopólio, o pensamento de Chicago orienta que o foco do antitruste concentre-se nessas condutas:

Dessas várias análises, uma conclusão de grande significância para a política antitruste emerge: empresas não podem, em geral, obter ou aumentar o poder de monopólio por ação unilateral a menos, é claro, que elas estejam irracionalmente desejando trocar lucros por posição. Conseqüentemente, o foco das leis antitruste não deviam ser em ação unilateral; ele devia, ao contrário, ser em: (1) cartéis e (2) fusões horizontais amplas o suficiente ou para criar um monopólio diretamente, ou facilitar a cartelização por reduzir drasticamente o número de vendedores significantes no mercado.²⁶ (POSNER, 1979, p. 928, tradução livre).

Esse é o substrato dos dizeres de que o antitruste “protege a concorrência, não os concorrentes”, que, no contexto do antitruste de Chicago – em que a concorrência equivale à maximização da eficiência agregada – quer indicar que a rivalidade não tem um valor intrínseco (GERLA, 1996, p. 210). Não há intervenção antitruste em práticas exclusionárias que ampliem o bem-estar do consumidor (ou agregado) ou, ao menos, considere-se improvável que acarretem sua redução. Por sua vez, intervenções que reconheçam valor na preservação da rivalidade, sem que tenha havido dano aos consumidores, seriam, segundo o ideário de Chicago, meios de “proteger concorrentes”, sendo consideradas “políticas”, arbitrárias e, portanto, não teriam lugar no reino técnico do antitruste²⁷.

²⁶No original: “From these various analyses, a conclusion of great significance for antitrust policy emerges: firms cannot in general obtain or enhance monopoly power by unilateral action unless, of course, they are irrationally willing to trade profits for position. Consequently, the focus of the antitrust laws should not be on unilateral action; it should instead be on: (1) cartels and (2) horizontal mergers large enough either to create monopoly directly, as in the classic trust cases,⁷ or to facilitate cartelization by drastically reducing the number of significant sellers in the market”.

²⁷ Sobre a frase “proteger a concorrência, não os concorrentes”, Osti observa que “à primeira vista pareceria enfatizar a significância da concorrência per se, e se origina nos casos dos EUA que muito precederam a revolução de Chicago. Ela tem, contudo, sido usada principalmente na área do controle de fusões e condutas unilaterais para sugerir que incorporações de concorrentes substanciais, e conduta unilateral que fecha

As propostas de promoção da rivalidade nos países em desenvolvimento, contudo, não se dirigem à proteção de concorrentes ineficientes em face da concorrência por excelência (ou *pelo mérito*), baseada em melhores preços e qualidade. Uma atitude menos tolerante com práticas exclusionárias é enxergada como uma estratégia para fortalecimento das condições para que, justamente, a rivalidade se processe *no mérito* ou, na metáfora de Fox (2007), “embora o antitruste não deva ser usado para proteger Davids ineficientes contra Golias, ele pode e deve ser usado para empoderar Davids contra Golias ao abrir caminhos para a mobilidade e acesso”²⁸ (FOX, 2007, p. 2, tradução livre).

As menções, na doutrina, acerca da finalidade de proteção da rivalidade constituem, não raro, referências à tradição jurisprudencial europeia quanto ao abuso de posição dominante. É à luz dos desenvolvimentos nesta jurisdição que se sugere que os países em desenvolvimento incorporem um conceito *ontológico* de concorrência, focado na proteção do processo da efetiva competição, ou da estrutura da concorrência (DREXL, 2015, p. 287; OSTI, 2015, p. 260; SINGH, 2013, p. 60). Esse ideário, de inspiração ordoliberal²⁹, ilumina a questão “proteger a concorrência vs. proteger os concorrentes” de modo diferente.

o mercado a concorrentes de modo significativo, pode escapar da proibição antitruste sempre que o bem-estar do consumidor, e a eficiência de modo geral, não é demonstravelmente e significativamente afetada – a despeito de seu impacto na rivalidade, na estrutura da concorrência e no processo competitivo” (OSTI, 2015, p. 230, tradução livre).

²⁸ No original: “While antitrust should not be used to protect inefficient Davids against Goliath, it may and should be used to empower Davids against Goliath by opening paths of mobility and access”.

²⁹ O ordoliberalismo foi a ideologia desenvolvida na Alemanha a partir das décadas de 1930 e 1940 pelos pensadores da Escola de Freiburg, como Walter Eucken, Franz Böhm e Hanns Grossmann-Doerth, bem como seus sucessores. Seu principal objetivo foi estabelecer as bases de uma “economia social de mercado”, em que o mercado funciona de modo equitativo e com garantia de igualdade de participação a todos, constitucionalizada sob uma ordem econômica voltada a valores humanísticos em vez de puramente utilitaristas (GERBER, 1994, p. 36). Um elemento marcante do pensamento ordoliberal é o reconhecimento das repercussões políticas da acumulação de poder econômico privado, especialmente tendo testemunhado o papel dos cartéis e monopólios alemães na desestabilização das instituições da República de Weimar e na ascensão do regime nazista (GERBER, 1994, p. 37). Liberdade política e liberdade econômica são vistas como essencialmente complementares, de modo que a “economia social de mercado” ordoliberal visa a proteger a liberdade individual tanto em face do poder estatal quanto em face do poder privado (VATIERO, 2015, p. 295).

Embora a posição dominante, por si só, não seja condenada, o sistema europeu reconhece uma “responsabilidade especial” à empresa no sentido de não comprometer a estrutura da concorrência (ADAM; ALDER, 2008, p. 575). Assim, além do reconhecimento da possibilidade de abusos de posição dominante *exploratórios* – relacionados à exploração *per se* da posição dominante, como a prática de preços excessivos (CASTRO, 2012) – os critérios para caracterização dos abusos de posição dominante *exclusionários* – restrições à entrada e permanência de rivais no mercado por meios distintos da concorrência pelo mérito – revelam o comprometimento com a ideia de rivalidade e à proteção da estrutura da concorrência.

Drexl (2015) demonstra que o Tribunal de Justiça Europeu, especialmente a partir da decisão para o caso *Continental Can* (1973), desenvolveu um conceito *ontológico* de concorrência, segundo o qual a finalidade da concorrência é a proteção do “processo de concorrência efetiva”, da “estrutura da concorrência”, em vez do foco estrito no bem-estar do consumidor. Tal como no conceito ordoliberal, a preservação de uma estrutura competitiva – para garantia da igualdade de oportunidades – é considerada um valor por si só, em vez de mero valor instrumental à eficiência estática. O Tribunal Europeu estabelece, no caso em questão, que a proibição do abuso de posição dominante “não é apenas dirigida a práticas que podem causar dano aos consumidores diretamente, mas também àquelas que lhes são prejudiciais através de seu impacto em uma estrutura da concorrência efetiva” (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça*, 1973, apud DREXL, 2015, p. 274).

A decisão indica, portanto, que essa visão ontológica – ao contrário do que o nome possa indicar – não é isenta de uma visão econômica: preservar a estrutura da concorrência, a igualdade de oportunidades de acesso ao mercado, serve aos interesses do consumidor mesmo quando não há evidência de dano direto ao seu bem-estar econômico, em curto prazo (DREXL, 2015,

Nesse ponto é que o ordoliberalismo vai além do liberalismo clássico – que voltou-se principalmente à proteção do indivíduo em face do Estado – por reconhecer a ameaça que os reflexos políticos da concentração do poder econômico privado oferecem ao funcionamento das democracias e à liberdade econômica individual (GERBER, 1994, p. 37). O direito da concorrência se afigura como o principal instrumento de “desempoderamento” do poder econômico privado, assumindo status constitucional (OSTI, 2015, p. 240). Para o ordoliberalismo, a concorrência não constitui mero instrumento de política pública para promoção da eficiência, mas um valor constitucional de justiça social, destinado a proteger a liberdade econômica individual e a democracia em face das distorções políticas que o acúmulo de poder econômico privado gera por sua própria existência (OSTI, 2015, p. 240).

p. 275). Embora não essencial para configurar a infração, o dano direto ao consumidor não é irrelevante para a análise concorrencial, pois sua ocorrência segue como um importante meio de se evidenciar a consumação real ou potencial da prática restritiva e a análise dos méritos da intervenção antitruste (DREXL, 2015, p. 294).

Essa abordagem não protege os concorrentes *per se*, embora eles possam, certamente, se beneficiar indiretamente da proteção à *rivalidade* em uma estrutura de concorrência efetiva. A expectativa é de que a rivalidade seja desempenhada por concorrentes, no mínimo, razoavelmente eficientes em relação à empresa dominante (GORMSEN, 2010, p. 165). Entre proteger consumidores e concorrentes, o direito concorrencial europeu não faz opção direta por nenhum dos dois, voltando-se à proteção da concorrência como *instituição* (DREXL, 2015, p. 282).

A partir da década de 2000, o debate sobre esse conceito ontológico de concorrência se reacendeu quando a Comissão Europeia dedicou-se à adoção da “abordagem mais econômica” (“more economic approach”), um projeto de “modernização” do direito concorrencial europeu através de maior incorporação da teoria econômica neoclássica, com a sugestão de incorporação de um teste de dano direto ao consumidor para caracterização de práticas exclusionárias (OSTI, 2015, p. 243). Na sua “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, a Comissão teria adotado uma posição ambígua, usando o conceito de “fechamento de mercado que leva ao dano do consumidor” (DREXL, 2015, p. 278). Ainda assim, cabe observar, o “bem-estar do consumidor” referido pela Comissão Europeia nesse contexto refere-se ao padrão do “excedente do consumidor”, não do “bem-estar total” (OSTI, 2015, p. 244).

Essa controvérsia foi encerrada, contudo, com a chamada “segunda vida” do precedente *Continental Can* (OSTI, 2015, p. 246), o que ocorreu na decisão da Corte Europeia de Justiça para os casos *British Airways* (2007) e *GlaxoSmithKline* (2009), em que o precedente *Continental Can* foi reafirmado no que se refere à ideia da proteção da estrutura da concorrência, à “concorrência como tal”, rejeitando-se a necessidade de comprovação de dano direto do consumidor para configuração de violação ao direito concorrencial.

Deve-se destacar que essa abordagem ontológica não constitui necessariamente uma análise puramente formalista ou *per se*, já que é

igualmente baseada em efeitos econômicos³⁰: no caso da prática exclusionária, por exemplo, é necessário comprovar o efeito econômico do fechamento de mercado anticompetitivo por métodos diferentes da concorrência pelo mérito. A eficiência das práticas econômicas, inclusive, não é desconsiderada no âmbito dessa análise: são aceitáveis defesas baseadas na eficiência da operação, embora sua aceitabilidade seja interpretada à luz da necessidade de proteção da estrutura da concorrência em longo prazo³¹.

6. A ideologia constitucionalmente adotada e o direito da concorrência brasileiro.

O comando constitucional mais específico com relação à defesa da concorrência no Brasil é o art. 173, §4º, da Constituição da República de 1988, que estabelece que a lei “reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Este comando – que, por sinal, vem-se repetindo essencialmente em todas as Constituições brasileiras desde 1946 – não estabelece nenhuma base para que a preocupação do direito concorrencial restrinja-se tão-somente ao “abuso de poder econômico que reduza a eficiência alocativa”.

Pelo contrário, o que esses termos denotam é uma preocupação com a manutenção da estrutura da concorrência – o que se dá através de abusos que acarretem a “dominação de mercados” e a “eliminação da concorrência” – e o

³⁰Observa Gerber: “*O altamente influente Paradoxo Antitruste de Robert Bork partiu da premissa da necessidade de uma estrutura substantiva que oferecesse mais certeza de aplicação do que havia sido gerado em décadas de jurisprudência. Ele concluiu, e seu argumento obteve muito apoio, que a teoria do preço e o conceito de eficiência alocativa oferecia o melhor remédio para essa situação. O pensamento ordoliberal sugere um diferente meio de obter tal confiabilidade e integridade conceitual. Para ordoliberais, tal como para Bork, o pensamento econômico tem de desempenhar um papel importante, mas os ordoliberais focaram na necessidade de proteger as condições da concorrência em vez dos resultados de curto prazo da concorrência*”. (GERBER, 1994, p. 82, tradução livre).

³¹A Comissão Europeia, nesse sentido, observa que a “[r]ivalidade entre empresas é um motor essencial da eficiência econômica, incluindo a eficiência dinâmica na forma de inovação. Em sua ausência irá faltar à empresa dominante incentivos adequados para continuar a criar e passar adiante ganhos de eficiência. Onde não há concorrência residual e nenhuma ameaça previsível de entrada, a proteção da rivalidade e do processo competitivo sobrepuja possíveis ganhos de eficiência” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 30, tradução livre).

combate a abusos exploratórios de poder econômico que se traduzam no “aumento arbitrário de lucros”³².

O aspecto inovador da Constituição de 1988 constituiu a inserção da *livre concorrência* no rol de princípios conformadores da ordem econômica (art. 170, IV). Ao mesmo tempo, a Constituição estabelece que a livre concorrência – e, por extensão, o tratamento jurídico do abuso de poder econômico – deve conviver com outros princípios: a *soberania nacional* (art. 170, I), a *propriedade privada* (art. 170, II), a *função social da propriedade* (art. 170, III), a *defesa do consumidor* (art. 170, V), a *defesa do meio ambiente* (art. 170, VI), a *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, VII), a *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII) e o *tratamento favorecido à empresa de pequeno porte* (art. 170, IX).

Se a Constituição é clara em estabelecer que a livre concorrência convive com princípios como a redução da desigualdade social, a função social da propriedade e o tratamento favorecido à pequena empresa, dentre outros, não parece ser razoável estipular que o direito da concorrência deva concentrar-se unicamente na busca pelo ideal da eficiência no sentido estipulado pela Escola de Chicago. Andrade (2014, p. 173), nesse sentido, pondera que “eleger o cálculo de eficiência econômica (eficiência produtiva e alocativa como maximização de riqueza) não passaria sequer no teste da literalidade” do texto constitucional.

Para além da convivência com outros princípios da ordem econômica, destaca-se o fato de que a Constituição da República fixa que a *finalidade* de toda a ordem econômica constitucional é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*). Essa finalidade se insere nos objetivos da República, expressos no art. 3º, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Se a defesa da concorrência é um dos instrumentos para consecução da ideologia constitucional, ou um “*meio, instrumento* para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar’ a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (FORGIONI, 2012, p. 186, grifos no original), o valor jurídico de um compromisso constitucional expresso com a justiça social

³² Sobre os abusos exploratórios na ordem econômica brasileira, cf. Castro (2012).

não pode ser menosprezado³³. Sua adoção, observa Grau, “não designa meramente uma *espécie* de justiça, porém um seu *dado ideológico*” (GRAU, 2010, p. 229, grifos no original). É sob o marco da justiça social que se deve legitimar o entendimento sobre a finalidade do direito da concorrência brasileiro, em prol de objetivos como o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais³⁴.

Uma característica de um regime de justiça social muito destacada pela doutrina brasileira é a redução nas desigualdades nos *resultados econômicos*, traduzidos no reconhecimento de direitos sociais, nas medidas de valorização da condição de trabalhador, na justiça tributária, nas transferências diretas, na política urbana, na política de seguridade social e no combate à pobreza e à miséria³⁵.

Uma dimensão da justiça social ainda mais importante para o direito concorrencial, contudo, é a da garantia de *igualdade de oportunidades*.

Rawls (1999) estabelece que, sendo indesejável a absoluta igualdade de resultados econômicos, a distribuição de bem-estar econômico deve ser guiada pelo princípio da *diferença*, segundo o qual eventuais desigualdades deverão ser instituídas somente quando em benefício de todos, em um regime de igualdade de oportunidades: “desigualdades sociais e econômicas precisam ser arrançadas de modo que elas sejam tanto (a) razoavelmente esperadas que

³³A esse respeito, observa Eros Grau: “não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional” (GRAU, 2010, p. 194)

³⁴Nesse sentido, cf. Andrade que, com base em uma perspectiva sistemática da Constituição da República, rejeita a ideia de que a ordem econômica seja concebida como instância tão-somente comprometida com o crescimento econômico, discordando que preocupações distributivas sejam relegadas a políticas separadas (na “ordem social”), em momento posterior (ANDRADE, 2014, p. 170).

³⁵ José Afonso da Silva estabelece, nesse sentido, que “[u]m regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria” (SILVA, 2014, p. 801-802). No mesmo sentido, Eros Grau observa que “*Justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista” (GRAU, 2010, p. 229).

sejam em benefício de todos, e (b) correspondentes a posições e cargos abertos a todos”³⁶ (RAWLS, 1999, p. 53, tradução livre).

A igualdade de oportunidades, nesse contexto, diz respeito à alocação adequada de *recursos* em face da distribuição desigual de *talentos* – entendidos como fatores que as instituições sociais não conseguem controlar, mas não são de responsabilidade indivíduo, como circunstâncias biológicas e sociais – passando daí os resultados individuais serem baseados na competição baseada na *vontade*, entendida como circunstâncias relacionadas à responsabilidade e passível de controle individual – em Rawls, metas e ambições pessoais (FLEURBAEY, 1995, p. 26).

Esse princípio comanda um foco não só na redistribuição posterior dos resultados produtivos (através do sistema tributário e de transferências diretas), mas em medidas *pré-distributivas*, entendidas como aquelas que atuam no início do ciclo produtivo de modo que “redefinem as relações de produção e, ao fazê-lo, influenciem nos resultados pré-fiscais” (ZANITELLI, 2016, p. 307)³⁷. Essas medidas pré-distributivas, observa Zanitelli (2016), podem incluir políticas públicas em prol da dispersão de capital e a dispersão de controle sobre os meios de produção (ZANITELLI, 2016, p. 308-311), o que evidencia a ideia de que a igualdade de oportunidades inclui não só a dimensão do indivíduo como consumidor, mas também como potencial ator econômico ou empreendedor. Tendo em vista essas observações, a garantia de preços baixos ao consumidor – ou de maior bem-estar agregado, na visão estrita de Chicago – não pode ser a única finalidade de um direito concorrencial comprometido com a justiça social.

O comando de igualdade de oportunidade, para Rawls, não é condicionada principalmente à maior eficiência desse arranjo, mas ao fato de

³⁶ No original, com o trecho completo: “Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all”.

³⁷ Sobre a distinção entre os períodos inicial e o posterior, esclarece Zanitelli que Rawls não tratou apenas da distribuição ocorrida ao final de cada período produtivo, mas também daquela que ocorre em seu início, ou na pré-distribuição: “No primeiro caso, trata-se de um regime que permite resultados de mercado pré-fiscais mais desiguais (e que combate essa desigualdade com tributação e transferência). No segundo, de um regime com medidas para reduzir a desigualdade dos resultados pré-fiscais (o que diminui a necessidade de redistribuir)” (ZANITELLI, 2016). Para usar a metáfora do bolo, medidas redistributivas tratariam da propriedade das fatias do bolo já crescido, enquanto medidas pré-distributivas tratam da distribuição e gestão dos ingredientes do bolo.

que a oportunidade igualitária serve à realização individual e atua como princípio superior de organização econômica com justiça social³⁸.

Transpondo esse princípio à análise concorrencial, pode-se compreender que a desejabilidade de práticas exclusionárias não poderia ser aferida, unicamente, com relação a seu impacto na eficiência alocativa. Sob uma perspectiva de justiça social, a supressão da oportunidade de acesso aos mercados – acesso, aqui, na posição de empreendedor – tem valor negativo intrínseco, não sendo passível de instrumentalização em função de uma medida específica de eficiência. Adicionalmente, como se verá adiante, uma atitude tolerante com práticas exclusionárias sequer tem o potencial de contribuir com maior eficiência em longo prazo, haja vista as condições econômicas peculiares aos países em desenvolvimento.

Outra questão notável é que, junto às metas igualitárias, a Constituição consagrou o *desenvolvimento econômico* como objetivo da República.

Um foco em eficiência econômica é normalmente justificado sob a ideia de que é a melhor alternativa para gerar *crescimento* econômico, que seria uma meta universal³⁹. Um foco em *desenvolvimento* econômico,

³⁸ Defende Rawls: “Primeiramente, contudo, eu deveria observar que as razões para requerer posições abertas não são somente, ou mesmo primariamente, as de eficiência. Eu não defendi que cargos devem ser abertos se de fato todos irão se beneficiar de tal arranjo. Porque pode ser possível melhorar a situação de todos ao atribuir certos poderes e benefícios a posições a despeito do fato de que certos grupos são excluídos deles. Embora o acesso é restrito, talvez esses cargos podem ainda atrair talento superior e encorajar melhor performance. Mas o princípio das posições abertas proíbe isso. *Ele expressa a convicção de que se alguns lugares não fossem abertos em uma base justa para todos, aqueles mantidos de fora estariam corretos em se sentir injustamente tratados, mesmo que eles tenham se beneficiado dos melhores esforços daqueles que foram permitidos ocupá-los. Eles estariam justificados em sua reclamação não só porque eles foram excluídos de certas recompensas externas do cargo, mas porque eles foram barrados de experimentar a realização do ser que vem de um exercício habilidoso e devotado de deveres sociais. Eles seriam privados de uma das principais formas de bem humano*” (RAWLS, 1999, p. 73, tradução livre, sem grifos no original).

³⁹ É essa a opinião de Priest: “[...] as finalidades normativas são claras. Toda sociedade se beneficia à medida que se torna mais rica. Embora o crescimento econômico seja às vezes identificado como relacionado somente à atividade comercial ou o que a alguns parece insinuar a promoção de valores materialistas em vez de espirituais ou filosóficos, há fortes fundamentos morais para defendê-lo. Mais obviamente, o crescimento econômico é responsável pelas melhorias mais básicas na qualidade de vida dos cidadãos, como aumento na expectativa de vida e redução da mortalidade

contudo, reconhece que o crescimento é apenas um dos fatores para apuração do bem-estar humano, sendo que o conceito de desenvolvimento coloca em questão o *conteúdo* e *direção* de tal crescimento. Assim, observam Lianos, Mateus e Raslan (2013), enquanto o crescimento é um “processo essencialmente quantitativo de expansão do produto interno bruto”, o desenvolvimento é “uma operação intrinsecamente qualitativa de gerar novo equilíbrio com maior produtividade e mudança de estruturas socioeconômicas”⁴⁰ (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 752, tradução livre), conceito que abre espaço para uma discussão normativa.

Em uma das formulações mais marcantes sobre o tema, Amartya Sen (1999) estipula que o desenvolvimento econômico deve ir além do mero crescimento econômico⁴¹, sendo compreendido como a promoção da *liberdade* através da expansão das capacidades individuais para busca de seus objetivos⁴². Para esse fim, o desenvolvimento deverá promover cinco liberdades instrumentais interligadas: “(1) liberdades políticas, (2) infraestruturas econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetiva”⁴³ (SEN, 1999, p. 10, tradução livre).

infantil, dentre outros. [...] Esses fundamentos mais amplos para promover o crescimento econômico são compartilhados por todos os sistemas de valor humanísticos. Eles transcendem a experiência histórica e diferenças em cultura” (PRIEST, 2012, pos. 1.868, tradução livre).

⁴⁰ No original, com o trecho completo: “A distinction was established between the concept of growth, an essentially quantitative process of expanding gross domestic product, and that of development, an inherently qualitative operation of generating a new equilibrium with higher productivity and changing socioeconomic structures”.

⁴¹ Sokol, Lianos e Cheng, a respeito da teoria de Sen, analisam que o foco na liberdade se presta à rejeição de uma abordagem sustentada pelo “trickle down economics”: “Desenvolvimento deve dedicar-se a ampliar a liberdade de indivíduos para perseguir seus objetivos de vida. Essa abordagem baseada na liberdade rejeita a premissa implícita da visão focada no crescimento de que o melhor jeito de alcançar melhorias no padrão de vida de base ampla é aumentar o bem-estar social e deixar os benefícios respingarem ao longo da escada social” (SOKOL; CHENG; LIANOS, 2013, pos. 169, tradução livre).

⁴² Afirma Sen: “Por alguma razão, o crescimento econômico não pode de modo sensato ser tratado como um fim em si. O desenvolvimento tem de ser mais preocupado com melhorar as vidas que levamos e as liberdades de que gozamos. Expandir as liberdades que nós temos razões para valorizar não apenas torna nossas vidas mais livres e sem restrições, mas também nos permite ser pessoas sociais mais completas, exercendo nossas próprias vontades e interagindo com – e influenciando – o mundo em que vivemos” (SEN, 1999, p. 14-15, tradução livre).

⁴³ No original, com o trecho completo: “Five distinct types of freedom, seen in an ‘instrumental’ perspective, are particularly investigated in the empirical studies that

Dentre essas liberdades instrumentais, a segunda é particularmente importante: a liberdade instrumental relativa às “infraestruturas econômicas” refere-se à promoção da capacidade individual através da garantia de “utilizar os recursos econômicos para consumo, ou produção, ou troca”⁴⁴ (SEN, 1999, p. 39, tradução livre). Note-se que essa definição não se refere somente à capacidade do indivíduo enquanto consumidor, mas também como agente produtivo⁴⁵.

Não seria muito distante da ideia de Sen, então, afirmar-se que a liberdade econômica refira-se, também, ao *acesso aos mercados* ou, em outras palavras, à oportunidade de ação econômica e ao direito de participar, ativamente, do processo de alocação dos recursos escassos em determinada sociedade. Um desenvolvimento com justiça social é aquele em que os indivíduos têm oportunidade de participar não só por meio de decisões de consumo, mas também de produção.

Essa é a posição de Eleanor Fox (2012), que defende que o desenvolvimento econômico requer o “empoderamento das pessoas para participarem na economia da comunidade e talvez além, o que implica em mercados abertos livres de restrições artificiais; oportunidade e mobilidade das pessoas como atores econômicos participativos e criativos”⁴⁶ (FOX, 2012, p. 3, tradução livre), para além de sua atuação como consumidores de bens sob preços acessíveis.

follow. These include (1) political freedoms, (2) economic facilities, (3) social opportunities, (4) transparency guarantees and (5) protective security. Each of these distinct types of rights and opportunities helps to advance the general capability of a person. They may also serve to complement each other”.

⁴⁴ No original, com o trecho completo: “Economic facilities refer to the opportunities that individuals respectively enjoy to utilize economic resources for the purpose of consumption, or production, or exchange”.

⁴⁵ Sen, ao mencionar a importância do acesso ao mercado de trabalho assalariado – de onde deriva a importância dos mercados como infraestrutura de promoção da liberdade, antes que mero instrumento de geração do crescimento econômico, também chega a mencionar o valor do acesso aos mercados enquanto produtor, com o seguinte exemplo: “a negação de acesso a mercados de produto é frequente entre as deprivações que pequenos agricultores e produtores com dificuldades sofrem sob arranjos e restrições tradicionais. A liberdade de participar na troca econômica tem um papel básico na vida social” (SEN, 1999, p. 7).

⁴⁶ No original, com o trecho completo: “The second part is empowerment of the people to participate in the economy of the community and perhaps beyond, implying open markets free of artificial restraints; opportunity and mobility of the people as participatory and creative economic actors; and, reciprocally, access of the people as buyers and consumers to goods and services at a price near cost”.

7. Um renovado foco nos abusos de posição dominante nos países em desenvolvimento.

O foco em rivalidade repercute, principalmente, no tratamento dos abusos de posição dominante pelos países em desenvolvimento – não só no âmbito dos critérios substantivos para configuração da ilicitude dessas práticas, quanto também na ordenação de prioridades da política de aplicação da lei pelas autoridades antitruste.

Tradicionalmente, recomenda-se que os países em desenvolvimento foquem sua atuação no combate a cartéis puros, como acordos de fixação de preço, divisão de mercado, limites de produção, fraude a licitações, dentre outros. A principal razão para isso seria a mesma apontada pela Escola de Chicago para determinar as prioridades do antitruste estadunidense: ao contrário das fusões e do abuso de posição dominante, cartéis têm efeitos econômicos menos ambíguos, o que minimiza os riscos de decisões errôneas – ou, no caso das práticas internacionais, decisões contraditórias entre jurisdições (BRUSICK; EVENETT, 2008, p. 271). Esse problema seria especialmente agudo nos países em desenvolvimento, já que as agências de defesa da concorrência nesses locais teriam menor *expertise* para diferenciar práticas pró-competitivas de abusos anticoncorrenciais (BRUSICK; EVENETT, 2008, p. 279).

Aponta-se também que o combate aos cartéis poderia ser instrumentalizado para a construção de uma cultura da concorrência, especialmente se as prioridades de aplicação da lei se concentrarem em setores com maior repercussão midiática, como bens de consumo básicos e contratos públicos (SOKOL; STEPHAN, 2012, pos. 2.746).

No Brasil, o ajuste de prioridades na política de aplicação da legislação concorrencial – que, a partir da promulgação da Lei Federal nº 8.884/1994, havia se concentrado no controle de fusões – aconteceu a partir da década de 2000, tendo como marco a promulgação da Lei Federal nº 10.149/2000, que introduziu o sistema de acordos de leniência no sistema brasileiro e ampliou os poderes investigativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), inclusive com a previsão de possibilidade de pedidos de mandado de busca e apreensão sigilosos (TODOROV; TORRES FILHO, 2012, p. 238).

Ocorre, contudo, que a prática do abuso de posição dominante pode ser mais comum e prejudicial aos países em desenvolvimento do que se imagina.

Como mencionado acima, a análise do impacto de decisões em matéria concorrencial, sob o ideário da Escola de Chicago, é fundado em uma teoria da decisão que compara os custos de erros tipo I (falsas condenações) com os custos de erros tipo II (falsas absolvições). A tendência geral de preferência por erros tipo II é fundada na ideia de que eventuais abusos de poder econômico, se não-condenados, seriam transitórios, em razão do potencial de autocorreção de mercado; falsas condenações, por sua vez, teriam grande impacto nos incentivos para futuros investimentos pelas empresas, desincentivando permanentemente ações pró-competitivas (“esfriando” a concorrência). Essas presunções não são, necessariamente, extensíveis a todas as jurisdições. A probabilidade de ocorrência de cada erro pode ser diferente em cada contexto econômico e institucional (DEVLIN; JACOBS, 2010, p. 98) e, na ausência de dados empíricos sobre tal variável, é evidente que cada jurisdição possui diferentes entendimentos sobre os pressupostos subjacentes aos ditames da teoria dos custos dos erros (EVANS, 2009, p. 181).

Por essa razão, é essencial que os países em desenvolvimento verifiquem, para seu contexto específico, qual a probabilidade de ocorrência de cada tipo de erro e seus respectivos custos, com recurso inclusive a métodos empíricos de verificação, como a análise de efeitos de decisões passadas (ADAM; ALDER, 2008, p. 628).

Isso implica rejeitar o universalismo de uma análise econômica aplicada a “condutas genéricas abstratas a mercados genéricos abstratos”⁴⁷ (LEWIS, 2008, p. 3, tradução livre), considerando não só o tamanho, estrutura e histórico da economia nacional, como também determinando a forma pela qual os objetivos normativos de cada jurisdição (eficiência, rivalidade, distribuição, dentre outros) devem ser ponderados na análise de custos e benefícios (ADAM; ALDER, 2008, p. 628).

Assim é que, no sistema europeu, identifica-se que a presunção de que os mercados tendem prontamente à autocorreção é atenuada em face da observação de que muitos mercados ainda são marcados por posições dominantes entrincheiradas, herdeiras de antigos monopólios estatais ou beneficiárias de outros privilégios que não refletem a remuneração de um investimento ou inovação substancial (VICKERS, 2007, p. 06). Além disso, a

⁴⁷ No original, com o trecho completo: “Surely any economic analysis worthy of the name must begin an assessment of the likelihood of the direction of error in anti-trust enforcement with an attempt to specify the pertinent features of the actual economy in which the enforcement is carried out, rather than with the application of industrial organisation theories to abstracted generic conduct in abstracted generic economies”.

expectativa de que a intervenção governamental pode ser apta a melhorar o funcionamento dos mercados, bem como preocupações com questões distributivas, constituem um importante elemento da ideologia europeia que, obviamente, afeta a percepção sobre os méritos da ação antitruste quanto ao abuso de posição dominante (GAL, 2004, p. 04).

Por essas razões é que se compreende a distinção do sistema europeu quanto ao balanço ideal entre os riscos de se, por um lado, “esfriar” a concorrência através de um antitruste vigoroso, e, de outro, combater os prejuízos derivados do abuso de posição dominante (VICKERS, 2007, p. 06). É notável, nesse aspecto, a prática do sistema europeu de analisar a *origem* do poder econômico, no caso concreto, para só então apurar os efeitos da intervenção do antitruste nos incentivos para investimento futuros (CASTRO, 2017a).

Se, entre os países desenvolvidos, já se identifica substancial diferença quanto à percepção dos méritos da intervenção antitruste em face de práticas exclusionárias, essas diferenças podem se mostrar ainda mais acentuadas nos países em desenvolvimento.

Alguns contextos econômicos nesses países, como os descritos no tópico anterior, podem ser ideais para a emergência dessa prática, assim exemplificados por Evenett e Brusick (2008, p. 280 et seq.):

- Monopólios ou posições dominantes consideráveis, formados através da aquisição de monopólios públicos com décadas de existência e entrenchamento, em processos de privatização pouco comprometidos com a concorrência pós-liberalização;
- Setores regulados – especialmente com restrições à entrada e saída – mercados por reguladores capturados pelas empresas reguladas;
- Setores marcados pela dominância de um grande player multinacional, com poder econômico suficiente para sustentar práticas para suprimir a lucratividade de rivais (“*deep pocket*”), além de poder de barganha considerável para impôr condições abusivas a fornecedores e distribuidores domésticos; e
- Abusos exploratórios ou exclusionários derivados de abusos de direitos de propriedade intelectual em regimes patentários mal estruturados ou mal implementados.

Esse tipo de contexto, além de mais comum em países em desenvolvimento que em jurisdições como a estadunidense, é mais

problemático para a economia desses países, haja vista o potencial limitado de “autocorreção” dessas práticas.

Os problemas relacionados à fé na autocorreção dos mercados são ainda mais agudos no contexto dos países em desenvolvimento. A teoria dos mercados contestáveis – de que, independentemente da preservação da rivalidade, a mera ameaça da entrada em um mercado “contestável” seria incentivo econômico suficiente para que a empresa dominante continue a precificar e inovar de modo competitivo – presume um monopolista não pode alterar seus preços após a entrada, bem como a irrelevância das barreiras à entrada. Se, como visto acima, as barreiras à entrada são bastante substanciais nos países em desenvolvimento, uma atitude tolerante com práticas de abuso de posição dominante exclusionária poderia constituir, justamente, o maior impeditivo à autocorreção do mercado nesses países (ADAM; ALDER, 2008, p. 589).

Nesse ponto, ao presumir a autocorreção do mercado, o direito concorrencial estaria, de fato, impedindo que esse fenômeno ocorresse, quando não destina tratamento adequado às práticas exclusionárias que mantêm posições dominantes entrincheiradas. Falsos negativos nesses países, portanto, podem ter efeitos negativos muito mais substanciais que os presumidos nas nações desenvolvidas⁴⁸.

O temor quanto à remuneração inadequada a investimentos passados deve, assim como na prática europeia, ser analisado à luz do histórico da posição dominante, uma vez que sua origem, em países em desenvolvimento, pode ser decorrência de décadas de uma política econômica descomprometida com a promoção da concorrência, além de protecionismo, questões históricas,

⁴⁸ É a posição de Fox e Gal: “Enquanto a legislação dos EUA é especialmente preocupada com falsos positivos, com excessiva intervenção antitruste a ponto de que empresas ineficientes serão protegidas da própria concorrência, países em desenvolvimento podem estar mais preocupados com falsos negativos, preocupados que empresas dominantes têm por muito tempo sido protegidas das forças da concorrência e que pessoas/empresas com nenhum poder têm frequentemente sido excluídas de entrar em mercados e concorrer por seus méritos. Enquanto os Estados Unidos raramente vê um monopólio e muito mais frequentemente vê cartéis, países em desenvolvimento frequentemente vêem monopólios em quase todo setor importante de negócios. E enquanto a lei dos EUA pode se dar ao luxo de deferir a uma agência regulatória quando o monopólio reside em um setor regulado, assim reduzindo mais ainda o escopo de aplicação do antitruste, países em desenvolvimento mais frequentemente experimentam captura em agências regulatórias e podem às vezes estar melhores com a voz a autoridade da concorrência do que com a proteção de uma agência regulatória” (GAL; FOX, 2015, p. 334, tradução livre).

privatização de antigos monopólios estatais e outros fatores (LEWIS, 2008, p. 4)⁴⁹.

Desse modo, o risco de a aplicação da lei antitruste “esfriar” a concorrência, nos países em desenvolvimento, pode ser maior quando se consolida uma postura permissiva quanto a práticas exclusionárias que perpetuam posições dominantes entrincheiradas, “esfriando” a rivalidade, ou “mais o efeito de esfriamento que isso terá em nova entrada potencial ao invés das possíveis consequências de esfriamento de se restringir, embora ocasionalmente de modo errôneo, a liberdade de ação dessas empresas dominantes”⁵⁰ (LEWIS, 2008, p. 11, tradução livre).

Além de ser necessário que a política de aplicação da lei de defesa da concorrência, em países em desenvolvimento, atribua atenção especial aos abusos de posição dominante, é necessário que essa análise se utilize de critérios substantivos comprometidos com a manutenção da rivalidade e proteção da estrutura da concorrência⁵¹.

Como isso é especialmente marcante para antigos monopólios estatais liberalizados, uma política rigorosa quanto ao abuso de posição dominante deve ser vista como complemento essencial à liberalização, para

⁴⁹No mesmo sentido, afirmam Heimler e Mehta: “Em países em desenvolvimento muitas empresas dominantes obtiveram suas posições por meio da proteção de barreiras regulatórias à entrada, políticas de campeões nacionais ou monopólios legais, de modo que o desincentivo à inovação originando-se de um ativismo excessivo de aplicação da lei pode ser menos relevante” (HEIMLER; MEHTA, 2013, p. 3, tradução livre).

⁵⁰No original, com o trecho completo: “Under these actual economic circumstances, those charged with promoting competition in South Africa should be forgiven for fearing the direct consequences of abusive conduct by dominant firms and the chilling effect that this will have on potential new entry rather more than the possible competition chilling consequences of restricting, albeit occasionally erroneously, the freedom of action of these dominant firms”.

⁵¹Assim defendem Fox e Gal: “A nosso ver, a disponibilidade da proibição ao abuso de posição dominante é uma das mais importantes armas no arsenal antitruste dos países em desenvolvimento para abrir mercados fechados e, assim, ajudar a fazer os mercados funcionar onde eles nunca antes funcionaram; em que empresas têm estado amarradas em privilégio e compadrio e empresas dominantes têm bloqueado os caminhos para massas de pessoas. Estatismo passado e permanente, e o fato de que os negócios cresceram por favoritismo, e não mérito, apontam para a necessidade de uma lei forte, favorável à aplicação da lei” (GAL; FOX, 2015, p. 334, tradução livre).

prevenir que agentes com posições dominantes perpetuem seu poder através da criação de restrições privadas (HEIMLER; MEHTA, 2013, p. 04)⁵².

Adam e Alder (2008) observam que a política de tratamento dos abusos de posição dominante precisa balancear três objetivos: garantir concorrência suficiente entre as empresas de modo a forçá-las a serem eficientes, permitir um certo grau de lucratividade de modo que elas tenham incentivos a investir e inovar, e obter uma distribuição equitativa de riqueza e oportunidades de negócios entre diferentes partes da sociedade.⁵³ (ADAM; ALDER, 2008, p. 625, tradução livre), sendo que, enquanto os países desenvolvidos costumam focar apenas nos dois primeiros, os países em desenvolvimento precisam também dirigir atenção especial ao terceiro, para garantir a mobilidade e acesso aos mercados e, conseqüentemente, manejar adequadamente as questões da desigualdade e pobreza.

Para equilibrar esses três objetivos, é necessário que a análise substantiva do abuso de posição dominante seja comprometida com a proteção da rivalidade, não se restringindo à configuração da ilicitude somente quando há evidência direta de dano ao consumidor⁵⁴. Ao mesmo tempo, como visto, essa proteção da rivalidade não pode significar, pura e simplesmente, a proteção de concorrentes, independentemente de seu grau de eficiência: o que se está a proteger é a estrutura da efetiva concorrência (DREXL, 2015, p. 288).

⁵² É também nesse sentido a posição de Budzinski e Beigi. Os autores, considerando que “em muitas economias em industrialização empresas dominantes são incumbente que costumavam usufruir de todos os tipos de privilégio e podem estar entrelaçadas com a política e/ou famílias influentes”, defendem que “ ‘apenas’ privatizar e liberalizar institucionalmente pode não ser suficiente porque a reação natural dos incumbentes será visar todo tipo de proteção contra as forças concorrencias iminentes de modo a evitar ser arrastadas a um ambiente competitivo e prolongar suas rendas anticompetitivas ao longo e após a era de privatização e liberalização” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242, tradução livre).

⁵³ No original, com o trecho completo: “Such laws have to find a balance between three objectives: ensuring enough competition between firms in order to force them to be efficient, allowing a certain degree of profitability so that they have incentives to invest and innovate, and achieving an equal distribution of wealth and business opportunities among different parts of the society”.

⁵⁴ Cf. Fox e Gal: “Assim, em jurisdições em desenvolvimento mais peso deve ser reconhecido à habilidade de agentes externos contestarem os mercados no mérito e não serem excluídos de importantes seguimentos pelo uso de alavancagem pela empresa dominante. Tal ênfase tende a expandir as oportunidades de entrada daqueles sem poder e a avivar mercados monopolizados monótonos e então é mais simpática à missão da legislação concorrencial em países em desenvolvimento” (GAL; FOX, 2015, p. 336, tradução livre).

Identificar problemas no processo de convergência antitruste internacional (CASTRO, 2017b) não significa virar as costas à experiência internacional na aplicação do antitruste ao longo da história. Significa, isso sim, analisar criticamente as teorias formuladas sob outras jurisdições e incorporar o que for compatível com a realidade jurídica e econômica do país de destino, em um processo de *divergência informada*. Para a finalidade ora debatida, o recurso à experiência europeia pode ser um ponto de partida útil para que, progressivamente, os países em desenvolvimento possam construir seus próprios testes de configuração de deseabilidade/indeseabilidade de práticas econômicas exclusionárias.

Como analisado com referência à compressão de margens em Castro (2017a) a configuração do abuso de posição dominante, no sistema europeu, não ocorre somente diante da evidência de dano direto ao consumidor, mas incorpora como requisito a exclusão atual ou potencial de um concorrente igualmente eficiente. Este é um concorrente hipotético, com a mesma estrutura de custos da empresa dominante. A justificativa, dentre outras, é a necessidade de se evitar que o direito da concorrência seja utilizado para a proteção de rivais ineficientes.

Embora esse seja um bom ponto de partida para aos países em desenvolvimento – comparativamente àquele vigente no tratamento da monopolização pelo sistema estadunidense – é possível que, em determinados contextos, seja ideal que a autoridade concorrencial verifique as condições reais da rivalidade, já que, diante de uma posição dominante entrincheirada, a entrada tempestiva e suficiente de um concorrente igualmente eficiente pode ser uma presunção irreal (GAL; FOX, 2015, p. 337). Assim, alternativas como a o teste do concorrente *razoavelmente* eficiente, também discutida no sistema europeu – podem ser mais adequadas.

Budzinski e Beigi (2015) chegam a sugerir, inclusive, que a proteção da “franja concorrencial” em mercados dominados por uma posição entrincheirada seja feita com menor preocupação com o nível atual de eficiência dos rivais integrantes da franja (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242). Os autores justificam essa proposta – que, observam, poderia gerar contrariedade de economistas comprometidos com o slogan de “defender a concorrência, não os concorrentes” – em função da ideia de se *gerar* concorrência futura⁵⁵.

⁵⁵ Defendem os autores: “[...] em vez de se proteger uma concorrência de mercado em bom funcionamento e totalmente desenvolvida, um ambiente concorrencial precisa ser gerado em face de estruturas, tradições e mentalidades não-competitivas. Assim

Adotar essa abordagem é uma posição possível para países em desenvolvimento. É necessário, contudo, que a proteção de rivais “ainda não igualmente” eficientes, se é comprometida com a geração de concorrência futura e eficiência em longo prazo, seja adotada com cautela, determinando-se por quanto tempo seria necessária essa proteção até a obtenção do efeito econômico desejado, assumindo-se uma visão estratégica (GORMSEN, 2007, p. 338).

8. Considerações finais.

Se princípios como a justiça social, o desenvolvimento econômico e a redução da desigualdade parecem contraditórios com a livre concorrência – em referência aos tipos ideológicos puros – na Constituição essa contradição é apenas aparente, já que a implementação da política econômica infraconstitucional precisará harmonizá-los em observância à técnica da *economicidade* (SOUZA, 1980, p. 32, 2005, p. 29). A aplicação da legislação concorrencial deverá providenciar tanta efetividade aos princípios constitucionais quanto seja possível, diante da realidade jurídica e econômica, em um regime hermenêutico de *ponderação* e não de *exclusão*⁵⁶.

Uma compreensão da finalidade do direito concorrencial como sendo a “proteção do processo competitivo”, ou preservação da rivalidade

sendo, concorrentes recém-emergentes precisam ser protegidos contra estratégias de compressão e dissuasão que se repousam de fato em poder de mercado obtido de modo anticompetitivo dos incumbentes, independentemente de se se pode ou não provar que os novos concorrentes já são mais eficientes que o incumbente. Acima de tudo, negócios emergentes precisam ter uma chance real de demonstrar suas habilidades! Em contraste com muitos países industrializados, essa oportunidade pode não existir sem um controle de abuso disciplinando os incumbentes e os forçando (e educando) a concorrer estritamente pelo mérito, apenas” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 243, tradução livre).

⁵⁶ Nessa linha é o pensamento de Eros Grau: “[...] sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas. A admitir-se a ocorrência de contradições entre elas – ‘princípios e soluções contraditórias’, como refere Raul Machado Horta – por força hão de ser elas eliminadas, seja para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja as interpretando de modo adequado e suficiente à superação da contradição ou contradições. Apenas a segunda alternativa é, todavia, praticável, até porque a primeira nos conduziria ao absurdo de supormos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neoliberal, outra intervencionista e dirigista” (GRAU, 2010, p. 194).

(DREXL, 2015), pode ser mais compatível com a realidade econômica e as opções políticas consagradas na Constituição brasileira – que, como visto, fixa expressamente o objetivo de reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (Art. 173, 4º).

É importante, contudo, que essa abordagem não seja compreendida como uma proteção à concorrência por si só considerada, mas como instrumento para a promoção do desenvolvimento inclusivo no marco da justiça social, com igualdade de oportunidades. Assim será possível integrar a política econômica concorrencial à finalidade da ordem econômica constitucional como um todo – qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Art. 170, *caput*).

O que é importante deixar claro, aqui, é que a proposta de que os países em desenvolvimento adotem a proteção da rivalidade, como finalidade do antitruste, não constitui um abandono da ideia de eficiência econômica, genericamente considerada, mas da formulação específica desse valor pelo ideário da Escola de Chicago.

Finalidades distintas do modelo ortodoxo da eficiência econômica são, por vezes, chamadas de considerações “não-econômicas”. Tais valores são, contudo, eminentemente econômicos, na medida em que se referem diretamente ao modo como determinada sociedade humana deve tratar da produção, circulação e distribuição de recursos escassos.

Poli (2015, p. 66) descreve que o ideário da teoria antitruste de Chicago, ao ser incorporado pelos países do BRICS, foi ajustado e flexibilizado para conformação com o entendimento particular de cada um desses países acerca do conceito de eficiência e bem-estar. Essa tendência deve ser encarada como algo positivo. Uma proposta de convergência universalista, que desconsidere a imersão institucional dos modelos econômicos, esbarra no fato de que a adesão ao modelo de eficiência conforme definido por Chicago constitui uma opção eminentemente política. Custos e benefícios econômicos podem ser percebidos de modo distinto em cada comunidade jurídica. Por essa razão, é válido e desejável que o entendimento acerca do que constitui eficiência – e acerca de quais métodos devem ser implementados para atingi-la – seja construído em cada jurisdição.

O que se rejeita, portanto, é o foco na eficiência alocativa estática nos contornos propostos pela Escola de Chicago. No caso do abuso de posição dominante, por exemplo, se a eficiência ou bem-estar do consumidor (em sua acepção própria ou imprópria) constitui a finalidade do direito concorrencial,

só serão ilícitas práticas exclusionárias que gerem prejuízo ao consumidor (no caso do padrão do excedente do consumidor) ou prejuízo ao consumidor que não seja compensado pelo ganho dos produtores (no caso do padrão do bem-estar total). O foco na rivalidade significa reconhecer que mesmo práticas que não geram aumento de preço para o indivíduo na condição de consumidor, em curto prazo, podem gerar prejuízos substanciais em longo prazo, tanto à sua condição de consumidor quanto de empreendedor ou cidadão⁵⁷.

Embora mantendo seu caráter de *instrumento* (FORGIONI, 2012, p. 176), a proteção da rivalidade pode, no caso brasileiro, servir à finalidade última de concretização da justiça social, como visto acima⁵⁸. Não se busca, portanto, conceituar a concorrência no sistema brasileiro como fim em si, mas evidenciar que, dada a realidade econômica brasileira, a proteção da rivalidade pode servir à promoção do desenvolvimento econômico sob o marco da justiça social. Mesmo o conceito *ontológico* europeu de concorrência “como instituição”, como visto acima, inclui uma visão desenvolvimentista.

Também deve-se repisar que as justificativas de eficiência alocativa e produtiva das práticas econômicas não são tornadas irrelevantes, mesmo num contexto de proteção da rivalidade. A diferença é que, como visto no caso europeu, a eficiência não é considerada finalidade última dessa política econômica, sendo conjugada em uma análise mais ampla que visa à garantia da rivalidade.

Diversas propostas de inclusão, no âmbito do antitruste, de preocupações distributivas e dinâmicas, são centradas na promoção da rivalidade, especialmente através da superação de uma postura não-intervencionista em face de práticas exclusionárias. Essas propostas incorporam uma visão econômica de que a promoção da rivalidade pode gerar desenvolvimento, em longo prazo, através de seu impacto na redução da

⁵⁷ É o que defende Drexl: “Em termos de aplicação prática da legislação concorrencial, o foco nas condições da concorrência e na proteção do processo competitivo como tal trará mais benefícios em longo prazo do que simplesmente concentrar nos efeitos de curto prazo na eficiência de uma dada conduta ou fusão” (DREXL, 2015, p. 287, tradução livre).

⁵⁸ É, também, o que defende Andrade: “[...] a concorrência não pode ser considerada isoladamente (nesse sentido ela não é um fim em si mesmo). Mas, não vemos porque isso significa que não haja uma proteção da concorrência na constituição e que ela não possa ser invocada, argumentativamente, como uma garantia contra uma situação hipotética que suprima (e destrua) o mercado interno. Nessa situação limite, a concorrência foi defendida como tal (e, conjuntamente, isso permitiu que fossem reforçadas outras normas da constituição)” (ANDRADE, 2014).

desigualdade, na promoção da inovação e outros efeitos⁵⁹ (GERLA, 1996, p. 211). Embora esses resultados sejam caros aos países em desenvolvimento, essa é uma discussão corrente mesmo entre os países desenvolvidos.

Uma oposição possível a esse argumento seria a de que o foco exclusivo na eficiência, pelo direito da concorrência brasileiro, seria compatível com a Constituição porque outras políticas econômicas destinarse-iam à concretização dos outros princípios e finalidades (CONSIDERA; CORRÊA, 2002, p. 41). Esse argumento complica-se diante da constatação de que a origem de alguns dos problemas econômicos que se está discutindo é, justamente, a persistência de estruturas econômicas concentradas e entrincheiradas, em mercados com uma estrutura competitiva deficiente. Se se percebe uma necessidade de promoção do acesso aos mercados, da mobilidade e da rivalidade para o desenvolvimento, como se verá a seguir, o direito da concorrência é a política econômica por excelência para a tarefa, por lidar *diretamente* com as restrições artificiais levantadas contra esse processo (FOX, 2012, p. 04).

Tampouco viceja o argumento de que a inclusão desses temas traz complexidade intolerável ao direito da concorrência: um regime voltado à proteção do processo competitivo é tão administrável quanto um com foco na eficiência alocativa, a se julgar pela experiência europeia (CASTRO, 2017a). Afirmar isso não implica, por óbvio, em estipular que a política concorrencial não deve ser implementada em conjunto com as demais políticas econômicas – como a tributária, regulatória, industrial, patentária e outras. O que isso significa é que o valor transformador do direito concorrencial em países em desenvolvimento não pode ser subestimado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAM, Michael; ALDER, Simon. ABUSE OF DOMINANCE AND ITS EFFECTS ON ECONOMIC DEVELOPMENT. In: LIPIMILE, GEORGE; QAQAYA, HASSAN (Org.). . *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development*. Geneva: United

⁵⁹Dentre esses efeitos incluem-se também a promoção da eficiência na gestão interna empresarial (GERLA, 1996, p. 223), o controle do risco sistêmico de instituições “grandes demais para falirem” (MARKHAM JUNIOR, 2011; OSTI, 2015, p. 262).

Nations Conference on Trade and Development, 2008. p. 571–629. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ditccplp20082_en.pdf>.

AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e concentração de mercado no Brasil : A emergência de uma contradição ?*. *Econômica*, v. 8, n. 2, p. 269–289, 2006.

ANDRADE, José Maria Arruda De. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ATKINSON, A. *Inequality. What can be done?* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

BAKER, Jonathan B. Exclusion as a Core Competition Concern. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 527–589, 2013.

BAKHOUM, Mor. A Dual Language in Modern Competition Law? Efficiency Approach versus Development Approach and Implications for Developing Countries. *World Competition*, v. 34, n. 3, p. 495–522, 2011.

BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power? *Wisconsin Law Review*, v. 1, p. 269–294, 2008.

BUCH-HANSEN, Hubert; WIGGER, Angela. The politics of European competition regulation. *RIPE series in global political economy*, n. 32, p. xvi, 179 p., 2011.

BUDZINSKI, Oliver. *The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

BUDZINSKI, Oliver; BEIGI, Maryan H. A. Generating instead of protecting competition. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

CARLTON, Dennis W. SHOULD “PRICE SQUEEZE” BE A RECOGNIZED FORM OF ANTICOMPETITIVE CONDUCT? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 4, n. 2, p. 271–278, 17 set. 2008. Disponível em:

<<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn012>>.

CASTRO, Bruno Braz De. A Compressão de Margens nas Fronteiras do Direito Concorrencial. *Revista do IBRAC*, v. 23, p. 167–191, 2017a.

CASTRO, Bruno Braz De. Convergência internacional do direito da concorrência: Desafios aos países em desenvolvimento. *Diplomatize*, v. 5, n. 3, p. 94–112, 2017b.

CASTRO, Bruno Braz De. *Eficiência e Rivalidade: Alternativas para o Direito Concorrencial nos Países em Desenvolvimento*. 2017c. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2017.

CASTRO, Bruno Braz De. *Preços Exploratórios: mera “ficção científica” ou desafio real ao direito concorrencial brasileiro? (Dissertação de Mestrado)*. 2012. Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

CHU, Johan S. G. *Durable Dominance: Dominant Entrenchment through Open Competition (Dissertação)*. 2013. University of Michigan, 2013. Disponível em: <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/110376/johanchu_1.pdf?sequence=1>.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. C 45, p. 7–20, 2009. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>.

CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. *The Political Economy of Anti-Trust in Brazil: From Price Control to Competition Policy*. , SEAE/MF Documento de Trabalho., nº 11. [S.l: s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2002/DocTrab11.pdf>>.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust Error. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1, 2010.

DREXL, Josef. Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the needs of developing jurisdictions. In: GAL, MICHAL S. et al. (Org.). *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

DUTZ, Mark; KHEMANI, R Shyam. *Challenges in South Asia Competition Law and Policy: Challenges in South Asia*. Washington, DC: The World Bank, 2007.

EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984.

EVANS, David S. Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules. *Chicago Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 161–187, 2009.

EVENETT, Simon J. Competition law and the economic characteristics of developing countries. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

FLEURBAEY, Marc. Equal Opportunity or Equal Social Outcome? *Economics and Philosophy*, v. 11, n. 01, p. 25, 1995.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Eleanor M. *Competition, Development and Regional Integration: In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries*. , Law & Economics Research Paper Series., n° 11-04. [S.l: s.n.], 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1761619>>.

FOX, Eleanor M.; TREBILCOCK, Michael J. *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project (Working Paper)*. , Law & Economics Research Paper Series., n° 12–20. [S.l: s.n.], 2012.

FOX, Eleanor M. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 211, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1002637>>.

GAL, M. Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly? *The Antitrust Bulletin*, v. 49, p. 343–384, 2004.

GAL, Michal S.; FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, n. 1, p. 25–84, 1994.

GERBER, David J. *GLOBAL COMPETITION LAW CONVERGENCE: POTENTIAL ROLES FOR ECONOMICS*. , Chicago-Kent College of Law Research Paper., n° 2014-05. [S.l: s.n.], 2014.

GERLA, Harry S. Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law. *Nebraska Law Review*, v. 75, n. 2, 1996.

GORMSEN, Liza Lovdahl. *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

GORMSEN, Liza Lovdahl. the Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 Ec. *European Competition Journal*, v. 3, n. 2, p. 329–344, 2007. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.5235/ecj.v3n2.329>>.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HEIMLER, Alberto; MEHTA, Kirtikumar. Monopolization in developing countries. *Social Science Research Network*, p. 1–20, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2335653>.

IMF. *FMI World Economic Outlook (WEO) - Recovery Strengthens, Remains Uneven*. [S.l: s.n.], 2014. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/>>.

INDIG, Tamar; GAL, Michal S. Lifting the veil: rethinking the classification of developing economies for competition law and policy. In: GAL, MICHAL S. et al. (Org.). *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

LEWIS, David. *Chilling Competition*. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/Speeches/lewis13.pdf>>. , 2008

LIANOS, Ioannis; MATEUS, Abel; RASLAN, Azza. Is There a Tension Between Development Economics and Competition? In: SOKOL, D. DANIEL; CHENG, THOMAS K; LIANOS, IOANNIS (Org.). *Competition Law and Development*. Kindle ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. .

MARKHAM JR., Jesse W. W. Lessons for Competition Law From the Economic Crisis : the Prospect for Antitrust Responses To the “Too-Big-To-Fail” Phenomenon. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 16, n. 2, p. 261–322, 2011.

MOGUILLANSKY, Graciela; VERÓNICA, Silva. *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*. , Comercio Internacional., nº 48. Santiago de Chile: [s.n.], 2004. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/20504/lcl2198e.pdf>>.

NIELSEN, Lyngé. How to Classify Countries Based on Their Level of Development. *Social Indicators Research*, v. 114, n. 3, p. 1087–1107, 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Implementing Competition Policy in Developing Countries. [S.l: s.n.], 2007. p. 85–92. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/development/promoting-pro-poor-growth/implementing-competition-policy-in-developing-countries_9789264024786-9-en>.

OSTI, Cristoforo. Antitrust : a Heimlich manoeuvre. *European Competition Journal*, v. 11, n. 1, p. 221–264, 2015.

PEÑA, Julian. Competition policies in Latin America, post-Washington Consensus. In: MARSDEN, PHILIP (Org.). . *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. .

PETRECOLLA, Diego *et al.* Economic structure and competition policy application in Latin American countries. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

POLI, Eleonora. *Antitrust Institutions and Policies in the Globalising Economy*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.

POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 925-, 1979.

PRIEST, George L. Competition Law and Development: The Absolutist View. In: SOKOL, D. DANIEL; CHENG, THOMAS K; LIANOS, IOANNIS (Org.). . *Competition Law and Development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012. .

RAWLS, John. *A Theory of Justice - Revised Edition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999. v. 1.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power: Implications for Social and Economic Development*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

SALOP, Steven C. Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard. *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, p. 336–353, 2010.

SALOP, Steven C.; BAKER, Jonathan B. *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*. , n° 41. [S.l: s.n.], 2015. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2567767>>.

SEN, Amartya. *Development As Freedom*. 4. ed. Nova York: Alfred A. Knopf, 1999.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SINGH, Poonam. Convergence in Emerging Markets: The Case of Abuse of Dominant Position in Competition Policy. *Journal of Interdisciplinary Economics*, v. 25, n. 1–2, p. 41–67, 2013. Disponível em: <<http://jie.sagepub.com/lookup/doi/10.1177/0260107914524661>>.

SOKOL, Daniel D.; CHENG, Thomas K; LIANOS, Ioannis. Introduction. *Competition Law and Development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. .

SOKOL, Daniel D.; STEPHAN, Andreas. Prioritizing Cartel Enforcement in Developing World Competition Agencies. In: SOKOL, D. DANIEL; CHENG, THOMAS K.; LIANOS, IOANNIS (Org.). . *Competition Law and Development*. Kindle ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012. .

SOUZA, Washington Peluso Albino De. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino De. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTR, 2005.

STIGLITZ, Joseph. Inequality and Economic Growth. p. 1–18, 2013. Disponível em: <[http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Inequality and Economic Growth.pdf](http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Inequality%20and%20Economic%20Growth.pdf)>.

TAPIA, Javier. Increasing deterrence in Latin American competition law enforcement regimes. In: WHISH, RICHARD; TOWNLEY, CHRISTOPHER (Org.). . *New Competition Jurisdictions - Shaping Policies and Building Institutions*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012. p. 139–166.

TAPIA, Javier; ROBERTS, Simon. Abuse of dominance in developing countries: a view from the South, with an eye on telecommunications. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

TODOROV, Francisco Ribeiro; FILHO, Marcelo Maciel Torres. History of competition policy in Brazil: 1930–2010. *The Antitrust Bulletin*, v. 57, n. 2, p. 207–258, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities - Case 6-72*. . [S.l: s.n.].

Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61972CJ0006>>. , 1973

UNITED NATIONS. *World Economic Situation Prospects*. [S.l.: s.n.], 2016. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/wesp2014.pdf>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human Development Report 2015 Work for Human Development*. [S.l.: s.n.], 2015. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>.

VATIERO, Massimiliano. Dominant market position and ordoliberalism. *International Review of Economics*, v. 62, n. 4, p. 291–306, 2015.

VICKERS, John. Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint. *European Competition Journal*, v. 3, n. 1, p. 1–15, 2007.

WAKED, Dina I. Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices. *Seattle University Law Review*, v. 38, p. 945–1006, 2015.

WORLD BANK - COMMISSION ON GROWTH AND DEVELOPMENT. *The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development*. Washington, DC: The World Bank, 2008. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/EXTPREMNET/Resources/489960-1338997241035/Growth_Commission_Final_Report.pdf>.

ZANITELLI, Leandro Martins. Democracia de Cidadãos Proprietários e Variedades de Capitalismo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 298–332, 2016.

***SHAM LITIGATION* ABUSO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

Marcel Medon Santos¹

Venicio Branquinho Pereira Filho²

Introdução

Este artigo aborda dois tipos de abuso de direito que têm sido suscitados em casos sob investigação ou levados a julgamento perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e autoridades de defesa da concorrência no exterior: o abuso de direito de petição aos Poderes Públicos (ou *sham litigation*) e o abuso de direitos de propriedade industrial³. Em alguns casos, inclusive, a primeira modalidade de abuso mencionada é utilizada para viabilizar a segunda.

O abuso do direito de petição possui relação com o excesso de ações, judiciais ou administrativas, que contribuem para o comprometimento da eficiência dos órgãos públicos na entrega de suas prestações. O abuso de direito de propriedade industrial, por sua vez, revela-se como um fator adicional ao caráter já intrinsecamente excludente desses direitos, podendo em

¹ Graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Atuou na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) entre 2001-2007. Membro da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP. Advogado em São Paulo.

² Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Econômico pela mesma instituição. Membro do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. Advogado em São Paulo.

³ Direitos de propriedade industrial, como marcas e patentes, constituem espécies de *propriedade intelectual*, a qual engloba outros direitos intangíveis, como direitos autorais. Embora se admita que direitos de propriedade intelectual, de forma geral, possam ser exercidos de forma abusiva de modo a configurar infração às normas de defesa da concorrência, os precedentes mais comuns nessa seara referem-se a direitos de propriedade *industrial*. Por tal razão, optou-se por restringir a nomenclatura utilizada no presente artigo.

alguns casos provocar efeitos sociais negativos, como o prejuízo ao funcionamento dos mercados e o desestímulo à inovação. Se abusos de direito de propriedade industrial podem ser alvo de escrutínio sob o prisma do direito concorrencial, a aplicação equivocada desse ramo do Direito pode também provocar referidos efeitos negativos, contrariando o desejado.

Este trabalho divide-se em cinco seções. A primeira destina-se ao abuso de direitos de propriedade industrial sob a perspectiva antitruste. Expõe-se a racionalidade que embasa o controle antitruste sobre condutas unilaterais que envolvem propriedade industrial, mencionando-se alguns cânones da prática estrangeira e nacional. A segunda seção visa a abordar como *sham litigation* pode ser instrumento anticompetitivo, observando-se a origem e evolução do tema nos EUA. A terceira seção percorre a experiência jurisprudencial brasileira e traz reflexões sobre como *sham litigation* pode ser um mecanismo para o abuso de direitos de propriedade industrial. A quarta seção aborda a questão da necessidade de detenção de poder de mercado para perpetração da prática. Por fim, a quinta seção apresenta as conclusões.

1. Defesa da Concorrência e Abuso de Direitos de Propriedade Industrial

Objetivo primordial da proteção constitucional e legal aos direitos de propriedade industrial (“DPIs”) é incentivar as atividades de pesquisa e desenvolvimento e, por consequência, contribuir para o desenvolvimento econômico do país. O ordenamento jurídico reconhece a importância da invenção e oferece contrapartida para o inventor visando a estimular a atividade de inovação. O prêmio é o direito à exclusividade de exploração por determinado tempo, a fim de proporcionar a compensação dos custos incorridos na inovação e permitir a obtenção de lucro com o invento.

Além disso, o ordenamento jurídico disponibiliza mecanismos processuais para defesa desses direitos, de modo a transmitir aos agentes econômicos titulares de DPIs confiança de que poderão defender legitimamente suas invenções. O exercício legítimo dessa defesa configura exercício regular de direito, alinhando-se com o objetivo primordial acima. Já os abusos no exercício, proteção e defesa desses direitos afrontam tal objetivo, violando as normas jurídicas protetivas e autorizando as vítimas da violação a buscarem defesa e reparação.

Os abusos, como se verá mais à frente, podem ocorrer, por exemplo, na atuação enganosa para obtenção ilegítima de uma patente, na tentativa de

alargamento do escopo ou prazo de exploração exclusiva ou na sua defesa desarrazoada ou sem base legal.

Além da repressão aos abusos de DPIs como um fim em si mesmo em resposta a atos violadores do seu conjunto normativo, há, ainda, a possibilidade de incidência de outra vertente repressiva, não menos relevante, relacionada aos *efeitos desses abusos para o funcionamento dos mercados*. Literatura, legislação e diretrizes administrativas de vários ordenamentos jurídicos têm demonstrado a possibilidade de, ao menos teoricamente, configurar-se o abuso de DPIs como instrumento de controle econômico ou intento de obtenção ou preservação de monopólios ou posições dominantes em mercados relevantes. Desse modo, os abusos de DPIs também podem configurar abusos de poder de mercado, uma vez presentes determinados fatores.

Como para quase toda conduta anticoncorrencial⁴, a análise de ato abusivo unilateral em DPIs deve se orientar pela *regra da razão*, de modo a se determinar o *efeito líquido* produzido ou que possa ser produzido no mercado. Isto é, deve-se perscrutar se determinado ato restritivo à livre concorrência, proveniente de um abuso de DPI, provoca, ou tende a provocar benefício ou prejuízo econômico em razão da produção preponderante de eficiências ou de efeitos negativos.

O presente trabalho percorrerá algumas experiências relevantes nos planos internacional e nacional acerca do tema, sem pretensão, no entanto, de seu esgotamento, haja vista o natural dinamismo dos litígios sociais, bem como possíveis práticas e entendimentos adotados em países não abrangidos pelo âmbito de pesquisa.

Nos planos norte-americano e europeu, citam-se como exemplo as *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* preparadas pelo *Department of Justice* (DoJ) e pela *Federal Trade Commission* (FTC) dos EUA, publicadas em 1995 e atualizadas em 2017⁵, o Regulamento da União

⁴ Exceção amplamente aceita na comunidade antitruste é o caso de cartéis. Pelo reconhecimento da baixa probabilidade de cartéis produzirem efeitos líquidos positivos para a sociedade, em muitas jurisdições as autoridades concorrenciais dispensam uma avaliação sobre compensação entre efeitos positivos e negativos decorrentes da conduta. Desse modo, autoridades concorrenciais têm proferido condenações uma vez provada a existência de conluio entre concorrentes em prejuízo à concorrência, utilizando-se, portanto, da chamada regra *per se*.

⁵ A íntegra do Guia pode ser obtida em: <<https://www.justice.gov/atr/guidelines-and-policy-statements-0/2017-update-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

Europeia (EU) 1/2003 e o Regulamento da EU 772/2004, que trata da isenção por categoria de acordos de transferência de tecnologia.

No reconhecimento da importância da repressão aos abusos de mercado envolvendo DPIs, o DoJ e a FTC norte-americanos, em *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007)*, asseveram: “*However, failure to challenge illegal collusive or exclusionary conduct, involving intellectual property as well as other forms of property, can have substantial negative consequences for consumers*”⁶.

No Brasil, merece menção o caso ANFAPE (Processo Administrativo 08012.002673/2007-51). O caso foi iniciado por meio de representação formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) em face de Volkswagen, Fiat e Ford, endereçada à então Secretaria de Direito Econômico (SDE). Na representação, a ANFAPE aduziu terem as montadoras abusado de direitos de desenho industrial no mercado secundário de reposição de autopeças.

Ainda nas fases iniciais da investigação, em 2010, o então Conselheiro-Relator do CADE, Carlos Ragazzo, determinou a abertura do Processo Administrativo, argumentando que o exercício de um direito de propriedade industrial pode se revelar ilegítimo e configurar um ilícito anticoncorrencial tanto por fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial, quanto por abusos no exercício em si. Segundo o então Conselheiro, a mera obtenção dos registros de desenho industrial junto ao INPI não afastaria, por si só, a possibilidade de que tais registros fossem exercidos de modo abusivo, desvirtuando os fins socioeconômicos que amparam o direito⁷.

⁶ Disponível em <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf>>. Pp. 2 e ss. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

⁷ Vide pp. 218 e 219 do voto do então Conselheiro-Relator, disponível em: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo na Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Brasília, dezembro de 2010. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qzCupgSiZTkaSMl3qxZ69-Uzuw3VXuXgPyS2-G9p5NbpUjhnOZVYjugx6EXUEdwmqcc6iYghhIIR0LukXp0PX56Ek1-bqYFKIW>

Na oportunidade, o então Conselheiro não reconheceu indícios da prática de *sham litigation*. Em seu entendimento, os pleitos judiciais das montadoras acusadas não eram desprovidos, “total e sabidamente, de fundamento, sendo manifestamente apenas uma forma de prejudicar concorrentes”⁸.

Posteriormente, ao remeter novamente os autos do Processo ao Tribunal Administrativo do CADE, a Superintendência-Geral do CADE (SG-CADE)⁹ defendeu que a lei de defesa da concorrência deve ser aplicada para coibir abusos de DPIs. Quando do julgamento no Tribunal Administrativo do CADE, o Conselheiro-Relator do caso, Paulo Burnier, em novembro de 2017, reconheceu que os DPIs podem ser explorados indevidamente como instrumentos prejudiciais à concorrência¹⁰. Isso pode ocorrer, por exemplo, mediante fraude no pedido de registro do direito perante o Instituto de Propriedade Industrial (INPI).

No mérito, a maioria do Tribunal determinou o arquivamento do caso, entendendo não caber ao CADE avaliar a qualidade da proteção conferida pela legislação de propriedade intelectual, em teoria, e nem questionar a validade de registros do INPI. De acordo com o Conselheiro

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?coozyR1Jh1KFIYD1ZHtva5GN4C0Jnp7mtLAGa9Jb7M4soDojkEP9IUlbn23MJR6TZ6VwUDf4Ik0l-lI5EIGjwQ>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

⁸ Id. *ibid.*, p. 80.

⁹ A opinião da Superintendência-Geral foi publicada em junho de 2016, mas não foi referendada pela maioria do Tribunal do CADE, a quem cumpria proferir a decisão sobre o caso no âmbito administrativo. Para acessar a opinião da Superintendência-Geral, veja: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica 15/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, junho de 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM2BPfLbIRtcDhjPZ54mYfQh6HDeuZv66YdtNDiW GkKDgpdjIQSxul4uQsMcb-cTIFjdp5H9ijlYIzrUVZnlEdj>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier (vencido) no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, novembro de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMsI8k5QSLPU7D5rf2-2SFLXGd1DiW79UJWcTcBDSy8CUnLKVdOOWbIBSIq5s2gzfJUvLFwfpbB9EKxG7FgJ3Hmp>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

Maurício Bandeira Maia¹¹, para flexibilizar DPIs, à luz da lei de defesa da concorrência, são necessárias provas suficientes para comprovar o abuso do direito, sendo que a mera imposição de direito de exclusividade perante o mercado, seja ele primário ou secundário, não configura a abusividade de DPI.

Como visto, o foco do CADE no caso ANFAPE foi o uso abusivo de DPIs. Isto é, a utilização desarrazoada e desproporcional de direitos detidos pelas montadoras acusadas, em prejuízo à concorrência.

Na seção seguinte, será explorada mais detidamente a hipótese de *sham litigation*, isto é, o abuso no direito de petição aos Órgão Públicos com fins anticoncorrenciais, que como visto pode abranger o abuso de DPIs em prejuízo à Ordem Econômica.

2. Direito de Petição e sua Exceção – *Sham Litigation*

Para compreensão da figura da *sham litigation*, faz-se necessário recorrer, resumidamente, ao seu histórico conforme reconhecido nos EUA, país onde o tema teve destacado desenvolvimento.

A *sham litigation* ou *sham exception* constitui, no bojo da ordem jurídica norte-americana, uma exceção, jurisprudencialmente construída, ao direito de petição¹².

¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto-Vista do Conselheiro Maurício Bandeira Maia no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, fevereiro de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹² Note-se que o direito de petição é aqui entendido em sentido amplo, e não apenas como o direito de demandar judicialmente. Com efeito, o *right to petition*, em sentido amplo, corresponde ao “direito constitucional – garantido pela Primeira Emenda – de os indivíduos formularem pedidos formais ao governo, seja por lobby ou por cartas escritas a autoridades públicas” (GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. Editor in Chief, 7 ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999, p. 1327, tradução livre). No original: “*constitutional right – guaranteed by the First Amendment – of the people to make formal requests to the government, as by lobbying or writing letters to public officials*”.

2.1. O Direito de Petição e a Noerr-Pennington Doctrine

O direito de petição ganhou contornos próprios na jurisprudência norte-americana a partir da chamada *Noerr-Pennington doctrine*. A doutrina *Noerr-Pennington* origina-se de dois casos julgados pela Suprema Corte norte-americana: (i) *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*¹³; e (ii) *United Mine Workers of America v. Pennington*¹⁴.

No caso *Noerr*, quarenta e uma companhias de caminhões, juntamente com a respectiva associação de comércio, demandaram judicialmente vinte e quatro companhias ferroviárias, uma associação de ferroviárias e uma empresa de relações públicas, alegando que os demandados teriam violado o *Sherman Act* por restringir e monopolizar o transporte e o fretamento de longa distância. Os demandantes afirmaram, *inter alia*, que os demandados estavam empreendendo uma campanha para a adoção de leis mais rígidas para as companhias de caminhões, objetivando acabar com os negócios de transporte e fretamento por caminhões.

A Suprema Corte norte-americana decidiu que, em princípio, as meras tentativas de influenciar a aprovação e execução de leis mais rígidas, ainda que direcionadas a prejudicar um concorrente, não configuram ilícitos antitruste puníveis sob o *Sherman Act*. A Suprema Corte apontou, entre outros argumentos, que a imputação de responsabilidade antitruste aos autores de tais tentativas suscitaria, em tese, uma questão constitucional concernente à violação do direito de petição protegido pelo *Bill of Rights*.

Já no caso *Pennington*, os demandantes, membros do *United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund*, alegavam que um sindicato de mineiros e certas mineradoras de carvão de grande porte haviam celebrado um acordo de natureza trabalhista com o propósito de eliminar os pequenos produtores de minério de carvão do mercado. De acordo com os demandantes, os demandados realizaram *lobby* junto à Secretaria do Trabalho para que esta estabelecesse um salário mínimo para os mineradores, tentando, destarte, excluir os pequenos produtores do mercado.

A Suprema Corte decidiu que esforços conjuntos para influenciar funcionários públicos não violam as leis antitruste, mesmo que tenham por objetivo eliminar a concorrência. A Corte, citando o caso *Noerr*, sublinhou que o propósito anticompetitivo, por si só, não tem o condão de tornar ilícita

¹³ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961).

¹⁴ *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

a conduta sob análise – no caso, o conluio para obter determinada ação estatal que prejudicaria os demandantes.

2.2. A Exceção à Doutrina Noerr-Pennington: Sham Litigation

Como exceção ao direito de petição até então assegurado pela *Noerr-Pennington doctrine*, desenvolveu-se a *sham litigation doctrine*, por meio da qual se afirma que o exercício do direito de petição, sob certas circunstâncias, não se encontra imune à responsabilidade antitruste.

No caso *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*¹⁵, um grupo de transportadoras intra-estaduais demandava um grupo de transportadoras interestaduais sob alegação de que as rés haviam dado início a diversos processos, estaduais e federais, em face das autoras, sem que tais processos tivessem qualquer probabilidade de êxito. De acordo com as demandantes, o único propósito das rés ao propor tais processos era enfraquecer e excluir as demandantes, permitindo, assim, que as rés monopolizassem o mercado.

O caso chegou à Suprema Corte norte-americana, que decidiu que o direito de petição não é imune às leis antitruste, isto é, se o direito de petição é exercido por diversas vezes sem qualquer fundamento que permita êxito, o peticionário pode ser responsabilizado no âmbito antitruste¹⁶.

¹⁵ U.S. SUPREME COURT. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁶ Lê-se em tal decisão (tradução livre): “Há muitas outras formas de práticas ilegais e repreensíveis que podem corromper processos administrativos ou judiciais e que podem resultar em violações antitruste. Afirmações falsas, perdoadas na arena política, não são imunes quando usadas em processos jurisdicionais. Oponentes perante agências ou órgãos jurisdicionais frequentemente pensam que as estratégias, os pedidos ou as defesas da outra parte são pobres e os chamam de infundados. Uma ação, que um órgão jurisdicional ou agência pode considerar infundada, pode passar despercebida, mas pode haver uma sucessão de ações infundadas e repetitivas, o que levará à conclusão de que os processos administrativos e judiciais foram abusivos. Essa talvez seja uma linha difícil de discernir e definir. Mas, uma vez definida, vislumbra-se que o abuso desses processos produziu um resultado ilegal, isto é, efetivamente dificultando o acesso dos demandados às agências e cortes. (...) Demandantes, é claro, têm o direito de acesso às agências e cortes. (...) Esse direito, como indicado, é parte do direito de petição protegido pela Primeira Emenda. Mas isso não necessariamente lhes dá imunidade em relação às leis antitruste”. No original: “*There are many other forms of illegal and reprehensible practice which may corrupt*

A partir de outro caso, *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*¹⁷, a Suprema Corte desenvolveu uma espécie de teste para a verificação da prática de *sham litigation*, que ficou conhecido como “teste PRE”. A Suprema Corte decidiu que tal exame deve ser realizado em duas etapas: (i) primeiro, deve-se observar se a ação ajuizada era, em termos objetivos, sem fundamento, no sentido de que nenhum litigante normal poderia de fato esperar êxito de tal demanda; (ii) em seguida, se atendido o primeiro critério, deve-se examinar a motivação do litigante, isto é, se pretendia interferir, por meio de tal ação, nos negócios do seu concorrente¹⁸. Para ensejar a responsabilidade antitruste por

the administrative or judicial processes and which may result in antitrust violations. Misrepresentations, condoned in the political arena, are not immunized when used in the adjudicatory process. Opponents before agencies or courts often think poorly of the other's tactics, motions, or defenses and may readily call them baseless. One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. (...) Petitioners, of course, have the right of access to the agencies and courts (...). That right, as indicated, is part of the right of petition protected by the First Amendment. Yet that does not necessarily give them immunity from the antitrust laws”. U.S. SUPREME COURT. California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁷ U.S. SUPREME COURT. *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*, 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-1043.ZO.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁸ Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da decisão (tradução livre): “Nós agora traçamos uma definição de duas partes de ‘*sham*’ *litigation*. Primeiro, a ação deve ser objetivamente infundada, no sentido de que nenhum litigante razoável poderia realisticamente esperar êxito em seu mérito. Se um litigante objetivo poderia concluir que a ação é razoavelmente calculada a obter um resultado favorável, a prática é imunizada sob *Noerr*, e uma ação antitruste baseada na exceção de ‘*sham*’ deve ser rejeitada. Apenas se o litígio contestado for objetivamente infundado uma corte poderá examinar a motivação subjetiva do litigante. Nessa segunda parte da nossa definição de ‘*sham*’, a corte deve considerar se a ação infundada acoberta uma ‘tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um competidor’. (...) Esse exame de duas etapas exige que o demandante refute a viabilidade da ação judicial contestada perante a corte (...)”. No original: “*We now outline a two part definition of ‘sham’ litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the*

sham litigation, além de ser demonstrado que esses dois critérios foram atendidos, deve ser comprovado que houve, efetivamente, a violação de uma regra antitruste.

A ideia de *sham litigation* foi sendo paulatinamente desenvolvida pelos tribunais norte-americanos, ganhando, assim, contornos mais nítidos. Vale destacar a contribuição dada pelo precedente *USS-POSCO Industries v. Contra Costa County*¹⁹. No caso, a Suprema Corte norte-americana consignou que o teste PRE seria eminentemente retrospectivo, carecendo de adaptações. A Corte assinalou que, na hipótese de o litigante ajuizar diversas demandas – e não uma única demanda, seja administrativa ou judicial – a análise deveria assumir um caráter prospectivo; o que ficou conhecido como “teste POSCO”. Assim, decidiu-se que se o litigante provocou diversos processos (judiciais ou administrativos), não é necessário analisar o mérito de cada um deles – mesmo porque, um deles pode até ter êxito. Ao contrário, deve ser analisado se tais processos foram iniciados sem preocupação com o mérito dos procedimentos legais instituídos e se o propósito de disso era prejudicar concorrentes por meio de elevação de custos de rivais.

O setor farmacêutico protagonizou relevantes casos de debate sobre a configuração de *sham litigation* nos EUA²⁰. Veja-se, por exemplo, o caso

sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals 'an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor' (...). This two-tiered process requires the plaintiff to disprove the challenged lawsuit's legal viability before the court (...)”. U.S. SUPREME COURT. *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*, 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-1043.ZO.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

¹⁹ U.S. SUPREME COURT. *Uss-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*, 31 F3d 800 (1994). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/31/800/592102/>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

²⁰ No Brasil, o setor farmacêutico também foi e vem sendo investigado pelo CADE por suposta prática de *sham litigation* em caso envolvendo DPI, conforme detalhado adiante.

*Abbott Laboratories v. Teva Pharmaceuticals USA, Inc.*²¹, no qual se reconheceu a possibilidade de ocorrência de *sham litigation*. Citando o precedente *Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*, a *District Court for the District of Delaware* decidiu:

“Por meio desse teste, a intenção das partes em empreender uma demanda é irrelevante, a menos que a demanda seja objetivamente desarrazoada. (...) Razoabilidade objetiva é o equivalente, neste contexto, à existência de uma causa provável para demandar, e a existência de uma causa provável para instituir procedimentos legais afasta a conclusão segundo a qual um réu em ação antitruste participou de demanda abusiva [*sham litigation*]. (...) Causa provável exige não mais do que a crença razoável de que há uma chance de que a ação seja reputada válida (...).

(...)

Porque os fatos que os demandados apontam não demonstram causa provável em face das alegações dos autores – as quais eu devo aceitar como verdadeiras neste Motion to Dismiss –, a pretensão ao reconhecimento de *sham litigation* não será descartada” (tradução livre)²².

²¹ U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. *Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva Pharmaceutical USA, Inc.*, 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em : <<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

²² No original: “*Under that test, the intent of the parties in pursuing litigation is irrelevant unless the litigation is objectively unreasonable. Id. at 62. Objective reasonableness is equivalent in this context to the existence of probable cause to sue, and '[t]he existence of probable cause to institute legal proceedings precludes a finding that an antitrust defendant has engaged in sham litigation.'* *Id.* ‘*Probable cause... requires no more than a reasonable belief that there is a chance that a claim may be held valid upon adjudication.*’ *Id. at 62-63 (internal citation and quotation marks omitted).*

(...) *Because the facts that Defendants point to do not demonstrate probable cause in the face of Plaintiffs' allegations, which I must accept as true in the context of this Motion to Dismiss, the sham litigation claims will not be dismissed”.*

U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. *Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva*

Também cabe mencionar o caso *Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc.*²³, em que a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* avaliou a possibilidade de ter sido configurada *sham litigation* aplicando o racional desenvolvido pela jurisprudência, sobretudo no caso *Professional Real Estate Investors, Inc., et al. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* Na decisão, esclareceu-se:

“A doutrina *Noerr-Pennington* permite que cidadãos exerçam seu direito de petição ao governo garantido pela Primeira Emenda sem medo de responsabilidade antitruste. (...) A Suprema Corte explicou que, ‘à luz do poder do governo de atuar em sua capacidade de representante e de adotar medidas que operem restrição ao comércio, nós consideramos que o *Sherman Act* não pune atividade política por meio da qual as pessoas livremente informam ao governo sobre seus desejos’. (...) *Noerr-Pennington* originalmente imunizava apenas petições a autoridades legislativas, mas a Suprema Corte estendeu a imunidade da doutrina *Noerr-Pennington* às petições a agências administrativas e cortes. (...)

Uma pessoa perde a imunidade *Noerr-Pennington* sobre responsabilidade antitruste se a conduta se enquadra na *sham exception* da doutrina. Isto é, ‘pode haver situações em que uma campanha de publicidade, ostensivamente direcionada a influenciar a ação governamental, seja uma mera *sham* para encobrir o que realmente nada mais é do que uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente e a aplicação do *Sherman Act* seria justificada’.

A Corte asseverou: a exceção de abuso [*sham exception*] à *Noerr* abrange situações em que se utiliza um processo governamental – em oposição ao resultado de tal processo – como uma arma anticompetitiva. Um exemplo clássico é a apresentação de objeções frívolas ao pedido de licença de um

Pharmaceutical USA, Inc., 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em : <<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

²³ U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc.*, 552 F.3d 1033 (2009). Disponível em: <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/01/12/0655687.pdf>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

concorrente, sem qualquer expectativa de alcançar a improcedência do pedido de licença, mas simplesmente para impor despesas e atraso. (...) Recentemente nós descrevemos três situações em que a *sham exception* se aplica:

Primeira, quando a ação é objetivamente infundada e o motivo de o demandante ajuizar a ação é ilícito; segunda, quando a conduta envolve uma série de ações ajuizadas em conformidade com uma política de iniciar procedimentos jurídicos sem consideração ao seu mérito e direcionada a um propósito ilícito; e terceira, se a alegada conduta ilícita consiste em formular afirmações falsas intencionalmente perante a Corte, a demanda pode ser considerada abusiva se a parte tem conhecimento da fraude em questão ou se suas afirmações eram sabidamente falsas, a Corte pode considerar que a demanda é desprovida de legitimidade” (tradução livre)²⁴.

²⁴ No original: “*The Noerr-Pennington doctrine allows private citizens to exercise their First Amendment rights to petition the government without fear of antitrust liability. See Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127, 81 S. Ct. 523, 5 L. Ed. 2d 464 (1961) ('Noerr'); United Mine Workers of Am. v. Pennington, 381 U.S. 657, 85 S. Ct. 1585, 14 L. Ed. 2d 626 (1965) ('Pennington'). The Supreme Court has explained, 'In light of the government's power to act in [its] representative capacity and to take actions... that operate to restrain trade, we reasoned that the Sherman Act does not punish political activity through which the people... freely inform the government of their wishes.'*” *Prof'l Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Indus., 508 U.S. 49, 56, 113 S. Ct. 1920, 123 L. Ed. 2d 611 (1993) (all alterations in original) (quoting Noerr, 365 U.S. at 137). Noerr-Pennington originally immunized only petitions to legislative officials, but the Supreme Court extended Noerr-Pennington immunity to petitions to administrative agencies and courts. Cal. Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508, 510, 92 S. Ct. 609, 30 L. Ed. 2d 642 (1972). An entity loses Noerr-Pennington immunity from antitrust liability if its conduct falls within the 'sham' exception to the doctrine. That is, '[t]here may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified'. Noerr, 365 U.S. at 144. The Court has elaborated: The 'sham' exception to Noerr encompasses situations in which persons use the governmental process--as opposed to the outcome of that process--as an anticompetitive weapon. A classic example is the filing of frivolous objections to the license application of a competitor, with no expectation of achieving denial of the license but simply in order to impose*

No mesmo sentido, vide o caso *Teva Pharmaceuticals USA, Inc. e Teva Pharmaceutical Industries, Ltd. v. Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante e Laboratoires Fournier S.A.*²⁵. Os autores alegavam que os réus impediam, por diversas formas, a entrada da versão genérica, fabricada pelos autores, do medicamento Tricor®, por sua vez produzido pelos réus sob marca registrada. Os autores aduziram que os réus incorreram em *sham litigations* para evitar a entrada dos autores no mercado monopolizado pelos réus. A Corte consignou que a imunidade antitruste, que em princípio seria conferida pelo direito de petição, está sujeita a exceções, que nesse caso era justamente a hipótese de *sham litigation*.

Percebe-se que a jurisprudência norte-americana traçou critérios para se determinar quando o direito de petição é exercido de forma abusiva, apto a ensejar responsabilidade antitruste. A experiência dos EUA é utilizada como forte referência no Brasil para a análise de *sham litigation*, conforme detalhado a seguir.

3. A Experiência Brasileira

A possibilidade de configuração de *sham litigation* como ilícito concorrencial é reconhecida pelo CADE, na esteira da evolução jurisprudencial estrangeira. Nesse contexto, o CADE tem considerado que a prática de *sham litigation* é um dos *meios executores* da estratégia de *abuso de direito*, inclusive DPIs, em detrimento da concorrência.

expense and delay. (...) We recently described three situations where the sham exception applies: [F]irst, where the lawsuit is objectively baseless and the defendant's motive in bringing it was unlawful; second, where the conduct involves a series of lawsuits brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for an unlawful purpose; and third, if the allegedly unlawful conduct consists of making intentional misrepresentations to the court, litigation can be deemed a sham if a party's knowing fraud upon, or its intentional misrepresentations to, the court deprive the litigation of its legitimacy. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc., 552 F.3d 1033 (2009). Disponível em: <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/01/12/0655687.pdf>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

²⁵ U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva Pharmaceutical USA, Inc., 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em: <<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

3.1. Defesa da Concorrência e Sham Litigation no Brasil

Por um lado, a Constituição Federal protege o direito de petição aos Órgãos Públicos e estabelece o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário²⁶, verdadeiro pilar do regime democrático, o que é corroborado amplamente em nossa legislação infraconstitucional. Por outro, o ordenamento jurídico também institui disposições legais que coíbem o abuso de direito²⁷, incluindo-se o direito de petição, podendo-se citar a conhecida figura da litigância de má-fé, prevista no Código de Processo Civil e que encontra disposição similar na Lei de Processo Administrativo²⁸.

Na linha da evolução da jurisprudência norte-americana, acusações de prática de *sham litigation* no Brasil têm chegado ao crivo do CADE, que reconhece a possibilidade de repressão à luz do Direito brasileiro. Alguns precedentes sobre o tema demonstram, como abordado a seguir, que o CADE adota critérios rigorosos para verificar se o direito de petição foi exercido de modo abusivo em prejuízo à concorrência.

A extinta SDE, em mais de uma oportunidade, reconheceu expressamente a possibilidade de *sham litigation* no ordenamento jurídico pátrio²⁹. No âmbito antitruste, pode-se considerar o abuso do direito de petição

²⁶ Art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, e inciso XXXV.

²⁷ Vide artigos 187 e 188 do Código Civil.

²⁸ Vide artigos 79 e 80 do Código de Processo Civil e artigo 4º da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.874/99).

²⁹ No Processo Administrativo 08012.002673/2007-51 (caso ANFAPE), instaurado para investigar suposto abuso de DPIs pelas montadoras, a SDE havia explicitado, ainda em fase de averiguação preliminar, que “[a] aplicação da teoria da *sham litigation* no ordenamento jurídico nacional consiste no reconhecimento de que, dentre as diversas motivações que alguém pode ter para abusar do seu direito de petição, seja à Administração, seja ao Poder Judiciário, inclui-se também o de prejudicar empresas concorrentes (o que poderia caracterizar abuso de poder econômico, apto a ser punido pela Lei n. 8.884/94)”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico na Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51. Fl. 2467 Vol. 11. Brasília, março de 2008. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaTOOIkvtMZPHTpaIZAqAocDuMZd994T185FnwGg3lFuijPHS7N2wgccVaXSDO55RJHjZHHPhLnRYmE3yIiNJ7tR>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

No Processo Administrativo 08012.004484/2005-51, instaurado por representação apresentada por Seva Engenharia Eletrônica S.A. em face de Siemens VDO Automotive Ltda., a SDE asseverou que a doutrina de *sham litigation* é aplicável no

aos Órgãos Públicos como prática de predação não baseada em preços e, mais especificamente, nas hipóteses de elevação dos custos dos rivais e de criação de barreiras artificiais à entrada de concorrentes e de dificuldades à atuação destes, em prejuízo à concorrência (artigo 36, § 3º, incisos III e IV, da Lei 12.529/11).

A questão, de fato, não é nova no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Em 2004, o CADE julgou um Processo Administrativo que pode ser considerado embrionário da discussão sobre o tema. Conforme apurado, os representados do Processo Administrativo 08000.024581/1994-77³⁰ teriam adotado iniciativas concertadas junto ao Poder Público, com vistas a movimentar as máquinas administrativa e legislativa para barrar o ingresso no mercado do Distrito Federal de postos de combustíveis por empresa que atua no ramo de supermercados.

A preocupação com preços mais atrativos aos consumidores, que pudessem ser praticados pelo potencial *player*, teria motivado a iniciativa dos representados de acionar os Poderes Executivo e Legislativo. O pleito dos representados culminou na edição da Lei Complementar do Distrito Federal nº 294/2000, que proibiu a instalação de postos de combustíveis em pátios de supermercados.

Nesse caso, o CADE identificou que a real intenção dos representados – obter a proibição de atuação do novo *player* – escondia-se nos

direito concorrencial brasileiro, inclusive pela existência de instituto análogo no Código de Processo Civil, que veda o manejo do processo para se alcançar objetivo ilegal, *in casu*, oposto à lei de defesa da concorrência brasileira. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo Administrativo 08012.004484/2005-51. Vol. 8. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPNYKzRhRW4bJGM2OU229XMv7wakeQYps_Ul6uvXO6ZfPxbjlv0Lx-hbAqggSiyvirHr6LBt7Hjf-tQhoHvVj4m>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08000.024581/1994-77. Representante: SDE, ex officio. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do DF, Rede Gasol (Grupo Cascão) e Grupo Igrejinha. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

argumentos suscitados por eles junto aos vários Órgãos do Poder Público. O propósito tinha viés anticompetitivo, com vistas a impedir a entrada de um novo concorrente no mercado. Desta forma, o CADE, por meio do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, considerou a conduta como abusiva e prejudicial à concorrência, condenando os representados por infração à Ordem Econômica. Embora o CADE não tenha mencionado expressamente que a conduta se tratava de *sham litigation*, considerou que a restrição à concorrência visada pelos representados em conluio configurou uma atitude anticoncorrencial.

Nos anos seguintes, outros casos foram levados ao crivo do CADE. No entanto, na grande maioria deles, o arquivamento das investigações foi desfecho comum, tendo a autoridade entendido que os pleitos das empresas investigadas perante o Poder Público não teriam afrontado a Lei de Defesa da Concorrência.

Vide, por exemplo, o Processo Administrativo 08012.006076/2003-72, que ficou conhecido como “Caso das Baterias Moura”, arquivado em 2007. O Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva votou a favor do arquivamento do caso, em conformidade com o Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado, mas trouxe alguns critérios inspirados na jurisprudência norte-americana para averiguar abuso de direito de petição, quais sejam: plausibilidade do direito invocado, veracidade das informações, adequação e razoabilidade dos meios utilizados e probabilidade de sucesso na postulação. O arquivamento também foi o resultado nos seguintes processos: Processo Administrativo 08012.005727/2006-50 (Representada Alcoa Alumínio S.A.), arquivado em 2010; Processo Administrativo 08012.005610/2000-81 (Representada Viação Valadarense de Transporte Coletivo), arquivado em 2011; Averiguação Preliminar 08012.001397/2008-95 (Representada Comgás), arquivada em 2012; Processo Administrativo 08012.004572/2007-15 (Representada Saint-Gobain Canalização Ltda.), arquivado em 2014.

Em agosto de 2010, o Tribunal do CADE também entendeu não ter havido prática de *sham litigation* por parte da representada no Processo Administrativo 08012.004484/2005-51, que ficou conhecido como o “Caso dos Tacógrafos”. Não obstante, o Tribunal trouxe discussões relevantes sobre a relação entre o abuso de direito de petição e a defesa da concorrência.

O então Conselheiro-Relator, Fernando de Magalhães Furlan, elucidou alguns critérios que devem balizar a avaliação de uma suposta prática de *sham litigation* anticoncorrencial pela autoridade antitruste: (i) exame de

proporcionalidade entre os interesses econômicos pleiteados; (ii) os meios utilizados para a consecução de tais interesses; e (iii) o efeito negativo sobre a concorrência ocasionado pelo ajuizamento das ações. O Conselheiro-Relator defendeu que o reconhecimento da admissibilidade ou da procedência de uma demanda judicial não deveria obstar eventual reconhecimento de ilicitude da conduta por parte do CADE³¹.

Desfecho destoante, no entanto, ocorreu no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, em dezembro de 2010. O CADE condenou a Box 3 Video e Publicidade Ltda. ao entender que as ações judiciais que esta ajuizara eram “causas frívolas”, desprovidas de fundamento jurídico objetivo. Esse aspecto, juntamente com o fato de a representada deter 50% de mercado na época, foram considerados suficientes para a condenação. A decisão descartou a necessidade de delimitação precisa de mercado relevante e não procedeu a uma avaliação sob o prisma da regra da razão³².

Em 2014, mais um caso arquivado. Tratou-se do Processo Administrativo 08012.010075/2005-94, instaurado para investigar suposta prática de *sham litigation* perante os Poderes Legislativo e Executivo (*lobby*) pelo Sindicato Intermunicipal do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Estado do Rio Grande do Sul (Sulpetro). O Sulpetro havia sido acusado de ter influenciado para que fossem aprovadas leis municipais restritivas à instalação de postos revendedores de combustíveis em grandes áreas comerciais da região Sul do Brasil. O Tribunal do CADE decidiu que não havia elementos nos autos que demonstrassem que o propósito da atuação da Sulpetro fosse prejudicar outros concorrentes ou impedir a entrada de novos agentes econômicos no mercado.

³¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo 08012.004484/2005-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNHvcog-UF4saoaQmqAQpdeXDfWb6xuokwWekz0RLeCIkRE5lnu3IXsIH2CUydz-OXUGVYrU8rF6vsmM968YtQ7>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Vinicius Marques de Carvalho no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeB0em82jaTrpJF0OaFC_gL6K2krGqn9b2jYwh16WwQxmQrde6UYUHVog1gffJNs8a_qmhdA1n1OMBfTO>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018, p. 1875.

Posteriormente, a Superintendência-Geral do CADE³³ dirimiu em 2016 mais um relevante caso de *sham litigation* (Processo Administrativo 08012.001594/2011-18). A partir de representação apresentada pela Associação Brasileira das Empresas Importadoras e Fabricantes de Aço, o Instituto Aço Brasil foi acusado, em resumo, de ter ajuizado uma série de ações judiciais, com pedidos de medidas liminares, com o objetivo de impedir a importação de vergalhões de aço por empresas estabelecidas no mercado nacional, em razão da suposta desconformidade dos produtos importados com as normas brasileiras de segurança. Consequentemente, as cargas de vergalhões de aço estariam sendo retidas nos portos, o que estaria gerando custos adicionais às empresas importadoras.

Para análise do caso, a Superintendência-Geral do CADE, inspirada na jurisprudência norte-americana, abordou seis hipóteses-teste para distinguir o que seria um litígio simulado (*sham*) de um litígio genuíno, demonstrando que há uma ampla gama de ações, atinentes a simulações, fraudes e outros expedientes judiciais que podem ensejar uma responsabilidade antitruste:

(i) Teste PRE, em que uma única ação esconde/simula intenção exclusionária. Do ponto de vista objetivo, quando se trata de uma ação desprovida de base objetiva ou que lhe falta uma causa provável. Do ponto de vista subjetivo, quando há evidência de que a ação, sem base objetiva, foi ajuizada para influenciar o negócio de concorrentes.

(ii) Teste PRE, aplicado a casos em que há falta de condições da ação, omissões relevantes e ou posições contraditórias por parte dos querelantes.

(iii) Teste PRE, em relação a desgaste da imagem empresarial e outros custos processuais de uma causa fadada ao fracasso.

(iv) Teste POSCO, em que diversas ações escondem/simulam intenção exclusionária;

³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica 29/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo 08012.001594/2011-18. Brasília, novembro de 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOoHDEVCGPBanjeFHwBkLypvyZrn_ViOFW17aN-8Vdzn4L6pleatNXo1K9_cgF_8s4ObojmqbUtmQgh2VUCHXBF>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

(v) Litigância fraudulenta (*fraud litigation*). Discorreu a Superintendência-Geral do CADE a respeito: “[ao] contrário dos casos anteriores, na litigância fraudulenta, o concorrente atua de forma positiva, informando ao Judiciário ou a órgãos administrativos fatos (e não apenas argumentos) sabidamente falsos para obter um monopólio ou para garantir algum grau de elevação de seu poder de mercado”.

(vi) Acordos judiciais e outras ações que podem configurar condutas restritivas à concorrência. Segundo a Superintendência-Geral: “(...) as partes que transacionam a respeito de informações concorrencialmente relevantes, de implementação de cláusulas de exclusividade e de não concorrência, de fixação de preços de revenda, de atos de concentração e/ou de condutas restritivas horizontais ou verticais de variadas naturezas que, embora permitidas pela legislação cível, não o são, necessariamente, aceitas na legislação antitruste, independentemente das características do acordo e do mercado”.

Para resolução do Processo Administrativo, o Instituto Aço Brasil firmou com o CADE um Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Embora não tenha reconhecido o cometimento de uma infração à Ordem Econômica, o representado obrigou-se a cessar a prática investigada, isto é, desistir de todas as ações judiciais então em curso e exercer o direito de petição com boa-fé, lealdade e sem o uso de informações falsas³⁴, além do recolhimento da contribuição pecuniária.

Em julho de 2018, o Tribunal do CADE arquivou investigação sobre supostas condutas anticompetitivas no mercado de transporte remunerado individual de passageiros, entre elas prática de *sham litigation*³⁵, no contexto

³⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação 08700.008345/2016-00. Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNX0rATin_x4Lxode1iE8AEsht5YjBgvjEqvunLra14grJh2xv3zFV5ZW-1wGG8KJPyflpehuE3d6JUuCIRSBLq>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁵ Segundo a ProCADE, uma das condutas “sob investigação consiste na abusividade do direito de petição, por associações de taxistas, perante o Poder Judiciário, o Ministério Público e instâncias das administrações públicas municipais, com a propositura de ações idênticas ou muito semelhantes em foros ou comarcas diferentes, na tentativa de excluir a concorrente Uber com argumentos desprovidos de mínimo fundamento de direito ou por meio da utilização de estratégias processuais insidiosas”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da

do Processo Administrativo 08700.006964/2015-71. Segundo o CADE, havia dúvida jurídica razoável quanto à legalidade dos serviços de transporte, a exemplo da Uber, o que tornaria plausível a pretensão de taxistas para tentar obter a proibição da atividade pela via judicial. Diante da plausibilidade, o Tribunal do CADE asseverou que a acusação de *sham litigation* não devia prosperar³⁶.

Em outubro de 2018, outra acusação de *sham litigation* foi arquivada pelo Tribunal do CADE, que a afastou ao aplicar os testes POSCO, PRE e de litigância fraudulenta³⁷ sobre ação judicial iniciada pela Lundbeck para discutir a proteção de *data package* relacionado a medicamentos. De acordo com o Tribunal, não houve multiplicidade de ações judiciais por parte da Lundbeck, o pleito da representada não seria objetivamente sem fundamento e nem houve falsidade na argumentação ou nas informações fornecidas ao Poder Judiciário ou ao agente administrativo.

Em 30 de janeiro de 2019, um TCC foi firmado com o CADE na investigação de *sham litigation* praticada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios). Em abril de 2017, a Superintendência-Geral do

Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE no Processo Administrativo n. 08700.006964/2015-71. Brasília, dezembro de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMq8e7Dm4ZCURD_i59s4fPH8xprsMubA1ilEzXtRpm0DFAZkbz17oUPROjY-2BddXWDKuDow2_AnP8_Tjtftdxg>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANK8fDEViJc2_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira-Relatora Polyana Ferreira Silva Vilanova. Processo Administrativo n. 08012.006377/2010-25 (Representados: Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S), Brasília, 4 de outubro de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wblG09YORtAxcnPpWefIPStJfn8oTZQEB_aBmBa5jUq_EDNNIWOPqde2>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CADE havia emitido parecer recomendando a condenação dos Correios³⁸. Após o caso ser remetido para análise pelo Tribunal do CADE, os Correios negociaram um acordo para suspender a investigação, mediante o pagamento de contribuição pecuniária de R\$ 21.909.594,81. No entanto, o acordo previa que não houve confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de culpa, ilegalidade ou qualquer irregularidade da conduta objeto da investigação, de modo que, por parte do CADE, não gerou precedente sobre a matéria³⁹.

Outros casos de *sham litigation* ainda estão em investigação no CADE, o que merece ser acompanhado para se verificar como o Tribunal irá se posicionar⁴⁰, tendo em vista o número reduzido de condenações em relação ao número de casos julgados.

³⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 8/2017 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04 (Representada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, abril de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2cQCOW86I_SBxht8pxRmd_NJdYfqFmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

³⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova no Requerimento n. 08700.003188/2018-08 (Requerente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, janeiro de 2019. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPiVd0SdpCP4Gn2WBMy1j_PLOfnVXYBjKXmctUF5XE1S7Bn3q3fka55G3_BZK3oMYwR8FEY83BqPFVWELCKqYce>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

⁴⁰ Por exemplo, vide parecer emitido pela Superintendência-Geral do CADE em abril de 2017, favorável à condenação dos Correios por abuso de direito de petição, entre outras acusações. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 8/2017 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04 (Representada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, abril de 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2cQCOW86I_SBxht8pxRmd_NJdYfqFmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

3.2. *Sham Litigation e DPIs*

Como visto da jurisprudência mencionada acima, não é uma tarefa trivial flexibilizar o direito de petição, assegurado pelo texto constitucional, com vistas à proteção do direito da coletividade à livre concorrência. Um desafio adicional ao CADE ocorre quando a questão apresenta o envolvimento de um *terceiro* tipo de direito constitucionalmente assegurado: os DPIs. A análise do exercício⁴¹ de DPIs costuma ser mais ampla do que a do abuso de direito de petição⁴². Em muitos casos, a *sham litigation* é um dos meios executores de um abuso no exercício de DPIs.

É sabido que a detenção de uma patente, por exemplo, não é garantia de monopólio de mercado a um determinado produto. O produto patentado pode enfrentar a concorrência de produtos que, embora não sejam cópias, possam ser utilizados para as mesmas finalidades e considerados pelos adquirentes como substitutos do produto patentado. Assim, embora tenha um viés excludente de competição com relação a cópias, o sistema de concessão de patentes não impede necessariamente que haja concorrência, podendo até mesmo ser entendido como um sistema de fomento à inovação e competição. Agentes econômicos que queiram competir com um produto patentado deverão esmerar-se em introduzir no mercado produtos diferentes, mas que consigam ser considerados pela demanda como substitutos.

Sobre outras investigações de supostas prática de *sham litigation* envolvendo direitos de propriedade intelectual, objeto de discussão da seção seguinte deste artigo, vide: Processo Administrativo n. 08012.007147/2009-40 (Representadas: Genzyme do Brasil Ltda. e Genzyme Corporation); e Inquérito Administrativo n. 08012.001693/2011-91 (Representadas: Astrazeneca AB e Astrazeneca do Brasil Ltda.).

⁴¹ Na literatura em língua alemã sobre a interseção entre o direito dos bens imateriais e o direito da concorrência – especialmente das restrições de mercado por meio do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual, vide: FIALA, Donatella. *Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht – unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente*, Bern, Stämpfli, Verlag, 2006, pp.1.e ss.

⁴² SALGADO, Lúcia Helena. *Anais do Seminário Internacional sobre Propriedade Intelectual e Política da Concorrência*. Junho de 2010; KUNTZ, Karin Grau. *O Desenho Industrial como Instrumento de Controle Econômico do Mercado Secundário de Peças de Reposição de Automóveis – Uma Análise Crítica a Recente Decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)*”, in: *Revista Criação*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009, pp. 67-114.

É por essa mesma razão que, subjacente à utilização de meios enganosos ou abusivos para obtenção, alargamento ou extensão de proteção patentária, possa haver intento anticompetitivo e monopolista.

Grande parte dos litígios nos quais se discute a ocorrência de abusos em DPIs, *sham litigation* e abusos no exercício DPIs tem origem na utilização de argumentos ou informações sabidamente falsos junto à autoridade concedente para obtenção indevida de uma patente. Outros exemplos de atuações ilegais são a tentativa de obter a manutenção, o alargamento de escopo ou a extensão de período protetivo de DPIs em juízo.

Para Michael J. Meurer, a configuração de *sham litigation* anticoncorrencial pode ser uma das formas de exercício abusivo de DPIs:

“Litigância socialmente prejudicial em Propriedade Intelectual é comum porque os direitos são fáceis de obter e potencialmente aplicáveis de forma bastante ampla, e o problema está piorando devido à expansão do alcance e da força da Lei de PI (...).

A Lei Antitruste fornece meios potencialmente poderosos de controlar a litigância socialmente prejudicial em PI. Certa litigância anticompetitiva viola a Seção 2 do Sherman Act sob duas teorias relacionadas. Uma teoria originada em *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp* e só se aplica aos processos por violação de patente. O requerente antitruste deve mostrar que o titular da patente obteve sua patente por cometer fraude à common law no PTO, e que a patente não teria sido emitida, a não ser por fraude. A outra teoria aplica-se a *sham litigation*, incluindo *sham litigation* em PI, e é baseada em uma demonstração de que o réu antitruste (autor do pedido de PI) sabia que objetivamente não havia base para a alegação de violação. Sob qualquer teoria, o autor da ação antitruste deve provar que sofreu uma lesão antitruste, e também deve mostrar que o litígio de PI criou ou sustenta um monopólio no mercado relevante” (tradução livre)⁴³.

⁴³ No original: “*Socially harmful IP litigation is common because the rights are easy to get and potentially apply quite broadly, and the problem is growing worse because*

Nesse contexto, questiona-se: em que medida um agente, visando a postular a defesa de DPIs em juízo, pode infringir as normas brasileiras de defesa da concorrência?

Um caso levado ao CADE que pode auxiliar na resposta foi o Processo Administrativo 08012.007189/2008-08. Na investigação, a Dystar Textilfarben GmbH e a DyStar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda. foram acusadas de impor custos a rivais em razão do ajuizamento de diversas ações judiciais que visavam a proteger de forma abusiva direito patentário supostamente indevido sobre o produto “índigo blue reduzido” (IBR), um corante usado pela indústria têxtil para tingir fios de algodão. Em que pese o processo tenha sido arquivado em outubro de 2014, a então Conselheira Ana Frazão trouxe importantes considerações sobre o tema⁴⁴.

De acordo com a Conselheira, a propriedade intelectual pode ser explorada de modo facilmente desvirtuado do seu principal objetivo, que seria proteger a inovação tecnológica. A simples circunstância de se estar em juízo para defender uma patente registrada não deve afastar a possibilidade de *sham*

of the expansion of the scope and strength of IP Law (...). Antitrust law provides a potentially powerful means of controlling socially harmful IP litigation. Certain anti-competitive litigation violates Section 2 of the Sherman Act under two related theories. One theory originated in Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp. and applies only to patent infringement suits. The antitrust claimant must show that the patentee got its patent by committing common law fraud on the PTO, and that the patent would not have issued but for the fraud. The other theory applies to sham litigation, including sham IP litigation, and is based on a showing that the antitrust defendant (IP plaintiff) knew that objectively there was no basis for the infringement claim. Under either theory, the antitrust plaintiff must prove it suffered an antitrust injury, and must also show that the IP litigation created or sustained a monopoly in the relevant market”. MEURER, Michael J. Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation. Boston College Law Review, v. 44, issue 2, 2003. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2231&context=bclr>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 08012.007189/2008-08. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOAdzdy76BpZ7FfP6mq5for84iq9xgqBcQh1p7gK8kD4Tzo3EzIdA4IWikIMZnahmTst3uTp_MWb9j8186hWaLa>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

litigation e o CADE deve analisar detidamente as circunstâncias nas quais o registro da patente foi obtido. Conforme a decisão, deve o CADE verificar se o INPI foi induzido a erro, se as informações prestadas nos procedimentos administrativos do registro eram propositalmente insuficientes, se a patente foi posteriormente declarada nula, se a medida judicial funcionou como uma verdadeira estratégia anticompetitiva, entre outros critérios.

Posteriormente, em junho de 2015, as empresas representadas no Processo Administrativo 08012.011508/2007-91, sobretudo a Eli Lilly do Brasil Ltda., foram condenadas por estratégia abusiva do direito de petição perante o Poder Judiciário. A empresa foi acusada de tentar garantir indevidamente exclusividade na comercialização do medicamento “Gemzar”, indicado para tratamento de câncer.

O Tribunal do CADE analisou os diversos procedimentos judiciais instaurados pelas representadas na defesa de supostos direitos patentários. Com a finalidade de apurar indícios de abuso de suposto DPI, a autarquia analisou as dificuldades das representadas em obter os registros de patentes perante o INPI.

A investigação do CADE demonstrou que as representadas ajuizaram diversas ações para revisar as decisões administrativas do INPI e para assegurar direitos de exclusividade na comercialização do medicamento⁴⁵. Embora parte das medidas judiciais pudessem apresentar fundamentos objetivos ou certo grau de razoabilidade, o CADE entendeu que alguns pleitos inaugurados pelas representadas levaram o Judiciário a erro ao omitirem informações relevantes sobre o caso. O resultado das estratégias teria sido o deferimento de medida judicial favorável a um monopólio indevido das representadas sobre o medicamento durante 8 (oito) meses, em detrimento da concorrência e, em última análise, dos consumidores. Por tais motivos, o Tribunal do CADE decidiu pela condenação das representadas.

⁴⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 241/2014 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91. Brasília, agosto de 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8CSXOCwztJ5c0XHBEokvdvwUn-uHmlkWiBT65Me4RoxcSMhDambZ4B4gP558CNHeXHEfs8Mo47KcLJAZs8QIy u>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

4. Poder de Mercado

Por fim, questão que ainda carece de aprofundamento pelo Órgão Concorrencial é a da necessidade de presença de poder de mercado para que uma conduta anticoncorrencial de *sham litigation* seja configurada.

É comum afirmar-se que um dos pressupostos para se configurar infração à Ordem Econômica é o agente, ou grupo de agentes conjuntamente, deter poder de mercado.

Tal assertiva não é isenta de controvérsia. CALIXTO SALOMÃO FILHO, por exemplo, afirma que o artigo 36 da Lei 12.529/11 comporta três hipóteses básicas, sendo que, em duas delas, a detenção de poder de mercado não é um pressuposto para a prática da infração⁴⁶.

Um exemplo de violação antitruste em que a detenção de poder de mercado *ex ante* não seria necessária é a hipótese de empresas que, não detendo poder de mercado individualmente, decidem se reunir em cartel para alcançar tal posição de poder em bloco. A conduta de formar o cartel seria interpretada como passível de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, ou tendente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, conforme interpretação das hipóteses contidas nos incisos I e II do artigo 36 da Lei 12.529/11.

Questiona-se, então, se o mesmo raciocínio poderia ser aplicado a condutas unilaterais. Na visão afirmativa, argumenta-se que a atuação de empresa para falsear a concorrência e obter posição dominante – desde que tal objetivo seja alcançável –, enquadra-se nas mesmas hipóteses legais acima⁴⁷.

⁴⁶ Segundo o autor, o inciso I do artigo 36 comportaria hipóteses de concorrência desleal, o inciso II referir-se-ia a “atos tendentes à dominação do mercado” e os incisos III e IV seriam relativos ao abuso de posição dominante. No primeiro caso, a configuração independeria de poder de mercado, no segundo, o poder de mercado é buscado pelo(s) agente(s). Apenas no terceiro e quarto casos a detenção de poder de mercado seria pressuposto da prática. SALOMÃO FILHO, Calixto. “Direito Concorrencial – As Estruturas”, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 520-525.

⁴⁷ Poder-se-ia, em uma concepção mais ampla, afirmar que em realidade tais empresas, tanto na hipótese de formação de cartel, quanto na de conduta unilateral, teriam poder de mercado na medida em que poderiam “excluir concorrência”, nos termos da definição de poder de mercado adotada pela Suprema Corte norte-americana: “poder de controle de preços ou *exclusão da concorrência*”. FORGIONI, Paula A. “Os Fundamentos do Antitruste”, 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 260.

Nos EUA, a hipótese seria semelhante à do *attempt to monopolize*, descrita na *Section 2* do *Sherman Act*.

No caso de *sham litigation*, é possível questionar se há necessidade de detenção de poder de mercado *ex ante* pelo agente abusador do direito de petição. Em manifestação de agosto de 2018, a Superintendência-Geral do CADE argumentou que não há necessidade de o agente abusador deter expressiva parcela de mercado para obter resultado anticoncorrencial. Com uma decisão de Autoridade Pública favorável, ainda que preliminar, o agente abusador poderia rapidamente excluir um grande rival e obter repentinamente poder de mercado, por exemplo⁴⁸.

Nesse raciocínio, o agente abusador buscaria abusivamente convencer a Autoridade a exercer o poder estatal e ocasionar resultado anticoncorrencial. O poder de alterar o mercado seria da Autoridade e o elemento *poder de mercado* estaria presente no resultado perseguido pelo abusador: quanto maior a parcela de mercado detida pela concorrência que o abusador quer eliminar por meio da decisão da Autoridade, maior o benefício almejado em relação ao custo de adotar a conduta. A prática tenderia a ser altamente atrativa para o abusador. O custo seria fundamentalmente o pagamento de honorários advocatícios para o patrocínio e acompanhamento da causa em vez do investimento, contínuo e de resultado geralmente incerto, em concorrer. O abuso do direito de petição seria o meio, ou o ato passível de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, ou tendente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços” *a posteriori*.

Não se ignora, no entanto, a discussão sobre a diferença entre detenção de parcela expressiva de mercado e poder de mercado. No enfoque da eficiência econômica, a prática só seria considerada uma infração à Lei Concorrencial se a parcela de mercado conquistada abusivamente, ainda que expressiva, possibilitasse ao abusador ocasionar consistentemente escassez de oferta, elevação de preços e demais efeitos negativos à coletividade. Sob essa ótica, não haveria infração à Lei Concorrencial se o abusador pudesse ser disciplinado por fatores como baixas barreiras à entrada ou alto índice de substituição. Embora ainda não haja claro posicionamento na jurisprudência do Tribunal do CADE a respeito do poder de mercado em condutas de *sham*

⁴⁸ Anexo I à Nota Técnica nº 34/2018/CGAA1/SGA1/SG/CADE no Procedimento Preparatório 08700.000015/2018-20. Representante: Warie Industrial Ltda. EPP; Representadas: JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S.A. e Straumann B.V.

litigation, trata-se de questão com aptidão de ampliar ou restringir substancialmente as possibilidades de admissão de representações por *sham litigation* no CADE, a depender do enfoque que eventualmente prevaleça.

5. Conclusão

O presente trabalho tratou do abuso de direito de petição, conhecido como *sham litigation*, e do abuso de direitos de propriedade industrial, como ilícito concorrencial. Demonstrou-se a evolução da jurisprudência norte-americana no reconhecimento do abuso do direito de petição em prejuízo à concorrência e a influência da construção teórica dali resultante sobre o CADE no reconhecimento desse tipo de conduta no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise de casos brasileiros recentes demonstra o desafio ao CADE de harmonizar os direitos constitucionais de petição, de propriedade industrial, da livre iniciativa e livre concorrência.

A quantidade de casos submetidos ao Órgão Concorrencial envolvendo o tema, *vis a vis* o reduzido número de condenações, parece indicar que a autoridade tem agido com parcimônia e adotado critérios rigorosos na avaliação de supostos abusos de direito de petição e de abuso de direitos de propriedade industrial.

Por um lado, a falta de uma análise criteriosa e o *enforcement* equivocado pode prejudicar as inovações, tendendo à deterioração da qualidade dos produtos ou escassez de produtos e aumento de preços, em detrimento dos consumidores. Por outro, a excessiva parcimônia na coibição de abusos e demora em decidir contribuem para uma percepção por infratores de que os riscos de adoção das práticas são baixos em comparação com os benefícios. Em todos os casos, sem clareza, rigor técnico e presteza na análise de casos dessa natureza, ameaçam-se direitos constitucionais e o desenvolvimento econômico.

Referências

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo n. 08012.001693/2011-91. Representadas: Astrazeneca AB e Astrazeneca do Brasil Ltda. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnV88DeqTl-3VkjTeVq2l0SzPBis9T7JE2G36QaxIyFp8>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 15/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.002673/2007-51. Brasília, junho de 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNRajOCvFYuIvCKVspSyoPxx9EQdDcB01ZrT0WU8kMTCTtf8zF6ELbI90GcqqVaN4y1JP5L5ZZvNVy0Nd4o-5>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 16/2018 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.010811/2014-47. Brasília, dezembro de 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1gu1x1gqF8jG6Y-bOqi7RkDjPBNxOTj3jyFq0r2b1Jf_DNy83bnilXQWiKj2RmDgZ2oM1aLOM8uN_dFVFtFrD>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 241/2014 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91. Brasília, agosto de 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8CSXOCwztJ5c0XHBEokvdvwUn->

uHmIkWiBT65Me4RoxcSMhDambZ4B4gP558CNHeXHEfs8Mo47KcLJA Zs8QIyu>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 29/2016 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08012.001594/2011-18. Brasília, novembro de 2016. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOoHDEVcGPBanjeFHwBkLypvyZrn_ViOFW17aN-8Vdzn4L6pleatNXo1K9_cgF_8s4ObojmqbUtmQgh2VUCHXBF>.

Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica n. 8/2017 da Superintendência-Geral do CADE no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04 (Representada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). Brasília, abril de 2017. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM2cQCOw86I_SBxht8pxRmd_NJdYfqFmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>.

Acesso em: 5 de dezembro de 2018

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 34 (Anexo I) da Superintendência-Geral do CADE no Procedimento Preparatório 08700.000015/2018-20 (Representante: Warie Industrial Ltda. EPP; Representadas: JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S.A. e Straumann B.V.). Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOXOgKGB4A8z_fin_ViHlua97ryC8cPO-To5cfqobelLjeUMI3aB6OKQkOT1RfyrBjzOPoBBbsGOvmb-uiGTDdIH>.

Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE no Processo Administrativo n. 08700.006964/2015-71. Brasília, dezembro de 2017. Disponível em:

<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMq8e7Dm4ZCURD_i59s4fPH8xprsMubA1iIE>

zXtRpm0DFAZkbz17oUPROjY-2BddXWDKuDow2_AnP8_Tjtftdxg>.
Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico na Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51. Brasília, março de 2008. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaTOOIkvItMZPHTpaZAqAocDuMZd994Tl85FnwGg3lFuijPHS7N2wgccVaXSDO55RJHjZHhPhLnRYmE3ylNJ7tR>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPNYKzRhRW4bJGM2OU229XMv7wakeQYps_Ul6uvXO6ZfPxbjlv0Lx-hbAqggSiyvirHr6LBt7Hjf-tQhoHvVj4m>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer do Ministério Público Federal no Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91. Brasília, março de 2015. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-QRedwWmRSTJQ8SU-RIZh_Y4nwUI6rKBtd9T3o_qBWxOOB-Jf2gLIWTZD8GvHBH3BRq5QRUI3tghfVPsuIjbRg>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer emitido pela Superintendência – Geral em abril de 2017, no Processo Administrativo n. 08700.009588/2013-04. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM2cQCOw86I_SBxht8pxRmd_NJdYfqFmZiuKqjYGCYbofjb3HRNoVLpMc8GsR9xv9P-JttGrRpAXY-XWe6YFuVX>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo n. 08000.024581/1994-77. Representante: SDE, ex officio. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do

DF, Rede Gasol (Grupo Cascão) e Grupo Igrejinha. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo n. 08012.007147/2009-40. Representadas: Genzyme do Brasil Ltda. e Genzyme Corporation Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajS30M-fEw8tZWIFUluQBUWNYa35LYIBJJx6QrNHRHM8U>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação 08700.008345/2016-00. Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNX0rATin_x4Lxode1iE8AEsht5YjBgvjEqvuNLra14grJh2xv3zFV5ZW-1wGG8KJPyflpehuE3d6JUuClRSBLq>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo 08012.007189/2008-08. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOAdzdy76BpZ7FfP6mq5for84iq9xgqBcQh1p7gK8kD4Tzo3EzIdA4IWlklMZnahmTst3uTp_MWb9j8186hWaLa>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto da Conselheira-Relatora Polyana Ferreira Silva Vilanova. Processo Administrativo n. 08012.006377/2010-25 (Representados: Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S), Brasília, 4 de outubro de

2018. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEfIPStJfn8oTZQEB_aBmBa5jUq_EDNNIWOPqde2>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo na Averiguação Preliminar n. 08012.002673/2007-51. Brasília, dezembro de 2010. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?oWSl671FHvjGUnAODi8Uxt3Xc1SZ48qZCupgSiZTkaSml3qxZ69-Uzuw3VXuXgPyS2-G9p5NbpUjhnOZVYjugx6EXUEdwmqcc6iYghhIIR0LukXp0PX56Ekl-bqYFKIW>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan no Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNHvcog-UF4saoaQmqAQpdeXDfWb6xuokwWekz0RLeCikRE5lnu3IXsIH2CUydz-0XUGVYrU8rF6vsmM968YtQ7>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANk8FdeVijc2_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Burnier (vencido) no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, novembro de 2017. Disponível em: <
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_c

onsulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMsI8k5QSLPU7D5rf2-2SFLXGd1DiW79UJWcTcBDSy8CUnLKVdOOWbIBSIq5s2gzfJUvLFwpbB9EKxG7FgJ3HMp>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto do Conselheiro-Relator Vinicius Marques de Carvalho no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeB0em82jaTrpJF0OaFC_gL6K2krGqn9b2jYwH16WwQxmQrde6UYUHVOG1gffJNs8a_qmhdA1n1OMBfTO>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto-Vista do Conselheiro Maurício Bandeira Maia no Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Brasília, fevereiro de 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGIIWHYkJLB DhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

FIALA, Donatella. Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht – unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente, Bern, Stämpfli, Verlag, 2006.

GARNER, Bryan A. Black's Law Dictionary. Editor in Chief, 7 ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999.

FORGIONI, Paula A. “Os Fundamentos do Antitruste”, 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 260.

KUNTZ, Karin Grau. O Desenho Industrial como Instrumento de Controle Econômico do Mercado Secundário de Peças de Reposição de Automóveis – Uma Análise Crítica a Recente Decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)”, in: Revista Criação, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009

MEURER, Michael J. Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation. *Boston College Law Review*, v. 44, issue 2, 2003. Disponível em: <

<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2231&context=bclr>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

SALGADO, Lúcia Helena. Anais do Seminário Internacional sobre Propriedade Intelectual e Política da Concorrência. Junho de 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Direito Concorrencial – As Estruturas”. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 520-525.

U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Kaiser Foundation Health Plan Inc., v. Abbott Laboratories, Inc.*, 552 F.3d 1033 (2009). Disponível em: <

<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/01/12/0655687.pdf>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. DEPARTAMENT OF JUSTICE E U.S. FEDERAL TRADE COMISSION. *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. Washington, 2007. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. DEPARTAMENT OF JUSTICE E U.S. FEDERAL TRADE COMISSION. *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. Washington, 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/guidelines-and-policy-statements-0/2017-update-antitrust-guidelines-licensing-intellectual-property>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF DELAWARE. *Abbott Laboratories, Fournier Industrie et Sante, and Laboratories Fournier S.A., v. Teva Pharmaceutical USA, Inc.*, 432 F. Supp. 2d 408 (2006). Disponível em: <<https://casetext.com/case/abbott-laboratories-v-teva-pharmaceuticals-usa>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. SUPREME COURT. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. SUPREME COURT. Professional Real Estate Investors, Inc., et al., v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al., 508 U.S. 49 (1993). Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-1043.ZO.html> >. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

U.S. SUPREME COURT. Uss-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council, 31 F3d 800 (1994). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/31/800/592102/>>. Acesso em: 5 de dezembro de 2018.

ANÁLISE INSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO CÍVEL DA LEI ANTITRUSTE: IMPACTOS SOBRE A ATUAÇÃO DO CADE

Daniel Favoretto Rocha¹

Introdução

A Lei de Defesa da Concorrência (LDC - Lei 12.529/2011) já possui alguns anos de vigência, tendo demonstrado sólida consistência e recorrente aplicação, conforme será exposto adiante.

Como demonstra a experiência regulatória brasileira (SUNDFELD, 2007, pp. 01 e 07-10), o ambiente regulado fica “de olho” nos efeitos e reações a uma nova lei, que pode trazer surpresas em seus primeiros anos de vigência. Em outras palavras, uma nova lei, especialmente quando inovadora, requer cuidados durante seus primeiros anos de vigência, pois o ambiente institucional e o regulado ainda estão avaliando e se acostumando com os efeitos de sua aplicação. Inegavelmente, há certo experimentalismo neste começo.

Apesar das semelhanças entre a lei antitruste anterior (Lei 8.884/1994) e a LDC², esta lei atual foi inovadora, conforme se nota da nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e da instituição do modelo de análise prévia de atos de concentração³. Ainda assim, estes primeiros anos de vigência da LDC (até o momento, pouco mais de meia década) resultaram em um ambiente institucional estável, seguro e bem

¹ Daniel Favoretto Rocha trabalha com direito da concorrência no Pereira Neto Macedo Advogados. Bacharel pela FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas), onde integra grupo de pesquisa em direito da concorrência. Estagiou em Câmara Recursal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

² Basta notar as semelhanças entre a redação dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884 e a do art. 36 da Lei 12.529, bem como as semelhanças entre a redação dos arts. 3º, 6º, 7º, 8º da Lei 8.884 e, respectivamente, a dos arts. 4º, 8º, *caput*, 9º, 10 da Lei 12.529. Portanto, muitas previsões legais sobre infrações à ordem econômica e sobre o Tribunal Administrativo do CADE foram mantidas ou pouco alteradas.

³ CADE. Guia para análise prévia de atos de concentração. 2015, p. 05. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>>

estruturado. Basta considerar as premiações e a reputação que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) adquiriu nestes últimos anos⁴.

No entanto, não é possível afirmar que todas as experiências e efeitos da aplicação da LDC foram exauridos. Uma destas experiências é a aplicação privada da lei, também chamada, aqui, como sinônimo, de aplicação cível da lei antitruste. Conforme se verá adiante neste trabalho, a chamada aplicação privada da lei da defesa da concorrência, seja individual, seja coletiva, é bem discreta no Brasil. O mesmo não se pode dizer de algumas jurisdições estrangeiras, como os Estados Unidos e a União Europeia, onde há considerável *enforcement* privado das leis antitruste⁵.

Este é o objeto da presente monografia. O que este trabalho estudará será a aplicação cível ou privada da LDC, compreendo aqui não apenas a aplicação individual da lei, como, também, a aplicação coletiva. A análise deste objeto de pesquisa utilizará uma perspectiva institucional, pois o que se busca, aqui, é definir os possíveis efeitos de eventual aumento do *enforcement* privado desta lei sobre a atuação do CADE.

Assim, a pergunta que este trabalho responderá é: quais os prováveis efeitos de eventual aumento da aplicação cível da lei antitruste, no Brasil, sobre a atuação do CADE?

Para tanto, esta monografia foi dividida em dois tópicos centrais, além desta introdução e das considerações finais. O primeiro tópico será predominantemente descritivo. Este tópico explicará o que é a chamada aplicação privada da LDC, resumindo seus principais aspectos e contexto legal.

O segundo tópico será a análise do eventual aumento deste tipo de aplicação da LDC sobre a atuação do CADE. Tratará de uma análise de

⁴ No Fórum Econômico Mundial de Davos, em janeiro de 2017, o CADE foi reconhecido como uma das agências antitruste mais eficientes do mundo. Em 2016, o CADE foi premiado como a melhor agência antitruste das Américas, pela revista *Global Competition Review*, e o Guia de Termo de Compromisso de Cessação do CADE foi premiado pela *Antitrust Writing Awards*. Comunicado oficial da Assessoria de Comunicação Social. *Cade é eleito melhor agência antitruste das Américas*. Disponível em <<<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>>

⁵ Nos EUA, o número de demandas em matéria concorrencial ajuizadas ultrapassou 700 em 2009 e 2012, e ultrapassou 1.000 em 2008 e 2007. Para saber mais, conferir *Sourcebook of criminal justice statistics*.

perspectiva institucional, identificando possíveis efeitos no dia-a-dia do CADE e em sua relação com demais instituições e agentes do mercado.

Neste tópico, os caminhos que o Brasil está seguindo em matéria concorrencial serão apontados. Com a tendência de judicialização da LDC por meio de demandas individuais e coletivas, o CADE, possivelmente, intensificará sua competência de promover a cultura da concorrência no Brasil. Sua reputação e protagonismo na aplicação da lei antitruste poderão ser acentuados, em razão de sua capacidade de obtenção de provas e do consequente interesse de litigantes privados utilizarem os resultados do processo administrativo para embasarem suas demandas judiciais.

Ademais, o segundo tópico também demonstrará o provável aumento da carga de trabalho sobre o pessoal da autarquia, bem como a discordância existente hoje entre o CADE e o Poder Judiciário em relação ao sigilo de provas obtidas em Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação (TCCs).

Assim, o escopo deste trabalho é fomentar reflexões sobre a aplicação cível da lei antitruste. Com estas reflexões, será possível contribuir para a organização do SBDC e a defesa da concorrência, por meio da previsão de potenciais efeitos do aumento de demandas judiciais sobre o CADE.

Trata, sem dúvida, de uma tarefa arriscada, pois há possibilidade das previsões feitas aqui não se concretizarem. Entretanto, esta pesquisa não almeja, necessariamente, acertar previsões sobre o futuro da atuação do CADE. A contribuição deste trabalho já pode ser obtida no mapeamento feito das mudanças em curso, sobre a aplicação cível da lei, e na reflexão de possíveis impactos, fomentando debate sobre esta questão.

O aparato bibliográfico utilizado para a elaboração deste trabalho é variado, incluindo artigos acadêmicos, obras doutrinárias, precedentes do CADE e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e materiais institucionais do CADE. Uma particularidade é a pesquisa de campo realizada pelo autor deste trabalho, que acompanhou, presencialmente, a audiência pública realizada pelo Ministério Público Federal (MPF) e CADE, em junho de 2017, sobre responsabilidade civil por formação de cartel.

1. Aplicação privada da Lei de Defesa da Concorrência

No Brasil, a aplicação da LDC consiste na defesa da concorrência, cuja finalidade é coibir o abuso de poder econômico, para promover um

ambiente competitivo, reduzir preços, incentivar inovação tecnológica, aumentar a qualidade do que for ofertado e favorecer o consumidor (GABBAY, PASTORE, 2014a, p. 08).

A LDC comporta três formas ou sistemas de aplicação distintos, quais sejam, o administrativo, o penal e o privado/cível (GOUVÊA, 2017, p. 209; GABBAY, PASTORE, 2014a, p. 09). O sistema de aplicação administrativo compete ao SBDC, protagonizado pelo CADE, enquanto o sistema penal compete ao Ministério Público, com regime jurídico do Código Penal, da Lei 8.137/1990 e demais leis criminais aplicáveis (GOUVÊA, 2017, p. 209).

Já o sistema de aplicação cível ou privado é dividido em aplicação individual, quando há tutela de direitos individuais, e aplicação coletiva, quando há tutela de direito individual homogêneo e ajuizamento de ação coletiva pelo MP ou demais instituições legitimadas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) (GOUVÊA, 2017, p. 210). Nota-se, portanto, que a chamada aplicação *privada* não se limita à tutela de direitos individuais, compreendendo, também, tutela coletiva.

Juridicamente, a concorrência é um bem jurídico tutelado na forma de direito difuso. Como a aplicação cível da LDC busca satisfazer interesses individuais (daqueles que ajuízam a ação) e individuais homogêneos (individualizáveis), em que a concorrência é causa de pedir, pode-se dizer que o *enforcement* privado da LDC, ao contrário do administrativo e do penal, tutela a concorrência apenas indiretamente.

A aplicação cível da LDC se faz perante o Poder Judiciário, o que, desde já, revela sua particularidade em relação ao sistema administrativo, considerando o já exposto protagonismo do CADE na defesa da concorrência. Conforme se notará no tópico seguinte, o fato do Poder Judiciário ser o ente competente à apreciação da aplicação cível é determinante nos efeitos de eventual aumento do *enforcement* cível da LDC. Ademais, não incluiremos, no conceito de aplicação cível da LDC, eventual judicialização de decisões proferidas pelo CADE, por parte de investigados e condenados no âmbito administrativo.

A aplicação cível da LDC pode envolver, por exemplo, o fornecedor que busca cessar prática de abuso de posição dominante de agente do mercado “a jusante” (*downstream*), o cliente ou consumidor que busca indenização em razão de sobrepreço decorrente de cartel ou, ainda, empresa que busca cessar abuso de posição dominante praticado por concorrente, embora, nota-se, a

praxe de mercado seja provocar investigações do CADE antes de adotar medidas judiciais.

A hipótese de ajuizamento de ação judicial para a aplicação cível da LDC está expressamente prevista no art. 47 da referida lei, que, por ser central neste assunto, fazemos questão de transcrever abaixo:

“Art. 47 - Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

Conforme o próprio dispositivo legal transcrito indica, a aplicação cível da LDC trata do ajuizamento de ação judicial, comportando dois pleitos distintos: indenizatório (danos materiais, danos morais, lucros cessantes ou perda de uma chance) e cessação da prática anticompetitiva (obrigação de fazer ou não fazer) (GOUVÊA, 2017, p. 210; GABBAY, PASTORE, 2014a, p. 10).

Mesmo que trate de aplicação da lei antitruste, aplicam-se os institutos de responsabilidade civil, devendo o requerente demonstrar, em juízo, elementos como conduta do polo passivo, dano, ato ilícito e nexa causal⁶⁷. Por se tratar de processo judicial em âmbito civil, aplicam-se, também, os institutos de Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), devendo o requerente preencher requisitos como o de interesse de agir e legitimidade ativa.

⁶ A aplicação de institutos de direito civil são justificados por regra de hermenêutica: não havendo regra específica, aplica-se a regra geral. No caso, a LDC (regra específica) não esgota toda a matéria relativa à responsabilidade por ilícito concorrencial, o que demanda a aplicação residual de institutos do Código Civil (regra geral).

⁷ Em razão do art. 32 da LDC, entende-se que a responsabilidade por infração à ordem econômica independe de culpa e adota a teoria do risco. *Vide* MARTINS, 2017, p. 35. Para Ferraz Jr. (2013, p. 15), a responsabilidade civil por conduta anticompetitiva se justifica em seu desvio de finalidade, i.e. em seu abuso de direito.

Apesar da incidência de institutos de direito civil comum, não há como desconsiderar as peculiaridades do direito da concorrência. A principal peculiaridade é a caracterização do ilícito concorrencial, que requer, do litigante, argumentação de racionalidade econômica. Há condutas que só são ilícitas sob uma óptica concorrencial a depender de seus efeitos, i.e. regra da razão (PEREIRA NETO, CASAGRANDE, 2016, pp. 93-4).

Não há dúvida que, sem a LDC, haveria possibilidade de pleitear perdas e danos em juízo em razão de ilícito concorrencial. Bastaria, ao autor da ação individual, demonstrar os requisitos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, apesar do esforço que seria necessário para quantificar o dano e provar o nexo causal. No entanto, pelo fato do legislador ter optado por fazer previsão específica na LDC, há divergências quanto à existência de um regime jurídico específico a demandas concorrenciais privadas⁸.

Estes três sistemas de aplicação da LDC são, em regra, autônomos entre si (“(...) *independente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação*”). Há apenas algumas hipóteses de interdependência previstas em legislação, como o art. 91, inc. I, do Código Penal, e o art. 66 do Código de Processo Penal.

Nota-se, portanto, que realmente há uma divisão jurídica entre as três mencionadas formas de defesa da concorrência. O regime jurídico aplicável ao sistema cível, dotado dos institutos de responsabilidade civil e direito de propriedade, difere do regime jurídico aplicável aos sistemas administrativo, marcado pela LDC, e penal, marcado pelos institutos de responsabilidade penal.

Ademais, a autoridade competente para apreciar a matéria e o processo legal a ser seguido também diferem entre os três sistemas. O regimento interno do CADE disciplina atos administrativos, enquanto o processo civil e o processo penal tratam, de formas distintas, de atos judiciais.

Quanto a esta divisão, a doutrina brasileira faz boas interpretações. No entanto, esta abordagem puramente conceitual é insuficiente para diagnosticar a interação existente entre os três sistemas de defesa da concorrência. Conforme será demonstrado no próximo tópico, a forma como esta divisão é desenhada no ordenamento jurídico implica em diferentes

⁸ Enquanto Ferraz Jr. (2013, pp. 19-21) defende que a aplicação privada da lei antitruste está condicionada às especificidades da defesa da concorrência e à natureza da ordem econômica constitucional, Gouvêa (2017, p. 208, nota de rodapé nº 243) defende que a aplicação privada da lei antitruste está regulada pelas regras de direito civil comum, apesar de algumas peculiaridades.

formas de interação entre as instituições públicas (MP, CADE, Judiciário), bem como entre estas e agentes do mercado.

Nesta divisão de formas de aplicação da lei antitruste, o *enforcement* cível cumpre um papel não apenas reparatório, mas, também, dissuasório. Baseando-se nos poucos precedentes do CADE em que há menção à aplicação privada da LDC, nota-se sua função de complementariedade em relação aos *enforcements* administrativo e penal⁹.

Bailey e Whish (2012, p. 295) trazem uma concepção de complementariedade à função do *enforcement* privado, como uma possível maneira de contornar o problema da limitação de recursos da autoridade antitruste em promover o *enforcement* público.

Com uma cultura de aplicação cível da lei antitruste, em que concorrentes, consumidores, fornecedores, clientes e entidades de classe ajuízam ações judiciais contra agentes infratores, aumenta-se a fiscalização entre agentes de mercado, bem como o custo de praticar um ilícito concorrencial. Isto não significa, alerta-se, que o *enforcement* privado não possa ter efeitos adversos, a depender da forma como o dano é mensurado, por exemplo.

No Brasil, não há um hábito de aplicação cível da LDC¹⁰, seja por parte de concorrentes e clientes, seja por consumidores (GABBAY, PASTORE, 2014b, p. 03; GABAN, DOMINGUES, 2012, p. 281 *apud* BRASIL, CADE, 2014, pp. 444-5), ao contrário do que se constata nos

⁹ Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79 (“Cartel de cimentos”) “*E por isso, além da ação estatal direta, seja reprimido, seja dissuadido, o combate aos cartéis conta - e precisa contar - com a atuação da própria sociedade na indução à obediência das leis, o que se faz pela ação privada de disparar o aparato judicial na busca de reparação monetária por danos sofridos pelas ações de cartéis*” (p. 445, voto-relator). Processo Administrativo nº 08012.0098888/2003-70 (“Cartel dos gases hospitalares”), “*No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio.*” (p. 126, voto-relator).

¹⁰ Conforme enunciou o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, em seu voto de julgamento do chamado “cartel dos gases hospitalares”, “*no Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis*” (p. 126). Acórdão do Tribunal Administrativo publicado no DOU, n. 170, 03.09.2010, seção 01, pp. 52-53. Para o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto de julgamento do chamado “cartel de cimentos”, “*entretanto, a cultura brasileira ainda não absorveu plenamente essa possibilidade de pleito para reaver o montante perdido com o cartel por meio de ações privadas*” (p. 445).

Estados Unidos e na Europa. Por isso, trabalhos acadêmicos podem ter muito a contribuir, antecipando dilemas ainda por vir nos tribunais brasileiros.

Analisar o que é a aplicação cível da lei antitruste já não é mais uma surpresa na literatura jurídica brasileira. Embora a aplicação cível da lei antitruste seja um rico objeto de estudo e apresente diversas dúvidas que ainda precisam ser elucidadas, deixou de ser algo inédito em doutrina. Basta verificar a bibliografia utilizada para a elaboração deste tópico.

Uma das problemáticas verdadeiramente inexploradas é os potenciais efeitos do aumento da aplicação cível da lei antitruste sobre a atuação do CADE. Esta abordagem institucional é demasiadamente carente no Brasil, possivelmente em razão da incipiência do sistema privado de aplicação da lei antitruste e da predominância, em nossa doutrina, de uma análise baseada em divisões conceituais.

Passamos, agora, a esta análise institucional.

2. Análise institucional da aplicação privada da lei antitruste

A análise institucional feita neste trabalho não busca esgotar o assunto. Dados o escopo desta pesquisa e a já exposta incipiência de qualquer estudo aprofundado neste assunto, busca-se, aqui, suscitar debate e identificar os possíveis caminhos aos quais o Brasil pode caminhar no âmbito concorrencial.

Este trabalho não defende que está havendo um aumento inédito de ações judiciais relativas à matéria concorrencial, pois tal afirmação demandaria uma pesquisa empírica minuciosa que extrapola o escopo desta monografia. Ainda, um aumento de aplicação cível da lei antitruste demandaria uma cultura de defesa da concorrência mais aprimorada que a que temos hoje.

No entanto, há alguns indícios de que o *enforcement* privado da LDC pode adquirir maior relevância nos próximos anos ou na próxima década. Um destes indícios é a audiência pública organizada pelo CADE e pelo MPF, em maio de 2017, que contou com grande participação de advogadas e advogados.

Ademais, ante novos desvendamentos de cartéis internacionais e o incentivo do CADE a este tipo de aplicação da LDC, acredita-se na tendência do aumento da aplicação cível desta lei (GABBAY, PASTORE, 2014b, p. 02).

a. Reputação institucional do CADE

O primeiro impacto de eventual aumento da aplicação cível da lei antitruste é o maior esforço do CADE em manter-se na posição de protagonista do *enforcement* do regime antitruste brasileiro.

Conforme já demonstrado no início deste artigo, o CADE adquiriu sólida reputação nos últimos anos, especialmente entre a comunidade jurídica, na forma de instituição composta por burocracia eficiente e de alta qualidade técnica¹¹.

Dados estatísticos relacionados à quantidade de atos de concentração analisados, a multas e contribuições pecuniárias e à quantidade de TCCs apreciados só reforçam estas qualidades do CADE¹². A precisão da fundamentação das notas técnicas da Superintendência-Geral e dos votos do Tribunal Administrativo também reforça esta reputação. Apesar da recente e ainda obscura menção do CADE em escândalo de corrupção¹³, esta autarquia

¹¹ Além do reconhecimento no Fórum Econômico Mundial de Davos e das premiações pela revista *Global Competition Review*, e pela *Antitrust Writing Awards*, já abordadas na Introdução da presente monografia, podemos citar, também, as opiniões de profissionais da área concorrencial ao criticarem suposta interferência política na nomeação de novos Conselheiros. Para a professora e advogada Paula Forgioni, “sempre me espantou a impermeabilização que o Cade conseguia ter. Embora os interesses econômicos fossem incríveis, não se ouve falar de compra e venda, falcaturas” In DANTAS, Iuri; PIMENTA, Guilherme. Novos integrantes do Cade são recebidos sem entusiasmo. JOTA, 21 de abril de 2017. Segundo Vicente Bagnoli (2017, p. 350), os atos de concentração que não enquadram no procedimento sumário costumam ser avaliados, pela SG-CADE, dentro do prazo de oito meses contados da notificação (§2º, art. 88, LDC), apesar da possibilidade de prorrogar por mais 90 dias (art. 88, §9º, II, LDC).

¹² Segundo dados disponíveis no portal “CADE em números”, no ano de 2016, foram notificados 389 atos de concentração ao CADE, de forma que 390 foram apreciados (o número de apreciados pode incluir atos de concentração que foram notificados no ano anterior). Em 2016, o total de multas aplicadas somou R\$ 214.059.585,17, enquanto o total de contribuições pecuniárias somou R\$ 828.943.416,92. No mesmo ano, o total de TCCs analisados somou 43. Dados disponíveis em <<<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymo-us=true>>>

¹³ Tal menção foi feita na ainda conturbada delação premiada de Ricardo Saud, da JBS. Para saber a resposta e esclarecimentos do CADE, acessar <<<http://www.cade.gov.br/noticias/esclarecimentos-do-cade-sobre-o-termo-delacao-de-ricardo-saud>>>

mantém sua posição de prestígio¹⁴, comparada ao restante da Administração, mesmo que não imune a críticas.

Em suma, tudo indica que o CADE possui significativa reputação institucional, no sentido utilizado por Daniel Carpenter (2010, p. 10), que consiste em um conjunto de crenças de grupos de interesse sobre uma instituição¹⁵. Esta reputação possui diferentes dimensões: performance (o que a instituição cumpri de tarefas), moral (comprometimento e transparência da instituição), procedimental (observação do devido processo legal) e técnica (qualidade técnica de suas decisões) (CARPENTER, 2010, pp. 46-7 *apud* MARQUES NETO, et. al, p. 01).

Com esta reputação institucional, obtém-se poder regulatório, implicando em menos contestação e maior deferência às decisões do ente regulador. (CARPENTER, 2010, pp. 10 e 18)

Com toda esta merecida reputação, é possível que se venha a ter, *prima facie*, uma percepção de que o aumento de relevância do *enforcement* cível conflitaria com o protagonismo do CADE. Esta possível percepção não é absurda, considerando que, neste cenário, o Ministério Público, órgão de relevante capacidade técnica e contribuição em matéria de tutela (civil) coletiva e crimes financeiros, ampliaria sua atuação.

Entretanto, o provável efeito de eventual aumento de aplicação privada da LDC será exatamente inverso, i.e. contribuirá para a reputação institucional do CADE. Dada a dificuldade de obter provas contra práticas anticompetitivas (MARTINS, 2017, pp. 36-7), os potenciais litigantes privados ora denunciarão indícios de práticas anticompetitivas ao CADE, ora, simplesmente, aguardarão a decisão final da autarquia.

O CADE já demonstrou alta capacidade de investigação e persecução administrativa contra práticas anticompetitivas. Com o aguardo da célere atuação do CADE, será menos custoso aos litigantes privados provarem a materialidade e autoria da prática anticompetitiva em juízo, especialmente em relação a demandas individuais.

A dificuldade de obtenção de provas por parte de litigantes individuais e inexperientes permitiu uma preponderância de litigantes-

¹⁴ Juliana Palma afirma que o CADE “*se sagrou como uma ilha de excelência na burocracia pública brasileira*”. In PALMA, Juliana B. de. Para o controle, reputação é poder. JOTA. 31 de maio de 2017.

¹⁵ “*Reputation (...) understood as a set of symbolic beliefs about an organization, beliefs embedded in multiple audiences*” In CARPENTER, Daniel. 2010, p. 10.

instituições em matéria de controle da Administração Pública¹⁶ (ROCHA, 2016, pp. 370-371). Por analogia, pode-se aplicar este cenário ao âmbito concorrencial, que conta com consideráveis especificidades técnicas e com a experiência do CADE, cujo programa de leniência é um meio de obtenção de prova quase incomparável.

O CADE, portanto, tenderá a se tornar um parâmetro para a instrução probatória em demandas indenizatórias. Não só isso, o aumento da aplicação cível da LDC dará ao CADE um ambiente propício para pregar a advocacia da concorrência, nos termos do art. 13, XV, da LDC.

Ademais, conforme entrevistas realizadas por Frederico Martins (2017, pp. 97-117), nota-se que os membros do CADE são favoráveis à aplicação cível da LDC, especialmente como forma de dissuasão de práticas anticompetitivas¹⁷. Também, em votos do Tribunal Administrativo, nota-se o incentivo à aplicação cível da LDC, por meio da ordem de divulgação e envio do acórdão a entidades de classe e órgãos de interesse lesados¹⁸.

É preciso esclarecer, com isso, que o CADE não apresenta relutância ao aumento de relevância da aplicação cível da lei antitruste. Ao contrário, o incentiva e, provavelmente, buscará fortalecer sua atuação em vista de manter seu posicionamento de prestígio no *enforcement* antitruste.

¹⁶ Neste estudo, constatou-se que há menor uso da ação popular em relação a outros remédios constitucionais, como a ação civil pública (ACP). Uma das razões para a diferença de uso é a dificuldade de obter provas por autor-eleitor, ao contrário dos litigantes da ACP, que são instituições. Par saber mais, acessar <<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_0351_0384.pdf>>

¹⁷ O então Presidente interino do CADE, Cons. Márcio Oliveira Jr., afirma que “a ação privada é extremamente importante (...) havendo a possibilidade de as empresas que formam um cartel serem acionadas após o julgamento do cartel no CADE para a reparação de danos, eu acho que isso é um fator adicional de dissuasão, um incentivo a menos, vamos dizer assim, para a formação de cartéis.” (Martins, 2017, p. 99) Para o então Superintendente-Geral, Eduardo Frade, “eu sou a favor das ações de reparação de danos. É uma coisa que seria positivo crescer no Brasil como complementação à política de combate a cartéis. (...) eu vejo como uma função da autoridade de defesa da concorrência no Brasil, inclusive incentivar ações de reparação de danos.” (MARTINS, 2017, p. 106)

¹⁸ Vide o voto-relator no PA nº 08012.0098888/2003-70 (“Cartel dos gases hospitalares”) e o voto-relator no PA nº 08012.011142/2006-79 (“Cartel de cimentos”).

b. Aumento da carga de trabalho da autarquia

Eventual aumento da aplicação cível da LDC tenderá, também, a aumentar a carga de trabalho do CADE. Este aumento se dará em diversos segmentos de atuação.

Primeiramente, a já exposta ênfase na advocacia da concorrência, em busca de disciplinar interessados e potenciais litigantes, implicará em esforço dos servidores e autoridades do CADE.

Em segundo lugar, o Judiciário poderá demandar, com mais frequência, a manifestação do CADE nos autos, nos termos dos arts. 13, XVII, e 118 da LDC. Considerando a especificidade deste ramo e a reputação do CADE, além do mandamento legal previsto no art. 118 da LDC, o CADE poderá ter um leve aumento de demanda no âmbito judicial.

Em terceiro lugar, disciplinar a forma pela qual se dará esta interação entre o CADE e o Poder Judiciário requererá trabalho. O então Presidente interino do CADE, Cons. Márcio Oliveira Júnior, informou em entrevista que o CADE está elaborando uma Resolução que tratará do compartilhamento de informações obtidas por colaboração de investigados¹⁹ (MARTINS, 2017, p. 100).

c. Divergências iniciais com o Poder Judiciário e o Ministério Público

Um problema já destacado pela doutrina (MARTINS, 2017, pp. 44-5) é o possível aumento de tentativas de acesso, no âmbito judicial, a informações sigilosas obtidas por meio de TCCs e Acordos de Leniência.

Se as informações prestadas à autoridade antitruste, em sede de Acordo de Leniência, forem disponibilizadas a terceiros, como concorrentes e fornecedores, haverá maior probabilidade do leniente ter que arcar com custos de indenização em razão de sua colaboração com o órgão antitruste. Assim, haverá menos incentivos à aderência ao tão bem sucedido programa

¹⁹ Nota de publicação: Até a data em que este artigo foi escrito, o CADE ainda não havia editado a Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018, que “regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC)”.

de leniência do CADE, que, inclusive, é um dos principais meios de descobrimento e interrupção de cartéis.

A decisão do STJ no Recurso Especial nº 1.554.986-SP já demonstrou esta discordância entre o Judiciário e o CADE. No acórdão de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, o STJ determinou que provas documentais obtidas por investigação administrativa do CADE, em decorrência de Acordo de Leniência ou TCC, podem ser requisitadas para instruir processo judicial, retirando teor sigiloso das mesmas. (BRASIL, STJ, p. 17)

Este processo judicial, que tramita em segredo de justiça, trata de uma demanda indenizatória ajuizada pela Electrolux do Brasil S.A. em face de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A., para reparação de supostos danos causados na venda de compressores. Estes compressores foram vendidos a preços elevados, como parte do cartel perpetrado pelos réus.

A autora requisitou, ao juízo de 1º grau, a expedição de ofício ao CADE para produção de provas, não tendo seu pedido sucedido. Em sede de embargos declaratórios, o juiz de 1º grau afirmou que “as provas colhidas pelo CADE e SDE dizem respeito à tutela geral da concorrência, defendendo a livre concorrência como direito difuso, ao contrário do interesse privado dos autos” (BRASIL, STJ, p. 01).

Após a interposição de agravo de instrumento, a autora teve seu pleito deferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), que afirmou haver relevância e pertinência das provas colhidas pela CADE à controvérsia sob *judice* (BRASIL, STJ, pp. 01 e 02).

Com o Recurso Especial interposto pelos réus, que obtiveram efeito suspensivo em tutela de urgência recursal, o STJ firmou entendimento contrário ao defendido pelo CADE e que pode acarretar em efeitos adversos ao seu programa de leniência.

No voto-relator, a argumentação principal consistiu na regra da publicidade aplicável aos atos e procedimentos administrativos, de forma que o tratamento sigiloso dado aos documentos e conteúdo prestados em acordo de leniência ou TCC se limitam à proposta do acordo e, em casos em que o interesse das apurações assim demandar, pode ser estendida até a conclusão preliminar do processo administrativo (BRASIL, STJ, pp. 10-1).

Como o acordo dos réus no processo administrativo estava concluso ao Conselheiro-relator, as apurações feitas pela Superintendência-Geral do CADE já haviam sido concluídas, não cabendo a extensão do sigilo até aquele

momento processual (BRASIL, STJ, pp. 11-2). O voto-relator continua, afirmando que o sigilo das informações contra terceiros lesados pela conduta anticompetitiva não é um benefício garantido por lei, pois o leniente se exime apenas das condenações penais e administrativas, não cíveis (BRASIL, STJ, p. 12).

Assim, o voto-relator conclui, alegando que há um dever de colaboração dos Conselheiros do CADE e que esta autarquia pertence ao Estado como um todo, não cabendo sua exclusividade sobre documentos públicos (BRASIL, STJ, pp. 14-5).

Contrariamente, o CADE, em resposta ao Ofício nº 71/2015, defendeu o sigilo das informações prestadas em sede de acordo de leniência, com base no art. 86, §§9º e 11, da Lei 12.529/2011 e no art. 207, *caput*, §§1º e 2º, do Regimento Interno do CADE. Afirma que “o acesso irrestrito às informações obtidas em razão do acordo de leniência pode gerar prejuízos irreversíveis à investigação do cartel em questão e ao programa de leniência como um todo”, pois “gerará um forte desestímulo à procura pelo programa, privando o combate a cartéis no Brasil de uma das suas mais eficientes ferramentas” (BRASIL, STJ, pp. 02 e 03).

Em suma, ao fazer prevalecer a regra da publicidade dos atos administrativos e o dever de colaboração do CADE, o STJ adotou entendimento contrário ao defendido pela autarquia. O CADE opôs embargos de declaração, que se encontram conclusos ao relator.

Não se defende, aqui, que haverá um constante atrito entre o Poder Judiciário e o CADE. O que se defende é que, nos próximos anos, especialmente com eventual aumento de aplicação cível da LDC, haverá um atrito inicial entre estas duas instituições.

O nível de pró-atividade que o Ministério Público adotará ainda é incerto. No entanto, a audiência pública realizada pelo MPF demonstrou seu interesse em cooperar e conciliar meios de aplicação cível da LDC com a atuação do CADE.

Conclusão

Apesar da estabilidade institucional e solidez da defesa da concorrência no Brasil, ainda há experiências desconhecidas na aplicação da LDC. Seja em razão do curto tempo de vigência da LDC ou do aprimoramento

da cultura da concorrência no país, o ambiente jurídico de defesa antitruste está passando por algumas mudanças pontuais relevantes.

Com um tendente aumento de aplicação cível da LDC, a doutrina e a análise desta forma de defesa da concorrência devem ir se atualizando às discussões nascentes, dentre elas, os prováveis efeitos da litigância civil sobre a atuação do CADE. Constataram-se três potenciais: (i) esforço do CADE em manter seu protagonismo na defesa da concorrência, por meio da difusão da cultura da concorrência e da desarticulação de conluíus anticompetitivos; (ii) aumento da carga de trabalho da autarquia; e (iii) embate com o Poder Judiciário na defesa do sigilo de documentos obtidos pelo seu programa de leniência.

Bibliografia

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7º ED. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017;

BRASIL. CADE. *Portal CADE em Números*. Disponível em <<<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>> Acesso em 24/09/2017;

_____. CADE. Comunicado oficial da Assessoria de Comunicação Social. *Cade é eleito melhor agência antitruste das Américas*. 29 de março de 2017. Disponível em <<<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>> Acesso em 16/09/2017;

_____. CADE. PA nº 08012.009888/2003-70 (“Cartel dos gases hospitalares e medicinais”). Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, j. em 01.09.2010. Disponível em <<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?Di2nKhdTpq-hBjfVr6-Pr5-I7aAK-X_WcSb0gAlABMvp_Jc1TuGpzeGdIHLfOW3DmNDLOSOIASZFWaX_YLpfvQ,>> Acesso em 20/09/2017;

_____. CADE. PA nº 08012.011142/2006-79 (“Cartel de cimentos”). Rel. Cons. Márcio de Oliveira Júnior, j. em 28.05.2014. Disponível em <<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hjzwNSL-4pSZBnKoq70N69D1rZs8lGafahk4MMaAum0SInrlvZFAyQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTddDK0dZQ,>> Acesso em 20/09/2017;

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; 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. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>> Acesso em 16/09/2017;

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp nº 1.554.986-SP. Terceira Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 08.03.2016. Disponível em _____ em

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502191117&dt_publicacao=05/04/2016>> Acesso em 26/09/2017;

CARPENTER, Daniel. *Reputation and power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA*. Princeton: Princeton University Press, 2010;

DANTAS, Iuri; PIMENTA, Guilherme. Novos integrantes do Cade são recebidos sem entusiasmo. In *JOTA*. 21 de abril de 2017. Disponível em <<<https://jota.info/concorrenca/novos-integrantes-do-cade-sao-recebidos-sem-entusiasmo-21042017>>> Acesso em 26/04/2017;

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. *Direito antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012;

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo F. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de direito da concorrência. In *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 43, Jul-Set. 2014a, pp. 07-32;

_____. Demandas indenizatória por danos causados por cartéis no Brasil: um campo fértil aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. In *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 43, Out-Dez. 2014b;

GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação privada da lei antitruste no Brasil. In *Revista de Defesa da Concorrência - RDC*. Vol. 05, n. 01, Maio - 2017. pp. 205-230;

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana B. de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara. GABRIEL, Yasser. *Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo: USP, _____. Disponível em <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741217/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlott%20o%2C%20yasser%20gabriel%20-%20reputa%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20...pdf>> Acesso em 20/09/2017;

MARTINS, Frederico B. P. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. Tese (Mestrado da FGV Direito SP). Orient: Profº Caio Mário da Silva Pereira Neto. São Paulo: 2017. Disponível em <<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18247>>> Acesso em 15/09/2017;

PALMA, Juliana B. de. Para o controle, reputação é poder. *JOTA*. 31 de maio de 2017. Disponível em <<<https://jota.info/colunas/controle-publico/para-o-controle-reputacao-e-poder-31052017>>> Acesso em 20/09/2017;

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016;

ROCHA, Daniel F. Controle da Administração pela ação popular e suas implicações extraprocessuais. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 02, n. 05, 2016. Disponível em <<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_0351_0384.pdf>> Acesso em 02/11/2016;

SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. In *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, ano 02, n. 02, Belo Horizonte, 2007;

University of Albany. *Sourcebook of Criminal Justice Statistics*. 2012. Disponível em <<www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412012.pdf>> Acesso em 26/09/2017;

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 7^a ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.