

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Volume 22 - Número 2 - 2016

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 22 - Número 2 - 2016

ISSN 1517-1957



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/Fax: 55 11 3872 2609 3673 6748

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

Editor Responsável: Guilherme Favaro Corvo Ribas

Editores Assistentes: Priscila Brolio Gonçalves e José Carlos Busto

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Barbara Rosenberg

Bernardo Macedo

Caio Mario da Silva Pereira Neto

Carlos Emmanuel 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 DELIBERATIVO DO IBRAC 2016 - 2017

DIRETORIA

Diretor - Presidente
Eduardo Caminati Anders
Vice-Presidente
Barbara Rosenberg
Diretor de Concorrência
Marcio de Carvalho Silveira Bueno
Diretora de Consumo e Rio de Janeiro
Mariana Villela
Diretor de Comércio Internacional
Francisco Niclós Negrão
Diretor de Publicações
Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Relações Institucionais
Lauro Celidonio
Diretor de Regulação
Caio Mario da Silva Pereira Neto
Diretora de *Compliance*
Maria Eugênia Novis
Diretora de Economia
Sílvia Fagá de Almeida
Diretor de Brasília
Leonardo Peres Da Rocha E Silva
Diretor de Contencioso Econômico
Bruno de Lucca Drago

CONSELHO DELIBERATIVO

Pedro Zanotta - **Presidente**
Paola Pugliese - **Vice-Presidente**
Adriana Giannini
Alexandre Ditzel Faraco
Aurélio Marchini Santos
Bernardo Macedo
Bruno Peres Carbone
Carlos Francisco de Magalhães
Carol Monteiro de Carvalho
Cristianne Saccab Zazur
Daniel Oliveira Andreoli
Enrico Spini Romanielo
Fabiana Tito
Fabricio A. Cardim de Almeida
Fernando Marques
Flávia Chiquito dos Santos
João de Aquino Rotta
José Inácio Ferraz de Almeida
Joyce Ruiz Rodrigues Alves
Juliano Maranhão
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Maniglia Duarte
Leonor Cordovil
Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Marcelo Procópio Calliari

Marcio Dias Soares
Marcos André Mattos de Lima
Carla Amaral Junqueira
Mario Girasole
Mauro Grinberg
Paulo L. Casagrande
Paulo Lilla
Pedro Dutra
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Priscila Brolio Gonçalves
Renê Guilherme da Silva Medrado
Ricardo Inglez de Souza
Ricardo Lara Gaillard
Sérgio Varella Bruna
Sonia Maria Giannini M. Döbler
Thais Matallo Cordeiro Gomes
Tito Amaral de Andrade
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli

APRESENTAÇÃO

UM ANO PRODUTIVO PARA A DOCTRINA ANTITRUSTE

O segundo volume da Revista do IBRAC de 2016 apresenta os artigos premiados e recomendados para publicação pela Comissão Organizadora do Prêmio TIM IBRAC 2016. Na cerimônia de entrega dos prêmios realizada durante o 23º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, em Campos de Jordão, em 26 de outubro de 2016, destacamos o recorde de trabalhos submetidos para avaliação (44 ao total; 250 desde a primeira edição do prêmio, em 2010). Além de mostrar a existência de mais pesquisadores interessados na produção científica na área de defesa da concorrência, esse dado reflete a intensidade dos trabalhos do governo e da iniciativa privada ao longo do ano. Não à toa, os artigos apresentam temática englobando praticamente todas as grandes recentes discussões havidas na comunidade antitruste brasileira.

Aproveitamos a oportunidade para registrar o agradecimento à TIM pela longa parceria e confiança no IBRAC como fórum de ideias e debates sobre competição no país, bem como para convidar os leitores a participar da próxima edição do Prêmio IBRAC TIM, cujo regulamento será publicado no início de 2017.

Além dos mencionados artigos, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Mariana Binder e Claudia Gama Gondim nos brindaram com artigos muito atuais e interessantes sobre arbitragem e leniência.

Boa leitura!

Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Publicações do IBRAC

SUMÁRIO

Apresentação	5
Sobre os autores.....	9

PRÊMIO IBRAC-TIM 2016 ARTIGOS GANHADORES

1.ª Colocada

Cláusula de raio em contratos de locação por shopping centers como conduta anticompetitiva: metodologias de análise no contexto brasileiro

Patrícia Serson Deluca 13

2.º Colocado

The approach of antitrust law toward excessive pricing: a matter of policy or fairness?

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva..... 33

3.ª Colocada

Fixação e sugestão de preços de revenda: principais efeitos concorrenciais e distribuição do ônus de prova

Ana Paula Paschoalini..... 51

PRÊMIO IBRAC-TIM 2016 ARTIGOS RECOMENDADOS PARA PUBLICAÇÃO

O problema concorrencial do bid-rigging no Brasil e o exemplo da Coreia do Sul: uma alternativa ao modelo brasileiro?69

Allan Fuezi de Moura Barbosa..... 69

Discovery, Leniência, TCC e perseguição privada a cartéis: too much of a good thing?

Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis..... 89

Gun jumping: uma análise crítica da norma e das sanções aplicadas pelo CADE

Ananda Portes Souza..... 117

Arbitragem e direito da concorrência: a contribuição da arbitragem na resolução de litígios antitrust	
André Luís Quintas Monteiro	13939
O Caso do Cartel de Capacitores e as Divergências sobre a Base de Cálculo das Contribuições Pecuniárias nos Termos de Compromisso de Cessação	
Bruno Polonio Renzetti.....	159 <u>59</u>
Análise antitruste para além do market share: a política de defesa da concorrência como protagonista da experimentação regulatória no mercado de mídia brasileiro	
Giovana Felix Teodoro.....	177 <u>7</u>
Estratégias da utilização de eficiências nos atos de concentração submetidos ao CADE	
Kenys Menezes Machado.....	199
Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência no âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial nº 1.554.986: uma ameaça aos carteis ou ao programa de leniência brasileiro?	
Lucas Griebeler da Motta.....	219
Associações para exportação: uma ameaça oculta?	
Ludmilla Martins da Silva	239
Implementação de Políticas Públicas: A Supervalorização do Antitruste?	
Luiz Antonio Galvão.....	261
Além dos fundamentos jurídicos e microeconômicos: um modelo de análise estrutural de julgamentos de atos de concentração	
Márcio Roberto Moran e Anju Seth	281

OUTROS ARTIGOS

Defesa da Concorrência e Arbitragem Internacional	
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Mariana Binder.....	307
As fragilidades do Programa de Leniência brasileiro em comparação ao adotado na União Europeia	
Cláudia Gama Gondim.....	343

SOBRE OS AUTORES

Allan Fuezi de Moura Barbosa é Mestrando em Direito da Concorrência e da Regulação pela Universidade de Lisboa; Pós-Graduando em Direito Europeu em Ação - A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Instituto de Direito Europeu - Universidade de Lisboa); Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná; Bacharel em Administração pela Universidade Federal da Bahia; Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Advogado.

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera é doutoranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e em Administração de Empresas pelo Centro Universitário UNA.. É Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Cade, responsável pela negociação dos Acordos de Leniência Antitruste desde agosto de 2013.

Andressa Lin Fidelis é bacharel em Direito pela PUC-SP (menção honrosa), mestre em direito antitruste e regulatório pela Georgetown University Law Center (Dean's List) e mestranda em economia aplicada na Barcelona Graduate School of Economics. Foi consultora internacional do Office of International Affairs no Federal Trade Commission e atuou como Coordenadora no Gabinete da Superintendência-Geral do Cade.

Ana Paula Paschoalini é Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2009). Mestre em Direito Comercial na Universidade de São Paulo (2016). Advogada associada ao Stocche Forbes Advogados, com experiência na área de Direito Concorrencial.

Ananda Portes Souza é advogada, mestre e graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, fez intercâmbio em Direito na Faculdade Paris I – Panthéon Sorbonne e participou do 36º Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE).

André Luís Quintas Monteiro é *Junior Academic Visitor* na *University of Oxford (Commercial Law Centre)*. Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Empresarial, com especialização em Processo Civil, pela Fundação

Getúlio Vargas. Especialista em Arbitragem pela GVLaw. Especialista em Direito Econômico pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado de Andrade & Fichtner Advogados.

Anju Seth joined Virginia Tech in 2008 as a Pamplin Professor of Management. She served as the Head of the Department of Management from 2008-2013. Previously, she held the positions of Professor and Director of Graduate Studies at the University of Illinois at Urbana-Champaign, and Associate Professor/Assistant Professor at the University of Houston. Professor Seth also spent several years with the Management Consultancy Division of A.F. Ferguson and Co., India prior to receiving her Ph.D. in corporate strategy from the University of Michigan.

Bruno Polonio Renzetti é advogado, mestrando em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Bacharel pela Universidade Federal do Paraná. Secretário da Associação Brasileira de Direito e Economia.

Carlos Ragazzo é Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. LL.M pela NYU School of Law. Bacharel em Direito pela PUC-RJ. Visiting Scholar em Berkeley. Professor da FGV Direito Rio. Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio.

Giovana Felix Teodoro é mestranda em Direito Comercial na USP. Bacharela em Direito pela mesma instituição (2014), com um ano de intercâmbio na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2012-2013).

Kenys Menezes Machado é economista (UFBA), Mestre em Administração (UFBA) e Especialista em Defesa Econômica (FGV). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério do Planejamento. Superintendente Adjunto do CADE.

Lucas Griebeler da Motta é advogado Associado do escritório Pereira Neto | Macedo Advogados na área de defesa da concorrência e regulação. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2015).

Ludmilla Martins da Silva é advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Pesquisadora bolsista FAPESP em Direito Concorrência.

Luiz Antonio Galvão é graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2012). Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Advogado em Barbosa Müssnich Aragão Advogados.

Márcio Moran é Bacharel em Economia e Doutor em Administração pela Universidade de São Paulo (USP), com tese desenvolvida no Virginia Polytechnic Institute and State University (Virginia Tech), nos Estados Unidos. Também na USP, obteve título de Mestre em Administração. Na Fundação Instituto de Administração (FIA), concluiu MBA em Gestão Empresarial. Sócio-fundador da OTB Assessoria e da OTB Participações & Investimentos.

Mariana Binder é bacharel em Direito pela UERJ e aluna do LL.M da NYU School of Law.

Paulo Márcio Reis Santos é advogado em Minas Gerais, Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG, Professor de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito do Consumidor na Universidade FUMEC.

Prêmio IBRAC-TIM 2016 - 1.ª Colocada Categoria Pós-Graduação

CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO POR SHOPPING CENTERS COMO CONDUTA ANTICOMPETITIVA: METODOLOGIAS DE ANÁLISE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Patrícia Serson Deluca

Resumo: A imposição de cláusula de raios por *shopping centers* em contratos de locação com lojistas, embora seja usual no Brasil, é prática que vem sendo combatida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade à medida em que pode configurar infração à ordem econômica, nos termos da legislação concorrencial brasileira. Considerando os debates recentes do Tribunal Administrativo do Cade sobre o assunto, esse trabalho tem por objetivo analisar a evolução da jurisprudência do órgão, com especial foco nas possíveis metodologias de análise a serem adotadas: ilicitude *per se*, análise formal e regra da razão.

Palavras-chave: cláusula de raios; *shopping center*; conduta anticompetitiva; ilicitude *per se*; regra da razão.

Keywords: *radius clause*; *shopping mall*; *anticompetitive conduct*; *per se violation*; *rule of reason*

Introdução

No Brasil, a aglomeração de grandes centros comerciais (ou *shopping centers*) em áreas de elevada densidade demográfica costuma ser regra. Na cidade de São Paulo, por exemplo, capital mais populosa do Brasil¹, são 52 *shoppings* em operação, com estimava de outros dois concluídos até o final do ano de 2016². Dada a relativa proximidade em que esses centros de compra

¹ Fonte: IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/pdf/analise_estimativas_2014.pdf, acessado em 17.09.2016. Em 2010, São Paulo possuía 11.253.503 habitantes e tinha uma densidade demográfica de 7.398,26 habitantes/km². Fonte: IBGE. Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=355030>, acessado em 09.09.2016.

² Dados da Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE, atualizado até 24.08.2016. Disponível em:

estão localizados, tornou-se bastante comum a inclusão de “cláusulas de raio” nos contratos de locação firmados entre os *shopping centers* e os lojistas que ali se instalam.

Em essência, a cláusula de raio impõe ao lojista-locatário uma obrigação de não-fazer, que o impede de se estabelecer em locais próximos ao empreendimento, outros *shoppings*, ou mesmo em lojas de rua, implicando, assim, em exclusividade territorial. Por ser um dispositivo contratual que restringe a atuação do lojista, muito se questiona sobre a abusividade na utilização de tais cláusulas, em alusão ao princípio constitucional da livre concorrência e da livre iniciativa.

Sob a perspectiva concorrencial, a cláusula de exclusividade adstrita a determinada área é tida como uma restrição vertical. Isso porque empreendimento e lojista podem ser considerados elos subsequentes da cadeia e, mais que isso, há uma transferência do direito de decidir sobre a área em que o lojista vai atuar³. Em sendo assim, a prática é potencialmente lesiva ao ambiente competitivo, pois pode levar ao fechamento de mercado e à criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes. Por outro lado, justificativas econômicas podem legitimar a adoção desse tipo de cláusula, uma vez que ela pode gerar eficiências, tais como a garantia do retorno do investimento e a coibição do comportamento oportunista de lojistas.

Diante disso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), órgão responsável pela repressão a condutas anticompetitivas, tem adotado como metodologia para a análise da licitude da cláusula de raio a regra da razão.

Recentemente, porém, o Tribunal do Cade debateu a possibilidade de se adotar outras abordagens para o exame deste tipo de conduta. A mais severa delas seria configurar o estabelecimento de cláusulas de raio como prática anticompetitiva *per se*, determinando-se a total vedação a obrigações dessa natureza⁴. Outra metodologia proposta foi a aplicação de uma presunção

<http://www.portaldoshopping.com.br/monitoramento/numeros-nas-capitais>, acessado em 09.09.2016.

³ AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira*. In: Direito Econômico Concorrencial. SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinicius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

⁴ Aliás, discussões sobre a proibição da cláusula de raio têm sido travadas não apenas no âmbito do Cade, mas também nos Poderes Legislativo e Judiciário. Por exemplo, está atualmente em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei nº 214, de 2009, de

relativa de ilicitude, o que significa dizer que o Cade, ao constatar a existência da conduta, presumirá que esta seja ilícita, mas abrirá oportunidade para que o acusado apresente prova em contrário, demonstrando, por exemplo, que não detinha posição dominante ou indicando as eficiências resultantes da prática⁵.

O presente trabalho objetiva, assim, identificar as abordagens aplicadas para a caracterização da cláusula de raio por *shopping centers* em contratos de locação com lojistas como infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/11, Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (“LDC”), percorrendo a análise dos precedentes do Cade que envolveram a questão para, então, apontar os possíveis desdobramentos decorrentes da adoção de uma ou de outra metodologia.

Inicialmente, na Seção II, serão apresentadas as possíveis metodologias para a análise concorrencial de condutas. A Seção III endereçará a questão especificamente quanto à cláusula de raio. Em seguida, a Seção IV se destina a analisar a evolução da jurisprudência do Cade sobre o tema e, por fim, a Seção V contém as conclusões do estudo aqui proposto.

1. A caracterização do ilícito antitruste: abordagens *per se*, análise formal e regra da razão

Tendo em vista as discussões recentes travadas no Tribunal Administrativo do Cade, é importante ter claros os pressupostos de cada um dos métodos propostos para a análise de cláusula de raio em contratos de locação com *shopping centers*. Nesse sentido, será feita a seguir uma breve descrição dessas abordagens e de suas origens.

A definição de violações antitruste surgiu, no direito norte-americano, a partir da regra contida no artigo 1º do *Sherman Act*, que prevê que qualquer acordo que restrinja o comércio entre os Estados ou com as nações estrangeiras é ilícito⁶. Devido à amplitude da norma, após longo debate nos tribunais estado-unidenses, firmou-se entendimento de que a ela deveria ser dada interpretação restritiva, já que haveria certas práticas que, embora pudessem representar algum grau de restrição à concorrência, também gerariam benefícios à

autoria do Senador Valdir Raupp, que tem por objetivo proibir a cláusula de raio, por meio de alterações na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato).

⁵ Como será visto na Seção II, esse método é bastante próximo à análise do ilícito pelo objeto ou “*formal-based approach*”, adotado no contexto europeu.

⁶ Tradução livre de: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”.

competição e ao bem-estar do consumidor. Em relação a essas, portanto, seria aplicada a *rule of reason* (ou regra da razão). Segundo o princípio da razoabilidade, para se concluir quanto à ilicitude de determinada prática supostamente anticompetitiva, devem ser ponderados os efeitos deletérios e os possíveis benefícios, a exemplo das eficiências econômicas, que dela puderem advir.

Por outro lado, certas condutas sempre serão desarrazoadas, aplicando-se a elas a regra da proibição. Diz-se *per se* a conduta que configura um ilícito concorrencial por si só, isto é, são atos que sempre implicarão restrição não razoável da concorrência. Os potenciais efeitos lesivos ao ambiente competitivo resultantes da prática são tão graves que não haveria qualquer justificativa econômica capaz de concluir pela sua permissão. Isso significa que, uma vez caracterizada a conduta – por exemplo, se provada a existência de certo acordo anticoncorrencial –, esta merecerá repressão por parte do órgão antitruste, não sendo necessário analisar os efeitos ao mercado dela decorrente⁷.

Na União Europeia, diferentemente, a legislação concorrencial introduziu dois conceitos para a caracterização da infração: ilícito pelo objeto e pelos efeitos. Nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, serão proibidos quaisquer acordos que afetem o comércio entre os Estados Membros e que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno⁸.

Muito embora num primeiro momento a classificação europeia possa se assemelhar à dicotomia ilícito *per se*/regra da razão do direito norteamericano, a rigor, há uma diferença fundamental entre o dito **ilícito pelo objeto** e o **ilícito per se**: na Comissão Europeia, sempre se admite a possibilidade de que haja justificativas objetivas para a conduta⁹, enquanto a

⁷ Segundo Paula Forgioni: “A ilicitude *per se* desobriga a autoridade antitruste de realizar uma análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como ‘ilícita *per se*’ e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiada” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*, 5a ed., São Paulo: RT, 2012, p. 199).

⁸ Art. 101, TFEU: “*The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which [...]*”.

⁹ Nesse sentido, bem explica Wouter Wills: “*Indeed, contrary to US antitrust law, EU antitrust law does not contain any per se prohibitions. Article 101 TFEU always allows for the possibility of justification under Article 101(3) TFEU, and the application of Article 102 TFEU is also always subject to the possibility of objective justification*”

Corte Americana refuta que sejam possíveis quaisquer defesas para a licitude da prática¹⁰. Sobre a diferenciação entre essas duas abordagens adotadas por uma e outra jurisdição¹¹, bem explicou Alexander Italianer, então Diretor-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, em discurso proferido em dezembro de 2014:

“Para condutas ‘por natureza’, nos termos dos artigos 101 e 102, a defesa de eficiências continua disponível. Essa possibilidade de as partes apresentarem argumentos de eficiência também em casos de conduta ‘por natureza’ é uma importante diferença em relação ao modo pelo qual as cortes americanas vêm interpretando a *Section 1* do *Sherman Act*. É por isso que não é correto equiparar a noção europeia de ‘anticompetitivo por objeto’ ou ‘por natureza’ à noção de ‘ilícito *per se*’”¹².

(WILS, Wouter P. J. *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance*. In: *World Competition: Law And Economics Review*, Vol. 37, nº 4, Setembro, 2014, p. 25. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407, acessado em 09.09.2016).

¹⁰ Veja, nesse sentido decisão no caso *Northern Pacific Railway vs. United States* (1958): “*There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use*”.

¹¹ Wills também elucida, ao tratar especificamente da prática de descontos exclusivos: “*It is often said that the EU case-law on abuse of dominance is ‘form-based’, with the strong suggestion that this is something undesirable. It is far from clear what exactly is meant by the case-law being ‘form-based’. If it means that the EU case-law per se prohibits the use of exclusivity rebates or other practices by dominant undertakings, it is based on a misreading of that case-law, because the case-law always provides for the possibility of objective justification*” (idem, p. 20).

¹² ITALIANER, Alexander. *The Object of Effects*. CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf, acessado em 02.09.2016. Tradução livre de: “*For ‘by nature’ conduct under both 101 and 102 the efficiency defence remains available. This possibility for parties to raise efficiency arguments also in cases of ‘by nature’ conduct is an important difference to the way US courts have been interpreting Section 1 of the Sherman Act. This is why it is not accurate to equate the European notion of ‘anticompetitive by object’ or ‘by its nature’ with the notion of ‘per se illegal’*”

A LDC, com clara influência no regulamento europeu, também adotou as noções de “por objeto” e de “efeito potencialmente gerado” para a caracterização de atos que podem configurar infração à ordem econômica, conforme seu artigo 36. Assim, em regra, a adoção de uma abordagem *per se* seria inadmissível no contexto brasileiro¹³.

Apesar disso, na importação desses conceitos ao direito pátrio, atribui-se, no mais das vezes, igual significado às expressões “ilícito *per se*” e “ilícito pelo objeto”. Um exemplo disso pode ser observado no excerto abaixo, extraído de Nota Técnica da Superintendência-Geral do Cade¹⁴:

“[...] O que se tem, portanto, é que uma conduta é anticompetitiva se (i) tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva ou (ii) se tiver objeto ilícito. A interpretação desta estrutura normativa permite, pois, que se possa classificar as condutas em dois tipos: condutas por objeto e condutas por efeitos.

O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*. Neste caso, frise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou detalhadas sobre o mercado” (grifos próprios).

Essa aparente confusão entre os termos utilizados para identificar a metodologia de análise a ser empregada em cada caso pode resultar em conclusões diversas quanto à licitude de determinada prática.

Como visto, a caracterização do ilícito pelo objeto, ou análise formal, consiste em atribuir à conduta uma presunção de ilicitude, já que teria, por natureza, a característica de restringir a concorrência. No entanto, essa presunção é relativa, uma vez que se admite a existência de justificativas

¹³ Paula Forgioni afirma que “no Brasil, não há “infração *per se*”, pois as condutas do §3º, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36” (FORGIONI, Paula Andrea. *op. cit.*, p. 133).

¹⁴ Nota Técnica SG/Cade nº 17/2016, emitida no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74.

econômicas, objetivamente identificáveis, que poderiam compensar os efeitos deletérios à concorrência.

O Cade já adotou, em precedentes, análise baseada na presunção relativa de ilicitude, ou seja, uma análise mais formalista, ao tratar de outra restrição vertical: a fixação de preço de revenda. Em caso paradigmático, em que foi investigada e condenada a empresa SKF do Brasil Ltda.¹⁵, estabeleceu-se esse novo padrão para avaliação da regularidade de políticas comerciais desse tipo.

O efeito prático da adoção dessa abordagem é a possibilidade de inversão do ônus da prova: enquanto na análise pela regra da razão “clássica” cabe à autoridade provar que não há eficiências capazes de superar os prejuízos à concorrência, na análise formal, a existência de justificativas econômicas para a licitude da prática deve ser apresentada pela parte investigada.

Tendo sido apresentadas as possíveis abordagens para a caracterização do ilícito concorrencial, passa-se agora à identificação da cláusula de raio como conduta anticompetitiva.

2 Cláusula de raio como conduta anticompetitiva

O estabelecimento de cláusula de raio em contratos de locação entre *shopping centers* e lojistas é uma restrição vertical e, como tal, poderá ser considerada um ilícito concorrencial na medida em que, em determinadas circunstâncias fáticas, resultar em prejuízos à concorrência e em redução do bem-estar do consumidor¹⁶. No entanto, dela também podem decorrer eficiências econômicas, devendo ser analisada, portanto, pela regra da razão. Esse é o posicionamento majoritário da doutrina, tanto pátria como internacional, sendo esta bastante enfática quanto à impossibilidade de se admitir a cláusula de raio como violação *per se* da legislação concorrencial. Note-se o entendimento de Massimo Motta¹⁷:

¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, julgado em 21 de fevereiro de 2013.

¹⁶ AZEVEDO, Paulo Furquim de. *op. cit.*, p. 207.

¹⁷ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004, p. 377. Tradução livre de “*vertical restraints and vertical mergers have a number of efficiency features: although in some circumstances they might have some anti-competitive effects, a per se prohibition rule would clearly be inappropriate, since it would forego efficiency effects which are likely to dominate in most cases. A rule of reason appears certainly more advisable*”.

“[...] restrições verticais e integrações verticais possuem diversos fatores de eficiência: embora em certas circunstâncias possam causar efeitos anticompetitivos, uma proibição *per se* seria claramente inapropriada, já desconsideraria efeitos de eficiência que prevalecem na maioria dos casos. A regra da razão parecer ser certamente mais aconselhável”.

A razão para se refutar a proibição *per se* da utilização de cláusulas de raio está na existência de justificativas econômicas. A primeira e mais facilmente compreendida, trata-se da garantia do retorno do investimento realizado na construção do *shopping center*, o que seria justificado pelo alto risco do negócio¹⁸.

Além disso, também se reconhece que a cláusula evita o comportamento oportunista do lojista, o chamado efeito *free rider*. Explica-se: o pagamento do aluguel pelo lojista contém uma parcela fixa e outra variável, que depende do fluxo de clientes e do faturamento das lojas. Assim, se o lojista instala outra loja em região próxima ao centro comercial e consegue atrair a clientela, desviando os consumidores do empreendimento, se exime do pagamento da parcela variável do aluguel, prejudicando o coletivo (*shopping center* e demais lojistas)¹⁹.

Por fim, outra justificativa utilizada nesse caso é a preservação do *tenant mix*, ou seja, da combinação de lojas e atrações do *shopping center*. Quando do desenvolvimento do projeto do empreendimento, o administrador realiza um estudo de viabilidade, levando em conta a localização, o público alvo, dentre outras variáveis, visando congregar uma cesta de lojas adequada para tornar o empreendimento o mais rentável possível, de forma a maximizar as sinergias²⁰. O *tenant mix* constituiria, assim, um elemento diferenciador, em

¹⁸ A admissibilidade dessa justificativa é, porém, questionável, sob o ponto de vista do Direito da Concorrência. Destacou o Conselheiro João Paulo de Resende, em seu voto vista no Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46: “Para as demais atividades econômicas que não se enquadram como monopólio natural, o risco deve ser entendido como parte do negócio, cabendo aos empreendedores encontrar formas de rentabilizar seus investimentos **sem ferir a livre concorrência**. Nesse sentido, [...] as cláusulas de raio não podem levar a situações em que sejam admitidos legalmente como monopólios empreendimentos que não reúnem as características econômicas para tanto”. [SFP]

¹⁹ Sobre o assunto, o Conselheiro Luis Rigato Vasconcellos traçou importante diferenciação em relação ao comércio de rua e a outros *shopping centers*, ao julgar o caso Shopping Iguatemi. Segundo ele, as alegações de comportamento oportunista não encontrariam respaldo quando se trata de *shopping* concorrente, uma vez que também este deve oferecer facilidades semelhantes às oferecidas pelo Iguatemi.

²⁰ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência*. In: Revista do IBRAC, volume 10, nº 3, 2003.

especial em relação às lojas âncoras de cada *shopping*, que mereceria especial proteção, assemelhando-se à ideia de inovação e propriedade intelectual.

Não obstante, a potencialidade e a gravidade dos efeitos negativos que podem resultar da adoção de cláusula de raio são também bastante claros. As principais preocupações concorrenciais, nesse caso, são o fechamento do mercado e a elevação das barreiras à entrada, com a criação de dificuldades ao funcionamento e estabelecimento de concorrentes. Isso porque, como visto, a diversidade das lojas presentes no *shopping center* é fator essencial para o empreendimento. Ao restringir a territorialidade em que determinadas lojas atuarão, limita-se o acesso de novos *shopping centers*, entrantes no mercado, a esses lojistas. Além disso, pelo lado do lojista, há uma restrição à livre concorrência e à livre iniciativa, muitas vezes desproporcional, já que o direito de decisão sobre onde instalar novas unidades é transferido ao agente a montante²¹.

A licitude da conduta dependeria, assim, da razoabilidade da cláusula em si, isto é, qual sua abrangência, em termos materiais, temporais e dimensionais²² que guardariam proporcionalidade com as justificativas econômicas identificadas. Uma cláusula estabelecida dentro dos limites não levará ao abuso da posição dominante, vez que não terá potencialidade de produzir efeitos anticompetitivos²³.

No que se refere à extensão do raio, se este for pequeno o suficiente para evitar o comportamento oportunista do lojista e, ao mesmo tempo, gerar menores prejuízos à concorrência, a cláusula deve ser permitida. De maneira semelhante, a duração da cláusula deve ser o tempo necessário para garantir o retorno do investimento inicial e o estabelecimento da clientela, descartando-se prazos indeterminados ou excessivamente longos. Ainda, quanto às especificações objetivas da cláusula, não se devem admitir previsões

²¹ AZEVEDO, Paulo Furquim de. *op. cit.*, p. 229.

²² Ou, como prefere Fabio Konder Comparato, a licitude de restrições convencionais de concorrência será enquadrada dentro de limites precisos de **objeto, de tempo e de espaço**. (COMPARATO, Fábio Konder. *As Cláusulas de Não-Concorrência nos "Shopping Centers"*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano XXXIV, n. 97, 1995, p. 23-28).

²³ O mesmo se diz da cláusula imposta por agente que não detém posição dominante no mercado. Como bem explica Paulo Furquim, é o caso, por exemplo, de restrições verticais estabelecidas em contratos de franquia de redes de médio ou pequeno porte. Nesse caso, não se vê atendido o requisito de dominância e, portanto, não terá potencialidade de causar efeitos negativos à concorrência. (AZEVEDO, Paulo Furquim de. *op. cit.*, p. 209).

contratuais que extrapolem sua razão de ser, como por exemplo, ampliando-se o ramo de atividade e a marca sujeitos à exclusividade territorial.

3. Evolução da Jurisprudência do CADE²⁴

Estabelecidas as premissas quanto às abordagens para a análise de condutas unilaterais anticompetitivas, especificamente sobre restrições verticais, e quanto à visão geral da imposição de cláusula de raio como ilícito concorrencial, passa-se a tecer considerações sobre a jurisprudência do Cade, com foco em identificar os métodos de análise empregados em cada caso. Para tanto, será feito um recorte dos precedentes do Cade em dois blocos distintos, de acordo com o momento em que foram julgados, em razão das diferenças identificadas na análise entre os casos mais antigos e mais recentes.

O primeiro bloco abrange os processos administrativos instaurados no final dos anos 90 e início dos anos 2000 e julgados entre 2005 e 2007. Trata-se de investigações que resultaram na condenação dos *shoppings* Iguatemi²⁵ e Center Norte, ambos localizados na cidade de São Paulo.

O segundo bloco é formado pelos casos examinados de 2015, quando a questão da cláusula de raio voltou a estar na pauta de julgamento do órgão antitruste, até setembro de 2016²⁶. Destaca-se que desse conjunto, houve apenas

²⁴ O **Apartado de Jurisprudência** contém quadro que sintetiza os precedentes do Cade que envolveram a análise da conduta de imposição de cláusula de raio e que foram analisados para a elaboração do presente artigo.

²⁵ Em verdade, o Shopping Iguatemi já havia sido condenado, em 2003, por prática de imposição de restrição vertical a lojistas (Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82). No entanto, a cláusula em discussão naquele caso, não se tratou de cláusula de raio propriamente dita, uma vez que impunha exclusividade a lojas de grife, que não poderiam se instalar em outros *shoppings* de alto padrão da capital paulista. Muito embora as conclusões acerca dos efeitos da cláusula de exclusividade sejam bastante próximas às relacionadas à cláusula de raio, esse precedente não será analisado no detalhe no presente artigo. Digno de nota, ainda, que no julgamento do segundo caso, em 2007, o *shopping* foi considerado reincidente, sendo aplicada multa em patamar superior como consequência.

²⁶ Em 2010 e 2014, dois outros procedimentos sob análise do Cade versaram sobre cláusulas de restrição vertical envolvendo *shopping centers*, mas não serão aqui analisados profundamente. O primeiro deles por que tratou do julgamento de Requerimento de TCC (Requerimento nº 08700.003933/2009-10), em que o Shopping Jardim Sul propôs acordo para arquivamento do Processo nº 08012.012081/2007-48 em relação a ele. Referido processo, que será objeto de análise deste artigo, posteriormente, veio a ser arquivado em relação aos demais *shoppings* representados, pela verificação de incidência de prescrição intercorrente. O segundo, pois versou sobre

um caso de condenação em relação a sete *shopping centers* de Porto Alegre e suas administradoras. Um processo foi arquivado em função da incidência de prescrição intercorrente e um terceiro teve como desfecho a celebração de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (“TCC”), por meio do qual o North Shopping Fortaleza se comprometeu a reformular a cláusula prevista no contrato de locação, restringindo o seu raio de exclusividade e limitando seu prazo, além de recolher contribuição pecuniária. Houve ainda uma Consulta, realizada pelo Shopping Center Norte que, contudo, foi arquivada por perda do objeto, já que a consulente requereu a desistência do feito.

Bloco I:

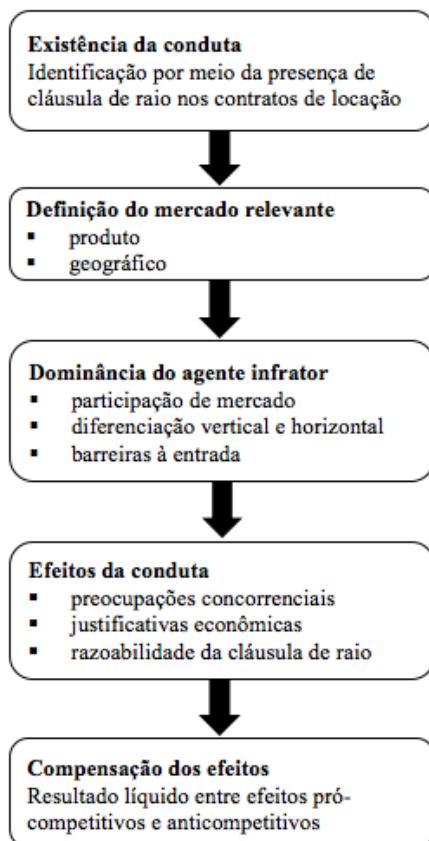
Embora contenham algumas diferenças analíticas, os votos dos Conselheiros Relatores Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (Shopping Center Norte²⁷) e Luis Fernando Rigato Vasconcellos (Shopping Iguatemi²⁸), norteadores das decisões do Conselho nos respectivos processos, podem ser agrupados, para a finalidade didática aqui proposta, por terem seguido etapas bastante similares.

Em máxima síntese, o passo a passo do exame feito pelos conselheiros pode ser assim representado:

a imposição de cláusula restritiva por parte da rede de lanchonete McDonald’s, que impedia a instalação de unidade de seu concorrente Bob’s em uma das praças de alimentação do Shopping Iguatemi de Porto Alegre, denominada “*gourmet center*” (Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64). Esse processo também foi arquivado em função da ocorrência de prescrição intercorrente, já que o Cade deixou de praticar atos instrutórios por um período superior a 3 anos.

²⁷ Processo administrativo nº 08012.002841/2001-13, julgado em 19 de janeiro de 2005.

²⁸ Processo administrativo nº 08012.006636/1997-43, julgado em 04 de setembro de 2007.



Sem adentrar na análise de mérito dos casos, a metodologia adotada remonta claramente aos critérios básicos de análise estabelecidos no Guia anexo à Resolução Cade nº 20, de 9 de junho de 1999²⁹: o primeiro passo consiste na caracterização da conduta, seguindo-se à análise da detenção de posição dominante no mercado relevante por parte da empresa investigada. Na sequência, de acordo com o Guia, devem ser avaliados os efeitos (reais ou potenciais) negativos à concorrência decorrentes da conduta e, por último, ponderação entre os efeitos negativos e as justificativas econômicas (eficiências) visando obter os efeitos líquidos da conduta.

Desnecessário mencionar, portanto, que o exame desses precedentes seguiu a regra da razão. Nesse sentido, o próprio Guia indica que deve ser aplicado, na análise de práticas restritivas, o princípio da razoabilidade,

²⁹ Embora a Resolução nº 20 tenha sido expressamente revogada pela Resolução nº 45, os guias sobre práticas restritivas que constam como anexos continuam em vigor.

avaliando seus efeitos anticompetitivos e ponderando-os vis-à-vis seus possíveis benefícios compensatórios. Destaca-se também trecho do voto do relator Roberto Pfeiffer no caso Center Norte:

“[...] resta claro que o tratamento de tais cláusulas não deve ser *per se*, seja para concluir pela sua licitude, seja para aduzir a sua licitude (*sic*). Assim, será justamente a partir da análise da razoabilidade do teor e modo de implementação da cláusula operada pelo Shopping Center Norte e de seus efeitos sobre o mercado relevante em questão que será efetivada a análise de sua licitude frente à lei de proteção da concorrência”.

Em ambos os processos, concluiu-se pela condenação nos *shopping centers* por infração à ordem econômica consubstanciada na limitação ao acesso de novas empresas ao mercado e na criação de dificuldades ao desenvolvimento de concorrentes (conforme art. 21, IV e V da Lei nº 8.884/94, então vigente), efeitos esses não compensadas pelas eficiências alegadas. Ao Center Norte e ao Iguatemi foram impostas multas correspondentes a 1% e 2% de seu faturamento anual bruto, respectivamente, além da imediata cessação da conduta, por meio da retirada da cláusula de raio de todos os contratos de locação semelhantes³⁰⁻³¹.

Bloco II:

A primeira proposta de alteração da forma de se examinar cláusulas de raio surgiu por recomendação da Superintendência-Geral do Cade. Ao emitir notas técnicas relativas aos processos que investigavam *shoppings* localizados na cidade de São Paulo³² e de Porto Alegre³³, a Superintendência sugeriu que fossem estabelecidos parâmetros para a análise da razoabilidade da cláusula.

³⁰ Em razão da agravante de reincidência, conforme indicado na Nota 25 acima.

³¹ Foram ainda estabelecidas penalidades acessórias, como a publicação do extrato da decisão em jornal de grande circulação, multa diária em caso de descumprimento e a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

³² Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48, julgado em 11 de novembro de 2015. Representados: Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A. (Shopping Villa-Lobos), Condomínio Pro-Indiviso Shopping Villa-Lobos, Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. (Morumbi Shopping), Condomínio Morumbi Shopping, Brookfield Brasil Shopping Centers Administradora Ltda. (nova denominação de Plaza Shopping Administradora Ltda. – Shopping Pátio Higienópolis) e Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis.

³³ Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46, julgado em 31 de agosto de 2016. Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia

Os critérios recomendados diziam respeito aos três aspectos principais de abrangência da cláusula: objeto, espaço e tempo. Quanto à questão territorial, considerou-se razoável a cláusula que atingisse um raio de até dois quilômetros. Já as cláusulas com extensão superior a cinco quilômetros de raio não deveriam ser aceitas, tendo em mente o padrão de densidade populacional das cidades brasileiras. O raio com extensão entre dois e cinco quilômetros ensejaria uma análise casuística, valendo-se da regra da razão.

Em relação ao objeto da cláusula de raio, seriam aceitas apenas as cláusulas que estivessem limitadas aos controladores da locatária, isto é, não fossem estendidas aos seus demais sócios, bem como à marca utilizada no empreendimento, sem que haja restrição quanto à exploração de marca diversa, ainda que no mesmo ramo de atividade.

O aspecto temporal, ainda, estaria adstrito a um prazo de cinco anos³⁴.

Apesar de a Superintendência Geral ter pugnado pela condenação das representadas em ambos os casos, em relação aos *shoppings* de São Paulo, como já mencionado, o processo foi encerrado sem julgamento do mérito, já que foi admitida a ocorrência de prescrição intercorrente, como indicado pelo Ministério Público Federal (“MPF”) e pela Procuradoria Federal junto ao Cade.

Já no julgamento do processo envolvendo os centros comerciais de Porto Alegre, a discussão ganhou novos contornos. O Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, de forma conservadora, optou por analisar a questão sob a regra da razão, caso a caso, sem observar os parâmetros sugeridos pela Superintendência Geral³⁵. Assim, prosseguiu à definição de mercado relevante,

Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.

³⁴ Aqui, fez-se um paralelo com as cláusulas de não-concorrência que, de acordo com a jurisprudência consolidada do Cade, são consideradas legítimas se limitadas a um prazo máximo de cinco anos.

³⁵ Nos termos do voto (p. 18): “Para a realização da análise da suposta ilicitude da conduta e por se tratar de uma restrição vertical, optei por uma postura conservadora de análise sob a regra da razão e de efeitos da conduta. Cumpre destacar, que a opção por aplicação da regra da razão para a análise por efeitos não desfaz o mérito da proposta de parâmetros feita pela SG, porquanto corrobora a tese de que cláusulas de raio não podem ser concebidas sem o mínimo de razoabilidade na definição de suas dimensões em um contrato de locação”. [11] [12] [13] [14] [15] [16] [17] [18] [19] [20] [21] [22] [23] [24] [25] [26] [27] [28] [29] [30] [31] [32] [33] [34] [35] [36] [37] [38] [39] [40] [41] [42] [43] [44] [45] [46] [47] [48] [49] [50] [51] [52] [53] [54] [55] [56] [57] [58] [59] [60] [61] [62] [63] [64] [65] [66] [67] [68] [69] [70] [71] [72] [73] [74] [75] [76] [77] [78] [79] [80] [81] [82] [83] [84] [85] [86] [87] [88] [89] [90] [91] [92] [93] [94] [95] [96] [97] [98] [99] [100]

à identificação da existência de poder de mercado³⁶ e aos efeitos da conduta, verificando se haveria razoabilidade na cláusula estabelecida por cada um dos *shopping centers* representados. Ao final, o Conselheiro explicita que o ônus da prova sobre a razoabilidade das dimensões das cláusulas adotadas foi invertido, para que as investigadas justificassem os benefícios advindos da conduta, o que não ocorreu. Nesse cenário, por entender que houve prática de ilícito anticoncorrencial, o relator concluiu pela condenação dos *shoppings* e (de suas administradoras) que possuíam cláusula de raio em contratos de locação, com a imposição de multa que totaliza mais de 15 milhões de reais.

A inversão do ônus da prova abriria margem para uma análise mais formalista da cláusula de raio, já que as preocupações concorrenciais são inerentes à prática, cabendo ao investigado provar a existência de justificativas econômicas. Sobre a questão, o Conselheiro João Paulo de Resende assim se manifestou:

“Como vimos, em maior ou menor grau, a depender do nível de fechamento do mercado, a simples presença da cláusula produz risco concorrencial. Isso posto, julgar pela sua legalidade no caso específico requer que se comprove que seus efeitos positivos têm o condão de contrabalancear tal impacto negativo, gerando, portanto, efeitos líquidos em prol do consumidor final. ^[L]_{SEP}”

Nesse momento, uma relevante pergunta se apresenta: a quem cabe tal missão, à Autoridade da Concorrência ou às Representadas? Na resposta a essa pergunta, alinhando-me ao entendimento do voto-relator, no sentido de que, uma vez constatado o potencial lesivo e sendo possível o seu enquadramento no dispositivo inculcado no art. 20, I, e no art. 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36, inciso I, e §3º, inciso III, da Lei 12.529/2011), inverte-se o ‘ônus da prova’, cabendo às Representadas justificar os benefícios da cláusula”.

No mesmo caso, a Conselheira Cristiane Alkmin, embora tenha acompanhado o relator em seu dispositivo, divergiu quanto à metodologia de análise aplicada. Segundo ela, a conduta deveria ser considerada *ilícito per se*, porque a cláusula de raio não traz externalidades positivas sociais, isto é, o *shopping center* não seria socialmente relevante a ponto de merecer a permissão

³⁶ Quanto ao poder de mercado dos *shoppings* envolvidos, o Conselheiro Márcio de Oliveira aduziu que independeria da participação de mercado detida por cada um deles, mas decorreria da disparidade entre os poderes de barganha entre os lojistas e os *shopping centers*.

de um monopólio temporário, como denominou a Conselheira. A conclusão, de acordo com a economista, seria a mesma, qualquer que fosse o empreendimento. Argumentou ainda que o principal motivo de seu posicionamento adviria de uma análise custo-benefício entre o controle feito pelo Cade e os recursos públicos, escassos, empregados no exame do caso. [SÉP]

O enquadramento da cláusula de raio como ilícito *per se* foi também corroborado pelo Parecer do MPF, no âmbito do caso North Shopping³⁷. O Procurador Lafayette Petter manifestou preocupação quanto a tal conduta anticompetitiva, afirmando que os benefícios gerados seriam destinados apenas aos detentores do empreendimento, sem qualquer repasse ao consumidor ou à sociedade. Complementou, ainda, que, na visão do MPF a cláusula de raio, ou qualquer outra restrição territorial do gênero, deveria ser simplesmente excluída, primando-se pelo alcance dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

Aliás, como mencionado anteriormente, o caso North Shopping foi encerrado com a celebração de acordo entre o *shopping* e o Cade³⁸. Importante destacar que a solução negociada não vedou totalmente a cláusula de raio imposta pelo centro comercial de Fortaleza, mas restringiu-a para que estivesse dentro dos parâmetros propostos pela Superintendência Geral. Assim, a cláusula passou de cinco quilômetros de extensão para dois quilômetros e sua duração foi reduzida de dez para cinco anos. O North Shopping se obrigou, ainda, a recolher contribuição pecuniária no valor de 460 mil reais, aproximadamente.

4. Conclusões

O assunto atinente à cláusula de raio por *shopping centers* tem tomado grande relevância em debates não apenas no âmbito do Cade, mas também em outras esferas, devido à frequência com que tais cláusulas aparecem em contratos de locação com lojistas, em diversos Estados do país, e à percepção de que restringem, em certa medida, a livre iniciativa e a livre concorrência.

A partir do retrospecto da jurisprudência do Cade, no que tange à metodologia de análise adotada a casos que se debruçaram sobre o tema, foi possível observar que, sob a perspectiva antitruste, a aplicação da regra da razão parece ser mais coerente com a legislação e a prática brasileiras.

Não obstante, a relativização da regra da razão “clássica”, embutindo à análise um espectro de presunções relativas, aproximando-se do *formal-based*

³⁷ Processo Administrativo nº 08700.004938/2014-27.

³⁸ Requerimento nº 08700.003364/2016-3, julgado em 22 de junho de 2016.

approach europeu, é uma opção condizente com a natureza da cláusula de raio e com a caracterização de infração à ordem econômica da LDC, visto que são identificados efeitos anticompetitivos decorrentes da prática.

Da mesma forma, o estabelecimento de parâmetros para a análise da razoabilidade da cláusula de raio é um mecanismo permitido e útil, uma vez que confere aos administrados maior grau de segurança jurídica ao definir sua política comercial. Ressalta-se, porém que esses parâmetros não podem ser vinculativos, isto é, não se pode definir o que é lícito ou ilícito com base apenas na aplicação indiscriminada desses critérios, já que, no caso concreto, esses podem não guardar proporcionalidade na ponderação com as eficiências geradas. Nesse sentido, a edição de guia pelo Cade, em caráter não vinculante, que consolidasse os parâmetros da jurisprudência sobre a matéria seria iniciativa bem-vinda.

A tentativa de se impor, porém, maior rigor à análise empreendida pelo órgão antitruste, determinando a condenação *per se* da conduta, parece não estar alinhada com o sistema brasileiro atual e tampouco com o entendimento majoritário da doutrina nacional e estrangeira. A inclinação jurisprudencial nesse sentido, portanto, deve ser vista com cautela pois poderá levar à inibição de condutas legítimas e pró-competitivas.

Bibliografia

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira*. In: Direito Econômico Concorrencial. SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinicius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199 - 244.

COMPARATO, Fábio Konder. *As Cláusulas de Não-Concorrência nos "Shopping Centers"*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano XXXIV, n. 97, 1995, p. 23-28.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência*. In: Revista do IBRAC, volume 10, nº 3, 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Northern Pacific Railway Co. et al. vs. United States*. Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington. Relator: Justice Black. Washington D.C., 10.03.1958.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*, 5a ed., São Paulo: RT, 2012.

_____. *Direito Concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *Restrições verticais no Direito da Concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito per se nos Estados Unidos e na União Europeia*. In *Meritum*, volume 5, nº 2. Belo Horizonte, 2010, p. 405-430. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1063/756>, acessado em 15.09.2016.

ITALIANER, Alexander. *The Object of Effects*. CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf, acessado em 02.09.2016.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004.

WILS, Wouter P. J. *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*. In: World Competition: Law And Economics Review, Vol. 37, nº 4, Setembro, 2014, p. 25. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407, acessado em 09.09.2016.

Ano	Processo	Partes	Decisão
2003	Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82	Representados: Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda. e Condomínio Shopping Center Iguatemi Representante: Participações Morro Vermelho Ltda.	Condenação
2005	Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13	Representado: Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação Representante: Condomínio Shopping D	Condenação
2007	Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43	Representado: Condomínio Shopping Center Iguatemi Representantes: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de	Condenação

Ano	Processo	Partes	Decisão
		São Paulo e Procuradoria Geral do CADE ^[1] _{S&EP}	
2010	Requerimento de TCC nº 08700.003933/2009-10	Requerentes: Administradora PMW S.A., Participações Morro Vermelho S/A e Condomínio Shopping Jardim Sul	Celebração de TCC
2014	Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64	Representado: McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. Representante: Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Rio Grande do Sul	Arquivamento (prescrição intercorrente)
2015	Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48	Representados: Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A. (Shopping Villa-Lobos), Condomínio Pro-Indiviso Shopping Villa-Lobos, Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. (Morumbi Shopping), Condomínio Morumbi Shopping, BrookfieldBrasil Shopping Centers Administradora Ltda. (nova denominação de Plaza Shopping Administradora Ltda. – Shopping Pátio Higienópolis) e Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis Representante: Cade ex officio	Arquivamento (prescrição intercorrente)
2015	Consulta nº 08700.007124/2015-25	Consulente: Center-Norte S.A. - Construção, Empreendimentos, Administração e Participação	Arquivamento por perda de objeto (desistência)
2016	Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46	Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil	Condenação

Ano	Processo	Partes	Decisão
		<p>Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.</p> <p>Representante: Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Rio Grande do Sul</p>	
2016	<p>Processo Administrativo nº 08700.004938/2014-27</p> <p>Requerimento de TCC nº 08700.003364/2016-31</p>	<p>Representado: North Shopping Fortaleza</p> <p>Representante: Victor Regis Brasil e Silva^[1]_{SEP}</p>	Celebração de TCC

Prêmio IBRAC-TIM 2016 – 2.º Colocado Categoria Pós-Graduação

THE APPROACH OF ANTITRUST LAW TOWARD EXCESSIVE PRICING: A MATTER OF POLICY OR FAIRNESS?

Aplicação da lei concorrencial com relação a preços excessivos: uma questão de política antitruste ou equidade?

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva

Abstract: This essay analyzes the approach of antitrust law toward excessive pricing, inquiring whether antitrust law should be enforced against excessive pricing as a matter of policy and/or fairness. Upon examination of basic concepts of price theory to explain why price matters, and brief review of literature regarding criteria to define excessive pricing, this essay concludes that excessive pricing should not be subject to prosecution as a matter of policy, but abusive pricing should be subject to prosecution as a matter of fairness, provided that the firm has significant market power and faces an inelastic demand curve.

Key words: antitrust policy; excessive pricing; abusive pricing; price theory; fairness.

Resumo: Este trabalho analisa a aplicação da lei concorrencial com relação a preços excessivos, questionando se a lei concorrencial deve ser aplicada contra preços excessivos por questões de política pública e/ou equidade. Mediante estudo de conceitos básicos de teoria do preço para explicar por que preços importam e breve revisão de doutrina sobre critérios para definir preços excessivos, conclui-se que preços excessivos não devem ser objeto de preocupação por questões de política pública, enquanto que preços abusivos devem ser objeto de preocupação por questões de equidade, contanto que o agente tenha poder de mercado significativo e encare demanda inelástica.

Palavras-chave: política antitruste; preço excessivo; preço abusivo; teoria do preço; equidade.

Introduction

In every jurisdiction that has passed antitrust laws, authorities have struggled, at some point, with the following question: should the antitrust laws be enforced against excessive pricing?

As noted by Frederick Abbott, such question denotes a paradox in antitrust policy, to the extent that many experts agree that one of the main objectives of antitrust law is, precisely, “to protect consumers against the charging of excessive prices”¹.

The treatment of excessive pricing remains, to this date, one of the most challenging issues of antitrust enforcement. On the one hand, there are numerous policy questions that must be addressed. How to determine when a price is excessive? Should there be a differentiation between excessive and abusive price? If a price is deemed excessive, can the antitrust authority determine what the fair price should be? If so, are there instruments or methods that enforcers may use to set forth the fair price?

On the other hand, there are fairness arguments in favor of enforcement against excessive pricing, especially when the product in question is deemed essential (*e.g.*, medicine). Should antitrust allow dominant firms to exploit consumers by charging excessive pricing? Is it fair to leave consumers unassisted when they are unable to acquire essential goods due to excessive pricing?

Enforcers have generally refrained from applying antitrust law directly against excessive pricing², “even though it is the incipient threat of future ‘excessive’ prices that motivates enforcement action against exclusionary behavior and cartels”³.

In Brazil, the issue was addressed by Carlos Ragazzo, who argues that antitrust should fight the causes of the excessive pricing, and not the excessive pricing itself⁴.

¹ ABBOTT, Frederick M. Excessive pharmaceutical prices and competition law: doctrinal development to protect public health. Available at <<http://ssrn.com/abstract=2719095>>. Accessed on August 27, 2016. p. 2.

² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Excessive prices. Available at <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>>. Accessed on August 27, 2016. p. 2.

³ *Ibid.* p. 2.

⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*, v. 18, p. 21-43,

Notwithstanding, the issue will inevitably reemerge from time to time, and it is reasonable to assume that, sooner or later, the Administrative Council for Economic Defense (“Cade”) will be required to take a firm stance regarding the treatment of excessive pricing. For example, the excessive pricing debate returned to the spotlight when, in the end of 2015, when the price of the drug Daraprim, used for treating life-threatening infection, rose from US\$13,50 to US\$750,00, following the acquisition of the drug’s intellectual property by a firm⁵.

The matter at hand is not an easy one, so this brief essay does not have the intention of providing all the answers for the daunting problem. Therefore, we will limit our subject to the following questions: (i) whether antitrust authorities should fight excessive pricing as a matter of policy; and (ii) whether antitrust authorities should fight excessive pricing as a matter of fairness.

The first section of this essay will address the importance of price in a capitalist economy and how price variations affect welfare. A few basic concepts developed by price theory, that are useful for the issues discussed herein, will be explained.

The second section will provide a brief overview two of the main problems faced by antitrust authorities when dealing with excessive pricing: where exactly to draw the line between fair and excessive prices and what are the implications of such issue.

The third section will set forth a proposal to deal with excessive pricing. The proposal will be based on the idea that should be a differentiation between excessive pricing and abusive pricing. Thus, we will argue that excessive pricing should not be prosecuted by antitrust authorities as a matter of policy, whereas abusive pricing should be fought by antitrust authorities as

2011. Frederick M. Abbott criticizes such solutions, denominated by him as the “fixing the market” alternative. “There is a fundamental problem with the ‘fixing the market’ approach when addressing products protected by legislatively authorized market exclusivity mechanisms such as patents and regulatory marketing exclusivity. That is, mechanical aspects of the market are not broken in the conventional antitrust sense. Rather, the market has been designed without adequate control mechanisms or ‘limiters’ that act to constrain exploitive behavior. Political institutions, such as legislatures, that might step in are constrained by political economy (e.g., lobbying), and do not respond as they should” (ABBOTT, Frederick M. Excessive pharmaceutical... p. 2).

⁵ POLLACK, Andrew. Drug goes from \$13.50 a tablet to \$750, overnight. The New York Times, New York, 20 Sept. 2015. Available at <http://www.nytimes.com/2015/09/21/business/a-huge-overnight-increase-in-a-drugs-price-raises-protests.html?_r=0>. Accessed on August 27, 2016.

a matter of fairness. Accordingly, a few possibilities will be discussed about how to define abusive pricing.

1. Why does price matter?

Price is one of the most important (if not the most important) variable in a healthy capitalist market. Its main function is to show both to consumers and producers how much quantity of a certain good or service is desired⁶. Thus, price allows market participants to allocate scarce resources in the most efficient manner.

From a social perspective, price has an additional meaning: it limits access to products. Expensive products are accessible to a small percentage of society, while cheap products are accessible to a larger group of people.

The difference between how price is understood from a social and economic point of view leads to situations where high prices may be deemed unfair from a social perspective, but not from an economic perspective.

But economics does not forgo the social impact of high prices altogether. It deals with the social issue arising from high prices by showing that a loss of welfare occurs whenever prices go up. In this context, it is said that a deadweight loss occurs whenever firms restrict output and extract rents from consumers.

As explained by Posner, the deadweight loss is the loss suffered by society as a result of a price increase, which is not offset by the rent transferred to the firm by consumers⁷.

⁶ For the sake of simplicity, “product” will be used hereinafter to mean both goods and services.

⁷ POSNER, Richard. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 83, pp. 807-828, 1975. pp. 807-809.

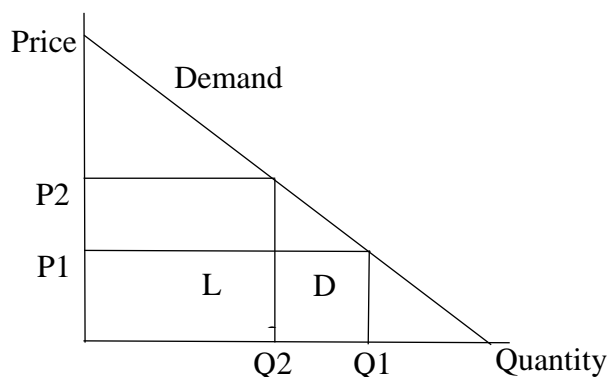
Figure 1 - Deadweight loss representation⁸

Figure 1 shows the graphic representation of the deadweight loss generated by a price raising from P_1 to P_2 , and a consequent restriction of output from Q_1 to Q_2 . The area comprising L and D represents the loss yielded by the price raise. The square area marked as L is equivalent to the transfer of rent from consumers to the firm; in other words, it represents a loss of wealth by consumers, which is offset by a gain of wealth by the firm⁹. The triangle D , by its turn, represents the loss of wealth that is not rent transferred from consumers to the firm. In other words, area D is equivalent to the loss of wealth of non-consumers of the product in question, that now will be unable (or unwilling) to acquire it. It is a loss shared by all society and is not offset by a gain of wealth by the firm, which is why it is generally denominated as a deadweight¹⁰.

⁸ See original in *Ibid.* p. 808.

⁹ It must be said that such offsetting is not deemed neutral from a welfare perspective by antitrust enforcers in most jurisdiction, since it is purely a transfer of rent. Williamson has proposed a more detailed tradeoff model specifying which type of welfare gains might be taken into account to offset a loss generated by a price raise. See WILLIAMSON, Oliver E. *Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs*. *The American Economic Review*, Pittsburgh, Vol. 58, pp. 18-36, 1966; WILLIAMSON, Oliver E. *Economies as an antitrust defense revisited*. *The University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, Vol. 125, pp. 699-736, 1977.

¹⁰ The explanation of the deadweight loss graphical representation is derived from basic principles of price theory and it has been set forth by many economists. Notwithstanding, many of these assumptions and more sophisticated models based on such assumptions may be found in POSNER, Richard. *The social costs of monopoly and regulation*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 83, pp. 807-828, 1975.

The deadweight loss, therefore, is the closest economic representation of the main social issue generated by high prices: it excludes a certain number of people from the market. In theory, the larger the triangle D, the higher the number of people who are kept from consuming the product in question.

The exclusion of consumers from market and loss of welfare are the reason why one of the main concerns of antitrust is keeping prices at the lowest levels possible¹¹ (together with increasing product quality and innovation).

Price theory can also demonstrate how valuable a product is not only by pointing out its demand curve, but also by showing how rigidly demand reacts to a price raise. The degree to which demand reacts to changes in price is called elasticity. If, as a result of a price increase, there is a proportionately small decrease in demand, it is said that the demand curve is inelastic. If, however, there is a proportionately large decrease in demand in response to a price increase, the demand is deemed elastic.

An inelastic demand occurs when the product in question does not have close substitutes and it is somehow essential to consumers. Medicines, for example, will probably have an inelastic demand if they are essential and have no close substitutes. In those cases, the consumer is “locked” to the product, and even substantial increases in price might not be sufficient to lower demand¹².

¹¹ The lowest level that a firm can set its price, according to price theory, is where demand curve intersects with the firm’s marginal cost curve. Below that point, firms would be offering their products at a loss, which would not be a rational economic behavior. However, this would only occur in perfectly competitive markets, which is rarely the case. This is why we state that antitrust seeks to keep prices as low as possible under given market circumstances, which is not to say that the lowest level possible cannot be substantially above the firm’s marginal cost. Even though this affirmation may be unsettling to some antitrust scholars and practitioners, we believe that stating the opposite would be clearly wrong (e.g., “keeping prices at the lowest levels possible is not among the main concerns of antitrust policy”). In that context, there are arguments in favor of choosing consumer surplus (which is a result of low prices) as a priority of antitrust policy. See, for example, Russell Pittman argument in favor of consumer’s surplus as the main antitrust standard in the analysis of mergers. PITTMAN, Russell. Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement. Available at <<http://ssrn.com/abstract=996643>>. Accessed on September 15, 2016. pp. 12-13.

¹² “As a monopolist or as a potential cartel, you would like to be facing a demand curve that is inelastic above the competitive price. That means that it will be really profitable to raise prices to the monopoly level because the industry will not lose many sales but will get higher prices for what is sold”. See GRADY, Mark F. Cases and materials on antitrust. Los Angeles [s.n.], 2016. 1074 p. p. 18.

The implications of low elasticity are not ignored by antitrust authorities. The Horizontal Merger Guidelines of the U.S. Federal Trade Commission and Department of Justice, for example, determines that restriction of output is more likely to occur as a result of a merger if: (i) the resulting firm has relatively high market share; (ii) the output of the firm already committed to price levels prior to the price increase is relatively low; (iii) the margin of the suppressed output is relatively low; (iv) response of rivals to the restriction of output is not significant; and (v) the market elasticity of demand is low¹³.

Low elasticity of demand, therefore, is a strong indication that the product is somehow essential to consumers¹⁴ and there are no viable options (*i.e.*, close substitutes) available in case of a price increase.

Therefore, it might be said – especially from a social, if not economical, perspective – that price increases are more harmful in case of products with inelastic demand. People who need the product will be forced to transfer a bigger share of their wealth to the dominant firm, otherwise they will not be able to acquire the quantity that they need.

If the demand is elastic, price increases would have little effect on welfare (even though there would still be a deadweight loss), since consumers would simply be able to switch to a substitute product or stop consuming the product altogether.

In summary, price matters not only because of its economic role of allocating scarce resources efficiently, but also because it dictates how many people will be able to have access to products.

The questions that arise, therefore, are: (i) if price matters, and dominant firms may raise their prices and exclude several consumers from the market, should antitrust do something about it? (ii) if the answer is positive, where should antitrust authorities draw the line between cases where they must intervene and cases where they should leave it to the market to correct the issue?

2. The difficult task of defining excessive pricing

The determination of fair price has been a subject of study for many economists. Evans and Padilla identify three main criteria used by economists

¹³ FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE. Horizontal Merger Guidelines. Available at <<https://www.ftc.gov/>>. Accessed on September 16, 2016. p. 23.

¹⁴ If a product does not have close substitutes, but is not essential, consumers would simply stop buying it in case of a price increase, which would lead to an elastic demand.

to analyze the fairness of prices: production cost, competitive pricing and profit margin¹⁵.

The production-cost approach was used by Marxist economists and classical economists to determine fair price. Accordingly, the fair price of a product would be “equal to the value of labor involved in its production”¹⁶. It might be said that this approach has been completely disregarded by modern antitrust policy.

Neo-classical economists, as well as the ordo-liberal school of economic thought, argue that the main drive of fair price is competition. In this sense, fair price “would result from the free interaction of demand and supply in a competitive market”¹⁷.

Evans and Padilla point to a number of practical issues that would arise from this approach. According to the authors, while in competitive and static markets the competitive price would be given by the incremental cost of production (in other words, the point at which marginal cost approaches and/or intersect demand), establishing competitive price in dynamic and concentrated markets would be substantially more complex¹⁸. In dynamic industries, the price is not established according to marginal cost, but rather on consumers’ “willingness to pay as to cover fixed costs in the least output restricting way”¹⁹. In oligopolistic markets, for example, price will be set forth above marginal cost (and, depending on the level of output restriction, substantially above it).

In addition to production cost and competitive pricing, Evans and Padilla state that some economists have relied on the idea of profit benchmarking to determine fair price. Under this method, price would be deemed abusive if profits are “higher than [firms] could expect to earn in an otherwise identical competitive market”, in which case the return on capital of the firm would be “greater than its weighted average cost of capital”²⁰.

The authors raise several issues to this approach, such as the existence of strategies based on the maximization of the profits earned on a group of products rather than a single product, manufacturing carried out across multiple company’s divisions and countries, and the absence of relevant variables in the

¹⁵ PADILLA, Jorge; EVANS, David S. Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules. Available at <<http://ssrn.com/abstract=620402>>. Accessed on September 11, 2016. pp. 5-8.

¹⁶ Ibid. p. 5.

¹⁷ Ibid. p. 5.

¹⁸ Ibid. p. 6.

¹⁹ Ibid. p. 6.

²⁰ Ibid. p. 6.

accounting of business profits, such as past research and development expenditures and costs associated with risk²¹.

Another problem of using profit benchmarking to determine whether or not price is excessive is that some firms may have high profits even though they are charging competitive prices. Suppose that firm A has a R\$10,00 average production cost per unit and all other firms have a R\$20,00 average production cost per unit, but they all charge R\$25,00 for their product. Should firm A's price be deemed excessive because its profit margin is higher than its competitor's? If the answer is yes, then antitrust policy would be punishing firm A for being more efficient than its rivals.

As a result, if profits should be used as benchmark for defining excessive pricing, antitrust enforcers would have to engage in the complicated task of determining the nature of the rent transferred to the firm.

Economists often classify rents transferred to firms as Ricardian (scarcity rents), Schumpeterian (entrepreneurial rents) or Porterian (monopoly rents)²².

Ricardian rents are those derived from scarcity of goods. A firm may charge high prices not because it is abusing its market power, but simply because it does not have enough inputs to increase its output²³. Even if the firm had stockpiled the scarce input in anticipation of its shortage, in which case the firm would in theory be able expand production even if temporarily, it might be that raising output would be inefficient, as price would not properly reflect the scarcity of the good in question. Accordingly, in the hypothetical context of an innovative firm with high profit margin, Sidak and Teece explain that such firm "may have both a high market share and be highly profitable, but this profit in no way implies that it is exercising socially undesirable restraint over its output", since it would be "simply collecting sufficient Ricardian rents to recover its initial investment and offer encouragement to other innovators and entrepreneurs"²⁴.

The Schumpeterian or entrepreneurial rents occur when a firm develops a new technology or method that provides it with a competitive edge over its competitors, allowing the firm to charge a higher price to consumers or

²¹ Ibid. pp. 6-7.

²² SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. Comments of J. Gregory Sidak and David J. Teece before the Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice on the Horizontal Merger Guidelines Review Project. Available at <<http://ssrn.com/abstract=1504706>>. Access on September 14, 2016. p. 11.

²³ Ibid. p. 11.

²⁴ Ibid. p. 13.

to offer the same price as before, but with higher profit margin due to lower costs. There is no question as to the desirability of firms collecting Schumpeterian rents, as it creates incentives for innovation and technological progress²⁵.

Lastly, monopoly rents are those collected by firms exercising their market power. Those rents might be the result of anticompetitive conducts and are the main concern of antitrust policy²⁶. However, monopoly rents may also be collected by firms that have monopolized their markets through superior efficiency, and it is doubtful that antitrust policy should intervene in such circumstances. After all, collecting monopoly profits is the single biggest incentive for firms to be efficient and innovative.

It seems, therefore, that any criteria picked by antitrust authorities to draw the line between fair and excessive pricing is bound to raise several practical issues. While economics does not offer a reliable test to identify excessive pricing, Courts have also struggled with the subject.

In Brazil, Cade has never punished firms for excessive pricing, even though many complaints have been filed and analyzed by the authority²⁷.

Evans and Padilla report a couple of cases in which European authorities have condemned excessive pricing as a standalone infringement²⁸. In Case CA98/2/2001, the Office of Fair Trading (“OFT”) concluded that Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd had established excessive prices for some of its products. According to Evans and Padilla, the OFT reached such conclusion based on a “preponderance-of-evidence” approach, through which the authority took into consideration costs, price and profitability benchmarks²⁹.

The European Commission, by its turn, punished United Brands for excessive pricing in Case 27/76 (herein after “United Brands”). According to Evans and Padilla, the Commission adopted a two-step test; “First, the test requires comparing actual costs and prices. Second, the test requires

²⁵ Ibid. p. 14.

²⁶ “The type of rent that ought to be the target of antitrust concern stems from the naked exercise of market power by a firm. These circumstances might arise because of exclusionary conduct lacking efficiency justifications” (Ibid. p. 15).

²⁷ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A eficácia jurídica da norma de preço abusivo. Available at <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Accessed on September 14, 2016. p. 189.

²⁸ PADILLA, Jorge; EVANS, David S. Excessive Prices: Using Economics... pp. 8-15.

²⁹ Ibid. pp. 16-17.

determining whether a price is excessive in itself or by comparison to competitor's products"³⁰.

Both methods (preponderance of evidence and the United Brands' two-step test) have their shortcomings and might be problematic in practice for the reasons explained above with respect to using benchmarking approaches. As a result, there is a chance that "supra-competitive prices will be blessed in some instances, while competitive prices will be condemned in others"³¹.

Although Evans and Padilla argue that, from the perspective of an efficient antitrust policy, excessive pricing should be *per se* legal³², they go on to suggest a test capable of detecting excessive pricing in a more rational manner, which is comprised of three cumulative conditions: (i) the firm must have a monopoly that is the result of past investments or innovation and is protected by insurmountable legal barriers to entry; (ii) the price set forth by the firm widely exceeds its average total cost; and (iii) the high price might impair the emergence of new products in adjacent markets³³.

A few aspects of such test must be addressed. Given the fact that the first condition proposed by the test requires the existence of insurmountable legal barriers to entry, it is implied that the law should only fight excessive pricing when the law itself was part of the problem. If the legal barriers are related to intellectual property protection, the question of whether antitrust should intervene to lower down the innovator's price is a complicated one, and it might be that intellectual property laws would be a better mechanism to solve the problem (for example, through compulsory licensing, which is possible remedy under Brazilian law). If, however, the legal barriers were created by other laws or regulations, then competition advocacy might arguably be a better alternative than antitrust intervention to lower the legal barriers.

The third condition imposes on the plaintiff the burden of demonstrating, in a counterfactual scenario, that new products would emerge in an adjacent market if the price of the product in question was lower. This condition would make a claim brought under the proposed test resemble a market foreclosure case rather than an excessive pricing one (*e.g.*, "I cannot develop my product A because the price of input B is too high, and the producer

³⁰ Ibid. p. 15.

³¹ Ibid. p. 22.

³² "The advantage of specifying a common *per se* legal standard for all excessive pricing cases is that it greatly simplifies the application of the law, providing firms with a more certain legal environment and allowing competition authorities to focus on other more grievous offences" (Ibid. p. 29).

³³ Ibid. p. 29.

of input B is a monopolist shielded from competition by insurmountable legal barriers”). Accordingly, additional questions would arise: can antitrust authorities punish a firm for supposedly foreclosing a market that does not exist (and might not come to existence even if the prices are lower)? What happens if price is lowered, but no new product emerges? If the adjacent market already exists and the party bringing the claim is a competitor of the defendant in such market, should the test be applied differently³⁴?

Akman and Garrod propose a different test to define excessive pricing, using the United Brands method as the starting point³⁵. According to the authors, in United Brands, the European Commission established that price would be deemed excessive if (i) the price-cost margin is excessive, and (ii) the price is unfair in itself or in comparison with that of similar products³⁶. The authors argue that such test may not be a good guidance to firms, which may lead to uncertainty and, consequently, loss of welfare³⁷.

Therefore, they propose a different test, comprised of three steps³⁸. In the first step, the antitrust authority would compare the price in question with that of a given reference transaction, looking for any discrepancies between both. If a significant price difference is found, the authority would apply the second step, to determine if the firm has obtained gains in expense of consumers. If the answer is positive, then a third and last step would follow, in which the antitrust authority would inquire whether the transfer of rent at the expense of consumers is the result of changes in the market (supply and demand) or simply the result of lack of competition. If the reason for the excessive price is lack of competition, then the antitrust authority should intervene³⁹.

³⁴ The possibility of market foreclosure was the essence of Commissioner Paulo Furquim’s test proposed in the judgment of process no. 08012.005181/2006-37. See RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A eficácia jurídica...* pp. 190-191.

³⁵ AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. *When are excessive prices unfair?* Available at <<http://ssrn.com/abstract=1578181>>. Accessed on September 14, 2016.

³⁶ *Ibid.* p. 2.

³⁷ *Ibid.* pp. 4-5.

³⁸ For a detailed description of such test, see *Ibid.* pp. 10-13.

³⁹ The authors also mention “competition issues” as grounds for intervention under the third step, although it is not clear if the expression should be understood as synonym of “lack of competition”. The difference is relevant, as lack of competition might not be the result of competition issues (from an antitrust perspective). In this sense: “[a]lthough the principle of dual entitlement deems prices unfair with respect to exogenous fluctuations in supply and demand, in our procedure prices should only be found unfair if they are unfair due to competition issues. Consequently, an abuse should

The underlying principle of the Akman-Garrod test seems to be that firms should not be allowed to (excessively) extract rents from consumers due to lack of competition. Even though such principle seems right and fair at first glance, one might argue that lack of competition may be the result of superior efficiency by the monopolist firm and, as stated before, it is doubtful that a policy forbidding efficient firms to charge monopoly prices is beneficial in the long run. That is probably the reason why the authors argue, in their conclusion, that antitrust policy should focus on the causes of the lack of competition rather than its effects (excessive price)⁴⁰.

Carlos Ragazzo, by his turn, propose that excessive pricing prosecution should be forgone altogether⁴¹. Aside from the several policy reasons for not pursuing prosecution of such practices, already addressed above, the author argues that under the new Brazilian antitrust statute (Law no. 12,529/2011), excessive pricing was excluded from the non-exhaustive list of anticompetitive practices subject to prosecution contained in article 36, § 3. Ragazzo recognizes, however, that the practice can still be prosecuted in Brazil under the catch-all provision set forth in article 36.

3. Addressing excessive pricing: a proposal

As addressed above, defining general rules to guide antitrust authorities with respect to legal treatment of excessive pricing is difficult, if not impossible (or at least inadvisable).

Notwithstanding, there are conducts, as demonstrated by the Daraprim price increase, that are facially unreasonable and arguably should not be allowed by antitrust law as a matter of fairness. Those are situations where the price is not only excessive, but is also abusive.

Accordingly, even though we agree with arguments that, as a matter of policy, prosecuting excessive pricing is simply not effective, we nevertheless think that antitrust authorities should intervene if: (i) the price is so high as to be considered not only excessive, but abusive; and (ii) the demand for the product in question is inelastic.

Antitrust doctrine has often relied upon concepts that are somehow vague and subjective, such as reasonableness and abusiveness, but nevertheless

only be found if the firm gains sufficiently at the expense of customers due to a lack of competition” (Ibid. p. 13).

⁴⁰ Ibid. p. 19.

⁴¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A eficácia jurídica... p. 208.

can be applied with an acceptable degree of certainty and predictability by Courts and administrative tribunals.

In the United States of America, for example, the idea of reasonableness has been used since the early years of the Sherman Act to interpret the overreaching language contained in the Section 1 of said statute. Since the dissenting opinion issued by Justice White in *Standard Oil*⁴², U.S. Courts have developed the rule of reason to determine which types of restraints of trade are forbidden under Section 1 of the Sherman Act.

The rule was further specified and detailed through case law, with the development of concepts such as naked restraints and ancillary restraints⁴³. Such concepts have been used as aids to determine when the rule of reason should be applied and how flexible its application should be (*e.g.* full rule of reason or truncated rule of reason⁴⁴).

In addition, the idea of abusiveness is not new to Brazilian law. According to article 187 of Law no. 10.406/2002 (Civil Code), abuse of right occurs whenever a person manifestly exceeds the limits of a right, taking into consideration the social or economic purpose of the right in question, as well as standards of good faith and good costumes. Specifically, the concept of abusiveness has been used by Cade in sham litigation cases.

In the administrative process no. 08012.004484/2005-51, Commissioner Cesar Mattos used the concept of abusive exercise of a right to define the requirements for the characterization of sham litigation. According to the Commissioner, “the abuse of a right arises from the irregular use of such right, with a different purpose than that originally recognized for the right in question” and, consequently, the Law, as a tool of moral valuation, “oriented to ensure order, safety and social peace, is violated by the abusive exercise of a right”⁴⁵.

The abuse of right is inherently flexible and, consequently, it would be difficult to formulate a definition that could be applied broadly. Also, its characterization depends heavily on the facts of the case. However, it seems to

⁴² *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

⁴³ The creation of these concepts is generally attributed to Justice Taft’s opinion in *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States* 175 U.S. 211 (1899).

⁴⁴ See, for example, *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); and *PolyGram Holding, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29. (D.C. Cir. 2005).

⁴⁵ Page 9 of concurring opinion issued by Commissioner Cesar Mattos in the administrative process no. 08012.004484/2005-51.

be generally accepted that the prohibition of the abuse of right establishes a standard of good-faith behavior.

In this sense, Brazil's Superior Court has decided that the holder of a subjective right may not exercise it in such a manner that "deviates from the theological sense (purpose or social function) of the norm that supports it (exceeding the limits of reasonableness)"⁴⁶.

The right to charge whatever price a firm wish was not granted by the Law so as to allow exploitation of consumers by charging abusively high prices. Therefore, it is hereby argued that antitrust should intervene if: (i) the price increase performed by a firm may be deemed abusive, and not merely excessive; (ii) the firm has significant market power, so as to make unlikely that the expansion of output by a competitor would neutralize, at least partially, the harmful effects of the abusive price; and (ii) the demand of the product in question is inelastic, so as to prevent consumers from switching to close substitutes or stopping to consumer the product altogether.

Since the abuse of right is a matter of standard of behavior, the abusive price should be determined in accordance with past practices of the dominant firm. It might be said that firms are allowed (and even expected) to charge high prices as a reward for their efforts for being more efficient than their competitors. Such practice is in accordance with the social and economic purposes of free enterprise, as well as with good faith and good costumes. There is not, however, a general permission for firms to exploit consumers, especially if such consumers have no viable alternatives so as to avoid or mitigate such exploitation.

In that sense, substantial increases in price in a short period of time that cannot be supported by any economic reason, or substantial price increases that can only be explained by concentration of market power, might be deemed abusive if demand is inelastic and therefore there is no possibility for the market to correct itself.

We recognize that it is difficult, if not impracticable, to provide an accurate quantitative criterion for the characterization of abusiveness in a price increase. Any number proposed herein would be arbitrary. Notwithstanding, we believe that antitrust should not close its eyes completely to abusive pricing when the market is not capable of correcting the problem without intervention (*i.e.*, when demand is inelastic).

With respect to other excessive pricing situations (such as, for example, several non-substantial price increases throughout a prolonged period

⁴⁶ Superior Court of Justice, REsp 1143216 / RS, J. Luiz Fux, judged on March 24, 2010.

of time or maintenance of high prices for an extended period), we agree with Ragazzo that other laws – such as the intellectual property laws, consumer protection laws and sectoral regulation – may be more effective than antitrust in proving remedy⁴⁷.

Thus, as a matter of policy, antitrust authorities should not spend significant resources in prosecuting excessive pricing, since there seems to be no test capable of drawing a clear line between reasonable and excessive prices. As a matter of fairness, however, we believe antitrust enforcers should take action if a certain price increase is facially unreasonable and abusive, provided that the demand curve facing the firm is inelastic⁴⁸.

Conclusion

This essay has addressed the problem of excessive pricing, with the purpose of determining if antitrust should be enforced against such practice as a matter of policy and/or as a matter of fairness.

After a brief explanation about why price matters in a capitalist economy and how to draw a line between reasonable and excessive price, we concluded that: (i) price matters because it allows the market to allocate scarce resources efficiently and, from a social perspective, it limits the number of people who have access to a certain product; and (ii) scholars and policymakers have not been able to formulate a reliable test to detecting excessive pricing and, as a result, many scholars suggest that antitrust law should forgo excessive pricing prosecution altogether.

Notwithstanding those findings, however, we concluded that there might be situations where prices are not only excessive, but are also abusive. In those situations, if the firm has substantial market power and faces an inelastic demand curve, antitrust law should address the problem.

Therefore, we conclude that, even though antitrust should not be enforced against excessive pricing as a matter of policy, it should be enforced

⁴⁷ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A eficácia jurídica... pp. 203-205.

⁴⁸ As explained by Mark Grady, “[t]he demands facing individual firms are more elastic than the demands facing entire industries”. See GRADY, Mark F. *Cases and materials...* p. 18. Stated backwards, this means that the demand curve facing an industry will be less elastic than those facing an individual firm, which means that the demand curve of the industry might be inelastic, whereas the firm may face an elastic demand curve. Therefore, we are only concerned with situations where the firm, individually, faces an inelastic demand curve.

against abusive (and not only excessive) pricing, if the demand curve faced by the firm in question is inelastic and the firm has substantial market power.

References

ABBOTT, Frederick M. *Excessive pharmaceutical prices and competition law: doctrinal development to protect public health*. Available at <<http://ssrn.com/abstract=2719095>>. Accessed on August 27, 2016.

AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. *When are excessive prices unfair?* Available at <<http://ssrn.com/abstract=1578181>>. Accessed on September 14, 2016.

FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE. *Horizontal Merger Guidelines*. Available at <<https://www.ftc.gov/>>. Accessed on September 16, 2016.

GRADY, Mark F. *Cases and materials on antitrust*. Los Angeles [s.n.], 2016. 1074 p.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Excessive prices*. Available at <<http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>>. Accessed on August 27, 2016.

PADILLA, Jorge; EVANS, David S. *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. Available at <<http://ssrn.com/abstract=620402>>. Accessed on September 11, 2016.

POLLACK, Andrew. Drug goes from \$13.50 a tablet to \$750, overnight. *The New York Times*, New York, 20 Sept. 2015. Available at <http://www.nytimes.com/2015/09/21/business/a-huge-overnight-increase-in-a-drugs-price-raises-protests.html?_r=0>. Accessed on August 27, 2016.

PITTMAN, Russell. *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*. Available at <<http://ssrn.com/abstract=996643>>. Accessed on September 15, 2016.

POSNER, Richard. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 83, pp. 807-828, 1975. pp. 807-809.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *A eficácia jurídica da norma de preço abusivo*. Available at <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/16/>. Accessed on September 14, 2016.

_____. Preço abusivo, eficácia jurídica e análise econômica: afinal, onde está a cabeça de bacalhau? *Revista do IBRAC*, v. 18, p. 21-43, 2011.

SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. *Comments of J. Gregory Sidak and David J. Teece before the Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice on the Horizontal Merger Guidelines Review Project*. Available at <<http://ssrn.com/abstract=1504706>>. Access on September 14, 2016.

WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, Pittsburgh, Vol. 58, pp. 18-36, 1966

_____. Economies as an antitrust defense revisited. *The University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, Vol. 125, pp. 699-736, 1977.

Prêmio IBRAC-TIM 2016 – 3.ª Colocada Categoria Pós-Graduação

**FIXAÇÃO E SUGESTÃO DE PREÇOS DE REVENDA:
PRINCIPAIS EFEITOS CONCORRENCIAIS E DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DE PROVA**

Ana Paula Paschoalini

Resumo: O presente trabalho visa a examinar os possíveis impactos concorrenciais de ações comerciais baseadas na fixação e sugestão de preços de revenda, e a estudar os possíveis padrões de análise desse tipo de prática no âmbito do direito antitruste. Para tanto, serão examinadas algumas das principais referências na doutrina econômica e jurídica para o estudo da racionalidade econômica de ações comerciais dessa natureza. Também serão apresentados os principais precedentes sobre *resale price maintenance* na jurisprudência nacional e estrangeira. Por fim, será empreendida análise crítica da orientação estabelecida pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

Palavras-chaves: direito concorrencial, infração à ordem econômica, restrições verticais, fixação de preços de revenda, sugestão de preços de revenda, eficiências econômicas, riscos à concorrência, ilicitude *per se*, regra da razão.

Keywords: antitrust, antitrust violation, vertical restraints, resale price maintenance, resale price-fixing, resale price recommendation, economic efficiencies, antitrust risks, per se illegality, rule of reason.

1. Introdução

Em 30 de janeiro de 2013, o Tribunal Administrativo do CADE julgou um caso que se tornaria paradigmático na jurisprudência concorrencial brasileira. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (“CASO SKF”), que tinha por objeto a investigação da SKF do Brasil Ltda. (“SKF do Brasil”), por supostamente associar a definição de preços mínimos de revenda de seus produtos a mecanismos de monitoramento e de punição de revendedores em caso de descumprimento dos preços estipulados pela fabricante de peças automotivas. Na 455ª sessão ordinária de julgamento do Tribunal do CADE, o Plenário, por maioria, condenou a SKF do Brasil, por

violação aos arts. 20 e 21, IV e V, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (antiga Lei de Defesa da Concorrência).

O **CASO SKF** traz importante discussão quanto ao padrão de análise dos impactos sobre a concorrência de ações comerciais baseadas na fixação e/ou na sugestão de preços de revenda, prática também conhecida como *resale price maintenance*. Em resumo, o Tribunal do CADE reviu a orientação que, até então, prevalecia em casos dessa natureza; e estabeleceu a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda, invertendo o ônus de prova da ausência de potencialidade de dano à concorrência. Segundo o Presidente do CADE, o **CASO SKF** se tornaria um marco na jurisprudência por representar “a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras”¹.

Na literatura econômica e jurídica, a fixação e/ou sugestão de preços de revenda é tema de debate há muito tempo. Um dos primeiros autores a estudar o assunto foi TAUSSIG, professor da Universidade de Harvard, que, em 1916, examinou a racionalidade econômica por trás de ações comerciais dessa natureza². As décadas de 1970 e 1980 foram especialmente relevantes para esse debate. Mas, ainda hoje, o tema desperta o interesse de juristas e economistas que procuram a melhor forma de equacionar eficiências econômicas relacionadas a essas práticas e efeitos deletérios sobre a concorrência que delas podem decorrer.

O tema também já foi alvo de muita discussão na jurisprudência das principais jurisdições em matéria de direito concorrencial. Nos Estados Unidos, foram mais de 80 anos de presunção absoluta de ilicitude desse tipo de prática, pela Suprema Corte norte-americana, até a revisão dessa orientação em *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997) e *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.* (2007). No âmbito da União Europeia, por décadas, a prática de fixação de preços de revenda foi condenada pelas autoridades concorrenciais, independentemente de se tratar de definição de patamares mínimos, rígidos ou máximos. Talvez como reflexo das discussões na doutrina e na jurisprudência norte-americana, a orientação das autoridades europeias começou a ser revista no final dos anos de 1990, muito embora ainda hoje o padrão de análise europeu seja mais rigoroso que o norte-americano nesse assunto.

¹ Cf. fls. 809 dos autos do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

² TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, nº 1, *Supplement, Papers and Proceedings of the Twenty-eighth Annual Meeting of the American Economic Association*, mar. p.170-184, 1916. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1803800>>. Acesso em: 16 set. 2015.

De acordo com SALOMÃO FILHO, a prática sob exame no **CASO SKF** pode ser enquadrada na categoria de *uniformização de preços ou condições de revenda* de um determinado produto pelo seu fabricante – ou seja, na categoria de *restrições verticais à concorrência*³. As duas características principais dessa categoria seriam, segundo o mesmo professor: “a eliminação da concorrência e sua orquestração em um nível de mercado diverso daquele em que ela efetivamente ocorre”⁴.

As principais preocupações associadas à fixação e/ou sugestão de preços de revenda estão justamente relacionadas a essa *eliminação da concorrência*. A depender das condições estruturais dos mercados de produção e revenda, esse tipo de prática pode induzir o alinhamento de preços entre pontos de venda, na revenda de uma mesma marca ou de marcas concorrentes, ou, ainda, entre fabricantes de produtos rivais.

Ocorre que a mesma prática também pode estar associada a propósitos legítimos do ponto de vista concorrencial. Pesquisas e estudos econômicos revelam que esse tipo de estratégia comercial pode ser a alternativa encontrada para, entre outras finalidades, estimular a prestação de serviços especiais ao consumidor final; permitir a entrada de novos *players* no mercado ou o lançamento de novos produtos ou marcas; evitar comportamento oportunista entre revendedores; ou reposicionar um determinado produto ou marca no mercado – o que pode se dar por meio de estímulo a maiores esforços de venda desse produto ou marca; de incentivo à sua disponibilização em pontos de venda estratégicos ou em um maior número de lojas; ou, ainda, por meio do melhoramento da imagem e reputação desse produto ou marca perante o consumidor final.

Essa ambiguidade de efeitos é o que alimenta até hoje o debate quanto ao tratamento jurídico mais apropriado para a fixação e/ou sugestão de preços de revenda. Ainda hoje não há consenso entre os estudiosos sobre o tema, havendo aqueles que defendem que prática dessa natureza deve ser presumida ilícita, do ponto de vista concorrencial; e outros que propõem sua análise pela regra da razão – *i.e.*, que seja considerada lícita, a menos que restrinja a concorrência de forma não razoável.

2. Doutrina e jurisprudência sobre o tema

O exame da doutrina e jurisprudência sobre fixação e/ou sugestão de preços de revenda indica que o foco de atenção dos estudiosos e das autoridades

³ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 595.

⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 596.

concorrenciais das principais jurisdições em matéria de direito antitruste nunca foi a mera sugestão de preços de revenda. Estratégias comerciais dessa natureza tendem a não ser consideradas anticompetitivas, a não ser que estejam associadas a incentivos econômicos ou mecanismos de coação que façam com os preços recomendados tenham, na realidade, caráter impositivo.

No âmbito da União Europeia, esse tipo de prática não é considerado restrição severa à concorrência; e estará sujeito, até mesmo, a isenção à regra prevista no art. 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFEU”) se: (i) nenhum dos agentes econômicos envolvidos detiver participação de mercado superior a 30%; e (ii) a prática não mascarar esquema de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda⁵.

No Brasil, o CADE já se manifestou no sentido de que esse tipo de prática não pode suscitar preocupações concorrenciais a ponto de justificar sua proibição. Exemplos disso são as decisões do CADE nos casos *Kibon*⁶ e *Kinder Ovo*⁷. Aliás, no **CASO SKF**, o Presidente do CADE reconheceu que, embora possa acarretar, em certas circunstâncias, alguns problemas concorrenciais, a mera recomendação de preços não despertaria preocupações tão sérias quanto às relacionadas à fixação de preços de revenda.

Outra constatação é que, nas principais jurisdições em matéria de direito antitruste, a fixação de preços de revenda, de forma unilateral, pelo fabricante de um determinado produto, também tende a não ser considerada prática anticoncorrencial. Nos Estados Unidos e no âmbito da União Europeia, a preocupação com *resale price maintenance* sempre esteve relacionada à existência de um acordo entre o fabricante de um determinado produto e seus revendedores, muito embora não seja tão simples diferenciar, na prática,

⁵ Vide, a esse respeito: “Article 101 (ex Article 81 TEC) 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts”.

⁶ Processo Administrativo nº 0148/1992.

⁷ Consulta nº 20/1997.

situações em que a fixação de preços decorre de decisão unilateral daquelas em que isso seja o resultado de um acordo entre agentes econômicos. Na literatura econômica, há, inclusive, autores que defendem a presunção absoluta de licitude de estratégias comerciais baseadas na fixação de preços de revenda, de forma unilateral, pelo fabricante de um determinado produto. É o caso, por exemplo, de POSNER, EASTERBROOK e BORK.

No Brasil, por outro lado, não há qualquer distinção entre a imposição unilateral de preços de revenda e acordos que também tenham como objeto a fixação de preços: se preenchidos os critérios previstos no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, ambas as práticas poderão ser consideradas anticoncorrenciais.

Sobre o patamar fixado para os preços, a literatura e a jurisprudência indicam que as preocupações relacionadas à definição de preços máximos de revenda também não são tão sérias quanto às decorrentes do estabelecimento de patamares mínimos e/ou rígidos de preços. Além de benéfica ao consumidor final, a definição de preços máximos de revenda pode ser medida economicamente eficiente no combate a problema típico de monopólios ou oligopólios sucessivos – a dupla marginalização. Além disso, como regra, esse tipo de prática não traz consigo a principal preocupação concorrencial relacionada à fixação de preços de revenda – *i.e.*, a facilitação de cartel⁸.

Isso fez com a Suprema Corte dos Estados Unidos afastasse a presunção absoluta de ilicitude da fixação de preços máximos de revenda em *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997). Também fez com que a Comissão Europeia passasse a tratar acordos dessa natureza como regulares do ponto de vista concorrencial, desde que preenchidos os requisitos previstos, atualmente, na Resolução nº 330/2010 (e, antes, no Regulamento nº 2790/1999).

No Brasil, a fixação de um patamar máximo para os preços de revenda também tende a ser vista como prática menos problemática do que a definição de preços mínimos ou rígidos. É bastante ilustrativo, nesse sentido, o voto no **CASO SKF** do então Conselheiro do CADE Marcos Paulo Veríssimo:

Novamente, revela-se relativamente consensual na experiência internacional que as segundas” [imposição de preços e margens mínimas] “devem merecer um tratamento muito mais rígido que as primeiras,” [imposição de preços e margens máximas] “pois seu efeito imediato, necessário e invariável é uma sempre elevação de preços, ainda que nos limites da competição intramarca, sendo raras as eficiências capazes de sobrepujar esse elemento de dano que não

⁸ A fixação de preços máximos de revenda poderá facilitar o alinhamento de preços se mascarar esquema de fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda.

possam, no comum das vezes, ser produzidas por outros meios menos restritivos da concorrência.⁹

O ponto de maior sensibilidade é, sem dúvida alguma, a fixação de patamares mínimos e/ou rígidos para os preços de revenda.

Na literatura econômica e jurídica, mesmo após décadas de estudos e debates, ainda não há orientação clara em relação aos efeitos desse tipo de prática sobre a concorrência. Os principais juristas e economistas que se debruçaram sobre o tema não discordam quanto à existência de riscos concorrenciais relacionados à fixação de preços mínimos ou rígidos de revenda: estratégias comerciais dessa natureza podem, de fato, despertar preocupações concorrenciais, sendo a facilitação de cartel a principal delas. No entanto, cada um deles enxerga esse problema sob uma ótica própria. Para ilustrar, embora reconheça a existência desse problema, EASTERBROOK¹⁰ considera ser muito difícil estarem presentes todas as condições necessárias para que o risco de facilitação de cartel seja de fato efetivo, sendo mais provável que a fixação de preços de revenda seja prática adotada para fins pró-competitivos. Nessa mesma linha, AREEDA, KAPLOW e EDLIN¹¹ sugerem serem poucos os exemplos concretos em que a facilitação de cartel tenha sido a explicação encontrada para a fixação de preços de revenda; GELHORN, KOVACIC e CALKINS¹² também afirmam que estudos sobre esse tipo de prática revelariam que os resultados anticompetitivos geralmente associados a ela não são tão frequentes como originalmente se pensava. Por outro lado, BOWMAN JR. sugere que os primeiros registros históricos de adoção de estratégia comercial baseada em *resale price maintenance* estariam ligados à prática de cartel na revenda.

Embora a perspectiva adotada não seja a mesma, muitos desses juristas e economistas parecem concordar em um ponto: para que a prática seja considerada anticoncorrencial, é preciso que os efeitos deletérios sobre a concorrência sejam, ao menos, possíveis. Nesse sentido, EASTERBROOK afirma que o risco de facilitação de cartel somente existirá se, entre outras condições, os mercados de produção e de revenda forem concentrados; não houver diferenças significativas entre o produto objeto da medida e seus principais

⁹ Cf. fls. 51 do voto do Conselheiro Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

¹⁰ EASTERBROOK, F. H. Vertical Arrangements and the Rule of Reason cit.

¹¹ AREEDA, P.; KAPLOW, L.; EDLIN, A. Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases.

¹² GELHORN, Ernest.; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 5. ed. Minnesota: Thomson/West, 2004. 617 p.

concorrentes no mercado (*i.e.*, os produtos devem ser homogêneos); e não houver dificuldade no monitoramento dos preços de revenda.

OVERSTREET JR.¹³, por sua vez, somente admite o risco de facilitação de cartel: (i) na revenda, se os revendedores envolvidos detiverem poder de mercado suficiente para impor seus interesses sobre o fabricante (monopsônio) e a margem de lucro de revenda predefinida superar o patamar considerado ideal por este último; e (ii) na produção, se o mesmo tipo de prática for adotado por concorrentes que representem parcela significativa do mercado e se houver prova (a) da existência de acordo de preços entre rivais, (b) de que as barreiras à entrada nos mercados de produção e revenda são elevadas a ponto de não colocar em risco todo o esquema, e ainda (c) de que os revendedores não seriam capazes de optar por concentrar seus negócios na oferta de produtos não cartelizados.

Ainda nesse sentido, embora sugira a existência de relação entre a fixação de preços e a prática de cartel na revenda, BOWMAN JR.¹⁴ não deixa de reconhecer a necessidade de cooperação por parte de fabricantes concorrentes, e de existência de um número limitado de revendedores, com perfis semelhantes, para que esse tipo de estratégia comercial sirva, de fato, como mecanismo de cartel.

Na literatura nacional, SALOMÃO FILHO considera que, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a configuração de um ilícito concorrencial depende da possibilidade de produção de efeitos negativos sobre a concorrência¹⁵. No caso de restrições verticais, SALOMÃO FILHO propõe a diferenciação de práticas direcionadas a distribuidores e/ou revendedores exclusivos e as voltadas a distribuidores e/ou revendedores multimarca. Com relação ao primeiro tipo de restrição, o professor considera haver risco concorrencial – *i.e.*, potencialidade de dano à concorrência – se, e somente se, o fabricante detiver poder de mercado, em conjunto ou separadamente com outros fabricantes. Quanto ao segundo tipo, SALOMÃO FILHO considera que, nessa hipótese, restrições verticais “*presumidamente sempre tem por objetivo e pode levar à dominação do mercado*”¹⁶.

Quanto às eficiências econômicas, a doutrina reconhece uma série de possíveis justificativas para a fixação de preços mínimos e/ou rígidos de

¹³ OVERSTREET JR., T. R. *Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence* cit.

¹⁴ BOWMAN JR., W. S. *The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance* cit.

¹⁵ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial* cit., p. 415.

¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 611.

revenda. Uma das principais é a garantia, pelo fabricante de um determinado produto a seus revendedores, de margem de revenda suficiente para estimular a realização de investimentos na prestação de serviços especiais ao consumidor final. Além de economicamente eficiente, a fixação de preços pode, nesse sentido, estimular a concorrência intramarca via serviços e também acirrar a concorrência intermarcas, assegurando a maior competitividade de um determinado *player* em relação a seus concorrentes no mercado de produção.

Outra possível explicação para a prática é a garantia de margem de revenda suficiente para que revendedores estratégicos tenham interesse em manter em suas prateleiras um determinado produto ou ainda para que um maior número de varejistas decida promover sua venda: à medida que favorece o melhor posicionamento de um determinado produto ou marca no mercado, esse tipo de estratégia pode também ser um estímulo ao acirramento da concorrência intermarcas.

Segundo OVERSTREET JR.¹⁷, além dessas, há inúmeras outras possíveis explicações para a fixação de preços de revenda, sendo que muitas delas podem se adequar como justificativa econômica em apenas alguns poucos ou em um único caso.

Na jurisprudência, a Suprema Corte dos Estados Unidos reviu sua orientação sobre o tema após quase 100 anos de presunção absoluta de ilicitude da prática de fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda. Em *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.* (2007), a Suprema Corte reconheceu que esse tipo de estratégia comercial pode ser tanto benéfico quanto prejudicial à concorrencial; e ainda que, na época, a experiência das cortes e tribunais norte-americanos com esse tipo de prática, não era suficiente para afirmar, com segurança, que os efeitos deletérios sobre a concorrência tendem sempre a superar as eficiências econômicas que podem resultar da fixação de preços de revenda. Para avaliar os efeitos líquidos desse tipo de prática sobre a concorrência, o então Juiz Kennedy – que foi acompanhado pela maioria dos juízes da Suprema Corte participantes desse caso – considerou ser necessária a avaliação de alguns fatores, tais como:

(i) *o número de players no mercado de produção que adotem estratégias comerciais dessa mesma natureza*: sendo que, quanto menor o número e a representatividade de *players* que fazem uso desse tipo política, menor o risco de a fixação de preços de revenda facilitar a formação de cartel;

(ii) *a origem da prática*: se há clareza de que a fixação dos preços mínimos de revenda tenha sido medida pleiteada por um ou mais revendedores,

¹⁷ OVERSTREET JR., T. R. *Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence* cit.

há risco de que a prática seja destinada à organização de cartel ou ao favorecimento de revendedor ineficiente em posição relevante no mercado;

(iii) *poder de mercado*: do agente econômico que tenha instituído a fixação de preços de revenda detivesse poder de mercado.

No âmbito da União Europeia, a fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda recebe tratamento mais rigoroso em relação ao que foi estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2007. Isso não significa que a prática esteja sujeita à presunção absoluta de ilicitude na Europa. Na realidade, presume-se que esse tipo de estratégia comercial se enquadra como um ilícito pela regra do art. 101(1) do TFEU¹⁸; mas abre-se a possibilidade, ao investigado, de demonstrar que a prática: (i) pode contribuir para a melhora na produção ou distribuição de mercadorias, ou para o progresso técnico ou econômico, ao mesmo tempo em que traz benefícios aos consumidores; e (ii) não impõe restrições que não sejam indispensáveis para o alcance desses resultados, e não possibilita a eliminação de parcela substancial da concorrência¹⁹.

Essa é a orientação estabelecida pela Comissão Europeia. Mas note-se que, apesar disso, em diversos precedentes envolvendo a prática de *resale price maintenance*, as autoridades concorrenciais tiveram a preocupação de

¹⁸ Article 101 (ex Article 81 TEC) 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

¹⁹ Tradução livre do original: “3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: – any agreement or category of agreements between undertakings, – any decision or category of decisions by associations of undertakings, – any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

demonstrar que os agentes econômicos envolvidos detinham poder de mercado suficiente para pôr em risco a livre-concorrência. Foi assim nos casos: *COMP.F.1/36.516 – Nathan – Bricolux* (2000), *COMP.F.1/35.918 – JCB* (2000), *COMP/36.264 – Mercedes-Benz* (2001) e *COMP/37.975 – PO/Yamaha* (2003).

Note-se ainda que, em pelo menos duas oportunidades recentes, a Corte de Justiça Europeia se posicionou sobre a fixação de preços de revenda, sugerindo que práticas dessa natureza somente podem ser consideradas ilícitas, caso restrinjam – ou possam restringir – a concorrência, de forma substancial, no mercado comum europeu, e sejam capazes de causar impactos sobre o livre comércio entre países membros da União Europeia. Isso se deu, por exemplo, em 2009, no caso *C-260/07 Pedro IV Servicios*. Nesse caso, além de reconhecer que a recomendação de preços e a fixação de preços máximos de revenda estão fora do escopo do art. 81 do TEC (correspondente ao atual art. 101 do TFEU), a Corte afirmou expressamente que a fixação de preços mínimos ou rígidos somente poderia ser considerada violação a essa norma, se constatadas, no caso concreto, as condições previstas no art. 81(1) do TEC (correspondente ao atual art. 101(1) do TFEU), quais sejam: que a prática tenha por objeto ou efeito a restrição à concorrência no mercado comum europeu e seja capaz de afetar o livre comércio entre países membros.

3. Caso SKF: análise crítica da nova orientação do CADE

Até o julgamento do **Caso SKF**, nunca houve análise aprofundada sobre os efeitos concorrenciais que podem decorrer desse tipo de estratégia ou sobre o tratamento jurídico mais apropriado para casos dessa natureza. Além disso, nenhum caso levado a julgamento pelo CADE, até então, tinha resultado em condenação autônoma por prática dessa natureza²⁰. Fica claro, portanto, que o **Caso SKF** é, de fato, paradigmático na jurisprudência do CADE.

Em resumo, com a orientação estabelecida no **CASO SKF**, a prática de fixação de preços mínimos e/ou rígidos de revenda passa a ser presumida ilícita pelo CADE, sendo suficiente prova da efetiva implementação de estratégia comercial dessa natureza para a condenação do(s) agente(s) econômico(s) envolvido(s) nessa prática. E essa condição só poderá ser

²⁰ BRÓLIO GONÇALVES, P. Pánel 3 – Uma abordagem sobre fixação de preço de revenda à luz da jurisprudência recente do Brasil, Estados Unidos e Europa. *19.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC*, 2013. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/19SeminarioConcorrência/PALESTRAS/19_IBRAC_01112013_Priscila_%20Brolio.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

revertida, se o(s) investigado(s) for(em) capaz(es) de produzir prova negativa da potencialidade de dano e de demonstrar que os efeitos líquidos da prática sobre a concorrência são positivos.

Isso nos remete à discussão sobre a configuração de ilícito concorrencial no Brasil. De acordo com o art. 173, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apenas o *abuso* de poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros está sujeito à repressão no Brasil.

Como bem pontua SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, o *abuso* de poder econômico pressupõe que o poder do qual se excede é legítimo, assim como em princípio o seu *uso*²¹. Ainda de acordo com o professor, não há como qualificar, por força de lei, o que venha a constituir *abuso* de poder econômico: mesmo o exercício de prerrogativas legítimas, conferidas ou, pelo menos, não proibidas por lei, pode configurar *abuso* de poder econômico, se provocar desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, sujeito ativo do direito difuso à livre concorrência²². O exame do que venha a constituir *abuso* de poder econômico depende da ponderação de uma série de fatores, quais sejam: das condições do agente econômico que exerce esse poder em relação a outros *players* atuantes no mesmo mercado; das circunstâncias e do momento em que o uso do poder econômico se dá; e das condições estruturais do(s) mercado(s) que, de algum modo, sofre(m) os reflexos desse poder.

Nesta linha de raciocínio, se a infração é por *abuso* de poder econômico, é importante observar a capacidade e as condições *do agente* econômico em face dos demais. Já quanto ao mérito da conduta, há de se olhar para o exercício estratégico *da prática*, ou seja, para as circunstâncias e condições objetivas do momento, para a conveniência e oportunidade em que se exerce a conduta. Assim haverá abuso por excesso de poder (aspecto subjetivo) quando houver exorbitância no uso da capacidade de agir, das condições do agente (por exemplo, em caso de posição dominante ou de monopólio). Independentemente da condição subjetiva, o abuso ocorre também por desvio de finalidade (aspecto objetivo), por possibilidade efetiva de produzir-se um efeito danoso ao mercado no contexto da prática

²¹ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n° 2, p. 15, 2013.

²² Idem, *ibidem*, p. 14.

(condutas cartelizadoras para evitar os prejuízos de uma “guerra de preços”, mas que provocam substantivos prejuízos ao mercado e ao consumidor).²³

De todo modo, mesmo que isso fosse desconsiderado, a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda continuaria sendo questionável. Isso porque os impactos desse tipo de prática sobre a concorrência são ambíguos e nem mesmo em jurisdições mais maduras do que a brasileira, em matéria de direito antitruste, há clareza quanto aos efeitos que tendem a prevalecer na maior parte dos casos. Aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou a presunção absoluta de ilicitude dos casos de *resale price maintenance* justamente por não ser possível afirmar, com segurança, que os riscos concorrenciais tendem sempre a superar as eficiências econômicas que podem resultar da fixação de preços de revenda.

Ainda nesse sentido, são bastante ilustrativas as considerações feitas por Luiz Carlos Delorme Prado, então Conselheiro do CADE, em seu voto no Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 (*Cartel das Britas*). Nesse caso, o Conselheiro Delorme Prado discute a possibilidade de presumir a ilicitude do cartel clássico no Brasil; e chega à conclusão de que isso seria, sim, possível, porque, diferentemente de outras práticas, “cartéis clássicos são, *sem qualquer ambiguidade*, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são, conseqüentemente, um delito per se, sem possibilidade de qualquer mitigação”²⁴. Em seu voto, o então Conselheiro faz o alerta de que tratar dessa mesma forma práticas que tanto podem ser negativas quanto benéficas para a concorrência seria prejudicial ao progresso econômico, ainda mais no caso de um país em desenvolvimento. Embora estivesse se referindo especificamente a atos de concentração, o mesmo raciocínio é perfeitamente aplicável a restrições verticais e, mais particularmente, à fixação de preços de revenda.

Portanto, enquanto as fusões e aquisições podem ter um efeito negativo para o consumidor, a partir do aumento do poder de mercado de uma empresa, esses podem ser **MAIS** que compensados com o aumento da eficiência que beneficia os consumidores. Isto é, como a legislação antitruste, particularmente em um país em desenvolvimento, não pode ser um freio ao progresso técnico e ao aumento da eficiência da economia: há que se aplicar a regra da razão

²³ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira cit., p. 15.

²⁴ Cf. fls.9 do voto do Conselheiro Relator do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14.

para se contrapor os efeitos que operam em direções contrárias nos atos de concentração.²⁵

Aliás, dado que as principais preocupações relacionadas à fixação de preços de revenda também estão presentes em casos envolvendo outros tipos de restrição vertical, não faz absolutamente nenhum sentido trata-las de modo diferenciado. É o que defende, por exemplo, OVERSTREET JR.

Ainda que não fossem suficientes as considerações acima, a experiência internacional revela que a distribuição do ônus da prova no **CASO SKF** foi desproporcional. Mesmo em jurisdições que conferem tratamento jurídico mais rigoroso para práticas dessa natureza, como é o caso da União Europeia, as autoridades procuram demonstrar a potencialidade de dano à concorrência, por meio da análise das condições estruturais do(s) mercado(s) afetado(s) pela prática e do poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos: atribui-se, ao investigado, o papel de demonstrar que a prática pode produzir eficiências econômicas e trazer benefícios ao consumidor que não poderiam ser alcançados de outra forma. No **CASO SKF**, o CADE foi além e atribuiu, à empresa investigada, o ônus de provar que *não detinha* poder de mercado suficiente para pôr em risco à concorrência.

Por fim, a orientação estabelecida no **CASO SKF** poderia ser questionada por razões apontadas até mesmo por quem admite a presunção de ilicitude da prática de fixação de preços de revenda. SALOMÃO FILHO é um dos exemplos na literatura antitruste que admite esse tipo de tratamento jurídico no caso de fixação de preços de revenda; mas é enfático em limitar a presunção de ilicitude a estratégias comerciais dessa natureza direcionadas a distribuidores e/ou revendedores multimarcas. Em *Direito Concorrencial*, o professor deixa claro que o mesmo tratamento é inaceitável no caso de estratégias direcionadas a distribuidores e/ou revendedores exclusivos ou, ainda, no caso de a fixação de preços de revenda ser medida imprescindível para a entrada de um novo *player* no mercado sem concentração vertical.

Por todas as razões mencionadas acima, embora não se desconheça o esforço do CADE em analisar, com rigor e profundidade, os efeitos da fixação de preços de revenda sobre a concorrência, a conclusão a que se chega é que a orientação estabelecida no **CASO SKF** precisa ser lapidada. É o que se espera de decisões futuras.

²⁵ Cf. fls. 8-9 do voto do Conselheiro Relator do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14.

Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF ANTITRUST LAW. Competition Laws Outside the United States. 2. ed. *ABA Book Publishing*, 2011. v. I.

ANN WHITE, Barbara. Black and white thinking in the grey areas of antitrust: the dismantling of vertical restraints regulation. *George Washington Law Review*, v. 60/1, 1991-1992, p. 1-67. Disponível em: <<http://heionline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aaron. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

_____. The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division. *75 Yale Law Journal* 373, 1966.

BOUDREAUX, Don; Ekelund Jr., Robert B. Inframarginal Users and the Per Se Legality of Vertical Restraints. *Hofstra Law Review*, v. 17, nº 1, artigo 4, p. 137-158, 1988. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol17/iss1/>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BOWMAN JR., Ward S. The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance. *University of Chicago Law Review*, v. 22, p. 825-873, 1955. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4247>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRÓLIO GONÇALVES, Priscila. *A fixação e a sugestão de preços de revenda nos contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. Painel 3 – Uma abordagem sobre fixação de preço de revenda à luz da jurisprudência recente do Brasil, Estados Unidos e Europa. *19.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC*, 2013. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/19SeminarioConcorrencia/PALES TRAS/19_IBRAC_01112013_Priscila_%20Brolio.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRUNELL, Richard M. Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in action. *The Antitrust Bulletin*, v. 52, nºs 3-4, p. 475-529, 2007. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpm/may09/docs/rbrunell.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

COMANOR, William S. Vertical price-fixing, vertical market restrictions and the new antitrust policy. *Harvard Law Review*, v. 98, n° 5, p. 983-1002, 1985. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1340882>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Antitrust policy toward resale price maintenance following Leegin. *The Antitrust Bulletin*, v. 55, n° 1, p. 59-78, 2010.

EASTERBROOK, Frank H. Vertical Arrangements and the Rule of Reason. *Antitrust Law Journal*, v. 53, n° 1, p. 135-173, 1984. Thirty-Second Annual Spring Meeting: Part II. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40840712>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 1, n° 2, p. 11-31, 2013.

FLYNN, J. J. The “is” and the “ought” of vertical restraints after Monsanto Co. v. *Spray-Rite Service Corp.* *Corner Law Review*, artigo 1, n° 6, p. 1095-1149, 1986. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr>>. Acesso em: 19 set. 2015.

GELHORN, Ernest.; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 5. ed. Minnesota: Thomson/West, 2004. 617 p.

GRIMES, Warren S. Spiff, Polish, and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited. *California Law Review*, v. 80, n° 4, p. 815-855, 1992. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 4. ed. Hornbook Series, Minnesota: West Publishing Co., 2011.

IPPOLITO, Pauline. M. RPM myths that muddy the discussion. *The Antitrust Bulletin*, v. 55, n° 1, p. 151-165, 2010.

KAPLOW, Louis. An economic approach to price fixing. *Antitrust Law Journal*, v. 77, n° 2, p. 343-449, 2011.

KIP VISCUSI, W.; HARRINGTON JR., J. E.; VERNON, J. M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005. 927 p.

KELLY, Keneth. The Role of the Free Rider in Resale Price Maintenance: *The Loch Ness Monster of Antitrust Captured*. *George Mason*, v. 10, 1987-1988, p. 327-381. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

KLEIN, Benjamin; MURPHY, Kevin M. Vertical restraints as contract enforcement mechanisms. *Journal of Law and Economics*, v. 31, n° 2, p. 265-297, 1988.

KLEIT, Andrew N. Efficiencies without Economists: The Early Years of Resale Price Maintenance. *Southern Economic Association, Southern Economic Journal*, v. 59, nº 4, p. 597-619, 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1059726>>. Acesso em: 18 set. 2015.

MARVEL, Howard P.; MCCAFFERTY, Stephen. Resale Price Maintenance and Quality Certification. *The RAND Journal of Economics*, v. 15, nº 3, p. 346-359, 1984. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2555443>>. Acesso em: 18 set. 2015.

MATTOS, César. Fixação de preços de revenda (resale-price maintenance – FPR): elementos para um roteiro de investigação. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 27-65, 2001.

_____. Fixação de preço de revenda mínimo do CADE: o Caso SKF. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 24, p. 71-104, 2013.

MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2008. 527 p.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. 12. ed. New York: Cambridge University Press, 2004. 616 p.

OCDE. Policy Roundtables: Resale Price Maintenance 2008. DAF/COMP(2008)37. Paris, 2009. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>. Acesso em: 18 set. 2015.

OVERSTREET JR., Thomas R. Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence. *Bureau of Economics, Federal Trade Commission*, 1983, 208 p. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/reports/resale-price-maintenance-economic-theories-empirical-evidence>>. Acesso em: 10 set. 2015.

PITOFESKY, Robert. In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing. *Georgetown University Law Journal*, v. 71, p. 1487-1495, 1983. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 18 set. 2015.

POSNER, Robert. *Antitrust Law*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 316 p.

_____. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976. 272 p.

_____. The next step in the antitrust treatment of restricted distribution: per se legality. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 48, p. 6-26, 1981. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2868&context=journal_articles>. Acesso em: 7 mar. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 632 p.

SALOP, Steven C. Exclusionary Vertical Restraints Law: Has Economics Mattered? *The American Economic Review*, v. 83, n.º 2, p. 168-172, 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2117659>>. Acesso em: 11 set. 2015.

TAUSSIG, F. W. Price Maintenance. *The American Economic Review*, v. 6, n.º 1, p. 170-184, 1916. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1803800>>. Acesso em: 16 set. 2015.

TELSER, Lester G. Why Should Manufacturers Want Fair Trade? *The Journal of Law & Economics*, v. 3, p. 86-105, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724814>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach. Pennsylvania: *University of Pennsylvania Law Review*, 127 U. Pa. L. Rev. 953, p. 953-993, 1979. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/17>. Acesso em: 2 ago. 2015.

WINTER, Ralph A. Vertical Control and Price Versus Nonprice Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 108, n.º 1, p. 61-76, 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2118495>>. Acesso em: 18 set. 2015.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2012. 1015 p.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

O PROBLEMA CONCORRENCIAL DO *BID-RIGGING* NO BRASIL E O EXEMPLO DA COREIA DO SUL: UMA ALTERNATIVA AO MODELO BRASILEIRO?

Allan Fuezi de Moura Barbosa

Resumo: O presente trabalho aborda o problema concorrencial do *bid-rigging* no Brasil, de modo a verificar como essa figura pode ser combatida, no âmbito das contratações públicas, sob a perspectiva concorrencial. Então, ao verificar as limitações do sistema brasileiro relativo ao combate desta prática colusiva, propõe-se a adaptação do modelo da Coreia do Sul ao país, seja por meio da liberação dos mercados, da criação de incentivo pecuniário para terceiros que não participam da conduta, ou mesmo da concepção de um *screen* baseado no BRIAS, como forma de prevenção ao ilícito concorrencial.

Palavras-chave: Cartel; *bid-rigging*; direito da concorrência; contratação pública; BRIAS. **Keywords:** Cartel, *bid-rigging*; competition law; public procurement; BRIAS.

Introdução

A contratação pública tem grande relevância para a economia mundial, porquanto, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2012), esse setor corresponde a cerca de quinze por cento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países membros da mencionada entidade, podendo chegar a patamares superiores em países em desenvolvimento, como o Brasil. Desse modo, diante de tal influência no âmbito dos orçamentos dos Estados, qualquer elemento que vise comprometer o procedimento da contratação pública pode gerar grandes prejuízos aos países, decorrentes de um impacto direto nas poupanças públicas (CAMACHO, 2013, p. 213) e, por consequência, aos contribuintes.

Nesse sentido, os ordenamentos jurídicos dos países devem conter mecanismos para evitar a prática de condutas diversas aos anseios legítimos das contratações públicas, notadamente quando estas visam a gerar prejuízos aos Estados. Nesse sentido, tendo em vista que esse domínio não é de aplicabilidade restrita das regras de natureza administrativa, o microssistema antitruste tem

grande préstimo na busca do atendimento das finalidades dos contratos públicos, por meio da atuação das autoridades da concorrência¹.

Assim sendo, o presente trabalho tem o enfoque em infração à concorrência praticada no âmbito da contratação pública - o denominado *bid-rigging* -, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito propositivo de soluções para o combate às práticas, diante da ineficiência do sistema.

1. O problema do *bid-rigging*: aspectos gerais

Inicialmente, cumpre investigar os aspectos gerais do problema, a partir da definição do ilícito e do seu enquadramento jurídico no Brasil, para, então, verificar as formas de ocorrência e o contexto de incidência dessa prática.

1.1. Definição e enquadramento jurídico brasileiro

A figura danosa do *bid-rigging*, igualmente denominada de *collusive tenders*, compreende o conluio explícito² entre agentes econômicos adversários, em sua horizontalidade, com vistas à mitigação da concorrência em procedimentos de contratação pública, por meio da elevação dos preços³ ou da redução da qualidade do produto ou serviço.

Em síntese, trata-se da prática de cartel ilícito em licitação, mas com mecanismos de compensação próprios entre os concorrentes, sobretudo pela utilização da subcontratação⁴.

Nesse aspecto, de acordo com a (OCDE, 2008), a busca pela realização do objetivo do *value for money*⁵ pelos entes adjudicantes fica

¹ Ver Moraes e Rodrigues (2013, p. 85).

² Desse modo, é importante destacar que o autor se filia ao conceito jurídico segundo o qual somente pode ser considerado ilícito concorrencial a conduta explícita, diferentemente da concepção de R. Posner (2001, p. 102).

³ V. Srabana Gupta (2001, p. 453-467).

⁴ Entre as hipóteses sugeridas por Taufick (2012, p. 200), destaca-se a subcontratação.

⁵ Considera-se como um objetivo de eficiência pública, na busca da proposta econômica mais vantajosa, em sentido amplo, e não necessariamente do menor preço, consagrado no art. 3º. Da Lei n. 8.666/1993. Portanto, através dessa avaliação (RODRIGUES, 2015, p. 202), também podem ser considerados critérios secundários ou horizontais, notadamente àqueles atinentes à proteção ambiental, à defesa de minorias, tais como a

comprometida, à medida em que as empresas não agem de acordo com a expectativa de competição. Isso, pois o menor valor ou a melhor qualidade do produto ou serviço são desejáveis, uma vez que podem gerar a economia de recursos e o seu provável reinvestimento na aquisição de outros bens ou serviços; caso contrário, o grau de nocividade torna-se superior ao cartel⁶. Por conta disso, a concertação de propostas supramencionada é considerada uma prática ilegal em todos os países membros da OCDE sob a normatização concorrencial e, em alguns desses, ainda é considerada um crime.

No Brasil, considerando-se apenas a perspectiva antitruste, o *bid-rigging* pode ser enquadrado na Lei n. 12.529/2011, no *caput* do artigo 36, cumulado com o inciso I do §3º do referenciado dispositivo, em especial a alínea “d”⁷, sem prejuízo ao somatório a outra conduta prevista no rol exemplificativo⁸ dos incisos constante no referido parágrafo. Até porque, o conluio em contratação pública, que é uma infração à ordem econômica⁹, tem o objetivo ou a potencialidade de limitar, falsear ou prejudicar a livre iniciativa¹⁰ e a livre concorrência¹¹, de modo a dominar mercado relevante de

empregabilidade de deficientes e mulheres, bem como o fomento à contratação das pequenas e médias empresas.

⁶ De modo mais direto, “[c]artéis hardcore são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas em toda parte como ilícito antitruste, mas em vários ordenamentos também como criminosos’ (SCHUARTZ, 2002, p. 61).

⁷ Seguindo esse entendimento da figura do *bid-rigging*, TAUFICK (2012, p. 200).

⁸ O presente trabalho segue a doutrina majoritária de que o elenco do mencionado parágrafo é exemplificativo, de modo a considerar que não existe ilícito per se na sistemática brasileira, dependendo-se da produção ou da potencialidade de produção dos efeitos do *caput* do artigo 36 (v. FORGIONI, 2013, p. 134). Em sentido contrário, Salomão Filho (2007, p. 99-104) enquadra as hipóteses do art. 20 da Lei 8.884/1994 (atuais *caput* e incisos do artigo 36, da Lei 12.529/2011) como definição de ilícitos, com fórmulas gerais, diferentemente da maior parte da doutrina, que os considera como efeitos das condutas violadoras da concorrência, pois entende ter as regras que preveem os ilícitos caráter penal.

⁹ Assim, a violação antitruste ultrapassa uma infração a uma lei concorrencial, mas atinge princípios constitucionais. V. GRAU, 2010, p. 86-89

¹⁰ De acordo com FERRAZ JÚNIOR (1989, p. 50), “Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes.”

¹¹ Para Grau (2010, p. 212), a livre concorrência “significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública”.

bens ou serviços, para o aumento arbitrário dos lucros das concorrentes, através da prática de preços de monopólio. Essa conduta, portanto, pode ocorrer a partir de acordos ou ajustes entre concorrentes, sob qualquer forma, de modo a promover ou influenciar uma conduta comercial uniforme ou concertada entre os licitantes.

Dessa maneira, a recente legislação brasileira concede um enfoque bastante relevante para a figura, na medida em que a indicação específica a essa figura na norma pressupõe uma indicação programática ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para o direcionamento específicos de esforços do órgão, com vistas à prevenção e à repressão dessa conduta anticoncorrencial.

1.2. *As formas de ocorrência*

Por sua vez, o *bid-rigging* pode se expressar sob diversas formas, as quais poderão ser implementadas isolada ou conjuntamente, para a melhor realização dos objetivos da conduta. Nesse sentido, sobrelevam-se quatro maneiras de cometimento da conduta, quais sejam, a apresentação de propostas fictícias ou de cobertura, a supressão de propostas, o rodízio de propostas ou propostas rotativas e a divisão do mercado.

A primeira corresponde a de maior frequência de implementação pelos conluíus, por meio da qual os concorrentes estabelecem um comportamento na submissão das propostas, que pode ser a apresentação de lance mais elevado que a do licitante escolhido, a oferta demasiadamente alta para ser aceita, ou a submissão de proposta na qual contenham condições específicas inaceitáveis para o comprador (OCDE, 2008). Quanto à supressão das propostas, trata-se de um meio que é utilizado para que não haja apreciação final da oferta de uma empresa, seja pela abstenção de participação, ou mesmo de retirada de uma proposta previamente apresentada pelo concorrente; contudo, pode ser de fácil detecção, quando um desistente é subcontratado posteriormente pela vencedora do certame, ou quando recebe pagamento sem causa proveniente desta¹², provavelmente pelo declínio na participação.

¹² No estudo realizado por McAfee e McMillan (1992), a partir de um modelo de cartel em licitação com e sem pagamentos colaterais entres os membros, os autores concluem que há diferença do ponto de vista do licitante, uma vez que com transferência de valores gera eficiência por meio da maximização dos lucros esperados pelos integrantes do cartel, diferentemente de quando não há transferência.

No tocante às propostas rotativas, os concorrentes permanecem na disputa, mas definem apresentar alternadamente a proposta vencedora. O acordo de rotatividade das ofertas pode variar, de modo que podem atribuir os mesmos valores monetários a cada empresa ou quantia que tenha relação com o respectivo tamanho do participante (OCDE, 2008). Por fim, em relação à divisão do mercado, as empresas definem a delimitação do mercado e acordam não concorrer em áreas geográficas específicas, ou perante determinadas entidades adjudicantes. Todavia, em função do contexto em que se dão as contratações públicas, alguns mercados são mais suscetíveis à ocorrência de *bid-rigging*, de modo que se faz necessária a verificação do ambiente propício para a maior ocorrência dessa figura.

1.3. O contexto de incidência

A OCDE (2008) compilou algumas características em que a ocorrência dessa modalidade de cartel se torna mais presente, a saber: a) existência de um pequeno número de empresas; b) nível reduzido ou nulo de entradas no mercado; c) condições quanto à oferta e à procura no mercado; d) propostas recorrentes/licitações frequentes; e) a existência de associações comerciais ou de classe; f) natureza dos produtos ou serviços idênticos ou simples; g) nível reduzido ou nulo de alternativas e h) nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica

Primeiramente, no tocante ao pequeno número de empresas participantes, esse atributo diz respeito à maior facilidade dos concorrentes na composição de um acordo quanto à concertação, de modo a gerar um conjunto mais coeso das firmas¹³ envolvidas na prática colusiva, já que os custos de transação serão menores, na definição conspiratória. Já o nível reduzido ou nulo de entradas no mercado tem relação direta com a existência de barreiras à entrada, que ajudam a proteger as empresas operantes contra a entrada de novos players, uma vez que o ingresso de um competidor é dispendioso, difícil ou moroso.

No que concerne às condições do mercado, essa particularidade tem conexão com a subsequente característica, que trata das propostas recorrentes e/ou licitações frequentes, porquanto a procura do setor público deve ter o perfil constante e previsível¹⁴, como forma de gerar maior estabilidade ao cartel,

¹³ Segundo PORTER e ZONA (1993), o conjunto de firmas submetendo lances deve ser pequeno e estável.

¹⁴ PORTER e ZONA (1993) consideram que a demanda deve ser quase perfeitamente inelástica.

tendo em vista que mudanças significativas nas condições da oferta e da procura podem desarticular o *bid-rigging*. Esse fator, assim, viabiliza que os participantes distribuam entre si os contratos, ou mesmo punam a empresa que descumprir o acordo de concertação, no certame previsto posteriormente.

Por sua vez, a atuação de associações comerciais ou entidades de classe patronais, para além dos seus fins legítimos, podem se subverter aos anseios ilegais e anticoncorrenciais, quando utilizadas para encontros e ocultamento das discussões sobre as formas de implementação da conduta, viabilizando uma oportunidade de comunicação entre as firmas de troca de informações, sobretudo sobre a formação do preço¹⁵. A seu turno, os produtos ou serviços idênticos ou simples permitem a uma composição acerca da estrutura de preços comuns. Logo, os bens devem ser homogêneos, uma vez que a diferenciação desses não é admitida, ou melhor, a similaridade que conduz à durabilidade do cartel¹⁶.

Quanto ao nível reduzido ou nulo de alternativas, trata-se da verificação de diminuto número ou inexistência de produto substituto, o que acarreta maior segurança do conluio, na medida em que a entidade adjudicante não teria como resistir, e.g., à elevação dos preços, decorrente da concertação, diante da escassez de opções. Por outro lado, o nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica, enfim, representa um fator favorável não somente à celebração do acordo de cartel, mas também à manutenção desse ao longo do tempo. Afinal, pela própria sistemática do setor, a diferenciação que não seja disruptiva na contratação pública pode não ter relevância e dificilmente tal proposta seria considerada como a que melhor atendeu ao *value for money*, uma vez que a entidade adjudicante não tem a intenção de inovar em processos e procedimentos, porquanto os contribuintes, em regra, não estão dispostos a arcar com os custos de uma inovação que ainda não é uma prática estabelecida no mercado.

Por fim, torna-se importante salientar que a OCDE (2003) já reconheceu que, apesar dos cartéis domésticos ocorrerem em todos os setores da economia, há frequência maior na construção civil e materiais de construção, como cimento, concreto e asfalto, vendas para instituições governamentais,

¹⁵Por conta disso, a OCDE defende que a transparência excessiva, com a divulgação de informações detalhadas da proposta vendedora do certame, deve ser mitigada, já que isso permite a obtenção de informações pelos concorrentes, inclusive para a confirmação do cumprimento das condições do acordo do cartel. No entanto, esse entendimento é passível de controvérsias no Brasil, uma vez que o princípio da publicidade rege os atos da Administração Pública, por força do art. 37, CF/88 e do art. 3º., da Lei n. 8.666/1993 do Brasil.

¹⁶ PORTER e ZONA (1993), em livre tradução.

produtos alimentares a granel, equipamentos elétricos, vendas a varejo de gasolina e serviços, notadamente, de transportes locais, de profissionais e de saúde¹⁷. Dessa maneira, os contratos públicos, por si só, formam um setor de incidência (vendas para instituições governamentais), e esta condição pode ser potencializada, se o objeto desses contratos for um daqueles de maior frequência, como acima mencionado, de modo que, por exemplo, quando se conjugam contratação pública para construção civil ou para serviços, em geral, torna-se o ambiente muito mais compatível à colusão¹⁸.

2. Do modelo brasileiro

Antes mesmo de realizar qualquer sugestão prospectiva, é importante notar, em de breve síntese, analisar-se-á o modelo de contratação pública brasileira e da forma de combate da prática infracional, para a melhor compreensão de como eventual proposta pode ser adaptada ao ordenamento jurídico pátrio.

2.1. A difusão de competência e a diversidade de modelos procedimentais

No Brasil, a competência legal para a edição de leis acerca da matéria da contratação pública, consoante o artigo 22, *caput* e inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988, a competência privativa da União para legislar sobre contratação pública somente abrange as normas gerais, de modo que cada ente federativo possui a competência para a produção legislativa específica. Esse fato propicia uma falta de uniformização integral, em âmbito nacional, acerca da matéria, o que facilita as concertações entre os concorrentes, uma vez que se torna mais difícil uma investigação pelo CADE, que, para a verificar os indícios da prática de um ato colusivo, deveria conhecer da eventual existência de mais de cinco mil e quinhentos diplomas legais, considerando-se os municípios, estados, distrito federal e União, sem contar entidades vinculadas a esses entes, todos com regime próprio de contratação, como a Petróleo

¹⁷ Para a OCDE (2003, p. 10): “[d]omestic cartels occurred in all economic sectors, but they were relatively more common in some sectors including construction and construction materials (cement, concrete, asphalt), sales to government institutions, bulk food products, electrical equipment, retail sales of petrol and the services sector, including in particular local transportation, services, the professions and health care”.

¹⁸ Em especial, diante da afirmação (OCDE, 2003, p. 10) de que “[w]ithin this group of sectors the ones most affected, by a large margin, were construction materials and services and government procurement”.

Brasileiro S.A. - Petrobrás, regulado pelo Decreto do Presidente da República nº 2.745, de 1998.

Não obstante, exemplificando-se no caso da União, ainda existem diversos modelos procedimentais para a licitação, a saber (MELLO, 2007, p. 539 ss.): a) concorrência, para valores mais elevados; b) tomada de preços, para negócios de vulto médio; c) convite, para modesta significação econômica; d) concurso, para trabalho técnico ou artístico; e) leilão, para a venda de móveis; f) pregão, previsto na Lei n. 10.520/2002, para bens e serviços comuns, ou seja, sem necessidade especial a ser atendida, padronizados pela experiência e tradição do mercado¹⁹, qualquer que seja o valor estimado da contratação, podendo ocorrer por meio eletrônico.

2.2. *Da dependência de meio exógeno*

Para o combate aos cartéis de um modo geral, inclusive aqueles ora estudados, o Brasil, assim como a maior parte dos países, vale-se predominantemente de um método exógeno para a detecção da conduta - a leniência, com previsão nos artigos 86 e seguintes da Lei n. 12.529/2011, sendo celebrado por intermédio da Superintendência-Geral do CADE²⁰. Essa, enquanto um acordo de colaboração, por meio da apresentação de provas do conluio, firmado por uma ou mais empresas envolvidas na prática anticoncorrencial, constitui um conjunto de incentivos diretos, por meio da obtenção de redução ou eliminação das multas que seriam aplicadas, e indiretos, pelo receio de que outra empresa firme um acordo dessa natureza previamente²¹. No entanto, para alguns autores, no caso específico de *bid-rigging*, a possibilidade de realização de um acordo de clemência se torna mais restrito, porquanto a contratação pública talvez seja o meio mais comum e de

¹⁹ Nesse sentido, observar o ensinamento de Justen Filho (2013).

²⁰ ²⁰ V. CORDOVIL (2011, p. 191-192).

²¹ ²¹ No dizer do Leslie (2004, p. 641), “[l]eniency creates a direct incentive to confess, but it also creates an indirect incentive that both creates distrust and feeds upon it. If authorities offer one suspect a reward to defect, she may accept the offer simply in order to receive the reward. However, if in addition to offering her the reward, the authorities also inform her that they are offering the same reward to her partner, that is going to increase the probability of her accepting the offer to defect. Now, not only does she have the direct incentive of receiving something valuable (whether money or immunity), but she has to worry that if she does not accept the government’s offer, the alternative is not the status quo ante.”

maior sucesso dessa prática²², sobretudo ao considerar a atual política de incentivos.

2.3. *O encerramento do mercado nacional*

Particularmente no caso brasileiro, com a modificação da Lei Federal de Licitações e Contratos Públicos (Lei n. 8.666, de 1993), a partir da edição da Lei n° 12.349, de 2010, passou-se a implementar, ostensivamente, a política de fomento ao “conteúdo nacional”, por meio da previsão de margens de preferência²³ de contratação de empresas locais²⁴. Trata-se, pois, de um procedimento da contratação pública lastreado em uma barreira não-tarifária²⁵,

Todavia, essa postura é diametralmente oposta com a tendência mundial de abertura da contratação pública em âmbito mundial, sobretudo após a aprovação de um protocolo, em 2012, para a modificação do Acordo sobre Contratos Públicos (ACP) firmado em sede da Organização Mundial do Comércio, em 1994²⁶, como resultado da negociação em paralelo da Rodada do Uruguai. A partir dessa modificação²⁷, acredita-se que o ACP promoveria a concorrência, ao menos, de quatro maneiras (ANDERSON; KOVACIC, 2009, p. 72-73): a) abertura progressiva dos signatários à concorrência internacional, através do acesso ao mercado ou ao comprometimento de tratamento não

²² Segundo Heimler (2012, p. 851), “[c]ollusion in public procurement, however, seems not to have been much affected by leniency programs. This is rather unfortunate because public procurement is an area where cartels are probably quite common and successful, as the U.K. and Dutch examples show. The discovery of bid-rigging cartels requires other tools and most importantly, the cooperation of the bidding bodies”.

²³ De acordo com a Lei Federal de Licitação e Contratos Administrativos, no § 5º, do Art. 3º: “Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.”

²⁴ Os problemas dessa política são analisados por A. REICH (1999, p. 13 ss).

²⁵ Ver artigo ainda sem publicação sobre o caso da União Europeia e do BRICS, em Rodrigues (2016).

²⁶ São partes signatárias do ACP: Arménia, Canadá, União Europeia, Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Coreia, Liechtenstein, Países Baixos no que diz respeito à Aruba, Noruega, Singapura, Suíça, Taipé Chinês e Estados Unidos. Por sua vez, a administração do Acordo é realizada pelo Comitê dos Contratos Públicos.

²⁷ Dessa vez, quarenta e sete signatários firmaram o acordo.

discriminatório a todas as empresas; b) a concepção de um quadro geral de regras transparentes e não discriminatórias para todos os concorrentes, nacionais ou estrangeiros; c) a exigência do Acordo na implementação de um sistema interno de impugnação de adjudicações questionáveis (“*domestic review procedures*”), juntamente com normas de imparcialidade e independência dos órgãos que compõem esse sistema; d) possibilita o recurso ao Entendimento de Solução de Controvérsias (Dispute Settlement Understanding - DSU) da OMC, na medida em que a parte considere que houve a violação de compromissos do Acordo.

Ademais, inseriu-se disposições transitórias para os países em desenvolvimento que pretendam aderir ao ACP, que somente fora firmado por países desenvolvidos, mas o Brasil, até o momento, permanece na defesa de um encerramento do seu mercado.

3. Do modelo da Coreia do Sul

Ante os problemas verificados no sistema brasileiro, cumpre observar como o procedimento de contratação pública ocorre em um país onde o combate do *bid-rigging* é tido como referência, no intuito de obter elementos capazes de adaptação à realidade nacional.

3.1. O sistema coreano de contratação e combate à colusão

Em relação à Coreia do Sul, inicialmente, nota-se que esse país, diferentemente do Brasil, está incluído no rol de signatários do ACP, de modo que o mercado da contratação pública ali constante tende a ser mais aberto e com maior promoção da concorrência. Nesse contexto, em que a contratação pública corresponde a cerca de dez por cento do Produto Interno Bruto (PIB) local²⁸²⁸, a autoridade da concorrência, denominada de *The Korea Fair Trade Commission* (KFTC), a partir da segunda metade da primeira década dos anos 2000, passou a implementar uma política mais contundente no que diz respeito à prevenção do *bid-rigging*.

Desse modo, no âmbito dos contratos públicos em geral (OCDE, 2008), a Coreia do Sul confiou a condução dessa atividade ao *Public Procurement Service* (PPS), que corresponde a um sistema central de compras

²⁸ Referência percentual desde OCDE (2008) até OCDE (2016), especialmente de construção civil e instalações de geração de energia elétrica e de ferrovias.

governamentais de grande porte²⁹, nas esferas estadual e local, enquanto que as aquisições militares ficaram a cargo do Ministério da Defesa Nacional. Outrossim, o grande esforço do país para o combate ao cartel em contratação pública ensejou a implementação do pregão eletrônico, em março de 2000, bem como a ampliação da transparência do programa de leniência.

Por sua vez, adotou-se uma prática incomum na seara concorrencial de incentivo difuso, quando, em 2002, ao conceber um programa de incentivo financeiro, de até um bilhão de *wons* (moeda local), para os não participantes do cartel (OCDE, 2008). Trata-se de um complemento ao programa de leniência, ao abarcar a contraprestação pecuniária a quem, ainda que não participe da conduta, tenha conhecimento de elementos ou de meios de prova dos fatos.

Ademais, no ano de 2006, foi desenvolvido um *screen* de natureza diferenciada, denominado de *Bid Rigging Indicator Analysis System* (BRIAS), que é um mecanismo que automaticamente analisa e mede a possibilidade de ocorrência de conluio em contratação pública de grande escala, com base em informações recebidas do PPS online. Cuida-se de uma evolução de uma análise de documentos físicos que se iniciou em 1997 (OCDE, 2008, p. 119), mas somente com a implementação do pregão eletrônico em 2000 passou a ser possível o cálculo automático do indicador, considerando a estreita cooperação entre a entidade adjudicante e a autoridade da concorrência.

Como forma de dar maior substrato legal ao sistema, no ano de 2007 (OCDE, 2014), o *Monopoly Regulation and Fair Trade Act* (MRFTA) foi alterado³⁰ para constar expressamente o conluio em contratação pública como

²⁹ Atualmente, os valores a partir dos quais deve haver centralização na aquisição são \$100.000, para bens e serviços, e \$3.000.000, para projetos de construção (LIM, 2016).

³⁰ A atual legislação prevê que: “*Article 19-2 (Measure to Prevent Collaborative Acts Concerning Bidding in Public Sector) (1) The Fair Trade Commission may request for the submission of data on bidding and other cooperations to the heads of central administrative agencies, local governments or public enterprises under the Act on the Management of Public Agencies (hereinafter referred to as “head of a public agency”) to uncover or prevent unfair collaborative acts related to bidding placed by the State, local governments or public enterprises under the Act on the Management of Public Agencies. <Amended by Act n. 9554, Mar. 25, 2009>. (2) When the head of a public agency prescribed by Presidential Decree announces bidding or when a successful bidder is determined, he/she shall submit information on the bidding to the Fair Trade Commission. (3) The extent of information on the bidding that has to be submitted to the Fair Trade Commission pursuant to paragraph (2) and procedures for submission thereof shall be prescribed by Presidential Decree. [This Article Newly Inserted by Act n. 8631, Aug. 3, 2007].*” (*Monopoly Regulation and Fair Trade Act*)

uma modalidade de cartel. No ano subsequente, o sistema BRIAS passou a ser adotado nos órgãos da administração central, nos governos locais e empresas estatais, ampliando sobremaneira as únicas quatro grandes empresas que eram submetidas ao sistema em 2007. Já em 2013, a KFTC passou a receber automaticamente as informações do sistema de licitação não doméstica (internacional) do PPS³¹.

Dessa forma (LIM, 2016), o KFTC é capaz de coletar muitos anos de dados atinentes aos lances, porque, pelo menos, mais de noventa por cento das propostas em licitações públicas são realizadas através de sistemas eletrônicos de contratação e, portanto, tais informações são armazenadas no banco de dados ligado aos sistemas de compras, logo que o lance é executado. Esse sistema, atrelado à infraestrutura de TI, facilita a análise do histórico de propostas, durante um longo período de anos. Não obstante, há pouca diferença entre os sistemas de licitação do governo central, dos governos locais e das empresas públicas, uma vez que a oferta de cada um desses segue o mesmo formato de dados, não havendo necessidade de padronização de diferentes modelos (LIM, 2016) e, assim, permitindo a compreensão das ofertas apresentadas em todas as entidades da Administração Pública que se submete ao PPS, de modo unificado.

3.2. *A inovação do BRIAS*

Especificamente em relação ao BRIAS, que tem a sua regulamentação em Decreto Presidencial na conformidade da previsão do MRFTA³², os escores do sistema verificam a possibilidade de conluio nas

³¹ A evolução do sistema pode ser observada em KIM (2014).

³² O Enforcement Decree of The Monopoly Regulation and Fair Trade Act dispõe que: Article 34 (Submission of Data on Bidding Required for Analysis of Bid Rigging Indicators in Public Sector)

(1) "Public agency prescribed by Presidential Decree" in Article 19-2 (2) of the Act means any public agency falling under any of the following subparagraphs: 1. Central administrative agencies established under the Government Organization Act or other Acts; 2. Local governments under Article 2 of the Local Autonomy Act; 3. Public corporations under Article 5 of the Act on the Management of Public Institutions.

(2) Submission of data on bidding under Article 19-2 (2) of the Act shall be applicable only to cases where the number of participating companies in the bid concerned is not more than 20, and the estimated price is equal to or greater than the amount as prescribed in the following subparagraphs: 1. Bidding on construction projects under subparagraph 4 of Article 2 of the Framework Act on Construction Industry: Five billion won; 2. Bidding on construction projects, other than those under subparagraph 1: 500 million won; 3. Bidding on purchase of goods or provision of services: 500 million won.

contratações, ao sopesar cada um dos itens de avaliação. (OCDE, 2008, p. 119). Em outras palavras, a partir da descrição de informações obtidas diretamente do sistema de contratação eletrônica denominado de *Korea ON-line E-Procurement System* (KONEPS), o BRIAS observa os dados, como preço de licitação proporcionalmente considerado em relação ao preço de referência, o número de participantes, além do método de competição, para, então, aplicar uma fórmula que gera um escore potencial de *bid-rigging*. Se acima de um certo limiar, o sistema de indicador de conluio, em seguida, sugere a necessidade de recolher mais informações sobre o processo de contratação. E, enfim, nos casos em que se justifique, uma investigação é instaurada para a apuração da infração concorrencial (OCDE, 2016, p. 33).

No entanto, segundo Younghun Lim (2016), para além da análise acima, no ano de 2015, fora desenvolvida uma nova ferramenta para descobrir para quais produtos e/ou serviços os escores acima do limiar aceitável ocorrem repetidamente. Nesse sentido, Lim (2016) acredita que essa nova ferramenta pode ser considerada muito mais eficiente e eficaz, porque o KFTC pode concentrar os esforços não em inúmeras ofertas suspeitas de fraude, mas em um produto ou do serviço específico; exemplifica que, até agosto de 2016, utilizando-se dessa ferramenta, descobriram a conduta anticompetitiva em dois mercados de produtos.

Por conseguinte, o que torna o *screen* em análise um modelo *sui generis* é o fato de que o BRIAS teve limitada contribuição direta para a descoberta e punição de *bid-rigging*, uma vez que apenas três dos casos inicialmente identificados levaram à condenação pela KFTC (OCDE, 2016, p.33). Inicialmente, poder-se-ia afirmar que a capacidade de investigação é

(3) Data on bidding under Article 19-2 (3) of the Act means matters prescribed in the following subparagraphs: 1. Agencies ordering bid and bidding agencies; 2. Type and methods of bidding; 3. Date and details of the placement of the bid; 4. Estimated prices, expected prices and low-end price; 5. Number of bidders; 6. Bidding details by bidders; 7. Profile of successful bidder; 8. Successful bid price; 9. Number offailed bid and number of price increase in expected price; 10. Other data requested by the Fair Trade Commission for the analysis of bid rigging indicators.

(4) Heads of public agencies under each subparagraph of paragraph (1) shall submit matters prescribed by each subparagraph of paragraph (3) to the Fair Trade Commission through the Korea On-line e-Procurement System under Article 8 (2) of the Government Procurement Act within 30 days from the date when a successful bidder is determined: Provided, That where the heads of public agencies under each subparagraph of paragraph (1) do not request the Administrator of the Public Procurement Service to conclude a contract, the heads of public agencies may submit the relevant data by directly entering the data in the information processor operated by the Fair Trade Commission.

limitada, pois o indicador (bandeira vermelha) teria uma base de investigação menos sólida que em casos de colaboração voluntária. Ocorre que, de acordo com Relatório da OCDE (2016), durante o período de funcionamento do sistema, o número de casos de clemência aumentou significativamente e parte dessa elevação diz respeito à maior conscientização e ao receio dos participantes do conluio da descoberta da infração, ambos gerados pela implementação do BRIAS³³³³.

Assim, pode-se considerar o modelo da Coreia do Sul diferenciado, na medida em que tem uma característica de método preventivo, uma vez que o objetivo do sistema de defesa da concorrência, especialmente no combate ao *bid-rigging*, tende a focalizar³⁴ a atuação dos agentes econômicos de modo a gerar o cumprimento de uma obrigação negativa de colusão em contratação pública. Se assim não cumprir, diante do receio na descoberta da conduta e, conseqüentemente condenação, os agentes tendem a colaborar com a autoridade da concorrência para extinguir ou minorar as penalidades.

Nesse patamar, pode-se incluir não somente o BRIAS como um mecanismo indutor de condutas, mas também todo o sistema construído para o combate à infração, seja diretamente, a partir da centralização e virtualização da contratação pública, como também com a criação de incentivos financeiros para terceiros que denunciem a prática do cartel.

4. A possibilidade de adaptação do modelo coreano no Brasil

Da análise acima esposada, pode-se suscitar inúmeras propostas de modificação do sistema brasileiro, as quais subdivide-se em três grandes elementos: a) liberalização do mercado; b) alteração na Lei de Licitações e na Lei da Concorrência; c) concepção de um sistema BRIAS.

4.1. A liberalização do mercado

Conforme mencionado anteriormente, o ideal para a abertura das fronteiras do Brasil, que é um país de certo modo fechado para o comércio internacional, especialmente em relação a essa matéria, seria a adesão ao ACP,

³³ O resultado em análise representa o cumprimento da recomendação da OCDE sobre os contratos públicos, o qual incentiva o desenvolvimento e publicação de estratégias de gestão de riscos, incluindo sistemas para a geração de bandeiras vermelhas, como um elemento importante da sua eficácia.

³⁴ A focalização de expectativas tem desenvolvimento por Fernando Araújo (2007, p. 131 ss.).

seja pela possibilidade de inclusão de política transitória a países desenvolvidos, ou mesmo diante da possibilidade desses dispositivos de adaptação serem melhor desenhados para a realidade local, em um contexto em que a Direção-Geral da OMC está a cargo de um nacional, que pode contribuir para a melhor adequação ao acordo.

Não obstante, sabe-se que, para a adesão ao ACP, os custos de transação que os favoráveis a essa prática teriam para convencer a grande maioria contrária, talvez impeça até mesmo a discussão acerca da matéria, uma vez que o Brasil é um país de essência mais fechada ao comércio internacional, cuja parte do setor empresarial ainda tem uma relação de dependência muito grande do poder público³⁵, no que se chama de “capitalismo de Estado à brasileira”, sobretudo a partir da malsucedida política de “campeões nacionais”³⁶.

Desse modo, propõe-se uma liberação do mercado imediata e mais modesta, a partir do levantamento de barreiras não tarifárias, sobretudo em relação ao famigerado conteúdo nacional, que mais enseja a formação de *bid-rigging*, uma vez que reduz o universo de concorrentes potenciais na participação nos certames, isso quando não inviabiliza por completo a competição, muitas vezes pela contrapartida da corrupção³⁷.

4.2. Alterações na Lei de Licitações e na Lei de Concorrência

Para além da exclusão peremptória da Lei n. 8.666/1993 das barreiras não tarifárias mencionadas no tópico anterior, sugere-se a modificação dos procedimentos de contratação pública, no intuito de consagrar os pregões eletrônicos como regra geral na sistemática nacional, sem qualquer limite de valor, ou melhor, exigível obrigatoriamente para as licitações vultosas, comuns e especiais.

Em procedimentos de quantias relevantes, a Lei de Licitação e/ou a Lei da Concorrência devem prever a obrigatoriedade de remessa automática ao CADE, sob pena de responsabilização do agente público responsável, do edital, dos lances totais e do lance vencedor, para contratações públicas em toda a federação, da administração direta, indireta, bem como todos os órgãos e entidades vinculadas à poder público federal, estadual e municipal.

³⁵ E vice-versa, considerando-se os casos de corrupção recentemente desvendados.

³⁶ Para a justificativa dessa política, ver Alem e Cavalcanti (2005).

³⁷ Ver, para tanto, Sue Arrowsmith (2010, p. 8).

Ademais, dentro da legislação da concorrência, deve-se inserir a disposição de possibilidade de compensação financeira a terceiros que não participam do conluio, na hipótese de indicação de casos de cartel, por meio da apresentação de elementos da prática. Trata-se de um importante mecanismo, assim como a leniência, notadamente no âmbito das licitações, uma vez que um servidor público ou um cidadão atuante pode ter mais atenção aos certames, com vistas à constatação de alguma prática, diante da possibilidade de um retorno financeiro; até porque, pela normatização pátria, a publicidade dos atos permite o acesso direto a elementos que possam consubstanciar uma condenação. Por outro lado, aumenta-se o incentivo indireto das empresas em firmarem um acordo de leniência, além de se absterem ao cometimento do ato, através da focalização de expectativas dos agentes econômicos.

4.3. *Concepção de um sistema BRIAS*

Com base na remessa necessária de informações em licitações relevantes, o CADE pode instituir um *screen* assemelhado ao BRIAS da Coreia do Sul, como forma de identificar padrões preocupantes de condutas que violam a concorrência. Nesse caso, na hipótese de falta *know-how*, ou mesmo de infraestrutura de tecnologia da informação (TI) pelo órgão concorrential, este pode se valer de um termo de cooperação com o Observatório Nacional da Despesa Pública (ODP)³⁸, que já analisa os indicadores da despesa pública federal, por meio de mecanismos viabilizados pela TI.

In casu, o CADE poderia desenvolver um método próprio, ou mesmo agregar à análise dos índices produzidos pelos sistemas desenvolvidos no âmbito da ODP³⁹, com especificações de natureza econômica e concorrential. Por conseguinte, colima-se estimular uma prática não restrita à postura mais passiva de aguardar os acordos de leniência, mas conceder contundentes incentivos indiretos para a sua ocorrência, como se deu no modelo analisado.

Conclusão

³⁸ Órgão vinculado ao atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, criado pela Portaria n° 1215, de 25 de junho de 2009, do anteriormente designado Ministro da Controladoria-Geral da União, que tem como algumas das diretrizes operacionais, “a promoção da utilização da tecnologia da informação de cunho avançado, em seu âmbito de atuação” e a “a expansão do valor das informações por meio da visualização diferenciada das sínteses”, previstas no artigo 2º. da mencionada legislação.

³⁹ V. análise acerca da ODP, pela OCDE (2016, p. 34).

O *bid-rigging*, considerado como uma infração à ordem econômica no Brasil, encontra no país um cenário propício ao seu desenvolvimento, uma vez que as investigações dessa modalidade de cartel são prevalentemente pautadas em programas de leniência passivos, ao tempo em que a construção do procedimento licitatório se baseia em uma competência difusa/concorrente entre as entidades pública para as especificações legais. Some-se a isso, o fato de que o país dispõe de barreiras não tarifárias claras para os concorrentes potenciais estrangeiros, por meio da política controversa da preferência pelo “conteúdo nacional”.

Nesse sentido, utilizando-se de parâmetros encontrados no modelo da Coreia de Sul de combate a essa prática, propõe-se algumas alterações no sistema brasileiro. Primeiramente, é importante, ao menos, que o país expurgue do seu ordenamento jurídico a preferência pelo “conteúdo nacional” no âmbito das licitações. Além disso, deve-se implementar um sistema de informação obrigatória e automática ao CADE das contratações de grande relevância, o qual deve adotar um *screen* específico para a conduta em análise, nos moldes semelhantes ao BRIAS. Não obstante, como forma de reafirmar os incentivos indiretos para os agentes econômicos firmarem acordos de leniência, propõe-se a adoção de um incentivo financeiro para terceiros não participantes de cartel.

Enfim, ainda que o resultado desse sistema seja a ampliação do número de acordos de leniência firmados, esses terão partida da convicção de que a autoridade pública já possui provas para a sua investigação aprofundada e/ou condenação. Por outro lado, um sistema coeso e com baixos incentivos à colusão, poderá também permitir uma redução do número de práticas, pelo fato de os agentes econômicos passarem a notar que podem ser descobertos e condenados por tal prática.

Bibliografia

ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. O BNDES e o Apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões. Rio de Janeiro: BNDES, 2005. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2403.pdf. Acesso em 10 de setembro de 2016.

ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E. Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets. *Public Procurement Law Review*. N. 18. Andover: Sweet & Maxwell, 2009, p. 67102.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARROWSMITH, Sue. *Public Procurement Regulation: An Introduction*. 2010. Disponível

em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurem_entregulationintroduction.pdf>. Acesso de 5 de setembro de 2016.

CAMACHO, Cristina. Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da Autoridade da Concorrência. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 213-234.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: RT, 2001.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges*. Paris: OCDE, 2003.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Public Procurement - The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*. Paris: OCDE, 2008.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2012.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities: Note by Korea*. Paris: OCDE, 2014.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *The Korean Public Procurement Service: Innovating for Effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. São Paulo: O Estado de São Paulo, publicado em 04.06.1989.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª. Ed. São Paulo: RT, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14a. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

GUPTA, SRABANA. The Effect of Bid Rigging on Prices: A Study of the Highway Construction Industry. *Review of Industrial Organization* 19. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 453-467.

HEIMLER, Alberto. Cartels in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, 8(4). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 849-862.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

KIM, Hong-Geun. Means of Bid-Rigging Detection: How to Detect Bid-Rigging in Public Procurement in Korea. Workshop on Bid-Rigging in Public Procurement. Putrajaya: 2014, em: http://www.mycc.gov.my/sites/default/files/Bid-Rigging-Workshop-PPT_KFTC.pdf,

Acesso em 15 de agosto de 2016.

LESLIE, Christopher R. Trust, Distrust, and Antitrust. *Texas Law Review*. vol. 82, n. 3. Austin: The University of Texas at Austin, 2004, p. 515-680.

LIM, Younghun. I'm a KFTC's Staff in charge of Brias. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 de agosto de 2016.

MCAFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding Rings. vol. 82, Issue 3. Pittsburgh: *The American Economic Review*: 1992, p. 579-599.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24a. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOON, Jaeho. Presentation. Roundtable Competition Policy and Public Procurement. 12th Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. Gênova, julho de 2012, p. 10. Disponível em

http://unctad.org/meetings/en/Presentation/ciclp2012_RT_PP_JaehoMoon_e_n.pdf, Acesso em 3 de setembro de 2016.

MORAIS, Luís D. S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti- concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 85-116.

PORTER; Robert H.; ZONA, J. Douglas. Detection of bid rigging in procurement auctions. Chicago: *Journal of Political Economy*, 1993, vol. 101, n. 3, p. 518-538.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

REICH, A. *International Public Procurement Law: the evolution of International Regimes on Public Purchasing*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Reimpressão da 1ª. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *The Use of Public Procurement as a Non-Tariff Barrier: relations between the EU and the BRICS in the context of the new EU Trade and Investment Strategy*. *Public Procurement Law Review*. Andover: Sweet & Maxwell, 2016 (no prelo).

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes*. In: *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*, Mário Luiz Possas (coord.). São Paulo: Singular, 2002.

SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: A Lei 12.525/2011 e a análise prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

DISCOVERY, LENIÊNCIA, TCC E PERSECUÇÃO PRIVADA A CARTÉIS: TOO MUCH OF A GOOD THING?

Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis

Resumo: O presente trabalho visa a ponderar se a crescente persecução privada a cartéis no Brasil se tornará “*too much of a good thing*”, a ponto de prejudicar os Programas de Leniência e de TCC do Cade, consistentes em instrumentos da persecução pública a cartéis. Para tanto, centra-se o estudo nas melhores práticas internacionais dos Estados Unidos, União Europeia, Canadá e Austrália com relação as regras de acesso às informações e documentos oriundos de acordos de leniência e *plea agreements*, bem como da jurisprudência do Cade e dos tribunais brasileiros com relação ao tema. Ao final, são apresentadas propostas infralegais para se encontrar o ponto ótimo na articulação entre *private* e *public enforcement* no Brasil. Estas propostas foram colocadas em discussão pública pelo Cade em dezembro de 2016, na forma de uma minuta de Resolução (Consulta Pública nº 05/2016).

Palavras-chave: cartel, acordo de leniência, termo de compromisso de cessação (TCC), ação privada de reparação, persecução pública, danos concorrenciais, acesso a documentos.

Abstract: This research aims to consider if the growing trend related to private enforcement in cartel cases in Brazil would become “*too much of a good thing*”, negatively harming the public enforcement, remarkably through Cade’s Leniency and TCC Programs. The highlight is on the study of the United States, European Union, Canada and Australian best practices concerning the discovery rules to immunity/leniency/plea agreement materials, as well as Cade’s case law and national jurisprudence on this matter. Finally, this research proposes a normative solution to find an optimal point in the interaction between private and public enforcement in Brazil. Those proposals were taken into public discussion by Cade on December 2016, through a draft Resolution (Public Consultation nº 05/2016).

Keywords: cartel, leniency agreement, cease-and-desist agreement, private enforcement, public enforcement, antitrust damages, discovery.

1. Introdução

Os Acordos de Leniência e os Termo de Compromisso de Cessação (TCCs) negociados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) representam os principais pilares da persecução pública aos cartéis no Brasil (“*public enforcement*”)¹. De modo contundente no exterior, ainda que incipiente no Brasil, verifica-se a tendência crescente de persecução privada a tais condutas, por meio do ajuizamento de ações civis de reparação por danos concorrenciais (“*private enforcement*”). Na esteira do que se observa nos Estados Unidos (EUA), onde o *enforcement* privado ocupa papel preponderante (HOVENKAMP, 2011), as ações privadas de reparação por danos concorrenciais veem sendo objeto de recentes discussões em fóruns internacionais (ICN, 2007 e OCDE, 2015) e de alterações legislativas, tais como na Áustria (2012), Alemanha (2012), União Europeia (UE) (2015) e Reino Unido (2015).

Recentemente, Brent Snyder do Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) foi questionado sobre as eventuais dificuldades enfrentadas por empresas proponentes de acordos de leniência em decorrência do proliferamento de jurisdições e de programas de leniência em múltiplas jurisdições. Ter-se-ia chegado a um cenário de “*too much of a good thing*”?² Analogamente, este artigo analisa o aumento da persecução privada a cartéis, indagando se esse *enforcement* privado teria se tornado também “*too much of a good thing*”, de modo a prejudicar o *enforcement* público e a persecução antitruste como um todo. A nosso ver, não se tem (pelo menos ainda) tal excesso no Brasil, sendo que o principal desafio é justamente encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis.

A premência desse debate no Brasil pode ser ilustrada pela recente decisão – ainda não transitada em julgado e sem efeitos *erga omnes* – proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 11 de março de 2016, no bojo de uma ação privada de reparação por danos concorrenciais fundamentada na

¹ A persecução de cartéis e outras condutas anticompetitivas pode ser dividida em pública (*public enforcement*) e privada (*private enforcement*). Enquanto a primeira é desempenhada pelas autoridades de defesa da concorrência e, eventualmente, por outros órgãos públicos de investigação, apresentando, em regra, caráter dissuasório e punitivo, a segunda é desempenhada pelo Poder Judiciário quando chamado a ressarcir consumidores eventualmente lesados por danos concorrenciais, apresentando, em regra, caráter compensatório.

² O título do artigo alude ao discurso de Brent Snyder, Procurador-Geral Adjunto do DOJ, intitulado “Leniency in Multi-Jurisdictional investigations: Too Much of a Good Thing?” (Chicago, 2015), disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/06/30/315474.pdf>.

investigação do cartel dos compressores (2016). A nosso ver, trata-se da versão brasileira da decisão *Pfleiderer* (2011) na União Europeia (UE)³. Em ambas, a discussão centra-se na ponderação entre as ações privadas de reparação por danos concorrenciais *vis a vis* os programas de colaboração antitruste, especificamente sobre conferir ou não o acesso aos materiais (informações e documentos) apresentados em sede de “*leniency programmes*”, ou seja, dos Programas de Leniência e de TCC no Brasil.

O presente artigo propõe alternativas infralegais que possibilitem harmonizar a persecução pública e privada de cartéis no Brasil de forma a manter a atratividade dos Programas de Leniência e TCCs do Cade, e, ao mesmo tempo, fomentar as ações privadas de reparação por danos concorrenciais, por meio da estipulação de regras de acesso às informações e documentos oriundos de tais acordos. Trata-se da busca em encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis. Para tanto, a **Seção 2** mapeia a experiência internacional em relação ao acesso de informações e documentos oriundos de programas de leniência no âmbito das ações privadas de reparação por danos concorrenciais. A **Seção 3** analisa a jurisprudência do Cade e recentes decisões judiciais acerca do acesso a tais materiais. Na **Seção 4** serão apresentadas propostas das autoras sobre as regras de acesso no Brasil, cuja versão completa consta na Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE (que resultou na aprovação da Consulta Pública de Resolução nº 05/2016 pelo Tribunal do Cade em dezembro de 2016)⁴. Por fim, a **Seção 5** enunciará conclusões e desafios correlatos.

³ Em 2008, a autoridade da concorrência da Alemanha condenou um cartel de fabricantes de papel. Posteriormente, a empresa *Pfleiderer* teve seu pedido de acesso aos materiais da leniência negado em primeira instância recorrendo ao Tribunal de Bonn, o qual encaminhou o processo em consulta para a manifestação do TJUE, o qual decidiu que caberia às cortes nacionais, com base na legislação de cada Estado Membro, ponderando as ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais *vis a vis* o programa de leniência, conferir ou não o acesso de tais materiais.

⁴ Para acesso às propostas e ao documento integral da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE sugere-se acesso: <<http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>.

2. Experiência internacional sobre acesso aos materiais de leniência

2.1 Da experiência norte-americana

Nos Estados Unidos, as ações privadas de reparação por danos concorrenciais representam cerca de 90% do *enforcement* antitruste no país (JONES, 2016) e são ajuizadas independente da condenação no processo criminal (CONNOR, 2012). O difundido uso dessas ações é explicado, em larga medida, pelo amplo *discovery*⁵, dentre outros fatores incentivadores⁶. Os seguintes diplomas legais geralmente se aplicam à questão do *discovery* nos EUA: (i) Lei de Livre Acesso à Informação (“FOIA”⁷); (ii) Regras Federais do Processo Criminal (“FRCP”⁸); e (iii) Regras Federais do Processo Civil (“FDCP”⁹). Tais diplomas preveem, ao menos, três exceções à regra geral de amplo acesso aos documentos e informações: o sigilo investigativo, o sigilo do informante e a informação privilegiada.

Nos termos do FOIA, qualquer cidadão tem o direito de acesso aos arquivos de agências federais, exceto, por exemplo, se tal divulgação puder interferir na condução do processo investigativo. Aplicando-se a FOIA no escopo de eventuais ações privadas de reparação por danos concorrenciais, o DOJ pode se opor à apresentação de materiais oriundos de leniência e *plea agreements*¹⁰ se houver investigação criminal em curso, fundamentado seu

⁵ *Discovery* se refere a um conjunto de dispositivos processuais empregados por uma parte em um processo civil ou criminal, na fase de produção de provas, com o objetivo de demandar a parte contrária a divulgação de informação essencial para a formação da causa de pedir da parte requerente e que apenas a parte adversa tem conhecimento ou possui. Ver *Federal Rules of Civil Procedure*, Title 28 of the U.S. Code.

⁶ Sobre as causas do difundido uso das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais nos EUA, soma-se, além do amplo *discovery*, o *treble damages* (ressarcimento triplicado por danos concorrenciais), a responsabilidade solidária dos autores da conduta anticompetitiva, bem como a existência de prazos prescricionais favoráveis aos autores das ações, as quais apresentam caráter compensatório e punitivo.

⁷ *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C., § 552. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/foia-final.pdf> (acessado em 30.08.2016).

⁸ *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org> (acessado em 30.08.2016).

⁹ *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/> (acessado em 30.08.2016).

¹⁰ *Plea agreements* são acordos disponíveis para as partes que não puderam celebrar o acordo de leniência total com o DOJ. Ver Scott Hammond (DOJ) em sessão do Comitê

pedido nos sigilos investigativo e do informante. Para tanto, o DOJ comumente se vale do recurso processual conhecido como “*discovery stay*”¹¹. Trata-se de pedido civil de suspensão do processo civil até que se conclua os procedimentos investigativos, tais como as colheitas de depoimentos e provas¹², o qual é, em regra, deferido pelos tribunais norte-americanos (MILLER, et al., 2010). Com o “*stay*”, permite-se a priorização temporária da persecução pública da conduta anticompetitiva, pelo menos até o término das investigações do DOJ (LUI, et al., 2008; e SCHWARTZ, 2014)¹³.

Por sua vez, as regras criminais do FRCP estipulam que o DOJ deve disponibilizar quatro¹⁴ categorias de informações e documentos ao réu da ação penal¹⁵, o que inclui materiais de leniência. Não há obrigação de *discovery*, porém, com relação a relatórios, memorandos ou outros documentos governamentais internos elaborados pelo DOJ em relação à investigação (FRCP 16.2). Este acesso não é conferido a terceiros, mas apenas ao réu, que deve manter o dever de sigilo e usar tais informações estritamente para fins de

de Concorrência da OCDE, disponível em <https://www.justice.gov/atr/speech/us-model-negotiated-plea-agreements-good-deal-benefits-all>.

¹¹ *Discovery stay* é o instrumento processual solicitado pelo DOJ para proteger a integridade das investigações sobre prática de cartel. O *stay* pode ser referente a documentos ou para colheita de depoimentos, sendo que os do segundo tipo costumam ter longos períodos de duração. Ver Lerner, K. e Friedman, E. (2014).

¹² Sobre esse tema, o *Antitrust Division Manual*, disponível em <http://www.justice.gov/atr/file/761166/download>.

¹³ Esse instrumento foi utilizado, por exemplo, nos casos de cartéis envolvendo DRAM, LCD e CRT/CPT, em que o DOJ logrou suspender o processo por 6 (seis) meses ou mais.

¹⁴ Tais informações e documentos se dividem em quatro categorias (artigo 16 e 26.2 do FRCP): (i) informações e documentos sobre o réu; (ii) informações e documentos de defesa (“*exculpatory information*”), i.e., qualquer prova favorável ao réu; (iii) informações e documentos sobre possível contestação da testemunha (“*impeachment information*”); e (iv) declarações feitas pelas testemunhas ou de acusação que tenham relação com a matéria. Para mais informações ver <http://www.justice.gov/dag/memorandum-department-prosecutors>.

¹⁵ Em regra, a persecução criminal de cartéis nos EUA se inicia com uma fase investigativa preliminar no âmbito do “*grand jury*”, na qual o DOJ busca elementos probatórios suficientes para, posteriormente, requerer a condenação criminal do autor do cartel no Judiciário, e na qual opera o sigilo absoluto (*secrecy*). Se os cidadãos que compõe o *grand jury* vislumbrarem elementos probatórios suficientes (“*probable cause*”), o DOJ leva o caso ao tribunal criminal. Quando o processo criminal chega a júri, as sessões e decisões são, em regra, públicas. Ver *U.S. Attorneys’ Manual* (“USAM”), disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-11000-grand-jury>.

defesa no processo criminal, garantido o pedido de “*protective order*”¹⁶. Ocorre que, apesar desse regramento, cerca de 90% das investigações criminais de cartel realizadas pelo DOJ são objeto de acordo e não chegam a julgamento¹⁷, de modo que a divulgação de tais documentos e informações no âmbito do processo criminal, apesar de possível, é pouco frequente na experiência norte-americana.

Finalmente, segundo as regras civis do FDCP, há amplo acesso, exceto às informações consideradas “*privileged*”¹⁸. No âmbito das ações privadas de reparação por danos concorrenciais, os tribunais norte-americanos buscam ponderar o dever de proteção da confidencialidade do material da leniência com as amplas garantias de *discovery*. Se solicitado pelo tribunal, diferentemente do que geralmente ocorre em jurisdições de *civil law*, o réu da ação, seja o beneficiário do acordo de leniência, seja qualquer coautor da conduta anticompetitiva, tem o dever legal de disponibilizar documentos e informações relevantes para embasar a pretensão indenizatória dos consumidores supostamente lesados. Se o acesso se refere a materiais estrangeiros, porém, a jurisprudência vem favorecendo o sigilo investigativo de outras jurisdições¹⁹. Ilustrativamente, no caso *Air Cargo* (2011)²⁰, o juiz norte-americano recusou-se a ordenar a divulgação dos documentos de leniência que constavam do processo investigativo da Comissão Europeia, entendendo que a divulgação prejudicaria os interesses soberanos e a política pública da UE. Por sua vez, se o acesso vem do exterior para o DOJ, somente mediante *waiver*²¹ há disponibilização das informações e documentos derivados de acordos de leniência e *plea agreements*.

¹⁶ As partes podem ajuizar pedido de proteção das evidências de modo a restringir o alcance do *discovery*.

¹⁷ Ver Jones Day Commentary “Federal Jury Returns Verdicts in Rare Price-Fixing Trial of Global Liquid-Crystal Displays Conspiracy” (Abril, 2012), <http://www.jonesday.com/federal-jury-returns-verdict/>.

¹⁸ Considera-se “*privileged*” informações referentes a determinadas comunicações entre cliente e advogado, bem como documentos de trabalho elaborados pelos advogados do próprio DOJ e pelos advogados dos proponentes do Acordo de Leniência ou *plea agreement*.

¹⁹ *In re Rubber Chems. Antitrust Litig.* 486 F. Supp. 2d 1078, 1080 (N. D. Cal. 2007).

²⁰ *Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011).

²¹ Ver *Antitrust Division Manual*, pág. III-101.

2.2 Da experiência europeia²²

O *enforcement* privado na União Europeia (EU), diferentemente dos EUA, até bastante recentemente vinha apresentando papel pouco expressivo (JONES, 2016; Comissão Europeia, 2013). Antes de 2014, na ausência de uma norma supranacional que regulasse especificamente o acesso a materiais de leniência, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) formou jurisprudência acerca do tema. No caso *Pfleiderer*²³ (2011), a questão colocada era se os tribunais nacionais poderiam conceder acesso, em ações privadas de reparação por danos concorrenciais, aos documentos recebidos pelas autoridades antitruste nacionais (NCAs) em Acordos de Imunidade e Leniência. Até então, a Comissão Europeia vinha adotando a posição de que estes materiais não poderiam ser objeto de *discovery*, sob pena de prejudicar o Programa de Leniência europeu²⁴. O TJUE, todavia, decidiu que caberia às cortes nacionais, com base na legislação de cada Estado Membro, uma análise casuística ponderando as ações indenizatórias *vis a vis* a atratividade do programa de leniência, para então conferir ou não o acesso de tais materiais às partes potencialmente prejudicadas. Nos casos que se seguiram, a jurisprudência se dividiu (MACHADO, 2015)²⁵.

A incerteza jurídica resultante do caso *Pfleiderer* levou a Comissão Europeia a buscar uma solução normativa para proteger a eficácia do seu programa de leniência na alteração do marco regulatório: a Diretiva de 2014 da UE²⁶. No que tange às regras de acesso aos documentos e informações de

²² Embora países europeus possuam experiências interessantes acerca do tema, optou-se por relatar apenas as regras da UE, tendo em vista que a Diretiva 2014/104/UE deve ser implementado até dezembro de 2016 em todos os Estados Membros.

²³ Caso C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* (2011) ECR I-05161.

²⁴ Segundo o parecer do Advogado Geral, os documentos produzidos para o acordo de leniência e aqueles preexistentes ao acordo, mas que foram entregues à autoridade antitruste, deveriam receber tratamento distinto. Para Mazák, somente a segunda categoria seria sujeita ao *discovery*. Em relação aos documentos produzidos para o acordo de leniência, opinou o seu acesso por parte de terceiros prejudicados deveria ser vedado de forma a garantir a integridade do programa de leniência.

²⁵ Cases T-437/08, *Cartel Damage Claim Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v Commission* (Tribunal Geral, 2011); HC08C03243, *National Grid v. ABB* (Suprema Corte do UK, 2012); T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg v Commission* (Tribunal Geral, 2012); C-365/12P, *Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (TJUE, 2014); E-5/13 *DB Schenker v EFTA Surveillance Authority* (Corte EFTA, 2014).

²⁶ “*Directive on Antitrust Damages Actions*”, Diretiva 2014/104/EU, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal->

Acordo de Imunidade e Leniência na União Europeia, o art. 5º sobre “Divulgação de Elementos de Prova” estabelece, como regra geral, que os tribunais nacionais têm a prerrogativa de ordenar a divulgação de elementos de prova, desde que autor tenha apresentado um pedido considerado plausível, razoável e fundamentado. Os tribunais nacionais devem então declarar tal pedido “proporcional”, ou seja, devem considerar tanto os interesses da requerente da informação, quanto os da parte demandada²⁷. Ademais, o art. 6º ao estabelecer três níveis de proteção, quais sejam: (i) proteção total (“*black list*”); (ii) proteção temporária (“*grey list*”); e (iii) sem proteção necessária (“*white list*”).

A categoria de (i) proteção total (“*black list*”) abarca as declarações de caráter voluntário e autoincriminatórias de uma pessoa física ou jurídica participante de um cartel com vistas a obter imunidade ou leniência (“*leniency statements*”²⁸) ou outro acordo (“*settlement submissions*”). Nos termos da Diretiva, tais documentos não podem ser divulgados em qualquer hipótese, ainda que sob ordem judicial, ainda que encerradas as investigações da autoridade. Isso porque tais documentos apenas existem ou foram obtidos em decorrência do programa de leniência europeu e exporiam excessivamente a empresa que colaborou com as investigações, prejudicando os incentivos ao *public enforcement* europeu.

<content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DE>. As principais alterações abordaram, dentre outros temas: (a) acesso a evidências; (b) a responsabilidade solidária ou individual; (c) os prazos prescricionais; (d) o instrumento de defesa dos compradores indiretos chamado “*passing on defense*”; (e) a quantificação do dano; (f) a responsabilização consensual das disputas; e (g) o efeito das decisões locais.

²⁷ Segundo os critérios estabelecidos pelo art. 5º da Diretiva da Comissão Europeia, os tribunais, ao avaliarem um pedido de acesso a materiais de prova, devem considerar: (i) a medida em que o pedido de indenização é fundamentado em factos e elementos de prova que justificam o pedido de divulgação dos elementos de prova; (ii) o âmbito e os custos da divulgação, em especial para os terceiros interessados; e (iii) se os elementos de prova cuja divulgação é requerida contém informações confidenciais, em especial no que respeita a terceiros e quais os procedimentos adotados para proteger tais informações confidenciais.

²⁸ Cf. artigo 2(16) da Diretiva: “*leniency statement*” é qualquer comunicação oral ou escrita apresentada voluntariamente por uma empresa ou uma pessoa singular, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência, ou um registo dessa comunicação, que descreve as informações de que essa empresa ou pessoa singular tem conhecimento sobre um cartel e o papel que a mesma nele desempenha, elaborada especificamente para apresentação à autoridade da concorrência a fim de obter dispensa ou redução da multa ao abrigo de um programa de leniência, excluindo as informações preexistente.

Já a categoria (ii) proteção temporária (“*grey list*”) abrange documentos e informações preparados no âmbito da investigação e trocados entre a autoridade da concorrência e as partes investigadas no curso do processo. São, por exemplo, respostas a pedidos de informação, *statements of objections*²⁹ e análises preliminares da Comissão. Mediante ordem judicial, tais documentos podem ser divulgados após a Comissão ou a NCA ter proferido decisão final sobre o caso. Esta proteção temporária busca resguardar o devido andamento da persecução pública na UE, sem, porém, prejudicar o *private enforcement*.

Finalmente, a categoria (iii) sem proteção necessária (“*white list*”) abrange documentos e informações em posse da autoridade da concorrência que não configurem as hipóteses das categorias acima e desde que sejam pré-existentes, não preparados no âmbito da investigação (e.g., tais como contratos escritos, textos de e-mails e atas de reuniões). Tais documentos podem ser divulgados para os tribunais no bojo das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais a qualquer tempo, desde que o pedido seja pertinente e proporcional. O acesso aos documentos dessa categoria, por sua vez, pressupõe a manutenção de outros atrativos ao programa de imunidade e leniência europeu, sendo um dos mais importantes a limitação da responsabilidade solidária entre os colaboradores.³⁰

2.3 Da experiência canadense

O Canadá conta com extensa experiência em *enforcement privado* (OCDE, 2015). O Comunicado de 2007 do *Competition Bureau* sobre informações confidenciais³¹ afirma que a identidade do beneficiário da leniência ou de acordos subsequentes, bem como as informações por eles

²⁹ *Statement of Objections* é um passo formal da investigação concorrenciais da Comissão na qual a autoridade informa por escrito as partes investigadas sobre as condutas imputadas contra elas.

³⁰ A Diretiva 2014 limitou, em seu artigo 11, a regra geral responsabilidade solidária, como forma de harmonizar os interesses do *enforcement* público e privado. O artigo 11(4) definiu então que os beneficiários da imunidade serão responsáveis apenas perante os seus adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos, sendo que a responsabilidade perante outros consumidores lesados apenas ocorrerá se a reparação integral não puder ser obtida das outras empresas implicadas na mesma infração.

³¹ The Communication of Confidential Information under the Competition Act, 10 de outubro de 2007. Disponível em http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03597.html#s7_1.

fornecidas, serão tratadas como confidenciais³². A Seção 29 do *Competition Act* inclusive veda a disponibilização para terceiros das evidências colhidas pelo *Bureau*. Tanto é assim que o *Competition Bureau* não fornece voluntariamente informações para os autores de ações privadas de reparação por danos concorrenciais (art. 36 do *Competition Act*). Ademais, o *Bureau* se opõe ao cumprimento de intimações para dar acesso a documentos e informações se tal acesso puder prejudicar uma investigação em curso, ou de qualquer forma prejudicar o *enforcement* de seu programa de leniência. Se, porém, houver uma ordem judicial deferindo o compartilhamento, o *Bureau* concederá tal acesso e solicitará “*protective orders*” para manter a confidencialidade das informações apenas ao destinatário da ordem³³.

2.4. Da experiência australiana

O *enforcement* privado na Austrália tem apresentado crescimento modesto (OCDE, 2015, Contribuição da Austrália). Ainda assim, o manual da *Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)*³⁴ já define que a regra geral é a da confidencialidade dos materiais de leniência. Essa regra geral, porém, já encontrou decisão judicial contrária no caso *ACCC v Visy Industries (2007)*³⁵, em que foi deferido tal acesso a documentos.

Objetivando manter a atratividade do programa de leniência australiano, editou-se o *Competition and Consumer Act (CCA)*³⁶ em 2010. O CCA prevê o acesso amplo a documentos públicos, excepcionando informações

³² Id. As exceções a essa política são as seguintes: (a) informações cuja divulgação é determinada por lei, (b) informações cuja divulgação é necessária para o exercício dos poderes investigativos do Bureau ou de outra agência governamental, (c) nos casos em que a parte concorda com a divulgação ou ela própria já publicou a informação, e (d) nos casos em que a divulgação é necessária para evitar a prática de algum crime grave. O Comunicado de 2007 também afirma que a autoridade canadense não disponibilizará informações a autoridades estrangeiras sem o consentimento da parte, e que tomará todas as medidas cabíveis para garantir a confidencialidade das informações recebidas em sede de acordo de leniência.

³³ Contribuição do Canadá ao Relatório da OCDE 2015, p. 4.

³⁴ *Immunity and Cooperation Policy for Cartel Conduct*. Disponível em: https://www.accc.gov.au/system/files/884_ACCC%20immunity%20and%20cooperation%20policy%20for%20cartel%20conduct_FA2.pdf

³⁵ *ACCC v Visy Industries Holdings Pty Limited (No 3) [2007] FCA 1617*. Em consonância com o previsto no manual ACCC, a autoridade australiana sustentou o interesse público e o sigilo das informações requeridas.

³⁶ Disponível em: <https://www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/legislation>.

confidenciais em investigações de cartéis (“*protected cartel information*”) (Seção 157 do CCA). Ademais, esclarece-se que a AACC e os tribunais australianos podem negar o pedido de acesso aos referidos documentos, ponderando alguns fatos, como os seguintes: (i) a informação ter sido fornecida à AACC de forma confidencial; (ii) a relação da Austrália com outros países; (iii) a necessidade de se evitar prejuízos à política nacional e internacional de combate a cartéis; (iv) a proteção do informante; (v) o risco da divulgação prejudicar o Programa de Leniência no futuro; e (vi) os legítimos interesses do requerente da informação.

3. Experiência brasileira sobre acesso aos materiais de leniência e TCC

O direito de ação dos consumidores lesados para obterem a cessação da prática anticompetitiva e o recebimento de reparação de danos é previsto no art. 47 da Lei nº 12.529/2011. Estudos indicam que a persecução privada a cartéis no Brasil vem crescendo (CARVALHO, 2011)³⁷, tendo sido observado um crescimento estatístico de 450% no número de acórdãos proferidos no bojo de tais ações entre os anos de 2009-2011 (4 acórdãos) e 2012-2014 (22 acórdãos) (MACHADO, 2015). O ajuizamento e o sucesso dessas ações privadas de reparação por danos concorrenciais, porém, está em larga medida relacionado ao acesso ou não a documentos e informações oriundos da persecução pública a cartéis realizada pelo Cade. Embora, por um lado, a quebra de confidencialidade e o acesso aos materiais de Acordos de Leniência e TCCs possa ser justificado na medida em que tais materiais poderiam embasar a pretensão indenizatória de consumidores lesados, por outro lado, pode expor os signatários do Acordo de Leniência e os compromissários do TCC a uma situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com o Cade, enfraquecendo o *enforcement* público no Brasil e a própria detecção de cartéis.

O art. 5º, LX da Constituição Federal de 1988 é da publicidade dos atos administrativos. Esta regra é regulamentada, em termos gerais, pela Lei nº 9.784/1999 (Lei Geral de Processo Administrativo) e pela Lei nº 12.527/2011

³⁷ Dentre as razões apontadas para o baixo uso das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais no Brasil são listadas, pelo menos, as seguintes: (i) a ausência de uma cultura de reivindicação de danos por parte dos consumidores lesados no Judiciário; (ii) elevados custos e morosidade do litígio judicial, somados, por vezes, a falta de familiaridade do Judiciário brasileiro com a matéria concorrencial; (iii) indefinição quanto ao termo inicial da prescrição para ajuizamento da ação; e, principalmente, (iv) dificuldades em obter evidências e em fornecer análises econômicas e legais complexas comprovando o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido (OCDE, 2015, Contribuição do Brasil).

(Lei de Acesso à Informação – LAI). O acesso às informações e documentos é excepcionado, por exemplo, pelo sigilo à intimidade e ao interesse público³⁸. Ademais, há exceção para a divulgação de informações que possam “representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”³⁹ e que possam “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”⁴⁰. Especificamente na Lei de Defesa da Concorrência, a regra geral do tratamento confidencial⁴¹ aos documentos e às informações de Acordos de Leniência e TCCs está prevista nos arts. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529/2011 e nos arts. art. 179, §3º e 200, §§ 1º e 2º do RICADE, além de cláusulas do termo de celebração do Acordo de Leniência e TCC. É, portanto, premente encontrar o equilíbrio adequado entre a proteção dos documentos e informações de Acordos de Leniência e TCCs, mantendo a atratividade dos referidos Programas e fomentando o ajuizamento das ações privadas de reparação por danos concorrenciais no Brasil. Trata-se da busca pelo ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis, para que esta não se torne “*too much of a goof thing*”.

3.1 *Jurisprudência administrativa do Cade*

Até abril de 2016⁴², o Plenário do Tribunal Cade julgou seis casos instaurados em decorrência da celebração de Acordos de Leniência: (i) cartel dos vigilantes do Rio Grande do Sul (2007); (ii) cartel internacional dos

³⁸ Cf. art. 2º, V, Lei nº 9.784/1999 c/c art. 5º, LX, CF/88.

³⁹ Cf. art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724/2012.

⁴⁰ Cf. art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011.

⁴¹ Exceto mediante *waiver* do signatário da leniência ou do compromissário do TCC e a anuência da SG.

⁴² Este artigo analisou as seis decisões do Cade em Processos Administrativos oriundos de Acordos de Leniência até abril de 2016. Após esta data, outros quatro foram julgados pelo Plenário do Tribunal do Cade: (vii) Cartel Internacional de TPE – Processo Administrativo nº 08012.000773/2011-20, Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 31/08/2016; (viii) Cartel de Plásticos ABS – Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74, Acordo de Leniência celebrado em 17/12/2010. Processo julgado em 14/09/2016. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo 08700.009161/2014-97, julgado em 14/09/2016; (ix) Cartel internacional de CRT - Processo Administrativo 08012.005930/2009-79, Acordo de Leniência celebrado em 29/07/2009. Processo julgado em 09/11/2016; (x) Cartel internacional de Placas de Memória (DRAM) - Processo Administrativo 08012.005255/2010-1, Acordo de leniência celebrado em 24/11/2011. Processo julgado em 23/11/2016.

peróxidos (2012); (iii) cartel internacional de cargas aéreas (2013); (iv) internacional de mangueiras marítimas (2015); (v) cartel internacional de perborato de sódio (fev/2016); e (vi) cartel internacional dos compressores (mar/2016).

Observa-se que nos três primeiros casos, quando do julgamento do caso pelo Tribunal, nas respectivas versões públicas dos votos, houve transcrição de diversos trechos dos documentos da busca e apreensão e também de documentos do Acordo de Leniência. Já o termo de celebração do Acordo de Leniência em si, o Histórico de Infrações e algumas provas colhidas em sede de busca e apreensão se encontram em apartado de acesso restrito às representadas no processo. Em todos os casos, ao longo do processo, os representados tiveram acesso à íntegra das informações e materiais oriundos dos Acordos de Leniência e TCC.

Por sua vez, na investigação referente ao cartel de mangueiras marítimas (2015), evidencia-se clara preocupação do Cade com o *enforcement* privado, possivelmente influenciada pelas recentes discussões sobre o tema na seara internacional. O Conselheiro Relator, quando do julgamento, afastou as preliminares de confidencialidade suscitadas pelas representadas e buscou ponderar a disponibilização de informações e documentos de leniência e de TCCs *versus* o fomento às ações privadas de reparação por danos concorrenciais. Na versão pública do voto, transcreveu-se trechos de confissão de conduta dos TCCs e do Histórico da Conduta do Acordo de Leniência⁴³. Segundo o voto, após o julgamento do caso, o termo de celebração do Acordo de Leniência, bem como demais documentos anexos apresentados pelo beneficiário, poderiam ser disponibilizados a terceiros, em razão dos princípios da publicidade e moralidade⁴⁴. Em que pese essa decisão pela publicização após o julgamento, o Conselheiro Relator destacou que determinados documentos não usados como base para a acusação deveriam ser mantidos confidenciais após o julgamento, por versarem sobre segredos de empresa, como especificações técnicas de produto⁴⁵.

⁴³ Id., § 3º: “também por razões de publicidade e moralidade”, o Conselheiro Relator tornou público os anexos aos TCCs que tratam das confissões das condutas, até então mantidos em apartados confidenciais – vez que abordavam a forma pela qual o cartel se organizou no território brasileiro.

⁴⁴ Estes documentos a que se autorizou a disponibilização não se encontram nos autos públicos no sistema eletrônico de informações do Cade (SEI), de modo que a íntegra do termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos ainda parecem permanecer em acesso restrito aos representados.

⁴⁵ Cf. nota de rodapé 13 do voto do Conselheiro Relator. Ademais, cf. §9º do voto: “No que se refere à publicidade do julgamento, isto é, do acesso de terceiros ao teor, é

Já no julgamento da investigação do cartel de perborato de sódio (fev/2016), o voto do Conselheiro Relator excepcionalmente determinou a publicidade de todo o apartado de acesso restrito às representadas, sob o fundamento de que as informações comerciais que poderiam ser consideradas sigilosas datavam de muitos anos e não seriam concorrencialmente sensíveis. Por fim, no julgamento do cartel dos compressores (2016), o Conselheiro Relator transcreveu os principais trechos do Histórico da Conduta e franqueou o acesso aos representados à totalidade dos documentos probatórios, embasando-se na Súmula Vinculante nº 15 do STF⁴⁶. Mesmo após o julgamento do caso, permaneceram nos autos de acesso restrito informações que versavam sobre segredos de empresa, o termo de celebração do Acordo de Leniência e seus anexos.

3.2. Recentes decisões judiciais

O Judiciário se manifestou sobre o acesso de informações e documentos fornecidos no âmbito do Acordo de Leniência e TCCs em pelo menos dois casos⁴⁷: (i) cartel nacional dos trens e metrôs (2013); e (ii) cartel internacional dos compressores (2009).

O caso conhecido como cartel dos trens e metrôs teve origem em Acordo de Leniência⁴⁸, que ensejou a realização de buscas e apreensões cíveis

importante registrar que a regra é que os julgamentos do CADE sejam realizados em sessão pública. Em virtude dessa obrigação de observância dos princípios da moralidade, do interesse público e da publicidade, entendo que a única restrição à publicidade plena do presente julgamento é a liminar concedida na Medida Cautelar de Busca e Apreensão 0024157.07.2007.4.03.6100 para o estrito interesse na realização das diligências.”

⁴⁶ Súmula Vinculante nº 15 do STF: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

⁴⁷ Há ao menos 6 (seis) ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais decorrentes de processos administrativos *não* iniciados por Acordo de Leniência. Tais ações foram ajuizadas por consumidores ou pelo MP e ocorreram nos seguintes mercados: (i) cartel de cimentos; (ii) cartel dos gases industriais e/ou medicinais; (iii) cartel dos genéricos; (iv) cartel dos combustíveis; (v) cartel de extração de areia; e (vi) cartel do aço. Ver Martinez, A.P.; e Araújo, M. T. (2016).

⁴⁸ O Acordo de Leniência 01/2013 foi firmado entre a Siemens e o Cade no âmbito de suposto cartel em licitações dos trens do Metrô, da CPTM e do Metrô DF, que teria ocorrido no período de 1998 a 2008, afetando, ao menos, São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

nas sedes das empresas investigadas. Um dos juízes cíveis que analisou o pedido de busca e apreensão – o juiz de primeira instância na 3ª Vara Federal Vara de São Bernardo do Campo⁴⁹ –, após o término da operação, ordenou a divulgação das informações e documentos referentes ao Acordo de Leniência, inclusive o Histórico da Conduta, sob a justificativa de que os prazos prescricionais para eventuais ações judiciais já se encontravam em curso⁵⁰. Este juiz, apesar de determinar o acesso, reconheceu a excepcionalidade do caso ao divulgar as informações e documentos provenientes do Acordo de Leniência. Frisou que, em regra, o sigilo de tais documentos deve ser mantido até o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade.⁵¹ A decisão de primeiro grau foi apelada pelo Cade e por uma das empresas investigadas⁵², sendo que na segunda instância a apelação foi provida. Embora não tenha ordenado o sigilo quanto à tramitação do processo, o TRF3 reordenou o sigilo dos documentos que instruíram o pedido inicial de busca e apreensão (Acordo de Leniência e Histórico da Conduta), de modo a resguardar as atividades de investigação do Cade⁵³.

⁴⁹ Cf. decisão do juiz federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo, em 9 de agosto de 2013, nos autos do Processo 0004196.2013.4.03.6114, Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. (MGE); Requerente: CADE.

⁵⁰ A MGE interpôs agravo de instrumento contra a decisão de primeira instância que autorizou o acesso ao Acordo de Leniência e Histórico de Conduta a terceiros. O TRF3, todavia, negou provimento ao agravo tendo em vista que “o recorrente deveria ter se insurgido da primeira decisão que apreciou o pedido de decretação de sigilo.”, cf. ementa proferida no AI nº 0023235-20.2013.4.03.0000, TRF3, 4ª Turma, relatoria da Des. Fed. Marli Ferreira, Agravante: MGE Equipamentos, Agravado: CADE, decisão proferida em 22.09.2014.

⁵¹ *“A identidade do beneficiário de um acordo de leniência é mantida sob sigilo no interesse das investigações e para proteger aqueles que colaboram com a autoridade antitruste. Essa confidencialidade, em geral, é mantida até o julgamento do caso pelo Tribunal do Cade, quando é confirmada a imunidade administrativa e criminal a que a leniência dá direito (...) Os nomes das pessoas físicas que assinam a leniência, os termos do acordo e os documentos que o acompanham continuam confidenciais”.*

⁵² Apelação Cível nº 0004196-28.2013.4.03.6114/SP, TRF3, Quarta Turma, relatoria da Des. Fed. Marli Ferreira, decisão original nº 2013.61.14.004196-1/SP, Apelante: CADE e MGE, decisão proferida em 25.09.2015.

⁵³ *“É necessária a preservação do sigilo dos documentos que instruíram a inicial para o resguardo das atividades de apuração de responsabilidades na esfera administrativa que estão sendo desenvolvidas a partir de Acordo de Leniência, não havendo que se falar em qualquer violação da intimidade dos interessados, eis que as diligências e os documentos apreendidos devem submeter-se ao sigilo necessário à preservação do interesse público.”*

Por sua vez, no caso conhecido como cartel dos compressores⁵⁴, cuja investigação também foi iniciada a partir da celebração de Acordo de Leniência, uma empresa prejudicada pelo cartel demandou acesso aos documentos da investigação do Cade para embasar sua ação privada de reparação por danos concorrenciais. O juiz de primeira instância da 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP determinou inicialmente o envio de “*cópias de todos os documentos integrantes do processo administrativo (...) inclusive aqueles não disponíveis publicamente na fase de investigação, para fins essenciais de instrução da presente demanda*”⁵⁵. Tal solicitação, contudo, englobava documentos sigilosos, oriundos de Acordo de Leniência. Na segunda instância, a empresa prejudicada pela conduta anticompetitiva interpôs agravo de instrumento contra decisão do juiz que indeferiu a expedição de ofícios ao Cade para a remessa de documentos constantes do Processo Administrativo. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a esse recurso, determinando a expedição de tais ofícios. Então, a partir dessa decisão, as empresas citadas no Processo Administrativo interpuseram recurso especial para o STJ⁵⁶, recurso esse que não foi provido. Nesse momento, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade) opôs embargos de declaração, com fundamento nas leis que conferem tratamento confidencial ao material de leniência, bem como na necessidade de preservação da política de combate a cartéis por meio da proteção ao Programa de Leniência do Cade. Em 09.06.2015, Min. Relator reformou a decisão anterior adotando as razões mencionadas pela ProCade quanto à necessidade de proteção da confidencialidade das informações e documentos provenientes de Acordo de Leniência e TCC.

Todavia, em 11.03.2016 o STJ alterou seu entendimento no julgamento final da cautelar, pouco antes do julgamento final do caso pelo plenário do Tribunal do Cade (16.03.2016, ou seja, cinco dias antes do

⁵⁴ Trata-se de cartel ocorrido no período entre 1996 a 2008 no mercado nacional e internacional de compressores herméticos para refrigeração. Tal processo se originou de Acordo de Leniência firmado em 30.01.2009, bem como de evidências colhidas em diligência de busca e apreensão ocorrida em 09.02.2009.

⁵⁵ Cf. solicitação da 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP, processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Electrolux do Brasil S.A., Requerido: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A.

⁵⁶ Ver manifestação da ProCADE nº 42/205 em resposta ao Ofício nº 71/2015 no âmbito da medida cautelar nº 24.408, no processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A., Requerido: Electrolux do Brasil S.A., STJ, relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze.

juízo administrativo). Ao julgar o REsp⁵⁷, o Min. Relator confirmou que se assegura o sigilo das propostas de leniência, bem como a possibilidade de extensão desse sigilo, no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos⁵⁸. No entanto, manifestou-se no sentido de que o sigilo não poderia se estender indefinidamente no tempo, sendo que “o envio do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo”⁵⁹, marcaria, na opinião do Ministro, o fim da fase de apuração da conduta, e, conseqüentemente, o termo final do sigilo.

A ProCade, por entender que a decisão do STJ diverge do entendimento do Cade acerca do tema, opôs Embargos de Declaração, argumentando omissão do acórdão por não considerar que a lei também confere aos Conselheiros do Tribunal do Cade poder para requerer diligências de caráter investigatório (art. 11 da Lei nº 12.529/2011), razão pela qual a fase de apuração da conduta não se restringe à Superintendência-Geral. Ademais, haveria omissão porque ao Cade seria dada a competência legal para regular o termo final do sigilo (art. 49 da Lei nº 12.529/2011), o que já estaria inclusive determinado no RICADE⁶⁰ (art. 207), que prevê a manutenção da confidencialidade das informações e documentos de Acordo de Leniência até o julgamento final pelo Plenário do Tribunal do Cade. Ainda, a decisão embargada teria sido omissa por não considerar os termos da LAI, a qual garante o sigilo das informações que possam representar vantagem competitiva a outros agentes e que possam comprometer atividades de investigação em andamento (art. 23, VIII da Lei 12.527/2011). Por fim, a ProCADE também argumentou omissão em face da ausência de contornos jurídicos sobre três pontos: “o que”, ou seja, quais documentos deveriam ser entregues; “a quem”

⁵⁷ Cf. decisão do STJ, 3ª Turma de Direito Privado, no Resp nº 1.554.986-SP, Recorrentes: Electrolux, Whirlpool e Brasmotor, Recorrido: Tecumseh. Decisão proferida em 08.03.2016. Relator Min. Marco Bellizze.

⁵⁸ “4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência.”

⁵⁹ “(...) [T]rata-se do limite a partir do qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade (...) Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei.” (grifo próprio). Id., pág. 8-9 do voto.

⁶⁰ Cf. art. 49, caput e § único do art. 49 c/c art. 86, §11, da Lei nº 12.529/2011.

seria conferido o acesso a tais documentos, e “para qual” finalidade específica. O esforço da ProCade reflete a preocupação em se proteger o Programa de Leniência e de TCC do Cade. Favorecer o *enforcement* privado, sem, em contrapartida, regular as regras de acesso e limitar a responsabilidade civil do beneficiário da leniência, prejudica o *enforcement* antitruste como um todo. Se há perda de atratividade ao Programa de Leniência – a principal ferramenta no combate a cartéis – menos cartéis tendem a ser descobertos e, assim, menos ações privadas de reparação por danos concorrenciais sequer serão ajuizadas⁶¹.

4. Propostas infralegais sobre acesso aos materiais de leniência e TCCS: “not too much of a good thing!”

Ponderando entre as ações privadas de reparação por danos concorrenciais *vis a vis* os programas de colaboração antitruste, especificamente sobre conferir ou não o acesso aos materiais (informações e documentos) apresentados em sede dos Programas de Leniência e TCC no Brasil – ou seja, sobre o “*discovery*” no Brasil –, as autoras deste artigo propuseram, em sede da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE (que resultou na aprovação da Consulta Pública de Resolução nº 05/2016 pelo Tribunal do Cade em dezembro de 2016)⁶², que o Cade, por meio de normativa própria, finalmente definisse um posicionamento institucional claro e transparente, a fim de minimizar eventuais divergências administrativas e judiciais.

Em consonância com as melhores práticas internacionais (notadamente inspirado nas categorias de acesso definidas na Diretiva 2014 UE), porém adaptados à realidade e à legislação brasileira, propôs-se a definição de três fases processuais nas investigações do Cade, nas quais as regras de acesso se diferenciarão: (Fase I) negociação e celebração dos acordos; (Fase II) instrução; e (Fase III) decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade.

Durante a Fase I, propôs-se a manutenção da regra do sigilo total da proposta de Acordo de Leniência, dos anexos ao acordo e de quaisquer

⁶¹ Ademais, na ausência de regulação da matéria, na hipótese de um cartel internacional em que haja Acordo de Leniência no Brasil, as partes que não obtiverem acesso as informações necessárias para o ajuizamento das ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais em seu respectivo país, poderão se utilizar indevidamente do Brasil para obter tal acesso.

⁶² Para acesso às propostas e ao documento integral da Nota Técnica 24/2016/Chefia GAB-SG/SG/CADE sugere-se acesso: <<http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>>.

documentos apresentados pelo beneficiário da leniência, tal como a proposta de TCC, os termos do acordo, do andamento processual e de todo processo de negociação⁶³. A manutenção do sigilo é da própria essência dessa fase, sob pena de frustrar, preliminarmente, a tentativa de cooperação com a autoridade antitruste.

Uma vez celebrado o Acordo de Leniência e iniciada a instrução processual, inicia-se a Fase II. Durante essa fase, já podem ser disponibilizadas versões públicas de Notas Técnicas, mas para preservar possíveis medidas investigativas, como uma eventual medida de busca e apreensão, todos os documentos e informações oriundos do Acordo de Leniência e TCC (i.e., termo de celebração do AL, versão confidencial do TCC, Aditivos, Apêndice da Prova Documental e demais anexos, tal como o Histórico da Conduta) são, via de regra, mantidos em apartado de acesso restrito, nos termos dos arts. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52 a 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012⁶⁴. Esse tratamento também é mantido quando o caso é remetido pela SG para decisão pelo Tribunal do Cade, dado que o posicionamento da SG não é vinculante e o Conselheiro-Relator ainda pode realizar instrução complementar⁶⁵, caracterizando-se instrução processual, de modo a exigir as mesmas cautelas⁶⁶.

Tal proteção assemelha-se às regras dos EUA, da Austrália e do Canadá. Nos EUA, os tribunais em regra não têm acesso às informações e documentos obtidos no âmbito da leniência e *plea agreements* se a investigação criminal conduzida pelo DOJ ainda estiver em curso. Também se preserva o sigilo do informante e do sigilo investigativo. Na Austrália, para se afastar a ordem judicial de acesso à materiais da leniência a qualquer tempo, a ACCC alega inclusive violação ao interesse público. No Canadá, similarmente, o *Competition Bureau* se opõe a divulgar quaisquer documentos de leniência enquanto houver investigação em curso. O acesso deve ser concedido para fins

⁶³ Cf. art. 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529/2011 c/c arts. 179, §3º, 200, §1º e 207, RICADE.

⁶⁴ Cf. os art. 44, §2º e 49 da Lei nº 12.529, de 2011, arts. 52, 53 e 54 do Regimento Interno do Cade, arts. 22 e 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011, e art. 5º, §2º do Decreto nº 7.724, de 2012.

⁶⁵ cf. art. 11 da Lei nº 12.529, de 2011.

⁶⁶ Vale notar, a nosso ver, que a entrega do relatório circunstanciado pela SG ao Tribunal não pode ser comparada ao oferecimento de denúncia na seara criminal – tal como sugerido pela decisão do STJ supramencionada. Parece-nos mais apropriado comparar a denúncia com o julgamento do Tribunal Administrativo, por representar, tal como no MP, a palavra final da autarquia sobre a existência ou não de ilícito.

do contraditório e da ampla defesa, sendo vedada a utilização de tais informações em outras esferas e/ou sua divulgação ou compartilhamento com terceiros. Para fazer valer essa proteção, as autoras propuseram que a ProCade possa demandar judicialmente, se necessário, instrumento semelhante ao “*discovery stay*”.

Finalmente, a Fase III inicia-se após o julgamento e a publicação da decisão do Plenário do Tribunal do Cade no DOU. A partir dessa fase passa-se então a propor alterações à prática reiterada do Cade, de modo a fomentar as ações privadas de reparação por danos concorrenciais no Brasil. Propôs-se que seja disponibilizado, nos autos públicos do processo: (i) a íntegra dos documentos e informações que foram citados nos votos dos Conselheiros para formação do entendimento do Plenário; e/ou (ii) a íntegra dos demais documentos e informações que evidenciem a conduta anticompetitiva e nos quais as partes potencialmente lesadas pela conduta sejam citadas. Ambos serão tornados públicos, ainda que tais documentos e informações sejam oriundos de AL, TCC e busca e apreensão.

Por sua vez, propôs-se que sejam mantidos em acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, a saber: (i) o Histórico da Conduta e seus aditivos, elaborados pela SG com base em documentos e informações de caráter autoincriminatórios⁶⁷ submetidos voluntariamente no âmbito da negociação, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito de Acordo de Leniência e de TCC, que não poderiam ter sido obtidos de qualquer outro modo senão por meio da colaboração no âmbito dos Programas de Leniência e de TCC; e/ou documentos e informações (a) de acesso restrito nos termos da Lei de Defesa da Concorrência⁶⁸; (b) que constituam segredo industrial⁶⁹, (c) relativos à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos e demais hipóteses de sigilo previstas na legislação⁷⁰ e (d) que constituam hipóteses previstas no Ricade⁷¹. Esse acesso restrito é justificado, na opinião das autoras, pelo risco à condução de negociações, a atividades de

⁶⁷ Nos termos do considerando 26 da Diretiva, excluir as declarações de caráter voluntário e auto-incriminatório dos elementos de prova objetiva “assegurar que as empresas continuem dispostas a apresentar voluntariamente às autoridades da concorrência declarações de leniência ou propostas de acordo”.

⁶⁸ arts. 44, §2º, 49, 85, §5º e 86, §9º da Lei nº 12.529, de 2011.

⁶⁹ art. 22 da Lei nº 12.527/2011.

⁷⁰ art. 5º, §2º e 6º, inciso I do Decreto 7.724/2012.

⁷¹ arts. 52, 53 e 54 do RICADE.

inteligência⁷² e à própria efetividade dos Programas de Leniência e de TCC do Cade.

Ademais, a nosso ver duas outras propostas são importantes para que se tenha um conjunto adequado de incentivos a fim de se encontrar o ponto ótimo na articulação entre a persecução pública e privada aos cartéis.

Primeiro, que a análise de eventuais pedidos de acesso a documentos seja realizada considerando uma ampla gama de aspectos, tais como a legitimidade do requerente, os fatos e fundamentos específicos que embasam o requerimento, a razoabilidade e a proporcionalidade do requerimento, a fase processual da investigação no Cade, a manutenção do nível de confidencialidade pelo requerente, a necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador, a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente dos Programas de Leniência e de TCC do Cade, a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica, e a existência de informações protegidas por segredo de empresa, segredo de justiça ou qualquer outro tipo de informação confidencial.

Segundo, que as empresas que comprovarem a efetiva reparação dos danos concorrenciais aos consumidores prejudicados tenham algum tipo de tratamento diferenciado perante o Cade. A proposta é no sentido de que a SG e/ou o Tribunal do Cade, quando da negociação de TCCs ou no momento da aplicação das penas, leve em consideração esse fator com uma possível redução na contribuição pecuniária ou da multa administrativa. Do ponto de vista dos programas de colaboração antitruste como um todo, a colaboração seria benéfica na medida em que tornaria os materiais de Acordos de Leniência e TCC menos valiosos aos olhos dos consumidores lesados, uma vez que transformaria a celebração de acordos consensuais antecipados em procedimento comum. Ou seja, atende-se, com isso, à função mais ampla de *enforcement* antitruste, aliando persecuções pública e privada.

Alternativas semelhantes foram adotadas, por exemplo, na União Europeia, no Reino Unido e na Alemanha. A Diretiva de 2014 da União Europeia estabelece que a autoridade de concorrência pode considerar os danos pagos decorrentes de acordo como um fator de mitigação antes de proferir decisão final de imposição de multa. No Reino Unido, a nova Lei dos Direitos do Consumidor de 2015 estabeleceu o mecanismo da reparação voluntária para facilitar o ressarcimento de danos concorrenciais (denominado “*voluntary*

⁷² art. 23, II e VIII da Lei nº 12.527/2011.

*redress scheme*⁷³). Trata-se de um plano de reparação de danos civis sem que os consumidores lesados tenham que acionar o Judiciário, de modo que o participante do cartel que colaborar no âmbito da mediação terá reduzido o valor da multa imposta como forma de retribuir a parte disposta a indenizar os consumidores lesados. Por sua vez, na Alemanha⁷⁴, há sugestão jurisprudencial para a adoção de um procedimento bifásico, que divide a decisão do *Bundeskartellamt* em dois momentos: (i) uma decisão preliminar declaratória, que é seguida de um período designado para facilitar a celebração de acordos com consumidores lesados; e (ii) a decisão final, que considera tais acordos como um “bônus” no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%). Tal procedimento visa a diminuir os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores lesados, e a favorecer o beneficiário da leniência na medida de sua cooperação.

5. Notas finais

As propostas apresentadas visam a que a persecução privada a cartéis não se torne “*too much of a good thing*” no Brasil, para assim manter a atratividade dos Programas de Leniência e TCC do Cade, imprescindíveis para a persecução pública. Essas propostas de regulamentação do acesso aos documentos e informações de Acordos de Leniência, TCCs e busca e apreensão, por sua vez, devem ser a base para o endereçamento a desafios correlatos, que só podem ser endereçados via reforma legislativa. Dentre eles, destaca-se a questão da mitigação da responsabilidade civil solidária do beneficiário da leniência, da não duplicação dos danos quantificados (questionáveis a partir da aplicação do Código de Defesa do Consumidor) e da interpretação das regras de prescrição (como o termo inicial de contagem prescricional). Por essa razão, as autoras também realizaram propostas de quatro novos artigos no art. 47 da Lei 12.529/2011, explicitados na Exposição

73 “Guidance on the CMA’s approval of voluntary redress schemes” (2015) sobre o mecanismo de reparação voluntária (“*voluntary redress scheme*”) da Competition and Markets Authority – CMA. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/408333/Draft_guidance_-_CMA_voluntary_redress_schemes.pdf. Ver “*The Competition Act 1998 (Redress Scheme) Regulations 2015*”. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/1587/contents/made>. Por meio desse mecanismo, tanto o signatário da leniência quanto os demais participantes da conduta anticompetitiva podem submeter, voluntariamente, um plano de ressarcimento para aprovação do CMA. Se aprovado, o autor da conduta anticompetitiva poderá receber, em contrapartida, descontos de até 20% no valor da multa administrativa a ser aplicada.

74 Contribuição da Alemanha ao Relatório OCDE 2015, p. 5.

de Motivos que justificou a supramencionada Consulta Pública Cade nº 05/2016.⁷⁵

Na opinião das autoras, o ponto ótimo entre *private* e *public enforcement* só poderá então ser efetivamente alcançado se houver o endereçamento conjunto de propostas infralegais e legislativas, garantindo assim segurança jurídica aos administrados no Brasil.

Bibliografia

CARVALHO, L. C. L. G. (2011). Responsabilidade Civil Concorrencial: a Busca pela Efetiva Reparação de Danos. FGV Direito Rio.

CAPOBIANCO, A.; e LEE, S. (2015). Public and Private Antitrust Enforcement in Competition. Nota do Secretariado da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). DAF/COM/WP3(2015)14.

COMISSÃO EUROPEIA (2014). Diretiva 2014/104/EU sobre Ações de Ressarcimento de Danos Concorrenciais da União Europeia do Parlamento Europeu e do Conselho.

COMISSÃO EUROPEIA (2013). Impact Assessment Report on Damages Actions for Breach of the EU Antitrust Rules. Commission Staff Working Document.

⁷⁵ Propostas legislativas de quatro novos artigos no art. 47 da Lei 12.529/2011:

“§1º A instauração de procedimento para apuração da infração contra à ordem econômica pela Superintendência-Geral interrompe o prazo prescricional para ajuizamento das ações de que tratam o caput deste artigo.

§2º O prazo prescricional para a ação do caput deste artigo é contado da ciência inequívoca da infração à ordem econômica.

§3º Não responderá solidariamente pelos danos decorrentes da infração noticiada o signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011, cuja responsabilidade civil é limitada aos danos individuais homogêneos causados e circunscrita aos seus próprios clientes e/ou fornecedores diretos e/ou indiretos.

§4º Não se aplica a repetição do indébito por valor em dobro prevista no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor ao signatário do Acordo de Leniência previsto no art. 86 desta Lei nº 12.529, de 2011.”.

Vide: <http://www.cade.gov.br/cade-submete-a-consulta-publica-resolucao-sobre-procedimentos-de-acesso-a-documentos-provenientes-de-investigacoes-antitruste>.

CONNOR, J. M. (2012). Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What do the Data Show? *The American Antitrust Institute*, Working Paper No. 12-03.

DEE (Departamento de Estudos Econômicos do Cade), Prevenção Ótima de Cartéis: O Caso dos Peróxidos no Brasil. Documentos de Trabalho 002/2016.

HOVENKAMP, H. J. (2011). Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States. University of Iowa Legal Studies Research Paper.

ICN (2007). Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases. Relatório para a Conferência Anual em Moscou.

JONES, A. (2016). Private Enforcement of EU Competition Law: A comparison with, and lessons from, the US, Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond. Hart Publishing.

LERNER, K.; e FRIEDMAN, E. (2014), DOJ Stays Are Often Unfair To Private Antitrust Plaintiffs. *Law 360*.

LUI, B. S.; et al. (2008). Increased DOJ Intervention to Stay Discovery in Civil Antitrust Litigation, *Antitrust Litigator*, vol. 8, nº. 1

MACHADO, L. A. (2015). Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 2.

MARTINEZ, A. P.; e ARAÚJO, M. T. (2016). Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks. *CPI Antitrust Chronicle*.

MILLER, S., et al. (2010). U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials. *The CPI Antitrust Journal*.

OCDE (2015). Public and Private Antitrust Enforcement in Competition. Contribuição dos Participantes.

OCDE (2008). Experience with Direct Settlements in Cartel Cases. Competition Policy Roundtables. DAF/COMP(2008)32.

SCHWARTZ, E. (2014). Access to Leniency Documents and the Effectiveness of Private Damages Claims - The US and EU Defense Perspective. 20º Seminário IBRAC.

Jurisprudência Internacional

Caso C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* (2011) ECR I-05161

Caso B-4. Kart 5/11(OWi), *Rosted Coffee* (Tribunal Recursal de Dusseldorf, 2012)

Caso 51 Gs 53/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* (Amtsgericht Bonn, 2012)

In re Dynamic Random Access Memory Antitrust Litigation, No. 02-1486 (N.D. Cal.)

In re TFT-LCD (Flat Panel) Antitrust Litigation, No. 07-1827 (N.D. Cal. Sept. 25, 2007)

In re Cathode Ray Tube Antitrust Litigation, MDL No. 1917 (N.D. Cal. 2015)

In re Rubber Chems. Antitrust Litig. 486 F. Supp. 2d 1078, 1080 (N. D. Cal. 2007)

Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011)

ACCC v Visy Industries Holdings Pty Limited (No 3) [2007] FCA 1617

Jurisprudência Nacional

TJSP, Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Electrolux do Brasil S.A., Requerido: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A., 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP

STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.554.986-SP (2015/0219111-7), Recorrentes: Electrolux do Brasil S.A., Whirlpool S.A., Brasmotor S.A., Recorrido: Tecumseh do Brasil Ltda., decisão proferida em 08.03.2016. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze

TJSP, 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo, Processo nº 0004196.2013.4.03.6114, Requerida: MGE Equipamentos e Serviços Ferroviários Ltda. (MGE); Requerente: Cade. Decisão proferida em 09.08.2013 pelo juiz federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza.

TRF3, 4ª Turma, Agravo de Instrumento nº 0023235-20.2013.4.03.0000, relatoria da Des. Federal Marli Ferreira, Agravante: MGE Equipamentos, Agravado: Cade, decisão proferida em 22.09.2014.

TRF3, 4ª Turma, relatoria da Des. Federal Marli Ferreira, decisão original nº 2013.61.14.004196-1/SP, Apelante: Cade e MGE, decisão proferida em 25.09.2015.

TJSP, 33ª Vara Cível do Foro Central Cível de SP, Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Electrolux do Brasil S.A., Requerido: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A.

STJ, Medida Cautelar nº 24.408, no Processo nº 0116924-71.2012.8.26.0100, Requerente: Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A., Requerido: Electrolux do Brasil S.A., relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze.

STJ, 3ª Turma de Direito Privado, no Recurso Especial nº 1.554.986-SP (2015/0219111-7), Recorrentes: Electrolux do Brasil S.A., Whirlpool S.A., Brasmotor S.A., Recorrido: Tecumseh do Brasil Ltda., relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze decisão proferida em 08.03.2016.

Jurisprudência do Cade

Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11, Representante: SDE *ex officio*, Representadas: ACC, Brasmotor, Danfoss, Panasonic, Tecumseh, Whirlpool e outras. Relatoria da Conselheira Ana Frazão. Acordo de Leniência celebrado em 2009 entre a SDE e o Grupo Tecumseh, julgado em 16.03.2016.

Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Acordo de Leniência celebrado em 09.10.2003 entre a SDE e Vigilância Antares Ltda. e outros, julgado em 21.09.2007.

Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, Acordo de Leniência celebrado em 06.05.2004 entre a SDE e o Grupo Degussa, j. em 09.05.2012. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68.

Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, Acordo de Leniência celebrado em 21.12.2006 entre a SDE e Grupo Lufthansa, julgado em 28.08.2013.

Processo Administrativo nº 08012.010932/2007, Acordo de Leniência celebrado em 13.08.2007 entre a SDE e The Yokohama Rubber Co., Ltd e outros, julgado em 25.02.2015.

Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66, Acordo de Leniência celebrado em 11.09.2006 entre a SDE e o Grupo Degussa, julgado em 25.02.2016.

Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11, Acordo de Leniência celebrado em janeiro de 2009 entre a SDE e o Grupo Tecumseh, julgado em 16.03.2016.

Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, Acordo de Leniência celebrado em 09.10.2003 entre a SDE e Vigilância Antares Ltda. e outros, julgado em 21.09.2007.

Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, Acordo de Leniência celebrado em 06.05.2004 entre a SDE e o Grupo Degussa, julgado em 09.05.2012. O processo principal foi desmembrado no Processo Administrativo nº 08012.007818/2004-68.

Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, Representante: Cade *ex officio*. Representados: Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda., Balfour Beatty Rail Power Systems Brazil, Bombardier Transportation Brasil Ltda. e outros. Acordo de Leniência celebrado entre o Cade e a Siemens em 2013. Sob análise da Superintendência-Geral do Cade.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

GUN JUMPING: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA NORMA E DAS SANÇÕES APLICADAS PELO CADE

Ananda Portes Souza

Resumo: O trabalho examina, à luz da jurisprudência do CADE, as consequências cominadas à prática de gun jumping (art. 88, §3º da Lei nº 12.529/2011): nulidade, multa pecuniária e abertura de processo administrativo. Além disso, critica o atual critério legal de cálculo da multa pecuniária, sugerindo a adoção, de lege ferenda, de critério semelhante ao europeu, cuja multa máxima é de até 10% sobre o volume de negócios. Por fim, a partir do cotejo entre o sistema brasileiro e o norte-americano, propõe reflexão sobre a necessidade de instauração de processo administrativo para identificar a existência de infração à ordem econômica.

Palavras-chave: Ato de Concentração. Análise Prévia. Gun jumping. Multa. Nulidade.

Key-words: Mergers. Premerger review. Gun jumping. Civil penalty. Invalidity.

1. Introdução

A Lei nº 12.529/2011 introduziu no Brasil o regime de análise prévia dos atos de concentração, com o intuito de preservar as condições competitivas de mercado durante a análise do ato de concentração e impedir que um ato que será reprovado pela autoridade (ou será aprovado com restrições) possa produzir efeitos negativos sobre o mercado.

De acordo com os §§ 3º e 4º de seu art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC)¹, os atos de concentração de notificação obrigatória só

¹ “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...)

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

poderão ser consumados depois de apreciados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), devendo ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas até a decisão final da operação, sob pena de nulidade, multa pecuniária e abertura de processo administrativo para investigação de infração à ordem econômica.

Não obstante terem sido traçadas, nos artigos 108 e 112 do Regimento Interno do CADE (RiCADE)², balizas mínimas para interpretação dos citados dispositivos legais, havia, nos primeiros anos de vigência da Lei, grande

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.”

²“Art. 108. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei no 12.529, de 2011, será prévio.

§1º As notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

§2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.”

“Art. 112. O Cade poderá impor multa às partes que empreendam qualquer ação no sentido de consumação da operação de submissão obrigatória, em desacordo com o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 108, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e não superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do art. 88, § 3º, da Lei no 12.529, de 2011.

§1º No cálculo da multa, o Cade levará em conta o porte das requerentes, o dolo, a má fé e a potencialidade anticompetitiva da operação, dentre outros fatores que considerar relevantes.

§2º A multa prevista no caput será imposta sem prejuízo da declaração de nulidade de atos já praticados e de apuração de eventual conduta anticompetitiva, nos termos do art. 69 da Lei no 12.529, de 2011.

§3º A instauração de procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica e sua conversão em processo administrativo para análise de ato de concentração econômica não afastam a hipótese de imposição de multa prevista no caput.

§4º A imposição da multa prevista neste artigo não impede a adoção pelo Cade de quaisquer medidas judiciais e administrativas para anulação dos atos já consumados e para garantir que os efeitos da operação permaneçam sobrestados até a sua apreciação final, sem prejuízo de apuração de eventual infração à ordem econômica.” CADE. Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012. Publicada no Diário Oficial da União de 31 de maio de 2012, nº105, sessão1, páginas77 a 88.

insegurança jurídica sobre quais condutas e quais cláusulas contratuais configurariam a consumação precoce da operação³, denominada em doutrina e jurisprudência *gun jumping*⁴.

Ciente da amplitude e indeterminação de conceitos legais como *consumação do ato de concentração* e *preservação das condições de concorrência*, a autoridade antitruste editou, em maio de 2015, o Guia para a

³ “Apesar de parecer uma questão formal, o cerne da regra de não ‘queimar a largada’ e avançar na realização do negócio jurídico antes da aprovação do Cade é justamente saber onde está a ‘linha de largada’. Nos termos da leitura literal do art. 88,§3º, a ‘linha da largada’ seria a consumação do negócio jurídico. E aí se volta à questão original: o que seria a consumação do ato? Ou, por outras palavras, quando se daria a consumação do ato? Diante da imprecisão terminológica do art. 88,§3º, espera-se que o Cade, por meio de resolução, esclareça a questão, de modo a evitar que a adoção desse termo não resulte em ônus aos administrados, gerando insegurança jurídica”. ANDERS, Eduardo Caminati. In CORDOVIL, Leonor *et. al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 212.

⁴ A expressão, de origem norte-americana, pode ser traduzida como “queimar a largada”. De acordo com Richard Liebeskind, *gun jumping* é o termo utilizado pelas agências federais antitruste norte-americanas (DOJ e FTC) para se referir a uma variedade de ações que as partes envolvidas em um ato de concentração podem vir a adotar antes da consumação da operação, com vistas a facilitar a fusão e agilizar a integração entre as empresas. LIEBESKIND, Richard. *Gun jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*. In: ABA Annual Meeting, 2003, San Francisco, California. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F322.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2016, p. 1.

Claudia Higgins e David Copeland explicam que *gun jumping* é o termo coloquial utilizado por advogados para descrever a violação antitruste na qual as atividades das empresas envolvidas vão além dos limites permitidos, seja no momento da negociação do ato de concentração, seja após a assinatura do acordo, durante o planejamento da integração dos ativos. HIGGINS, Claudia R.; COPELAND, David S. *Premerger Planning and Coordination — How to Avoid 'Gun Jumping' under U.S. Antitrust Law*. In: *The International Comparative Legal Guide to Merger Control 2008*. Global Legal Group Limited: London, 2008. Disponível em: <http://www.kayescholar.com/in-the-market/publications/articles/2007054/_res/id=File1/MC08Chapter2KS.pdf>. Acesso: 30 jun. 2016

No Brasil, propõe-se conceituar *gun-jumping* como a infração à ordem econômica consistente na consumação prematura de um ato de concentração, prevista no §3º do art. 88 da LDC, praticada no âmbito do controle de estrutura, mas que pode também configurar infração à ordem econômica prevista no art. 36 da LDC.

Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica (Guia)⁵, com o fito de estabelecer parâmetros que possam ser “utilizados como referências para agentes econômicos em suas negociações e avaliações de atos de concentração”. No mês seguinte, pôs cobro à incerteza sobre o procedimento a ser seguido para apuração do *gun jumping* com a edição da Resolução nº 13/2015⁶, garantindo que a aplicação das sanções de multa e nulidade será precedida do devido processo legal.⁷

Com a edição do Guia e com a jurisprudência⁸ que se formou ao longo desses quatro anos de vigência da Lei as fronteiras do ilícito do *gun-jumping*

⁵ CADE. *Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica*. Divulgado em 20/05/2015. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20\(3\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20(3).pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2016.

⁶ CADE. *Resolução nº 13, de 23 de junho de 2015*. Publicada no Diário Oficial da União de 30 de junho de 2015, nº 122, seção 1, páginas 35 e 36. Retificação publica no Diário Oficial da União de 02 de julho de 2015, nº 124, seção 1, página 27.

⁷ Por constituir medida de restrição grave da liberdade e da propriedade dos particulares, Thiago Marrara já destacava que a aplicação das sanções de nulidade e multa pecuniária jamais poderia prescindir de “um processo administrativo permeado pelas garantias típicas do devido processo legal”, o que foi garantido com a edição da Resolução nº 13/2015. MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 166.

⁸ Foram julgados até o momento oito casos envolvendo a prática de *gun jumping*, a saber: Caso **Blue Cycle** (APAC nº 08700.002655/2016-11. Representadas: RR Participações Ltda., Douek Participações Ltda. e Shimano Inc. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Julgado em 17 ago 16); Caso **Technicolor/Cisco Systems** (APAC nº 08700.011836/2015-49. Requerentes: Technicolor S.A. e Cisco Systems Inc. Relator Conselheiro Paulo Burnier. Julgado em 20 jan 16); Caso **Gáslocal/Gasmig** (AC nº 08700.000137/2015-73. Requerentes: GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. e Companhia de Gás de Minas Gerais Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 24 jun. 2015); Caso **Fiat/Chrysler** (AC nº 08700.002285/2014-41. Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 14 mai. 2014.); Caso **Goiás Verde/Brasfrigo** (AC nº 08700.010394/2014-32. Requerentes: Goiás Verde Alimentos Ltda. e Brasfrigo S.A. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 22 abr. 2015); Caso **UTC/Aurizônia** (AC nº 08700.008292/2013-52. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 05 fev. 2014); Caso **UTC/Potióleo** (AC nº 08700.008292/2013-76. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Potióleo S.A. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 05 fev. 2014) e Caso **OGX/Petrobrás** (AC nº 08700.005775/2013-19. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 28 ago. 2013).

têm se tornado cada vez mais claras. Permanecem, contudo, desafios relacionados aos critérios de notificação dos atos de concentração⁹ e à aplicação das sanções cominadas à prática do *gun jumping*, sendo este último o objeto do presente estudo.

O trabalho procede à análise crítica das penalidades aplicáveis à consumação prematura dos atos de concentração, a partir do exame do direito comparado e da jurisprudência do CADE sobre a matéria. Inicia-se pela análise da pena de nulidade, que será seguida pelo exame da sanção de multa e da abertura de processo administrativo para investigação de infração à ordem econômica, apresentando, ao final, breve conclusão.

2. Sanção de nulidade

A primeira sanção que o §3º do art. 88 da Lei comina à prática de *gun jumping* é a pena de nulidade, que foi aplicada em apenas um dos oito casos julgados pelo CADE até o momento (caso Blue Cycle).

De acordo com Roberto Taufick, embora a Lei empregue o termo *nulidade*, trata-se, em verdade, de anulabilidade.¹⁰

Thiago Marrara, por sua vez, sustenta que a declaração de nulidade constante do §3º do art. 88 da LDC deve ser interpretada como uma

⁹“(…) para que o controle de estruturas seja mais eficiente, é fundamental possibilitar ao administrado identificar com clareza as hipóteses de negócios jurídicos que precisam passar pela análise e aprovação da autoridade concorrencial.” ANDERS, Eduardo Caminati. In: CORDOVIL, Leonor *et. al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 203.

“Todavia, apesar dos esforços para criar um sistema mais objetivo e previsível, os critérios de notificação trazidos pela nova Lei ainda deixaram certas incertezas” ROSEMBERG, Barbara; BERARDO, José C. M.; BECKER, Bruno Bastos. Análise prévia de atos de concentração quatro anos depois. O que nós advogados aprendemos? In: CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 177.

¹⁰“Em verdade, não se trata de nulidade, mas de anulabilidade. Caberá ao CADE definir se, uma vez consumada a operação, é socialmente desejável a separação dos ativos. Essa busca pela decisão socialmente mais desejável, dado o estágio da operação, é justamente aquilo que o CADE já fazia pelo sistema de análise a posteriori da Lei 8.884/1994. Agir de outra forma seria cometer arbitrariedade” TAUFIK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 439-440.

consequência eventual, não automática, da omissão de notificar.¹¹ No mesmo sentido, Marcio Bueno considera tratar-se de nulidade relativa, na medida em que a prática de *gun jumping* não torna os atos nulos de pleno direito.¹²

A jurisprudência do CADE é pacífica no sentido de que não se deve adotar uma interpretação literal do dispositivo legal, que conduza à inclusão, no escopo da pena de nulidade, de todo e qualquer ato negocial, como consequência automática da prática de *gun jumping*. De acordo com tal entendimento, que se originou no voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no caso OGX/Petrobrás, tal exegese não traria benefício à efetividade da política antitruste e geraria custos sociais elevados, notadamente para terceiros de boa-fé, que não estão de nenhum modo relacionados à prática infrativa.

Assim, atos de mera administração ordinária, tais como “o pagamento a certos tipos de fornecedores (ex: contas de luz e água), a aquisição de equipamentos de uso corriqueiro (ex: materiais de escritório) e a contratação de serviços sem qualquer relevância concorrencial (ex: manutenção predial)” não devem ser alcançados pela pena de nulidade, que deve atingir tão somente aqueles atos que apresentarem potencial de alterar as relações concorrenciais no mercado.

O que se percebe, contudo, é que mesmo em casos em que foram praticados atos que impactaram as relações competitivas no mercado, o CADE deixou de aplicar a sanção de nulidade por considerá-la inadequada considerando os elevados custos sociais que implica e o risco de prejuízo aos interesses de terceiros de boa-fé. É o que ocorreu, por exemplo, no caso Goiás Verde/Brasfrigo (AC nº 08700.010394/2014-32).

De acordo com a Conselheira Ana Frazão, relatora do caso, os atos praticados pela Goiás Verde após a consumação precoce da operação — imissão imediata na posse dos equipamentos e marcas objeto da aquisição — não foram atos de mera administração ordinária. Ao contrário, as condutas adotadas impactaram diretamente as condições de competição de mercado.

Diante disso, a Conselheira cogitou aplicar a sanção de nulidade, concluindo, no entanto, por não fazê-lo, ao fundamento de que tal penalidade importaria custos sociais muito elevados em função tanto da dificuldade de

¹¹ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015., p. 166-167.

¹² BUENO, Marcio C. S. *Gun jumping: Análise dos precedentes do CADE*. In: 20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência IBRAC, 30 out. 2014. São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/20SeminarioConcorrencial/PALESTRAS/Painel%205%20-%20Marcio%20C.%20S.%20Bueno.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.

desfazer negócios jurídicos complexos, quanto em razão dos interesses de terceiros de boa-fé envolvidos.

Optou, então, por aplicar, em substituição à pena de nulidade, a condenação da adquirente à abstenção do uso de uma das marcas alienadas pelo prazo de dois anos. A seu ver, tal medida seria menos gravosa para as partes, mas igualmente eficiente para restaurar as condições concorrenciais alteradas pela consumação ilícita da operação e compensar os benefícios ilegalmente extraídos pelas infratoras em virtude da consumação prévia do ato.

Embora não haja expressa previsão legal que comine esse tipo de penalidade à prática de *gun jumping*, sua adoção é possível tendo em vista que o uso, pela adquirente, de marca pertencente à alienante antes da aprovação da operação restringe a concorrência e pode ser caracterizado como infração à ordem econômica capitulada no art. 36, I da Lei 12.529/11, podendo ser imposta a esta infração qualquer pena apta a eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica, nos termos do art. 38, VII da LDC.

O único caso em que houve efetiva aplicação da sanção de nulidade foi no caso Blue Cycle, julgado em agosto do corrente ano, cujo ato de concentração — não tempestivamente submetido ao CADE — consistia na constituição de uma *joint venture*, denominada Blue Cycle, entre RR Participações Ltda. (40%), Douek Participações Ltda. (40%) e Shimano Inc. (20%), que atuaria na distribuição exclusiva de peças de bicicleta para o seguimento de reposição produzidas pela japonesa Shimano.

Antes da operação, a Shimano atuava no Brasil por meio de sete distribuidores não exclusivos, sendo dois deles relacionados às sociedades empresárias que, junto à Shimano, constituíram a *joint venture*.

A operação chegou ao conhecimento do CADE por meio de denúncia, tendo sido instaurado o APAC nº 08700.002655/2016-11, no bojo do qual as requerentes admitiram a prática do *gun jumping* e alegaram que a operação não havia sido submetida ao CADE em função do desconhecimento de seus acionistas quanto à necessidade de sua notificação.

O Conselheiro Relator votou pela aplicação de multa pecuniária no valor de R\$ 5 milhões. Após pedido de vista, o Conselheiro Paulo Burnier propôs (i) a redução da multa para o valor de R\$1,5 milhão, e (ii) a aplicação da pena de nulidade do contrato de distribuição com exclusividade celebrado entre a Blue Cycle e a Shimano, medida que a seu ver promoveria “o retorno das partes à posição anterior à entrada em vigor deste novo modelo de distribuição”.

Ainda de acordo com o Conselheiro Paulo Burnier, “como o CADE ainda não fez a análise de mérito do ato de concentração relativo à constituição da Blue Cycle, a continuidade dos seus negócios pode trazer prejuízos para o

bom funcionamento do mercado, sobretudo na hipótese do ato de concentração – no mérito – ser reprovado ou aprovado com restrições”.

Em verdade, a pena de nulidade do Contrato de Distribuição neste caso apenas restaurou as condições de concorrência existentes no mercado antes da constituição da *Joint Venture Blue Cycle*, de modo que tudo se passará (ao menos no que tange à atividade de distribuição das peças Shimano) como se não tivesse ocorrido a consumação precoce do ato de concentração, isto é, como se a obrigação legal de aguardar a aprovação da operação pelo CADE tivesse sido respeitada.

Como bem apontado pelo Conselheiro, ao restringir a nulidade apenas ao Contrato de Distribuição, deixando de aplica-la à operação como um todo, a decisão reduziu o impacto gerado a terceiros, sem deixar de garantir a preservação de eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes da operação.¹³

Na decisão dos embargos declaratórios, a autoridade antitruste esclareceu, ainda, que para conferir a devida proporcionalidade à sanção, optou por modular os efeitos da sanção, aplicando a pena de nulidade relativa, com efeitos *ex nunc*.

O precedente é relevante por ser a primeira oportunidade em que o CADE aplicou a sanção de nulidade à infração de gun jumping. Em que pese as críticas tecidas em doutrina, que sugere a ausência de efetividade econômica da pena de nulidade, sob o fundamento de que a penalidade estaria mais apta a endereçar efeitos jurídicos que econômicos¹⁴, o caso Blue Cycle evidencia que em determinados contextos a pena de nulidade pode sim ser a forma mais adequada de impedir a perpetuação de impactos anticoncorrenciais durante a análise da operação pelo CADE.

Ademais, a pena de nulidade apresenta inegável caráter dissuasório, notadamente quando se considera o teto fixado em Lei para o valor da multa pecuniária, que a depender do contexto pode se revelar insuficiente para impedir a prática da infração, como será demonstrado a seguir.

¹³“A rigor, a decisão do CADE poderia, inclusive, obrigar o desfazimento da Blue Cycle. No entanto, esta decisão, sim, poderia ser desproporcional, pelo impacto capaz de gerar a terceiros, mostrando-se, portanto, excessiva.” (§23 da Versão de Acesso Público do Voto).

¹⁴ Thiago Marrara destaca a inaptidão da sanção de nulidade para afastar os efeitos econômicos já produzidos no mercado: embora a declaração de nulidade do ato afaste sua validade e com isso torne impossível a produção de seus efeitos na esfera jurídica, nem sempre será capaz de apagar os efeitos econômicos já produzidos no mercado. MARRARA. *Op. cit.*, pp. 166-167.

3. Multa pecuniária

A segunda sanção que o §3º do art. 88 da LDC comina à prática de *gun jumping* é a imposição de multa pecuniária, que será destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos¹⁵, em valor não inferior a R\$ 60 mil, nem superior a R\$ 60 milhões.

Diante da ausência de critérios específicos para a aplicação da multa pela prática de *gun jumping*, sua dosimetria deve observar os critérios gerais previstos no art. 45 da LDC, quais sejam: gravidade da infração; boa-fé do infrator; vantagem auferida ou pretendida; consumação da infração; grau de lesão ou perigo de lesão à concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; situação econômica do infrator e reincidência.

Os critérios de dosimetria previstos no art. 45 da LDC podem ser separados em dois grupos. O primeiro inclui “fatores específicos relacionados à figura do infrator: situação econômica, se é reincidente e se, mesmo praticando conduta contrária aos dispositivos da Lei Antitruste, estava agindo de ‘boa fé’”. E o segundo “analisa os efeitos produzidos pela prática em questão; incluem-se aí a gravidade da infração, se a mesma foi consumada ou não, o grau de risco por ela representado, os efeitos gerados ao mercado e a vantagem pretendida pelo infrator”¹⁶.

O §1º do art. 112 do RiCADE arrola fatores que deverão ser considerados no cálculo da multa, a saber: porte dos requerentes, dolo, má-fé e potencialidade anticompetitiva da operação. Os critérios são essencialmente os previstos no art. 45 da Lei nº 12.529/2011¹⁷.

O Regimento prevê, ainda, que a lista de fatores apresentadas é exemplificativa, consignando que serão levados em conta “outros fatores que considerar relevantes” (art. 112, §1º, *in fine*). Este dispositivo, a nosso ver, exorbita o exercício do poder regulamentar conferido ao Tribunal do CADE pelo art. 9º, XV da Lei nº 12.529/2011, que outorga ao Plenário do Tribunal o poder de dispor, por meio de seu regimento interno, sobre seu funcionamento,

¹⁵ Art. 28, §3º da Lei nº 12.529/2011.

¹⁶ GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008, 302 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 245.

¹⁷ O porte das requerentes é compatível com a situação econômica do infrator, constante do inciso VII do art. 45; o dolo é similar à vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, prevista no inciso III do art. 45; a má fé equivale à boa-fé do infrator, inciso II do art. 45; e a potencialidade anticompetitiva da infração se assemelha ao grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, previsto no inciso V do art. 45.

forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos.

Tendo em vista que o legislador ordinário não delegou ao Tribunal competência para criar critérios de dosimetria da sanção, qualquer inovação aos critérios previstos em lei será ilegal.

Dito de outra forma: considerando que o poder regulamentar deve ser sempre exercido nos estritos limites da delegação conferida pela Lei¹⁸, não é dado ao Tribunal incluir, nos requisitos que podem ser considerados para dosimetria da penalidade de multa, outros diversos dos expressamente constantes da LDC. Assim, qualquer requisito considerado na dosimetria da multa deve se subsumir a um dos critérios previstos no art. 45 da LDC.

A mesma consideração se aplica ao Guia, que dispõe que também deverão ser considerados na dosimetria da multa: a situação da operação, a natureza da decisão do CADE, o tempo (de duração da infração) e o porte econômico do infrator. Nesse sentido, embora o Guia faça a expressa ressalva de que tais critérios devem ser considerados “dentro dos estritos parâmetros do art. 45 da LDC”, não cuidou de cotejar cada um dos critérios propostos aos incisos do mencionado art. 45.¹⁹

Examinada a base legal relativa à pena de nulidade e à sua dosimetria, passa-se ao exame da aplicação dessa sanção na jurisprudência do CADE.

Em todos os oito casos julgados pela autoridade houve aplicação da pena de multa pecuniária, que variou de R\$ 60 mil a R\$ 30 milhões, como ilustra a tabela abaixo, que arrola também o valor das operações, quando divulgados:

¹⁸ BÜLOW, Erico. La legislación. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 754 e ss.

¹⁹ De todo modo, é possível associar a situação da operação ao inciso IV do art. 45, que trata da consumação ou não da infração. O tempo de duração da infração relaciona-se à sua gravidade (art. 45, I), à vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, III) e ao grau de lesão ou risco de lesão à concorrência (art. 45, V). O porte econômico do infrator está associado à sua situação econômica (art. 45, VII). Por fim, a natureza da decisão do CADE relaciona-se ao grau de lesão ou perigo de lesão à concorrência (art. 45, V), mas impende ressaltar que em poucos casos a natureza da decisão do CADE sobre o mérito da operação será conhecida no momento do julgamento sobre o gun jumping, notadamente considerando que, nos termos do art. 3º da Resolução nº13/2015, a decisão meritória será sobrestada para análise da consumação precoce da operação.

Caso	OGX/ Petrobrás	UTC/ Poti- óleo	UTC/ Auri- zônia	G.Verde / Bras- frigo	Fiat/ Chry- sler	Gáslocal / Gasmig	Tecnhicolor/ Cisco	Blye Cycle
Valor da multa (R\$)	3 milhões	60 mil	60 mil	3 milhões	600 mil	90 mil	30 milhões	1,5 milhão
Valor da Operação	R\$ 270 milhões	Sigiloso	Sigiloso	R\$ 50 milhões	US\$ 1,750 milhões	Sigiloso	US\$ 600 milhões	Sigiloso

Dentre os critérios considerados pela autoridade ao proceder à dosimetria da multa, destacam-se os seguintes:

- a) Boa-fé do infrator. A existência de incerteza regulatória foi considerada indício de ausência de má-fé ou busca de vantagem indevida no caso OGX/Petrobrás. No caso Gaslocal/Gasmig, a notificação espontânea da operação foi reputada indício de boa-fé das infratoras, tendo sua ausência sido considerada agravante no caso Goiás Verde/Brasfrigo.
- b) Gravidade da infração. A prática do *gun jumping* foi sempre considerada de elevada gravidade, inclusive nos casos em que a operação em si não suscita preocupações concorrenciais, sob o fundamento de que a infração compromete a própria higidez do regime de controle prévio de estruturas, estabelecido pela nova LDC.²⁰
- c) Jurisprudência do CADE. Há grande preocupação da autoridade com a coerência de suas decisões no que tange à dosimetria das penas aplicadas. Nesse sentido, o Conselho procedeu à análise do valor médio aplicado a outras infrações processuais no primeiro caso julgado sobre a matéria (OGX/Petrobrás). Nos casos subsequentes, sempre considerou os valores das multas que haviam sido aplicadas anteriormente, destacando-se o caso Technicolor/Cisco Systems, em que houve minuciosa análise de cada um dos seis casos envolvendo *gun jumping* que já haviam sido julgados à época.
- d) Situação da infração. Esse critério, expressamente previsto no Guia, foi considerado no caso Blue Cycle pelo Conselheiro Relator.
- e) Valor da operação. Embora não previsto expressamente no art. 45 da LDC, o valor da operação foi considerado em quase todos os casos

²⁰ Conferir, nesse sentido, o voto proferido pela Conselheira Ana Frazão no caso OGX/Petrobrás.

julgados. De acordo com o Conselho, a consideração do valor da operação permite garantir a proporcionalidade da multa pecuniária aplicada. Além disso, tal fator está intimamente relacionado à vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (art. 45, III da LDC).

- f) Duração da infração. Foi considerada fator agravante nos casos Goiás Verde/Brasfrigo, e atenuante no caso Technicolor/Cisco Systems. Do mesmo modo, a duração da infração, embora não prevista no art. 45, está relacionada à sua gravidade e aos efeitos econômicos que pode produzir, (art. 45, I e VI da LDC).

Ainda no que se refere à duração da infração, como advertiu o Conselheiro Paulo Burnier no julgamento do caso Technicolor/Cisco Systems, a prática de *gun jumping*, por apresentar, em geral, natureza continuada, perdura até que seja aprovado o negócio pela autoridade. Uma vez que a notificação da operação não afasta a obrigação imposta pela Lei — de que as empresas devem se comportar de forma autônoma até a aprovação do ato de concentração — não se pode considerar que a prática da infração cessou com a notificação do ato.²¹

Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, em que a sanção por *gun jumping* é calculada considerando a duração da infração (pena de até US\$ 16 mil por dia de infração)²², a legislação brasileira não prevê multa por dia de descumprimento. De acordo com Roberto Taufick, isso revelaria a opção do legislador brasileiro por adotar penalidade não estritamente formal-processual, mas que adquire contornos materiais.²³

²¹ É o que destacou o Conselheiro Paulo Burnier no julgamento do caso Technicolor/Cisco Systems.

²² Nos EUA, uma das sanções cominadas à prática de *gun jumping* pelo Hart-Scott-Rodino Act (Seção 7A (g) do Clayton Act - 15 U.S. Code §18a) é a aplicação de multa (*civil penalty*) de até US\$ 16 mil por dia de violação. Observa-se que o valor original da multa, de US\$ 10 mil/dia, foi atualizado em 1996 para o valor de US\$ 16 mil/dia. FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). What is the Premerger Notification Program? An Overview. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide1.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

²³ É digno de nota que a multa pecuniária, obrigatória em caso de intempestividade, não foi definida como um valor fixo diário. A opção pela multa diária no valor pré-definido por lei traduziria a opção do legislador por punir com maior vigor aquele que leve maior tempo para notificar, independentemente da avaliação do potencial nocivo da operação. Tratar-se-ia de punição estritamente formal-processual. Ora, quanto mais complexa a operação, especialmente quanto à reversibilidade da operação, maior o dano que a ausência de notificação pode causar ao mercado. Isso implica dizer que a opção do legislador por uma redação que permita ao CADE ponderar o potencial nocivo

Não obstante, a duração do descumprimento é um dos fatores que, por estar diretamente relacionado à gravidade da conduta e aos efeitos econômicos que pode produzir, vem sendo amplamente levado em consideração pela autoridade brasileira para a fixação do valor da multa.

Por fim, ainda no que tange à pena de multa pecuniária, consideramos que o critério eleito pelo legislador, previsto no §3º do art. 88 da LDC — que fixa valor mínimo (R\$ 60 mil) e máximo da multa R\$ (60 milhões) — nem sempre é apto a dissuadir o agente da prática da infração. Isso porque os agentes econômicos calculam os custos e riscos de se praticar uma infração levando em conta, além das probabilidades de detecção de sua conduta e condenação, o valor da multa aplicável.²⁴

Assim, nos casos em que o benefício econômico da consumação precoce da operação for superior a R\$ 60 milhões, o agente econômico racional, movido que é pelo escopo de lucro²⁵, muito provavelmente optará por descumprir a Lei e ter acesso imediato às sinergias decorrentes da operação, pois será economicamente mais vantajoso praticar *gun jumping* e arcar com a multa máxima.

É o que provavelmente ocorreu no caso Technicolor/Cisco Systems, em que o benefício econômico pretendido pelas partes (da monta de U\$ 600 milhões) era muito inferior à pena máxima prevista em Lei para a prática de *gun jumping* (R\$ 60 milhões). Tanto assim que o dolo foi considerado agravante da pena, pois segundo o Conselheiro Relator ficou claro no caso em análise que “a consumação prévia da operação fez parte de uma escolha

da operação para a delimitação do valor da multa visa tornar factível que o CADE trate com maior vigor operações cuja intempestividade ofereça maior potencial de dano concorrencial – de tal sorte que a punição deixe de ser formal-processual para adquirir contornos materiais. Nesses termos, operações pequenas cuja intempestividade é prolongada devem ser objeto de punição menos severa que aquelas operações em que a intempestividade é breve, mas cuja reversibilidade está absolutamente comprometida (“one cannot unscramble the eggs”). TAUFIK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 440.

²⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*. Paris, 2002. 108 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2106.

²⁵ “Exceção feita às sociedades de economia mista e às empresas públicas, instrumentos de ação do Estado, que possuem escopos além do mero proveito econômico”, as sociedades empresárias não atuam “no mercado por outra razão última que não a obtenção de lucro”. FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

racional, dentro de uma estratégia deliberada das partes de fechar o negócio antes da aprovação do CADE”.²⁶

Não se olvida que a pena de nulidade contribui para dissuadir o agente de praticar *gun jumping*, mitigando em parte a limitação que decorre do valor máximo que a Lei prevê para a multa pecuniária. Contudo, diante da parca aplicação da pena de nulidade, acreditamos que a alteração do critério de fixação da multa pecuniária, estabelecendo como valor máximo não mais um valor fixo, mas um percentual a ser aplicado sobre o valor da operação, tornaria o sistema sancionatório mais eficaz²⁷, inibindo de forma mais efetiva a prática de novas infrações.

É este, aliás, o critério adotado no sistema europeu, que prevê, em caso de *gun jumping*, a possibilidade de aplicação de pena de multa pecuniária no valor de até 10% do volume de negócios total realizado pela empresa (art. 14 (2) (a) do Regulamento (CE) nº 139/2004)²⁸.

²⁶ §79 da Versão Pública do Voto do Conselheiro Relator, Paulo Burnier.

²⁷ De acordo com Gabriel Moreira Pinto “de modo geral, um sistema sancionatório é considerado eficiente se reduz no maior grau possível o número de novas infrações à ordem econômica em vista dos recursos públicos escassos, observados os limites constitucionais”. PINTO, Gabriel Moreira. *A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da Lei de Defesa da Concorrência e sua aplicação pelo CADE*. Monografia vencedora do V Prêmio SEAE 2010, p. 415. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_1_lugar_Gabriel_Diagramado.pdf>. Acesso em 18 ago 2016.

²⁸ “Artigo 14.º (...) 2. A Comissão pode, por via de decisão, aplicar às pessoas referidas na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º ou às empresas em causa coimas até 10 % do volume de negócios total realizado pela empresa em causa na aceção do artigo 5.º, sempre que, deliberada ou negligentemente: a) Omitam notificar uma operação de concentração de acordo com o artigo 4.º e com o n.º 3 do artigo 22.º antes da sua realização, a menos que estejam expressamente autorizadas a fazê-lo ao abrigo do n.º 2 do artigo 7.º ou mediante decisão tomada nos termos do n.º 3 do mesmo artigo; b) Realizem uma operação de concentração sem respeitar o artigo 7.º; c) Realizem uma concentração declarada incompatível com o mercado comum por decisão tomada ao abrigo do n.º 3 do artigo 8.º ou não cumpram as medidas ordenadas por decisão tomada ao abrigo dos n.º 4 ou 5 do artigo 8.º; d) Não respeitem uma das condições ou obrigações impostas por decisão tomada nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º, do n.º 3 do artigo 7.º ou do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 8.º 3. Na determinação do montante da coima, há que tomar em consideração a natureza, a gravidade e a duração da infracção. 4. As decisões tomadas nos termos dos n.ºs 1, 2 e 3 não têm carácter penal.” UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CE) nº 139/2004. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0139>>, acesso em 20 ago 2016.

4. Abertura de processo administrativo

A terceira consequência²⁹ cominada à prática de *gun jumping* pelo §3º do art. 88 da LDC é a abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 da LDC, isto é, para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

A abertura de processo administrativo para investigar a existência de infração à ordem econômica pode ocorrer, por exemplo, se concorrentes diretos ou empresas verticalmente integradas envolvidas em um ato de concentração trocarem informações concorrencialmente sensíveis e combinarem preço antes da aprovação pelo CADE, hipótese que poderia configurar a prática de cartel.³⁰

No Brasil não se tem notícia, até o momento, da abertura de processo administrativo para investigação de infração à ordem econômica em decorrência da prática de *gun jumping*. Não se logrou identificar a razão pela qual tal consequência ainda não foi aplicada pelo CADE, que a nosso ver poderia tê-lo feito em alguns dos casos já julgados. Acredita-se, contudo, que o exame do direito comparado possa contribuir para melhor compreensão dos contornos da norma e sua adequada aplicação.

O ordenamento jurídico norte-americano apresenta sistemática semelhante quanto a isso, na medida em que prevê que a prática de *gun jumping*, ao mesmo tempo em que ofende normas procedimentais, previstas no Hart-Scott-Rodino Act (HSR Act), pode configurar violação a normas substanciais, constantes da Seção 1 do Sherman Act (Sherman Act) e da Seção 5 do Federal Trade Commission Act (FTC Act).

Com efeito, a consumação precoce dos atos de concentração nos EUA é aferida e punida com fundamento em três leis federais: o HSR Act, o Sherman Act e o FTC Act. Enquanto o primeiro prevê a obrigação de notificação prévia dos atos de concentração e proíbe que o ato seja consumado antes de escoado o período de análise (*waiting period*), tratando-se, assim, de norma prevalentemente procedimental, o Sherman e o FTC Act versam sobre a ilicitude de condutas tendentes a restringir a concorrência (normas de direito material).

²⁹ Optou-se pelo emprego do termo “consequência” porquanto a mera abertura de processo administrativo não constitui sanção propriamente dita, que poderá, contudo, sobrevir no bojo desse novo processo.

³⁰ ROSENBERG, Barbara; BERARDO, José C. M.; BECKER, Bruno Bastos. Análise prévia de atos de concentração quatro anos depois. O que nós advogados aprendemos? In CARVALHO, Vinicius Marques (org.). *A Lei n. 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 179.

No Brasil, a obrigatoriedade de notificação prévia e a vedação à consumação do ato de concentração antes de ser aprovado pelo CADE estão previstas no art. 88 da Lei nº 12.529/2011 (notadamente §§ 3º e 4º).

Paralelamente, a prática do *gun jumping* pode dar ensejo à violação do art. 36 da LDC, que trata das infrações à ordem econômica. Isso porque, até que seja aprovada a operação, as partes são vistas pela autoridade como empresas autônomas, e assim devem agir.

Além disso, a possibilidade de a consumação prematura do ato de concentração configurar, simultaneamente³¹, a infração procedimental de *gun jumping*, prevista no §3º do art. 88 da LDC, e infração substancial à ordem econômica, prevista no art. 36 do mesmo diploma, é corroborada pelo §3º *in fine* do art. 88 da LDC, que prevê a possibilidade de abertura de processo administrativo para investigar e sancionar condutas anticompetitivas.

É possível, então, associar a previsão contida nos §§3º e 4º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 ao HSR Act, na medida em que ambas as normas disciplinam a notificação prévia dos atos de concentração e proíbem sua consumação precoce, guardando natureza procedimental. Do mesmo modo, pode-se cotejar o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 ao Sherman e ao FTC Acts, que tratam das infrações à ordem econômica, de natureza, portanto, substancial.

No caso *U.S vs Gemstar-TV Guide International*³², por exemplo, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos considerou ter havido, simultaneamente, violação (i) ao HSR Act e (ii) ao Sherman Act. Ao primeiro por terem consumado a operação antes de expirado *waiting period*; e ao segundo, por terem combinado preço e alocado mercado.

Acredita-se que semelhante decisão poderia ter sido adotada no Brasil no caso *Blue Cycle* por exemplo, em que, pelo que se extrai dos autos, duas empresas que até então eram concorrentes diretas passaram a atuar de forma conjunta, unificando preços e condições de venda, em clássica conduta colusiva, prevista no art. 36, I c/c §3º, I, a da LDC.

³¹ Entende-se que a subsunção da mesma conduta à infração prevista no art. 88, §3º da LDC (*gun jumping*) e a outra infração, prevista no art. 36 do mesmo diploma (cartel, por exemplo) não configura *bis in idem*, tendo em vista que o legislador, ao estruturar o sistema, previu expressamente que o mesmo fato poderia ter repercussões jurídicas diversas, tal como ocorre nos Estados Unidos.

³² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court for the District of Columbia. U.S. vs Gemstar-TV Guide Internacional Inc.* 7 nov. 2003. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-gemstar-tv-guide-international-inc-and-tv-guide-inc>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Se até que aprovada a operação as partes são vistas pela autoridade como empresas autônomas, a unificação de preços que ocorreu no âmbito da *joint venture* configura cartel, não havendo razão para que a autoridade deixe de determinar a abertura de processo administrativo para sua apuração.

5. Conclusão

Além de impedir a produção de efeitos deletérios ao mercado durante a análise da operação pela autoridade antitruste, o sistema de análise prévia, instituído pela Lei nº 12.529/2011, amplia a capacidade do Estado de investigar a operação e permite que o CADE nela intervenha antes que a integração dos ativos tenha ocorrido, conferindo-lhe a possibilidade de adotar remédios efetivos na hipótese, por exemplo, de ser necessária a aprovação do ato de concentração com restrições.

Para garantir a higidez desse sistema, o ordenamento jurídico vigente prevê a aplicação de pena de nulidade, multa pecuniária em valor não inferior a R\$ 60 mil nem superior a R\$ 60 milhões e abertura de processo administrativo para investigação de infração à ordem econômica.

A sanção de multa pecuniária foi aplicada pelo CADE nos oito casos em que foi reconhecida a prática de *gun jumping*. O teto atualmente vigente para multa, contudo, se revela insuficiente para cumprir, de forma satisfatória, o papel dissuasório da pena, já que em algumas situações (como parece ter ocorrido no caso Technicolor/Cisco Systems) o benefício auferido com a transgressão da norma (consumação precoce do ato de concentração) é muito superior ao valor máximo da multa prevista em Lei.

Diante disso, propõe-se que seja alterado o critério legal de fixação da multa pecuniária para se adotar, à semelhança do que ocorre na União Europeia, a previsão de que o valor máximo da multa será de 10% do volume de negócios realizado pelas empresas envolvidas. Acredita-se que tal medida tornaria o sistema sancionatório mais eficaz, aumentando a observância pelos particulares da vedação legal à consumação da operação antes de sua aprovação pela autoridade.

Por fim, indaga-se a razão pela qual em nenhum dos casos julgados pelo CADE foi determinada a abertura de processo administrativo para apuração de infração à concorrência.

O cotejo com o sistema norte-americano evidencia que a prática do *gun jumping* pode configurar, simultaneamente, infração de caráter procedimental e substancial, sendo imperiosa a abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 da LDC, para que se apure a infração

(substancial) à ordem econômica que pode ocorrer na hipótese de consumação precoce de ato de concentração celebrado entre concorrentes.

Bibliografia

AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). *Premerger Coordination: the emerging law of gun jumping and information exchange*. Chicago, Illinois, 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Apuração em Ato de Concentração nº 08700.002655/2016-11*. Representadas: RR Participações Ltda., Douek Participações Ltda. e Shimano Inc. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Julgado em 17 ago 16.

_____. *Apuração em Ato de Concentração nº 08700.011836/2015-49*. Requerentes: Technicolor S.A. e Cisco Systems Inc. Relator Conselheiro Paulo Burnier. Julgado em 20 jan 16.

_____. *Ato de Concentração nº 08700.000137/2015-73*. Requerentes: GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. e Companhia de Gás de Minas Gerais Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 24 jun. 2015.

_____. *Ato de Concentração nº 08700.002285/2014-41*. Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Julgado em 14 mai. 2014.

_____. *Ato de Concentração nº 08700.005775/2013-19*. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 28 ago. 2013.

_____. *Ato de Concentração nº 08700.008292/2013-52*. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Aurizônia Petróleo S.A. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 05 fev. 2014.

_____. *Ato de Concentração nº 08700.008292/2013-76*. Requerentes: UTC Óleo e Gás S.A. e Potióleo S.A. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 05 fev. 2014.

_____. *Ato de Concentração nº 08700.010394/2014-32*. Requerentes: Goiás Verde Alimentos Ltda. e Brasfrigo S.A. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Julgado em 22 abr. 2015.

_____. *Ato de Concentração nº 08700.007899/2013-39*. Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A e Total E&P do Brasil Ltda. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 09 abr. 2014.

_____. *Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica*. Divulgado em 20/05/2015. Disponível em:

<[http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20\(3\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20gun%20jumping-%20vers%C3%A3o%20final%20(3).pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2016.

_____. Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012. Publicada no Diário Oficial da União de 31 de maio de 2012, nº105, sessão1, páginas77 a 88.

_____. *Resolução nº 13, de 23 de junho de 2015*. Publicada no Diário Oficial da União de 30 de junho de 2015, nº 122, seção 1, páginas 35 e 36. Retificação publica no Diário Oficial da União de 02 de julho de 2015, nº 124, seção 1, página 27.

BRASIL. Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 17 ago. 2016.

BUENO, Marcio C. S. *Gun jumping: Análise dos precedentes do CADE*. In: 20º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência IBRAC, 30 out. 2014. São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/20SeminarioConcorrencia/PALES TRAS/Painel%205%20-%20Marcio%20C.%20S.%20Bueno.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.

BÜLOW, Erico. La legislación. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

CORDOVIL, Leonor et. al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the District of Columbia. U.S. vs Gemstar-TV Guide Internacional Inc. 7 nov. 2003. Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-gemstar-tv-guide-international-inc-and-tv-guide-inc>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. Code of Federal Regulations. Disponível em <http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=0985c3db2db851a507d4d3c484fa7019&mc=true&node=pt16.1.801&rgn=div5#se16.1.801_12>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Federal Trade Commission Act de 1914. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/45>>. Acesso em 19 de Setembro de 2013.

_____. Hart-Scott-Rodino Act de 1976. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18a>>. Acesso em 19 de Setembro de 2013.

_____. Sherman Act, de 2 de julho 1890. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>. Acesso em 25 mar. 2016.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *What is the Premerger Notification Program? An Overview*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide1.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador*. 2008, 302 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

HIGGINS, Claudia R.; COPELAND, David S. Premerger Planning and Coordination — How to Avoid 'Gun Jumping' under U.S. Antitrust Law. In: *The International Comparative Legal Guide to Merger Control 2008*. Global Legal Group Limited: London, 2008. Disponível em: <http://www.kayescholar.com/in-the-market/publications/articles/2007054/_res/id=File1/MC08Chapter2KS.pdf>. Acesso: 30 jun. 2016.

LIEBESKIND, Richard. *Gun jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*. In: ABA Annual Meeting, 2003, San Francisco, California. Disponível em: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F322.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 166.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Fighting hard core cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes*. Paris, 2002. 108 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2106.

PINTO, Gabriel Moreira. *A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da Lei de Defesa da Concorrência e sua aplicação pelo CADE*. Monografia vencedora do V Prêmio SEAE 2010, p. 415. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_1_lugar_Gabriel_Diagramado.pdf>. Acesso em 18 ago 2016.

TAUFIK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CE) nº 139/2004. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0139>>, acesso em 20 ago 2016.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

ARBITRAGEM E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: A CONTRIBUIÇÃO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ANTITRUST

André Luís Quintas Monteiro

Resumo: Este artigo tem como objetivo explorar, sob o ponto de vista teórico, as possíveis inter-relações entre Direito da Concorrência e Arbitragem. Sob o ângulo prático, busca-se saber se é possível submeter à arbitragem um conflito de interesses envolvendo a aplicação do Direito da Concorrência. A partir da experiência estrangeira, o ensaio pretende demonstrar que a arbitragem é uma via adequada também para resolução de litígios *antitrust*. Pretende-se, ademais, debater como as normas da Lei nº 12.529/2011 poderiam ser aplicadas ao caso concreto e como a atuação do CADE poderia se relacionar com os processos arbitrais.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Arbitragem. Normas cogentes. Patrimonialidade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Keywords: Antitrust Law. Arbitration. Mandatory rules. Financial interest. Administrative Council for Economic Defense.

1. Introdução

Uma das mais relevantes questões relacionadas à arbitragem consiste em saber que tipos de conflitos podem ser submetidos a esse método de resolução de disputas. É o que se denomina arbitrabilidade.

A arbitrabilidade pode ser conceituada como a possibilidade teórica de submissão de um conflito de interesses à arbitragem em razão das características subjetivas e objetivas da disputa¹. Procura-se, por meio da arbitrabilidade, entender, basicamente, *quem* pode se submeter à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*) e *o que* pode ser submetido ao

¹ Eduardo Damiano Gonçalves conceitua a arbitrabilidade da seguinte forma: “A faculdade de um litígio ser resolvido por arbitragem ou a aptidão de um litígio ser objeto de uma arbitragem é o que se chama arbitrabilidade” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 08).

processo arbitral (arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*). O foco deste trabalho é a arbitrabilidade objetiva.

A arbitrabilidade é uma noção utilizada pelos Estados soberanos para definirem aquilo que têm interesse em julgar (Poder Judiciário) e aquilo que admitem, via consenso das partes, delegar à jurisdição aos árbitros. Há, portanto, um inegável componente público na ideia de arbitrabilidade². Na doutrina brasileira, Eduardo Damião Gonçalves afirma, corretamente, que o conceito de arbitrabilidade “deriva da definição de uma política estatal de privilegiar a solução de conflitos por um método privado e paralelo que, em alguns casos, pode ser mais apropriado que a justiça estatal para a pacificação social, escopo social da jurisdição”³.

Normalmente, as limitações impostas pelos Estados soberanos à arbitrabilidade dizem respeito (i) a questões intrínsecas do Estado (v.g.: *acta iure imperii*), (ii) a questões que afetem a coletividade como um todo (p. ex.: direitos transindividuais), (iii) a questões ligados a aspectos sensíveis da vida pessoal do cidadão que são tutelados pelo Estado (isto é, filiação, poder familiar, ordem de vocação hereditária etc.) e (iv) a questões que, em tese, poderiam expor uma parcela específica da sociedade, considerada fragilizada em certas relações jurídicas (ou seja, consumidores, empregados, locatários etc.).

De maneira geral, pode-se dizer que a área de abrangência da arbitrabilidade vem crescendo nas últimas décadas, contando cada vez mais com o apoio dos Estados soberanos, seja por meio da edição de leis abrangentes a este respeito, seja pela formação de uma jurisprudência favorável à via

² FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999, p. 330.

³ GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 32.

arbitral⁴. Isso já levou alguns autores a propugnarem, inclusive, por uma suposta *death of inarbitrability*⁵.

É neste contexto de expansão da seara arbitral para outras áreas do Direito que surge a interessante pergunta: as matérias relacionadas ao Direito da Concorrência podem ser submetidas à arbitragem? E, em caso positivo, quais seriam os seus desdobramentos?

2. Arbitrabilidade objetiva no Brasil: adoção do critério da mera patrimonialidade

A extensão do conceito de arbitrabilidade objetiva depende do critério que cada país adota em sua legislação. A doutrina internacional faz menção a diversos critérios, como, por exemplo, a ordem pública, a transacionabilidade, a livre disponibilidade e a patrimonialidade⁶.

A Lei de Arbitragem brasileira dispõe, no art. 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. Esta última expressão poderia sugerir que o Brasil adotasse o critério misto da livre disponibilidade somada à patrimonialidade para fins de definição da arbitrabilidade objetiva. Entendemos, porém, que o Brasil adota exclusivamente o critério da patrimonialidade⁷. Isso porque o art. 852 do Código Civil – lei posterior – alterou a realidade exposta na redação original da Lei de Arbitragem.

O mencionado dispositivo legal dispõe que “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que

⁴ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I, p. 972. Idem: FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. *International commercial arbitration*. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999, p. 330-331 e CAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016.

⁵ YOUSSEF, Karim. *The death of inarbitrability. Arbitrability: international & comparative perspectives*. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros (Edited by). The Netherlands: Kluwer, 2009, p. 47-67.

⁶ GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade objetiva*. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 177.

⁷ Trata-se de critério adotado no item 1 do art. 177 da *Loi Fédérale sur le Droit International Privé* suíça, na segunda parte do item 1 do §1.030 da *Zivilprozessordnung* alemã, no parágrafo primeiro do art. 1.676 do *Code Judiciaire* belga e no item 1 do art. 1º Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa.

não tenham *caráter estritamente patrimonial*". Observe-se pela parte final do dispositivo que não se repete a fórmula dos "direitos patrimoniais disponíveis", presente na Lei de Arbitragem, mas fala-se apenas e tão-somente de questões que "não tenham caráter estritamente patrimonial". O Código Civil, portanto, adotou o critério da patrimonialidade⁸. O que o art. 852 do Código Civil de 2002 fez foi alterar o próprio critério de arbitrabilidade objetiva no Direito brasileiro⁹.

Em nosso entendimento, portanto, o Direito brasileiro adota exclusivamente, como regra geral, o critério da patrimonialidade para fins de definição da arbitrabilidade objetiva.

3. Arbitrabilidade objetiva de litígios envolvendo Direito da Concorrência

O Direito Concorrencial é ramo do chamado Direito Econômico e tem como função principal coibir os abusos do poder econômico e promover um ambiente competitivo nos mercados internos e externos por ele tutelados. Busca, assim, implementar uma política de concorrência que proteja interesses individuais e coletivos da sociedade¹⁰. Segundo descrito logo no *caput* do art.

⁸ Nesse sentido, cite-se: FRANZONI, Diego. DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 11, v. 41, abr./jun. de 2014. Disponível em: www.revistadotribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016. Também admitindo a adoção do critério da patrimonialidade, mas apenas em relação ao compromisso arbitral (e não em relação à cláusula compromissória), confira-se: RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 411 e GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 174.

⁹ Como se não bastasse, cumpre trazer a lembrança que a Convenção do Panamá de 1975 (Decreto nº 1.902/1996) estatui, literalmente, na primeira parte do art. 1º que "é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil". A utilização, na parte final do dispositivo, da expressão "negócio de natureza mercantil" representa nada mais nada menos do que a adoção, também por esta fonte convencional, do critério da patrimonialidade para definição da arbitrabilidade objetiva.

¹⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de Direito da

1º da Nova Lei do CADE (Lei nº 12.529/2011), a defesa da concorrência no Brasil é “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Trata-se, com efeito, de ramo do Direito predominantemente público, em que incidem normas de natureza cogente (ou imperativa ou de ordem pública). Conforme afirma o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.529/2011, “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Não se trata, pois, de um conjunto normativo que pretende tutelar o concorrente, mas sim resguardar a própria concorrência, o que, ao final, reflete no mercado, no consumidor e nos concorrentes. O viés público e a vocação para tutelar direitos da coletividade do Direito Concorrencial criam, normalmente, uma certa dificuldade em compreender a possibilidade de submissão à arbitragem de conflitos surgidos nesta área.

Não é comum, ademais, que as leis de arbitragem dos países tragam disposição explícita afirmando que matérias relacionadas ao Direito da Concorrência possam ser submetidas à arbitragem¹¹. Não obstante a ausência de previsão legal na grande maioria dos países, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência construíram um sólido entendimento no sentido de que é possível, em regra, submeter matérias afetas ao Direito da Concorrência à via arbitral.

Luca Radicati Di Brozolo explica que “não há conflito entre os mundos da arbitragem e do direito da concorrência e que os dois podem interagir sem a necessidade de sacrificar os fundamentos de um ou de outro”¹². Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman registram que “a large number of arbitral awards have recognized the arbitrability of disputes involving issues of antitrust law”¹³. Alan Redfern e Martin Hunter, por sua vez,

Concorrência. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 08. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 04.09.2016.

¹¹ Excepcionalmente, a Lei de Arbitragem sueca de 1999 dispõe, na terceira parte do art. 1º, que “arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the partie”.

¹² BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016.

¹³ FOUCARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999, p. 348.

anotam que “it is now widely accepted that antitrust issues are arbitrable”¹⁴. A doutrina estrangeira mostra-se consolidada quanto à arbitrabilidade objetiva de matérias envolvendo Direito Concorrencial.

Boa parte deste avanço deveu-se ao precedente da *U.S. Supreme Court* de 1985 no caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc*¹⁵. No caso, a *Mitsubishi* havia firmado contrato de distribuição de automóveis com a empresa *Soler de Porto Rico* contendo cláusula compromissória. O conflito entre as empresas surgiu em função de restrições territoriais definidas no contrato de distribuição, pois a distribuidora porto-riquenha tentou cancelar pedidos que havia recebido e transferir a venda dos veículos para uma área externa àquela designada no contrato, o que, na visão da *Mitsubishi*, representava inadimplemento contratual.

A *Mitsubishi*, então, iniciou arbitragem pleiteando perdas e danos pelo descumprimento do contrato, bem como acionou a justiça norte-americana para obter uma ordem judicial compelindo a *Soler* a submeter o conflito à arbitragem. No que tange à questão ora discutida, a *Soler* alegou em sua defesa, perante as cortes judiciais norte-americanas, que a *Mitsubishi* havia violado a legislação antitruste daquele país (*Sherman Act*) e que esta matéria não era suscetível de ser submetida à arbitragem.

A Suprema Corte, depois de decisões divergentes nas instâncias inferiores, decidiu que o litígio era arbitrável pois “the strong presumption in favor of freely negotiated contractual choice-of-forum provisions is reinforced here by the federal policy in favor of arbitral dispute resolution, a policy that applies with special force in the field of international commerce”. A decisão destaca que “the mere appearance of an antitrust dispute does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assumption that the arbitration clause is tainted”. Por fim, a *Supreme Court* consignou que “the potential complexity of antitrust matters does not suffice to ward off arbitration;

¹⁴ BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on international arbitration. 6th. ed. The Hague: Oxford University Press, 2015, p. 114. Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll também deixam claro que “it is generally recognised that most other issues in relation to competition law are considered to be arbitrable”, sendo certo que “this has been decided in a number of cases where a party trying to resist contractual claims invoked the illegality of the agreement for alleged infringements of competition law” (LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 200).

¹⁵ BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016.

nor does an arbitration panel pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes”¹⁶.

Pouco menos de 15 (quinze) anos depois, a *European Court of Justice*, no caso *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int’l NV*, também admitiu que matérias relacionadas ao Direito Concorrencial fossem submetidas à arbitragem. A *ECJ*, porém, ressaltou que eventuais decisões arbitrais que violassem a legislação *antitrust* poderiam ser controladas pelo Poder Judiciário, ou seja, os órgãos judiciais poderiam examinar o mérito da decisão arbitral e, eventualmente, anulá-la¹⁷.

No Reino Unido, a *High Court of Justice*, no caso *ET Plus SA v. Jean-Paul Welter*, teve oportunidade de considerar que “there is no realistic doubt that such ‘competition’ or ‘anti-trust’ claims are arbitrable”¹⁸. Conforme constata Gary Born, “national court decisions in France, Switzerland, Germany, Italy, Sweden and England have repeatedly held that EU and Member State competition law claims may validly and enforceably be the subject of an international arbitration agreement”¹⁹.

Ademais, em relatório preparado em 2010 pela *Organisation de Coopération et de Développement Economiques* (OCDE), a cargo de Luca Radicati Di Brozolo e Laurence Idot, concluiu-se que “following the US Supreme Court decision in Mitsubishi, courts should verify that arbitrators have addressed competition law issues with reasonable diligence and have not reached a result which is a serious contradiction of public policy (for example enforcing a price fixing cartel)”²⁰. Como se vê, também na jurisprudência estrangeira não há dúvida de que os árbitros podem levar em consideração o Direito Concorrencial para fins de decidir o caso concreto, não havendo que se falar, portanto, em inarbitrabilidade objetiva nessas hipóteses.

De nossa parte, não temos dúvida em afirmar que também no Brasil, em regra, questões relacionadas ao Direito da Concorrência são arbitráveis, especialmente quando surgem em decorrência de uma relação jurídica comercial submetida à arbitragem, exigindo dos árbitros a aplicação das

¹⁶ 473 U.S. 614 (1985).

¹⁷ *Eco Swiss v. Benetton* [1999] EUECJ C-126/97 (01 June 1999).

¹⁸ *ET Plus SA & Ors v Welter & Ors* [2005] EWHC 2115 (Comm) (07 November 2005).

¹⁹ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. II, p. 977.

²⁰ Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 04.09.2016.

disposições da Nova Lei do CADE²¹. As disputas surgidas neste ambiente possuem natureza patrimonial, de sorte que nada impede que os árbitros, ao julgarem o conflito, apliquem as normas congêntes previstas na legislação antitruste.

4. Litígios *antitrust* que podem ser submetidos à arbitragem

Imagine-se que um determinado grupo de empresas inicia uma arbitragem em face de outra pleiteando o cumprimento de um contrato que estabelecesse a obrigação de todos os contratantes praticarem os mesmos preços pelo mesmo produto na mesma área, ou seja, no mesmo mercado relevante. Tratar-se-ia, como se vê, de claro exemplo de cartel, sob a modalidade de preço combinado. Neste caso, os árbitros devem aplicar a legislação antitruste para julgar a causa, ainda que as partes não tenham arguido esta matéria (questão que ainda será examinada em mais detalhes mais adiante).

Neste exemplo, incidiria a alínea “a” do inciso I do parágrafo terceiro do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, segunda a qual “as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica (...) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma (...) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente”. Incidiria, ademais, o inciso II do art. 166 do Código Civil, conforme o qual “é nulo o negócio jurídico quando (...) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”. Nesta hipótese, portanto, o contrato é nulo porque seu objeto é ilícito, já que viola flagrantemente a Nova Lei do CADE, de modo que os árbitros deveriam julgar improcedente o pedido e declarar a nulidade do ajuste.

Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore trazem outro exemplo bastante interessante. Imagine-se uma relação contratual entre determinada empresa e um de seus fornecedores por 20 (vinte) anos, sendo renovada periodicamente, apenas com ajuste de preço. Uma das partes descobre, posteriormente, que a outra parte atuou, durante 5 (cinco) anos, em cartel com os demais concorrentes, cobrando-lhe preço, na verdade, acima do valor ideal de mercado (sobrep preço). Caso houvesse cláusula compromissória nesse contrato, parece razoável admitir-se que a parte interessada pudesse iniciar uma arbitragem para cobrar os prejuízos decorrentes da prática

²¹ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do Direito Antitruste pelo juízo arbitral. Arbitragem interna e internacional. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

*antitrust*²². Tudo dependeria, evidentemente, da redação da convenção de arbitragem, mas não parece lícito excluir esta possibilidade *a priori*.

Acrescente-se, de nossa parte, que os árbitros poderiam, inclusive, investigar os fatos e as provas do caso para determinar se houve ou não formação de cartel, determinando em seguida a extensão dos danos a serem reparados (aspecto meramente indenizatório). Isso tudo na hipótese de a autoridade antitruste ainda não ter sido provocada e, por conseguinte, ainda não ter aberto investigação e, muito menos, ter julgado o processo administrativo a respeito do caso. Isso porque, como se detalhará mais adiante, os árbitros não podem substituir o CADE na aplicação de sanções administrativas e criminais.

5. Relação entre arbitragens e processos administrativos perante o CADE

Na hipótese de a autoridade *antitrust* já estar investigando o assunto e eventual arbitragem envolvendo a mesma relação jurídica ser iniciada, questiona-se se os árbitros devem suspender ou não a arbitragem.

Corretamente, Julian D. M. Lew ensina que “there is no clear answer to the question whether a tribunal should stay the arbitration until the Commission has reported”, pois “much will depend on the circumstances of the case, the alleged breach of the competition law and the timings of the parallel proceedings”²³. O autor afirma, em seguida, que “as a general rule, with respect to the first case above, there is a prevailing opinion that the tribunal should continue with its determination”²⁴.

²² GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de Direito da Concorrência. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 25. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 04.09.2016.

²³ LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259.

²⁴ LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259. Julian D. M. Lew explica sua conclusão da seguinte forma: “This means that arbitration proceedings need not be stayed if the Commission is in a process of investigation. The tribunal has to fulfil its obligation and complete the mandate and has no obligation (or right for that matter) to seek advice from the Commission on the issue of competition law. Where an investigation is pending, even where started subsequent to the arbitration, the tribunal would need to decide whether to proceed with its mandate or await the outcome of the Commission’s investigation. Ultimately, whatever the timing, and despite the risk of

Evidentemente que, caso os árbitros decidissem prosseguir com o processo arbitral, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, a decisão do tribunal arbitral em nada afetaria o julgamento do CADE, tanto no caso de reconhecerem a existência do cartel quanto na hipótese de entenderem pela inexistência da suposta infração à ordem econômica. No que diz respeito às partes, porém, a decisão dos árbitros é vinculante, pouco importando o que, posteriormente, fosse decidido pelo órgão antitruste. Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de a parte sucumbente intentar uma ação de anulação da sentença arbitral com base na decisão tomada em sentido contrário no futuro pelo CADE.

Cumpra também examinar a hipótese inversa, isto é, se os árbitros estariam vinculados à decisão da autoridade antitruste (pressupondo-se, claro, que a decisão do processo administrativo fosse tomada antes do fim da arbitragem). Ou seja, teriam os árbitros o dever de aplicar a decisão da autoridade concorrencial ao caso concreto? Julian D. M. Lew, depois de registrar que as cortes judiciais da União Europeia não podem contrariar as decisões da *European Commission*, considera que “as an arbitration tribunal does not perform an adjudicative function on behalf of the State it falls outside the jurisdiction of Article 249 and has no direct obligation to follow the Commission’s decision”²⁵. O tema é realmente polêmico e ainda não foi maduramente enfrentado no Brasil, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.

Há, ainda, outra hipótese de aplicação nas normas *antitrust* na arbitragem, decorrente do art. da Lei nº 47 da Lei nº 12.529/2011. O mencionado dispositivo de lei estatui que “os prejudicados (...) poderão ingressar em juízo para (...) o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. Imagine-se, pois, que o CADE reconhecesse a prática de infração à ordem econômica de determinado *player* do mercado, determinando-lhe a cessação de conduta e/ou impondo-lhe multa administrativa. Esta decisão poderá ser objeto de execução, na forma do art. 93 da Lei Antitruste, conforme o qual “a decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”.

conflicting decisions a tribunal will have to decide whether to determine the issues before it or wait and take into account the conclusions of the Commission” (LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259).

²⁵ LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators’ authority. Arbitrability: international and comparative perspectives. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009, p. 259.

Os eventuais terceiros que tenham sido individualmente lesados pelas práticas anticompetitivas – cujos efeitos não tenham sido considerados na decisão da autoridade antitruste – poderão, evidentemente, ingressar em juízo com demandas indenizatórias, amparando-se no já mencionado art. 47 da Nova Lei do CADE. Muito embora este dispositivo de lei utilize a expressão “ingressar em *juízo*”, dando a entender que as demandas indenizatórias devessem ser ajuizadas perante o Poder Judiciário, consideramos que nada obsta que, sendo o direito patrimonial, as partes possam submeter o litígio à arbitragem²⁶.

Não nos parece que tenha sido a finalidade do art. 47 da Lei nº 12.529/2011, ao usar a mencionada expressão, criar um empecilho à via arbitral. A norma diz menos do que gostaria, isto é, *lex minus dixit quam voluit*. Assim, as partes poderão celebrar compromisso arbitral, submetendo aos árbitros demanda indenizatória tendente a apurar o prejuízo individualmente sofrido por uma delas em razão da prática de infração contra a ordem econômica. Onde a lei diz “poderão ingressar em juízo”, entenda-se “poderão ingressar em juízo, arbitral ou judicial”.

6. Litígios *antitrust* que não podem ser submetidos à arbitragem

Bernard Hanotiau destaca aspecto interessante, afirmando que “the generally accepted conclusion is that competition law issues are arbitrable, the only limit being the existence of a provision reserving exclusive jurisdiction to the EU Commission, for example to grant an individual exemption under Art. 85(3) or to impose fines”²⁷.

²⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de Direito da Concorrência. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 24. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 04.09.2016.

²⁷ HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. ICCA Congress Series. VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). The Hague: Kluwer, 1999, v. 9, p. 161. Examinando também este último aspecto, Eduardo Damiano Gonçalves traz um excelente resumo daquilo que poderia ser considerado inarbitrável em relação ao Direito Concorrencial: “(...) litígios referentes, por exemplo, à aplicação de penalidade e sanções penais e administrativas e sua revisão, ao estabelecimento de compromissos de desempenho, à determinação de práticas de atos no exercício da análise dos atos de concentração e nos procedimentos investigatórios conduzidos pelas autoridades antitruste, inclusive no tocante ao desfazimento de operação” (GONÇALVES, Eduardo Damiano. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008, p. 192-193).

Como se vê, não obstante se possa dizer que as matérias relacionadas ao Direito Concorrencial são arbitráveis, evidentemente que não é possível submeter à arbitragem um ato de concentração, pleiteando que os árbitros o aprovem. Igualmente não é possível que uma parte peça ao tribunal arbitral para aplicar uma sanção administrativa – mesmo que uma multa – à outra parte por violação da ordem econômica. Isso somente seria possível caso houvesse previsão contratual estipulando uma multa privada pela prática de infração de ordem *antitrust*. Esta multa privada teria natureza jurídica diversa daquela sanção administrativa a ser aplicada pelo CADE, não ficando a autoridade concorrencial adstrita a ela e vice-versa.

Também não é possível, por óbvio, que as partes submetam à arbitragem um pleito de anulação de uma decisão do CADE, impondo, por exemplo, multa administrativa por prática de infração à ordem econômica²⁸. Estas matérias são da competência exclusiva do órgão *antitrust* ou, no caso do último exemplo, do Poder Judiciário, inarbitráveis por força de lei. Os árbitros, em resumo, não podem substituir a autoridade antitruste na defesa da concorrência²⁹.

7. Controle da sentença arbitral que aplica o Direito Concorrencial: *second look doctrine*?

Também interessante é a discussão doutrinária a respeito da extensão do controle da sentença arbitral que aplica o Direito Concorrencial, especialmente considerando-se a denominada *second look doctrine*, criada a partir do caso *Mitsubishi*.

Consoante explica didaticamente William Park, “most people probably feel more comfortable in forgoing an opportunity to express themselves if they believe that at some future time they will have another

²⁸ BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. II, p. 976. No mesmo sentido: LEW, Julian D. M. MARSDEN, Oliver. *Arbitrability*. LEW, Julian D. M. BOR, Harris et al (eds). *Arbitration in England*. The Hague: Kluwer, 2013, p. 406.

²⁹ No mesmo sentido: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do Direito Antitruste pelo juízo arbitral. *Arbitragem interna e internacional*. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 345 e GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. *Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de Direito da Concorrência*. *Revista Brasileira de Arbitragem*. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 19. Disponível em: <http://www.kluwarbitration.com>. Acessado em: 04.09.2016.

opportunity to speak their minds if they foresee a ‘second chance’ to make their statement”. Com base nessa consideração, o autor afirma que “it is not surprising that the end of the majority opinion in *Mitsubishi* contains three sentences of dicta predicting that American courts will have a second bite at the arbitration apple when the time comes to enforce the award”³⁰.

A *second look doctrine*³¹ nasceu da possibilidade de o Poder Judiciário, ao admitir a arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a incidência de normas *antitrust*, reservar para si a oportunidade de revisar a sentença arbitral para checar se o Direito Concorrencial não foi violado pelo tribunal arbitral e, assim, se não houve infringência à ordem pública do local em que se pretende a execução da sentença arbitral³².

Como visto, a *Supreme Court* norte-americana, ao julgar o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, acabou por admitir a arbitrabilidade de litígios envolvendo Direito Concorrencial. Deixou claro na decisão, porém, que “having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed”³³. Este entendimento foi em grande parte adotado pela *European Court of Justice* no caso *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton Int’l NV*³⁴.

³⁰ PARK, William W. Park. Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012, p. 216.

³¹ A doutrina do “second look” recebe este nome porque a “first look” seria exercida pelo Poder Judiciário quando da análise da existência, validade, eficácia e escopo da convenção de arbitragem. Nesse sentido, William Park esclarece que “the ‘first look’ having been when the court examined the parties’ agreement to arbitrate for the purpose of deciding whether to compel arbitration” (PARK, William W. Park. Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012, p. 216).

³² Segundo Karin Hlavnicka Skitnevsky, a “doutrina do segundo olhar” tem por objetivo “garantir que as decisões arbitrais não sejam contrárias à ordem pública do local em que serão executadas, pois após a sentença arbitral, esta será submetida ao judiciário do local da execução” (SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. A doutrina do segundo olhar (second look doctrine). Arbitragem internacional. FINKELSTEIN. VITA, Jonathan B. CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 107).

³³ 473 U.S. 614 (1985).

³⁴ *European Court of Justice* considerou o seguinte: “Deve, em primeiro lugar, chamar-se a atenção para o facto de, no caso de uma arbitragem convencional levantar questões de direito comunitário, os órgãos jurisdicionais poderem ser levados a examinar essas

Interpretando a decisão norte-americana, Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll lecionam que “the Supreme Court decision in *Mitsubishi v. Soler* considered the control at post-award stage to be sufficient to safeguard the national interests underlying the antitrust legislation”³⁵.

Esta concepção, porém, foi bastante criticada. Primeiramente, porque não se definiu a extensão exata do controle judicial e, em segundo lugar, porque permitiu uma interpretação ampliativa do controle sobre o mérito das decisões arbitrais. Alan Redfern e Martin Hunter registram que “some uncertainty remains as to how serious the alleged violation of competition law must be in order to justify the annulment of an award”³⁶. Ademais, como bem explicam Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll, essa construção pode se mostrar sem efeito no caso de a decisão arbitral ser executada em um país diverso daquele a que pertence a legislação antitruste aplicada e, possivelmente, violada³⁷.

As interpretações doutrinárias a respeito da *second look doctrine* se dividiram em corrente maximalista e em corrente minimalista. William Park

questões, nomeadamente no quadro do controlo da decisão arbitral, mais ou menos extenso consoante o caso, que lhes cabe em consequência de interposição de recurso, de dedução de oposição, de pedido de *exequatur*, ou de qualquer outra via de impugnação ou forma de controlo prevista na legislação nacional aplicável” [Eco Swiss v. Benetton [1999] EUECJ C-126/97 (01 June 1999)].

³⁵ LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 201. Na visão de Gary Born, “at the same time they have recognized the arbitrability of antitrust/competition law claims, national courts have emphasized that arbitral awards dealing with antitrust or competition law issues will be subject to subsequent judicial review” (BORN, Gary B. International commercial arbitration. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I, p. 979).

³⁶ BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on international arbitration. 6th. ed. The Hague: Oxford University Press, 2015, p. 115-116. Também com este olhar crítico, Gary Born anota que “the nature and extent of this subsequent judicial review is unsettled: in particular, it is unclear to what extent national courts can (or must) reexamine the substantive merits of the arbitrator’s decisions on competition law matters” (BORN, Gary B. International commercial arbitration. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I, p. 980).

³⁷ Nesse sentido, os autores lecionam que “if the losing party has assets in another country the award may be enforced there without US courts having a chance to intervene to safeguard the public interest protected by the Sherman Act” (LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 202).

afirma, em relação à primeira corrente, que “such a broad interpretation of the ‘second look’ may open the door to a judicial review of the substantive legal merits of an arbitrated dispute, doing little for the advancement of the arbitral process”. Levando em consideração a segunda corrente, o autor explica que “if, however, the ‘second look’ doctrine contemplates a more limited judicial role, (...) one may wonder whether the ‘second look’ will provide an effective mechanism for judicial control”³⁸.

Entendemos, primeiramente, que a existência de mecanismos de controle da sentença arbitral não é algo prejudicial à arbitragem, muito pelo contrário. Sentenças arbitrais violadoras da ordem pública ou arbitragens conduzidas para fraudar disposições cogentes (ou imperativas ou de ordem pública) devem mesmo ser anuladas, de modo a preservar a arbitragem como mecanismo sério de resolução de conflitos. Esta perspectiva se apresenta

³⁸ PARK, William W. Park. Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012, p. 216-217. Luca Radicati Di Brozolo traz uma explicação bastante completa da corrente maximalista e da corrente minimalista da *second look doctrine*: “A posição maximalista é alegadamente pautada por uma maior ênfase na necessidade de aplicar o direito da concorrência efetivamente. Na essência, aquela se funda no axioma de que somente um standard muito rigoroso de revisão de sentenças arbitrais em que tenham surgido questões de direito da concorrência é capaz de evitar a negligência do direito da concorrência e uma interferência na colocação em prática da política concorrencial. Portanto, os maximalistas defendem uma revisão irrestrita, pelos tribunais, das conclusões de fato e de direito da sentença a fim de verificar sua perfeita observância ao direito da concorrência mesmo à vista de meras alegações de sua violação. (...). Sem menosprezar o papel fundamental da defesa do direito da concorrência, a posição minimalista postula que esse objetivo é alcançável de uma maneira que é mais consentânea com os princípios gerais relativos à arbitragem e ao papel dos tribunais na revisão de sentenças arbitrais. Esta visão defende que, também quando deparado com sentenças em que tenham surgido questões de direito da concorrência, o tribunal revisor deveria restringir-se a verificar se os árbitros enfrentaram estas questões (quando elas tenham surgido diante de si ou, em todo caso, quando era incontroverso que estas questões eram pertinentes ou foram-lhe intencionalmente ocultadas) e se elas foram decididas de maneira competente. O tribunal deveria abster-se de rever as conclusões de fato e de direito dos árbitros e não deveria pretender aferir se o direito da concorrência foi aplicado ‘corretamente’” (BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016).

verdadeira também em relação às arbitragens em que se debatem infrações à ordem econômica³⁹.

No Brasil, há dois mecanismos de controle da sentença arbitral que eventualmente tenha violado a ordem pública por aplicar incorretamente o Direito Concorrencial. No que diz respeito às sentenças arbitrais domésticas, pode-se ingressar com a ação de anulação do *decisum*, na forma dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, cuja ofensa à ordem pública é a única causa de pedir implícita dessa demanda anulatória. Em relação às sentenças arbitrais estrangeiras, pode-se denegar o seu reconhecimento em território brasileiro, valendo-se das disposições constantes no inciso II do art. 39 da Lei de Arbitragem e na alínea “b” do item 2 do art. V da Convenção de Nova York de 1958 (Decreto nº 4.311/2002).

É preciso dizer, porém, que o controle da sentença arbitral que disponha sobre matéria concorrencial não deve ser diferente daquele que em relação a qualquer outra sentença arbitral. Isso significa que o Poder Judiciário, seja no âmbito da ação de anulação, seja na esfera da ação de homologação, não pode, em regra, ingressar no mérito da sentença arbitral para averiguar se a decisão está ou não correta ou se a decisão é justa ou injusta⁴⁰.

O controle do mérito da sentença arbitral, doméstica ou estrangeira, só é admitido quando a decisão importar numa grave ofensa à ordem pública. No caso de sentenças arbitrais que tenham aplicado a legislação antitruste, o controle do mérito não deve ser admitido quando a decisão tenha aplicado mal algum dispositivo de lei, pois isso não será suficiente para caracterizar ofensa à ordem pública. O controle da sentença arbitral nesses casos será admitido apenas quando a repercussão prática da decisão arbitral ocasionar, de fato, um prejuízo ao mercado, à competição e, enfim, à coletividade.

³⁹ Consoante afirma Luca Radicati Di Brozolo, “há um consenso de que a revisão judicial de sentenças em procedimentos de anulação e de execução é essencial para garantir que a arbitragem não seja usada como uma ferramenta para evitar o direito da concorrência, dada a premissa de que os árbitros são obrigados a aplicá-lo” (BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016).

⁴⁰ Luca Radicati Di Brozolo explica que “a jurisprudência segue a abordagem segundo a qual sentenças que abarquem questões de direito da concorrência não deveriam ser sujeitas a uma revisão judicial mais intrusiva do que outras decisões e a revisão ordinária à luz da ordem pública é suficiente” (BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016).

Atualmente, pode-se dizer que a corrente minimalista possui maior aceitação, como, por exemplo, nos Estados Unidos, França, Itália, Alemanha, Suécia e Bélgica⁴¹. Consideramos adequado, pois, neste contexto, seguir as conclusões contidas no relatório preparado em 2010 pela *Organisation de Coopération et de Développement Economiques* (OCDE). A entidade internacional entendeu que “recourse to arbitration does not threaten or jeopardise the application of competition laws and there is no need to change the basic approach of arbitration and the review of arbitral awards to accommodate the increase of competition law disputes”, razão pela qual “courts should verify that arbitrators have addressed competition law issues with reasonable diligence and have not reached a result which is a serious contradiction of public policy (for example enforcing a price fixing cartel)”⁴².

8. Contribuição da arbitragem para o Direito da Concorrência

Como se observou acima, as matérias relacionadas ao Direito da Concorrência podem ser submetidas à arbitragem, respeitados certos limites e a competência do CADE. Esta possibilidade representa, na verdade, uma grande contribuição da arbitragem ao Direito da Concorrência, pois a arbitragem possui dentre as suas qualidades a celeridade, a especialidade dos árbitros e a flexibilidade procedimental.

A arbitragem é um procedimento mais célere se comparado ao Poder Judiciário. Selma Ferreira Lemes, coautora do projeto original da Lei de Arbitragem, afirma que “é possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio”⁴³. No âmbito do Poder Judiciário, em que um juiz de uma vara cível da Comarca da Capital dos Estados de São Paulo ou do Rio de Janeiro são responsáveis por cerca de 10.000 processos judiciais, o tempo de duração muitas vezes chega a 10 (dez) anos. A arbitragem, portanto, pode trazer soluções mais velozes a conflitos envolvendo a legislação antitruste, naqueles exemplos mencionados acima.

Ademais, na arbitragem as partes possuem liberdade para escolher árbitros especialistas na matéria que compõe o litígio, o que garante a prolação de decisões mais corretas sob o ponto de vista técnico. Este aspecto é

⁴¹ BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016.

⁴² Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Acessado em: 04.09.2016.

⁴³ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>. Acessado em: 13.09.2016.

especialmente importante no que diz respeito a litígios envolvendo Direito Concorrencial, pois a aplicação da legislação *antitrust* exige formação técnica multidisciplinar, incompatível, muitas vezes, com a formação generalista da maioria dos integrantes do Poder Judiciário. É possível, pois, na arbitragem eleger como árbitro um jurista renomado, um economista renomado, um ex-conselheiro do CADE, um advogado com larga experiência no setor concorrencial. Enfim, profissionais que possuem expertise no tema.

É possível, ainda nesta linha, formar um tribunal arbitral composto por três árbitros com diferentes *backgrounds* técnicos, como, por exemplo, um advogado, um economista e um profissional especializado no setor objeto da disputa (por exemplo, um produtor de soja numa disputa concorrencial envolvendo o mercado de soja). Ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, em que todos os integrantes possuem exclusiva formação jurídica, na arbitragem é possível a formação de um tribunal arbitral plural, o que neste segmento do Direito da Concorrência é fundamental, como deixa clara a própria composição do CADE.

Por fim, a arbitragem é marcada pela flexibilidade procedimental, em que os árbitros podem moldar o procedimento arbitral às particularidades do caso concreto. Assim, por exemplo, é possível estabelecer uma audiência arbitral que consuma 5 (cinco) dias, onde as partes terão tempo para preparar apresentações e ouvir testemunhas fáticas e técnicas. No âmbito do Poder Judiciário, a audiência de instrução de julgamento não costuma consumir mais do que 3 (três) horas – caso haja muitas testemunhas – e o juiz ainda terá que dividir sua atenção com outras audiências designadas para aquela mesma data.

Todos estes aspectos, na verdade, geram eficiência à defesa da concorrência e à aplicação das normas *antitrust*, contribuindo para o incremento de um ambiente competitivo saudável. A arbitragem, em resumo, pode exercer um papel de grande parceiro do CADE no controle da legislação concorrencial.

9. Conclusão

O objetivo deste trabalho foi o de provocar o debate sobre as contribuições que a arbitragem pode dar ao Direito da Concorrência. Enquanto o assunto é bastante desenvolvido no exterior, esta relação entre Arbitragem e Direito da Concorrência é muito incipiente no Brasil. A nossa conclusão é a de que a arbitragem pode contribuir bastante para a resolução de conflitos envolvendo a aplicação do Direito da Concorrência, desde que observados os rigorosos limites legais e, especialmente, a competência do CADE. Espera-se que este ensaio possa estimular outros estudos a respeito deste novo e intrincado assunto.

Bibliografia

BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. REDFERN, Alan. HUNTER, Martin. Redfern and Hunter on international arbitration. 6th. ed. The Hague: Oxford University Press, 2015.

BORN, Gary B. International commercial arbitration. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2014, v. I e II.

BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 7, v. 27, out./dez. de 2010. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do Direito Antitruste pelo juízo arbitral. Arbitragem interna e internacional. ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FOUCHARD, Philippe. GAILLARD, Emmanuel. GOLDMAN, Berthold. International commercial arbitration. GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John (edited by). The Hague: 1999.

FRANZONI, Diego. DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: RT, a. 11, v. 41, abr./jun. de 2014. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acessado em: 04.09.2016.

GABBAY, Daniela Monteiro. PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e outros meios de solução de conflitos em demandas indenizatórias na área de Direito da Concorrência. Revista Brasileira de Arbitragem. The Hague: Kluwer, a. 11, v. 43, 2014, p. 08. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com>. Acessado em: 04.09.2016.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva. Tese. Universidade de São Paulo. Orientador: José Carlos de Magalhães. São Paulo: 2008.

HANOTIAU, Bernard. The law applicable to arbitrability. ICCA Congress Series. VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). The Hague: Kluwer, 1999, v. 9.

LEW, Julian D. M. Competition laws: limits to arbitrators' authority. *Arbitrability: international and comparative perspectives*. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros L. (eds). The Hague: Kluwer, 2009.

LEW, Julian D. M. MARSDEN, Oliver. *Arbitrability*. LEW, Julian D. M. BOR, Harris et al (eds). *Arbitration in England*. The Hague: Kluwer, 2013.

LEW, Julian D. M. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

PARK, William W. Park. *Private adjudicators and the public Interest. Arbitration of International Business Disputes: Studies in law and practice*. 2nd. ed. Oxford: Oxford, 2012.

RICCI, Edoardo F. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. *A doutrina do segundo olhar (second look doctrine)*. *Arbitragem internacional*. FINKELSTEIN. VITA, Jonathan B. CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

YOUSSEF, Karim. *The death of inarbitrability. Arbitrability: international & comparative perspectives*. MISTELIS, Loukas A. BREKOULAKIS, Stavros (Edited by). The Netherlands: Kluwer, 2009.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

**O CASO DO CARTEL DE CAPACITORES E AS DIVERGÊNCIAS
SOBRE A BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES
PECUNIÁRIAS NOS TERMOS DE COMPROMISSO DE
CESSAÇÃO¹**

The Capacitors Case and the Incongruences on
Defining Values for Fines in Cease and Desist Agreements

Bruno Polonio Renzetti²

Resumo: No Direito da Concorrência a consensualidade se expressa pelo Termo de Cessação de Conduta. Seu regramento legal está previsto no art. 85 da Lei de Defesa da Concorrência. Entretanto, nas últimas sessões de julgamento do Conselho foi questionada a base de cálculo imposta pela Lei para as contribuições pecuniárias obrigatórias em caso de TCC. O presente artigo investiga as divergências sobre a base de cálculo expressadas por Conselheiros durante o julgamento do Caso do Cartel de Capacitores, analisando impactos que a insegurança jurídica pode trazer para o direito concorrencial e propondo agenda de pesquisa para o tema.

Palavras-Chave: Base de Cálculo; TCC; Cartel; Consensualidade; Acordos Substituívos.

Abstract: Cease and Desist Agreements and have been used by the CADE in order to end collusive conducts and its rules are expressed in art. 85 of the Brazilian Competition Act. Nonetheless, questions have risen about the compulsory monetary contributions and how it is calculated in the agreements. In this sense, this paper aims to investigate such questions, especially those risen during the case of the Capacitors Cartel, analyzing the impacts that legal uncertainty brings to Antitrust Law and proposing a research agenda for the theme.

¹ Artigo submetido ao Prêmio IBRAC-Tim 2016, categoria pós-graduação. Agradeço aos comentários e revisão do amigo Thiago Nascimento dos Reis (Stanford University).

² Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, sob orientação do Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld. Bacharal em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado inscrito na OAB/PR.

Keywords: Cease and Desist; Collusion; Public-Private Agreements; CADE; Contributions.

1. Introdução

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sofreu intensas mudanças nas últimas duas décadas, desde a promulgação da Lei 8.884/94, em um movimento constante de evolução da matéria concorrencial no país.

Com a promulgação da Lei nº 12.529/2011 – a Nova Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”) – as autoridades antitruste passaram a usar mais intensamente os mecanismos de consensualidade entre administração pública e agentes investigados. Entre estes mecanismos, destaca-se o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”), disciplinado pelo art. 85 da LDC. Dados oficiais do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) mostram o constante aumento do número de TCCs firmados pelo Conselho³.

A LDC e o Regimento Interno (“RI”) do CADE impõem alguns requisitos obrigatórios para a celebração dos TCC. Entre eles, encontra-se a necessidade de recolhimento de uma contribuição pecuniária obrigatória ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (“FDD”) nos casos de cartel.

A discussão que o presente artigo traz diz respeito exatamente a um aspecto essencial desta contribuição: a sua base de cálculo. A LDC elegeu, em seu art. 37, I, a base de cálculo aplicável: “valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. Entretanto, como se discute no desenvolver do texto, o CADE vem experimentando questionamentos sobre se esta base legal é realmente a mais apropriada.

Com isto em mente, o artigo se estrutura da seguinte forma: a próxima seção explora a consensualidade na atividade do CADE, principalmente no tocante aos termos de compromisso de cessação. Em seguida, a seção 3 explica as divergências que surgiram, no bojo do processo do Caso do Cartel de Capacitores, sobre a base de cálculo aplicável para a contribuição pecuniária obrigatória nos casos de TCC de cartéis. A seção seguinte debate os possíveis impactos que esta indefinição e insegurança quanto à base de cálculo pode

³ BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Publicação Institucional, 2016, p. 82 e ss.

trazer para o Direito da Concorrência. A quinta e última seção conclui e propõe uma agenda de pesquisa para aperfeiçoamento do TCC.

2. A consensualidade na atividade da autoridade da concorrência: os Termos de Compromisso de Cessação no CADE

Os acordos colaborativos – acordos de leniência e termos de compromisso de cessação - são instrumentos de grande importância de que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica dispõe para o combate a condutas anticompetitivas, representando exemplos da consensualidade entre Administração Pública e agentes econômicos suspeitos de infrações à concorrência. Nos casos de cartel, a celebração de TCCs é especialmente útil para a autoridade da concorrência devido ao alto *standard* de prova que as práticas colusivas possuem, devido a dificuldade de se comprovar a conduta por ter ela natureza confidencial e não sendo paralelismo de preços prova suficiente para comprovar a existência de cartéis. Assim, a partir da celebração de TCC se atinge o objetivo de cessar a prática anticoncorrencial sem o dispêndio de muitos recursos em sua investigação, além de se restabelecer o regular funcionamento do mercado.

O TCC é acordo celebrado no âmbito do processo administrativo sancionador, dentro do escopo do controle de condutas do CADE. Uma vez que o compromisso é acordado, suspende-se o processo acusatório em face do Compromissário, sendo posteriormente arquivado, caso se verifique que todas as condições estipuladas no TCC foram atendidas. O devido cumprimento do TCC torna dispensável a conclusão do processo administrativo originário. De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma, tais acordos se caracterizam pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. É verdadeiro instrumento do exercício alternativo da função administrativa e evidenciam a consensualidade entre particular e Administração Pública. Palma também entende que, no cenário brasileiro, o papel dos acordos substitutivos corresponde à suspensão do processo pela celebração do acordo e terminação consensual do processo, uma vez examinada a satisfação das condições combinadas⁴.

⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*, p. 252. A autora aponta finalidades específicas dos acordos substitutivos: “(i) substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo; (ii) suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo; ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador.”

A possibilidade de celebração de acordos entre as autoridades da concorrência e os particulares alvo de investigações não é de toda nova. A antiga lei nº 8.884/1994 já previa em seu texto a possibilidade de celebração de Medidas Preventivas, Compromissos de Desempenho e Termos de Compromisso de Cessação, além do Acordo de Leniência, inserido com a promulgação Lei nº 10.149/2000.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, a disciplina dos TCCs sofreu algumas alterações. Criou-se a regra de propositura única, a proibição expressa de suspensão do processo durante a negociação, a obrigatoriedade do caráter público do compromisso celebrado, a obrigatoriedade do indeferimento da proposta quando houver impasse e a expressa possibilidade da participação de terceiros interessados e de entes federativos durante as negociações⁵. Ainda, de acordo com o art. 85 da Nova Lei da Concorrência, deve constar no texto do TCC as obrigações do representado, a fixação do valor de multa por descumprimento e a fixação do valor de contribuição pecuniária do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Cumpre ressaltar que, de acordo com o §2º do art. 85, tal recolhimento de contribuição ao FDD é obrigatório em casos de investigação de cartéis e práticas concertadas, sendo facultativo em casos de condutas unilaterais⁶.

Ao se apreciarem os números referentes a celebração de TCCs no CADE, pode-se chegar a conclusão de que este instrumento consensual está sendo cada vez mais utilizado e melhor aceito pelos atores de mercado. De acordo com os dados constantes no Relatório de Gestão do Conselho, foram apreciados 62 requerimentos de TCC no ano de 2015, com a homologação de 56 deles, representando uma alta taxa de 90% de homologação. Em decorrência destas homologações, foi recolhido o total de R\$ 464.955.618,41 ao FDD, em caráter de contribuição pecuniária prevista no art. 85, §2º. A título de comparação, em 2014 a arrecadação ao FDD devido a TCCs totalizou o valor bem inferior de R\$ 168.493.149,80.

⁵ MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*, p. 388.

⁶ Sobre o assunto, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (*Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, 2016, p. 191-192) apontam que nos casos de conduta unilateral o CADE muitas vezes possui interesse maior em negociar remédios antitruste em detrimento de imposição de multa, com o objetivo de tornar a competição mais saudável do que a obtenção de contribuição pecuniária. A imposição ou não de contribuição nos casos de condutas unilaterais está dentro do escopo de discricionariedade que a lei conferiu ao Administrador quando da negociação de TCCs.

O regramento normativo dos TCCs está estipulado no art. 179 e seguintes do Regimento Interno do CADE, alterado pela Resolução nº 15/2016⁷. O RI prevê algumas consequências não dispostas na lei: de acordo com seu art. 185, o compromisso de cessação deverá conter, *necessariamente*, reconhecimento de participação do compromissário na conduta investigada. Ainda, o art. 186 prevê a necessidade de colaboração do compromissário com a instrução processual.

No mesmo sentido, o *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*, editado em maio de 2016, traz em seu bojo todas as fases necessárias para a celebração de um TCCs, esclarecendo os procedimentos e requisitos necessários, bem como suas implicações posteriores para o compromissário. É instrumento que visa fomentar e incentivar a celebração dos TCCs, conferindo maior celeridade aos processos administrativos e poupando recursos de ambos os lados.

Uma das passagens mais detalhadas do *Guia* diz respeito à base de cálculo das contribuições pecuniárias obrigatórias nos TCCs celebrados em casos de cartel. A metodologia para cálculo da contribuição pecuniária da empresa compromissária está presente no art. 37, I, da Lei 12.529/2011, estabelecendo que (i) a multa será de 0,1% a 20% do valor do faturamento *bruto* da empresa, grupo ou conglomerado (ii) obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, (iii) no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, (iv) nunca sendo a multa inferior à vantagem auferida.

O uso do critério de ramo de atividades desperta muita insatisfação⁸. É um conceito incerto, que o CADE tentou resolver ao editar a Resolução 3/2012, listando Ramos de Atividade com base no Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) do IBGE. Entretanto, o que se verifica é a

⁷ O art. 179 do RI indica que o Requerimento de TCC pode ser apresentado antes da instauração do processo administrativo, devendo ser apresentado diretamente à Superintendência-Geral caso ainda se trate de Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo ou do próprio Inquérito. A doutrina também assim entende: “os acordos substitutivos podem ser celebrados anteriormente à instauração de processo administrativo sancionador, com a finalidade de interditar o início de instrução processual administrativa.” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*, p. 254).

⁸ Leonor Cordovil aponta que a previsão de base de cálculo como sendo o ramo de atividade gerou muita divergência no processo legislativo que culminou na Lei 12.529/2011 (*Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*, 2011, p. 122).

ampliação quanto à base de incidência da multa⁹. Tal ampliação tem levado alguns Conselheiros a utilizarem critérios divergentes dos presentes na lei como base de cálculo para a contribuição¹⁰.

Com o objetivo de tentar diminuir os efeitos da ampliação da base de incidência da multa a partir do uso do critério de ramo de atividade, o CADE lança mão de critérios para “Parametrização para fins de proporcionalidade” da contribuição pecuniária, previstos no *Guia*. A parametrização se dá principalmente no que tange ao ramo de atividades, ao ano base do faturamento e com relação ao faturamento em território nacional¹¹.

Não obstante todas as soluções empregadas pelo Conselho para melhor parametrizar suas contribuições pecuniárias, recentes debates no âmbito do Tribunal Administrativo vêm trazendo novos elementos ao debate acerca da base de cálculo das contribuições pecuniárias celebradas no seio de TCCs. É o que se analisará a seguir.

3. As divergências quanto à base de cálculo: o caso do cartel de capacitores

A discussão sobre a base de cálculo das contribuições pecuniárias teve novo capítulo durante a 89ª Sessão Ordinária de Julgamento (“SOJ”) do CADE, no dia 27 de julho de 2016. Foi levado a Plenário o Requerimento nº 08700.001449/2015-02, para fins de homologação de TCC originário do Processo Administrativo 08700.010056/2014-09, o qual investigava suposto cartel internacional no mercado de capacitores eletrolíticos e capacitores de filme. O Requerimento de TCC foi feito pela Representada Rubycon Corporation.

⁹ Segundo o advogado Daniel Tobias Athias, a legislação de 2011 fez uma escolha diferente da que havia sido feita em 1994. Para o autor, pode-se “alegar que houve uma compensação da redução do intervalo da multa e do critério de faturamento no ramo afetado por uma ampliação na definição do que seria o próprio ramo.” In.: *Precificando acordos com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. 08 de set. de 2016.

¹⁰ O Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, em seu voto no Requerimento 08700.002026/2016-82, entendeu que em casos em que se verifica faturamento maior no ramo de atividade do que no mercado relevante, deve-se utilizar como base de cálculo o faturamento virtual no mercado relevante como base de cálculo, em detrimento do ramo de atividade.

¹¹ BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*. Publicação Institucional, 2016, p. 25-27.

O Conselheiro-Relator Gilvandro Araújo levou ao Tribunal seu voto a favor da homologação da proposta de TCC. Em suas razões, além de entender como oportuna e conveniente a proposta do termo, explicou como se deu o cálculo para atingir o valor da contribuição pecuniária obrigatória: levou-se em consideração a média dos faturamentos da Representada durante o período das práticas anticompetitivas e também o valor médio dos anos em que houve faturamento com o *produto* objeto da conduta anticompetitiva no mercado brasileiro, dado que se tratava de cartel internacional. O Conselheiro-Relator justificou que fazia sentido utilizar o valor médio dos faturamentos – e não o faturamento bruto verificado no último exercício anterior à instalação do processo administrativo, como prevê o art. 37, I, da Lei 12.529/2011 – por ter se constatado uma redução de cinco vezes no faturamento anual da Compromissária durante o período da prática anticoncorrencial, incluindo-se nesse período o ano imediatamente anterior à instalação do processo. Ainda, utilizou a dimensão *produto* e não ramo de atividade, a fim de se estabelecer um corte no faturamento da Representada verificado somente no território nacional¹².

A metodologia para estipulação da base de cálculo utilizada pelo Conselheiro-Relator não passou incólume pela apreciação do Tribunal. Os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt expressaram, em seus respectivos votos-vogais, descontentamento com o método utilizado por Araújo para calcular o valor da contribuição pecuniária.

Em suas razões, a Conselheira Cristiane Alkmin foi enfática ao reconhecer que o TCC hoje se mostra como um dos principais instrumentos que o CADE dispõe para combater os casos de cartéis *hard core*. Entretanto, a Conselheira é da opinião de que este instrumento de composição entre Autoridade da Concorrência e particular pode ser melhor estruturado, principalmente no que toca à forma de cálculo da contribuição pecuniária obrigatória ao FDD¹³.

A principal mudança que a Conselheira propõe na metodologia de cálculo da contribuição pecuniária diz respeito à direta correlação entre o valor da contribuição e o dano perpetrado pela conduta do agente. Para Alkmin, “a sanção pecuniária, para ser redistributiva e dissuasória, precisa ser maior do que o dano causado pela conduta anticompetitiva.” Frente a isso, entende a

¹² Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Voto do Conselheiro Gilvandro Araújo, §§ 56, 57.

¹³ Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Voto-Vogal da Conselheira Cristiane Alkmin, §5. Sobre o cálculo da contribuição pecuniária, aduz a Conselheira, em seu voto, no §7, que “este tema é a *bola da vez* e precisa ser endereçado com cautela e rigor.”

Conselheira que o cálculo do dano é imprescindível nos casos de TCC, a fim de se aperfeiçoar o que é feito hoje¹⁴.

O incômodo da Conselheira reside no fato de que não há *lógica econômica* no cálculo da contribuição pecuniária – somente a aplicação arbitrária de um número. Para ela, “[as sanções] são impostas como um percentual exógeno sobre o faturamento do grupo de um determinado ano sobre de um ramo de atividade”. Assim, o valor da contribuição pode ser tanto maior quanto menor do que o dano causado à sociedade.

Ao final de seu voto, a Conselheira reitera que o cálculo de dano deve ser utilizado em qualquer conduta anticompetitiva, não somente nos casos de cartel. Entretanto, em que pese todo esse arrazoado contrário à forma de cálculo da contribuição pecuniária no caso em discussão, votou Cristiane Alkmin pela homologação do TCC.

O Conselheiro João Paulo de Resende, por outro lado, votou no sentido da não homologação da proposta de TCC. Cumpre ressaltar que na sessão imeditamente anterior, a 88ª SOJ, realizada em 22 de julho de 2016, o Conselheiro já havia advertido, em seu voto-vogal no âmbito do Requerimento nº 08700.002492/2015-87, no qual constava como Requerente a Mahle Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda., que passaria a não mais homologar propostas de termos de cessação de conduta que não apliquem sanções mais duras em casos de maior dano e nos quais o cálculo da contribuição não guarde relação com a vantagem extraída pela empresa Representada¹⁵.

No Caso do Cartel de Capacitores, o Conselheiro Resende se insurgiu quanto à estimativa da contribuição pecuniária a ser paga pela empresa Representada. Resende aponta que foi utilizada como base de cálculo a dimensão *produto* da conduta, em detrimento da dimensão *ramo de atividade*, como prevê o art. 37 da Lei nº 12.529/2011.

João Paulo de Resende entende que há situações em que se justifica a proporcionalização do valor da contribuição em decorrência de ter ocorrido em mercado inferior ao ramo de atividade aplicável segundo a Resolução 3/2012 do CADE. Entretanto, “tal proporcionalidade deve ser feita por meio da

¹⁴ No decorrer de seu voto-vogal, a Conselheira deixa clara sua insatisfação com o fato de que o cálculo das contribuições pecuniárias não guardam relação com o dano causado à sociedade pela conduta antitruste (§11, 14). Economista de formação, Alkmin indica que o uso do instrumental econômico e estatístico é indispensável na aplicação de leis e sanções, devendo os aplicadores da lei – entre eles, o CADE – possuírem maior ciência sobre as consequências das aplicações das normas (§15).

¹⁵ Requerimento nº 08700.002492/2015-87. Voto-Vogal do Conselheiro João Paulo de Resende, §7.

variação da alíquota, e não da base de cálculo, respeitando-se, assim, o comando da Lei e da Resolução.” O espaço de discricionariedade do administrador está no valor da alíquota a ser aplicada – 0,1% a 20% –, não na definição da base de cálculo: segundo o comando do art. 85, §2º, c/c art. 37, I, da Lei de Defesa da Concorrência, a base de cálculo da contribuição pecuniária do TCC é o faturamento bruto da empresa, ou grupo econômico, auferido no ano anterior à instalação do processo administrativo e no ramo de atividade correspondente.

Na visão do Conselheiro, a escolha feita pela lei – faturamento no ramo de atividade e não pelo produto – é para justamente dotar a autoridade antitruste de maior discricionariedade no momento da dosimetria da pena, isto é, na ocasião em que se fixa a alíquota para a contribuição pecuniária, assim como ocorreu no Caso das Cargas Aéreas¹⁶. A alíquota, por sua vez, deve ser fixada a partir da observância das particularidades de cada caso concreto, suas atenuantes e agravantes (art. 45 da Lei nº 12.529/2011).

Portanto, o Conselheiro João Paulo de Resende não deixa dúvidas quanto à sua posição de que a análise acerca da proporcionalidade da contribuição deve ocorrer no momento de fixação da alíquota, espaço de discricionariedade do administrador. A alíquota deve ser pensada não somente na dimensão produto, mas também na função tempo – pelo prazo de duração do cartel¹⁷. Assim, por entender que a base de cálculo deve ser o faturamento no ramo de atividade, ainda que com uma alíquota menor, o Conselheiro votou pela não-homologação da proposta da TCC.

4. Os impactos da indefinição de base de cálculo no direito da concorrência

As divergências apresentadas durante a apreciação do requerimento de TCC no cartel de capacitores orbitaram em volta de duas questões principais

¹⁶ PA 08012.011027/2006-02. Como relembra o Conselheiro João Paulo de Resende, houve aplicação de alíquotas diferentes para as Representadas, de acordo com seu faturamento em dado ramo de atividade – transporte de passageiros ou de cargas.

¹⁷Sobre o cartel dos capacitores, discorre o Conselheiro Resende: “Recordo, segundo as notas técnicas instrutórias, que a presente conduta teve duração entre três e oito anos, a depender do produto. A OCDE, por meio do Relatório “*Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs*”, de 2002, estima que o sobrepreço praticado por empresas em cartel varia de 10% e 20%, com média de 15,75%. Nesse cenário, o acréscimo, a uma alíquota-base de 15%, de 0,1 pontos percentuais por ano de conduta, quando aplicados sobre uma base distinta do ramo de atividade, não me parece aderir ao princípio da proporcionalidade.”

atinentes à base de cálculo de TCCs: primeiro, a necessidade do valor da contribuição pecuniária guardar ligação com o dano sofrido pela sociedade a partir da conduta anticoncorrencial e, em segundo lugar, qual seria o espaço de discricionariedade do administrador no momento de definição do valor da contribuição pecuniária.

Para se responder a primeira questão, deve-se fazer uma regressão para se investigar qual seria a natureza da contribuição pecuniária prevista no termo de cessação de conduta. Não há dúvidas de que se trata de uma sanção administrativa¹⁸ imposta pela Autoridade Antitruste, em *substituição* a eventual multa que poderia ser aplicada quando do julgamento do processo administrativo. Entretanto, faz-se necessário investigar qual a função de tal sanção: retributiva ou ressarcitória.

Diz-se que a sanção retributiva possui fim em si mesma, esgotando-se na aplicação de uma medida afliativa ao infrator. Não há qualquer pretensão de ressarcimento pelo dano causado ou objetivo de restabelecimento do *status quo ante*. A vítima da conduta delituosa não recebe qualquer forma de benefício, pois a sanção retributiva tem como finalidade somente a punição do agente que cometeu o ilícito. Todavia, isso não significa dizer que a sanção retributiva não possui também como finalidade a função preventiva, no sentido de prevenir a ocorrência de novos ilícitos. No âmbito do Direito da Concorrência, funciona como sinalizador ao mercado, ao desestimular novas práticas anticoncorrenciais¹⁹.

¹⁸ Em estudo sobre o tema, Rafael Munhoz de Mello aponta que a Administração e seus órgãos têm o *poder-dever* de atuar na defesa dos interesses públicos primários, pois “se a lei outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. [...] Ocorrendo o ilícito previsto em lei, deve a Administração Pública impor a sanção, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador. Portanto, a competência para impor a sanção é vinculada.” (*Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 71).

¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 76. Nas páginas seguintes, o autor defende que a sanção administrativa para possuir caráter retributivo deve observar alguns princípios, entre os quais que a sanção somente pode ser imposta a quem agiu de modo voluntário e culposo. Todavia, entendo que tal pensamento não possa ser aplicado no âmbito do direito da concorrência brasileiro. Prevê o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 que os atos que objetivem produzir efeitos deletérios à concorrência constituem infração de ordem econômica, *independentemente de culpa*. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande apontam que as infrações da ordem econômica são de responsabilidade

A sanção ressarcitória, por sua vez, tem como objetivo não somente punir o infrator, mas também reparar o dano por ele causado, indenizando o prejuízo sofrido pela vítima. Pode-se dizer que a sanção ressarcitória coloca seus olhos sobre a vítima e não sobre o infrator. Não há incidência do regime jurídico punitivo, pois a finalidade da sanção é outra: a medida imposta pela Administração Pública deve ser capaz de alterar a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima. Todavia, em que pese existirem diferenças importantes, tanto as sanções com caráter retributivo quanto aquelas ressarcitórias são consequências negativas da inobservância de um dever jurídico²⁰.

Para os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin, é principalmente nesta segunda categoria que a contribuição pecuniária deve ser enquadrada. Como apontado alhures, defendem os Conselheiros que a dimensão dano da conduta deve ser levada em consideração no momento de fixação do valor a ser recolhido para o FDD²¹. A contribuição deve ser maior que o dano sofrido, para cumprir também sua função dissuasória. Desta forma, nas palavras de Alkmin, “o cálculo do dano não é um luxo, mas uma total necessidade, em nome do aprimoramento do que é feito atualmente”.

A matéria atinente ao cálculo do dano perpetrado pela ação colusiva de agentes econômicos é uma das áreas em que fica mais clara a necessária interação entre direito e economia no combate a condutas anticoncorrenciais. A teoria econômica de Peter Davis e Eliana Garcés aponta que a correta quantificação dos danos causados pelo cartel tem como ponto de partida estimar o preço que seria praticado caso não houvesse a colusão – para tanto, lança-se

objetiva e “a caracterização deve levar em conta os elementos concretos das condutas, e não eventuais intenções dos agentes envolvidos.” (*Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, 2016, p. 99).

²⁰MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 78.

²¹Como apontado, a sanção ressarcitória busca reparar o dano causado à vítima pela conduta ilícita. Esta definição nos leva a questionar quem seria a vítima dos ilícitos concorrenciais. Nesta matéria, me filio ao pensamento do Prof. Calixto Salomão Filho, para quem o interesse tutelado pelo Direito da Concorrência é não somente o dos consumidores ou dos concorrentes, mas sim a preservação do sistema concorrencial como um todo, como instituição própria. A proteção dos interesses de consumidores e concorrentes é apenas instrumental para que se preserve a própria existência da concorrência (*Direito Concorrencial*, p. 79-80). Assim, correta a arrecadação dos valores ao FDD, visto que tal fundo tem, dentre suas finalidades, a reparação de danos causados à ordem econômica.

mão de variados modelos econômicos, onde as condições de mercado verificadas possuem grande importância²².

Todavia, no atual estágio do direito da concorrência no Brasil, entende-se que não cabe ao CADE fixar as contribuições pecuniárias a partir do dano perpetrado pela conduta anticoncorrencial. Inicialmente, pode-se apontar que tal critério não está presente na Lei nº 12.529/2011: o diploma legislativo somente prevê que o valor não poderá ser “inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.” Também, o custo para aferição do dano causado pode se mostrar muito elevado, convertendo-se em verdadeiro efeito adverso à política de celebração de termos de cessação de conduta, pois compromete sua eficiência no momento da negociação. Aliado a isso, tem-se também que a imposição de contribuições pecuniárias a partir do cálculo do dano acabaria resultando em valores maiores do que os praticados atualmente. Nesse âmbito, é didática a passagem no voto do Conselheiro Gilvandro Araújo: “de nada adianta aplicar uma pena no teto da legalidade para sugerir rigor na avaliação, mas cujo resultado possa traduzir ou um valor inalcançável ou a decretação do fim da empresa.” No mesmo sentido, Pereira Neto e Casagrande apontam que se deve buscar, mesmo nos casos mais graves, punição que não tenha como consequência necessária a ruína de uma pessoa física e seus familiares²³.

Assim, em que pese entender o objetivo pedagógico da contribuição, a autoridade antitruste acabaria por atingir o efeito reverso, isto é, *desestimulando* a celebração dos TCCs, pois os agentes econômicos não mais teriam vantagens que os incentivassem a celebrar os termos. Em verdade, o aumento das contribuições desincentiva o uso de TCCs, por não representar um *trade-off* vantajoso para os agentes.

A segunda questão atinente à base de cálculo dos TCCs diz respeito à vinculação do administrador aos critérios colocados pela lei, principalmente os atinentes à “faturamento bruto no último exercício anterior à instauração do processo administrativo” e “ramo de atividade”.

²² DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, p. 347-381. Sobre a quantificação dos danos e a relação com as condições de mercado, apontam que os autores: “when market conditions do not vary greatly, this can be done by looking at historical time series and taking the price of the competitive periods as the benchmark competitive price during the cartel period. If market conditions do not vary over time, one may nonetheless be able to use a regression framework to predict the ‘but for’ prices during the cartel period.” (p. 380).

²³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, 2016, p. 3.

O Conselheiro Resende expressou seu descontentamento com o fato que os parâmetros estabelecidos pela lei não foram observados no Caso do Cartel de Capacitores. Cumpre ressaltar que tal caso não é único na doutrina, pois se observa na jurisprudência do CADE diversos TCCs onde o critério de ramo de atividade foi completamente ignorado. Em pesquisa conduzida por Mariam Daychoum²⁴, constatou-se que, entre 2013 e 2014, dos 27 TCCs celebrados, somente 19 levaram em consideração o ramo de atividade no momento de imposição da contribuição pecuniária. Houve, assim, ao menos 8 termos de compromisso de cessação que utilizaram outro parâmetro para a base de cálculo da contribuição, em detrimento do comando legal de uso do faturamento bruto verificado no ramo de atividade no exercício anterior à instauração do processo administrativo²⁵.

Ainda, se insurgiu também o Conselheiro quanto ao espaço de discricionariedade conferido pelo legislador ao Administrador. Resende entende que a discricionariedade da Autoridade Antitruste deve se manifestar no momento de definição da alíquota aplicável à base de cálculo, mas nunca no momento de definição desta última, por já ser ela definida legalmente.

Apesar de discordar do Conselheiro João Paulo de Resende no que toca à necessidade de se estabelecer a multa de acordo com o dano perpetrado pela colusão, corroboro sua opinião no que diz respeito à base de cálculo dos valores das contribuições pecuniárias.

A leitura do art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência é muito clara quanto à base de cálculo: “*valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação*”. Não se verifica no texto legal, em nenhum momento, qualquer tipo de opção alternativa para o Administrador: há a previsão de uma, e *somente uma*, base de cálculo possível para as multas e contribuições pecuniárias. É uma decisão *vinculada* da Autoridade, não há espaço para qualquer tipo de discricionariedade.

Entretanto, a primeira parte do comando legal previsto no art. 37 estabelece um intervalo discricionário ao Administrador, ao prever que a

²⁴ DAYCHOUM, Mariam T. *A jurisprudência do CADE sobre a Base de Cálculo das Multas Administrativas Aplicadas por Infração à Ordem Econômica: o Critério do Ramo de Atividade*, p. 170.

²⁵ A saber: Requerimentos de TCC nº 08700.005949/2012-62; 08012-010028/2009-74; 08012.002568/2005-51; 08700.001718/2011-07; 08012.008850/2008-94; 08700.011043/2012-87; 08700.002028/2013-29; 08700.006544/2012-41.

alíquota da multa será de 0,1% a 20%. É no momento de definição da alíquota que a Autoridade Antitruste deve se valer de seu poder discricionário: para definição da alíquota a ser aplicada, deve ponderar sobre aspectos como o lapso temporal de duração da conduta e a verificação ou não das agravantes e atenuantes previstas no art. 45 da Lei nº 12.529/2011.

Não se pretende aqui criticar a necessidade de proporcionalidade e razoabilidade no momento de fixação do valor a ser recolhido ao FDD a título de contribuição pecuniária. O que se objetiva aqui é apontar a necessidade de uma observância do comando legal: comando este que, como apontado, foi objeto de intensa discussão no Congresso durante a tramitação do Projeto de Lei. A parametrização pela proporcionalidade deve se dar no momento de definição da alíquota, nunca no estabelecimento da base de cálculo, pois esta já está definida peremptoriamente pelo art. 37 da Lei de Defesa da Concorrência.

Nesse sentido, no que diz respeito à definição da base de cálculo e do intervalo discricionário do Administrador, concorda-se com a opinião do Conselheiro João Paulo de Resende exarada em seu voto-vogal: a contribuição pecuniária dos TCCs deve ter como base de cálculo o faturamento no ramo de atividade, sendo a proporcionalidade aplicada no momento de dosimetria da alíquota.

Tem-se, portanto, que a não observância do comando legal por parte da Autoridade Antitruste no momento de fixação da base de cálculo da contribuição pecuniária representa perigosa afronta à segurança jurídica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Uma vez que os agentes econômicos pautam suas ações a partir dos mais diversos incentivos, a falta de respeito ao comando legal transmite uma má sinalização ao mercado. A insegurança jurídica acaba por representar incentivo para a manutenção do ilícito e desincentivo para a celebração de futuros TCCs: caso o agente infrator seja pego, para ele é mais benéfico esperar o julgamento final do que celebrar um TCC que não segue diretrizes legais. Junte-se a isso o fato de que a insegurança jurídica também representa um grande problema para os escritórios de advocacia especializados em direito da concorrência: como não há um padrão seguido pelo CADE para o estabelecimento de base de cálculo das contribuições, o escritório não é capaz de fornecer informações e orientações adequadas a seu cliente, operando verdadeiro “jogo da adivinhação” de como cada caso será apreciado pela Autoridade.

5. Considerações finais

A discussão sobre a base de cálculo das contribuições pecuniárias previstas nos termos de compromisso de cessação celebrados pelo CADE se

inclui em um escopo maior que diz respeito à eficiência administrativa e instrumentalidade de seus institutos.

A possibilidade de celebração de acordos entre Administração Pública e agentes investigados representa ganho para os dois lados. Combate-se a falta de celeridade, bem como se economizam recursos escassos que acabariam sendo usados para investigação da conduta. Os instrumentos consensuais são legítimos instrumentos da atuação da Administração Pública e combatem os impasses burocráticos atinentes a tramitação de processos administrativos. Enxerga-se o TCC como verdadeiro instrumento para a promoção da funcionalidade do direito administrativo, apto a alcançar os objetivos do Sistema Brasileiro de Defesa Concorrência.

Entretanto, para que os agentes de mercado vejam o TCC como alternativa plausível para dar fim a seus processos, deve a autoridade da concorrência transmitir sinais claros e indubitáveis ao mercado. O primeiro deles deve ser o respeito à legalidade, não se afastando do que está prescrito em lei. A sensação de segurança jurídica é essencial para que novos TCCs possam ser celebrados.

Para tanto, é necessário que o CADE defina seu posicionamento quanto à base de cálculo aqui discutida. Entende-se que o órgão deve seguir as diretrizes presentes na lei, tendo atuação discricionária somente onde a lei o permite – no caso, a definição da alíquota aplicável. Caso a experiência do Conselho passe a demonstrar que a base de cálculo presente na lei não é a mais adequada, deve-se promover alteração legislativa para a imposição de nova base de cálculo de multas e contribuições. Não se entende ser possível a alteração dos critérios tão somente pelo *case law* do CADE: isso traria sérias consequências acerca da segurança jurídica nas decisões do Conselho e serviria como desincentivo para os agentes econômicos.

Entende-se, portanto, que, no momento atual, não deve a base de cálculo guardar qualquer relação com o dano perpetrado pela conduta, por este não ser um requisito previsto na lei. Hoje, a base de cálculo é o faturamento bruto verificado no ramo de atividade no ano anterior à instalação do procedimento administrativo. Não há espaço para escolha do legislador – sua única possibilidade de discricionariedade diz respeito à alíquota, que ainda assim deve respeitar balizas postas pela lei.

O tema das contribuições pecuniárias ainda possui muito espaço para evolução e uma vasta agenda de pesquisa pela frente. Como perguntas iniciais, pode-se apontar: como o valor acordado nos TCCs afeta eventual compensação para os consumidores afetados – há a possibilidade de *private enforcement*?²⁶

²⁶ Sobre o assunto, cf. GOMES, Adriano Camargo. Public compensation in Brazilian

Cumpra o TCC o papel de sanção efetiva a cartéis procurado pelo CADE? Há jurisdições que claramente separam punições administrativas, cíveis e penais – algo que não há no país. No que isto pode afetar a proteção da concorrência no Brasil? Ainda, há amplo debate sobre a participação do Tribunal de Contas da União em negociação de acordos de leniência. Poderia o TCU também participar das tratativas de TCC?

O debate sobre o valor das contribuições pecuniárias deve se dar de forma democrática, com a participação dos diversos *players* afetados e os diferentes interesses envolvidos. O Direito deve acompanhar as mudanças sociais: caso se verifique um melhor método para a base de cálculo, nada impede que este passe a ser aplicado – desde que operada alteração legislativa prévia. A segurança jurídica de consumidores, concorrentes e do próprio sistema concorrencial não podem ser afetadas.

Bibliografia

ATHIAS, Daniel Tobias. *Precificando acordos com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-08/daniel-tobias-athias-precificando-acordos-cade?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Requerente: Rubycon Corporation. Voto Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Requerente: Rubycon Corporation. Voto-Vogal Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.001449/2015-02. Requerente: Rubycon Corporation. Voto-Vogal Conselheiro João Paulo de Resende.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Requerimento nº 08700.002492/2015-87. Requerente: Mahle Behr Gerenciamento Térmico Brasil Ltda. Voto-Vogal Conselheiro João Paulo de Resende.

Competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. In.: *Revista do IBRAC*, n. 26, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de caratel*. Publicação Institucional, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Relatório de Gestão do Exercício de 2015*. Publicação Institucional, 2016.

CORDOVIL, Leonor *et al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DAVIS, Peter; GARCÉS, Eliana. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

DAYCHOUM, Mariam T. A jurisprudência do CADE sobre a Base de Cálculo das Multas Administrativas Aplicadas por Infração à Ordem Econômica: o Critério do Ramo de Atividade. In.: *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, n. 1, maio/2015, p. 161-180.

GOMES, Adriano Camargo. Public compensation in Brazilian Competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement. In.: *Revista do IBRAC*, n. 26, 2014.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Administrativos de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

ANÁLISE ANTITRUSTE PARA ALÉM DO MARKET SHARE: A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO PROTAGONISTA DA EXPERIMENTAÇÃO REGULATÓRIA NO MERCADO DE MÍDIA BRASILEIRO

Giovana Felix Teodoro

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar que, embora o direito concorrencial não seja a única ferramenta necessária para promover a democratização dos meios de comunicação social, é possível que a defesa da concorrência pondere a função democrática do mercado de mídia na condução da análise antitruste. O texto identifica as dificuldades de produzir evidências empíricas sobre a relação entre concentração econômica e pluralismo na mídia, a viabilidade de inserir esse tema no debate sobre os objetivos do antitruste e os possíveis caminhos para o Cade redesenhar sua atuação no setor.

Palavras-chave: mercado de mídia; defesa da concorrência; democracia; diversidade; objetivos do antitruste; estudos empíricos; formulação de políticas públicas.

Key words: media market; competition law; democracy; diversity; antitrust goals; empirical studies; policymaking.

Introdução

Em artigo publicado em dezembro de 2002,¹ o Professor norte-americano C. Edwin Baker apresentou diagnóstico preocupante sobre os rumos da política antitruste dos EUA no contexto do mercado de mídia do país. Ao longo de sua análise sobre as transformações até então observadas no tratamento regulatório e concorrencial da questão da concentração da propriedade sobre os meios de comunicação social, Baker afirma que o ordenamento jurídico norte-americano está desistindo de zelar pela democracia quando se trata de aplicar políticas concorrenciais (e regulatórias, em geral) quando se trata do mercado de mídia. Segundo o autor, observa-se um distanciamento da noção de que o objetivo da administração pública seria o de

¹ BAKER, C. Edwin. Media Concentration: Giving Up on Democracy. *Florida Law Review*, vol. 54, n.5, 2002, pp. 839-919.

promover uma ordem democrática das comunicações. A nova postura consiste em reivindicar que o único objetivo da regulação deveria ser assegurar a produção eficiente de produtos midiáticos enquanto commodities dentro de mercados competitivos.²

No Brasil, embora o cenário do mercado de mídia seja drasticamente distinto daquele observado nos Estados Unidos, essa preocupação com uma possível “desistência” de se buscar a concretização de valores democráticos no âmbito da regulação econômica do mercado midiático também é pertinente. Por um lado, é possível afirmar que pressupostos democráticos fundamentam o veto ao monopólio ou oligopólio sobre os meios de comunicação social previsto no parágrafo quinto do artigo 220 da Constituição Federal.³ Por outro lado, a elevada e histórica concentração econômica no mercado de mídia brasileiro,⁴ sem qualquer intervenção regulatória significativa,⁵ revela que a busca pela “ordem democrática” nos meios de comunicação social tem se esvaído do nosso ordenamento jurídico.

Essa aparente inércia do direito concorrencial e das políticas regulatórias como um todo em face da necessidade de construir um mercado midiático que promova e fortaleça valores democráticos contrasta, contudo, com uma espécie de senso comum sobre a relação entre concentração da

² BAKER, *supra* nota 1, p. 842. Tradução livre do trecho em inglês: “there has been a fundamental shift away from the notion that the government aim should be to promote a democratic communications order. The new attitude is that the only goal of regulation should be to assure efficient production of commodified media products within competitive markets”.

³ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

⁴ Ver, nesse sentido, o trabalho de André de Godoy Fernandes em FERNANDES, André de Godoy. Tese de doutorado: Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação. Orientador: Calixto Salomão Filho. São Paulo, 2009, pp. 90-95.

⁵ Destacando que a única iniciativa nesse sentido na legislação brasileira é encontrada na Lei do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), referente à regulação do mercado de TV por assinatura, Veridiana Alimonti aponta a ausência de limites expressos à concentração de propriedade no mercado de mídia brasileiro: “Importa registrar que essa legislação recente é a única e primeira a prever limites à propriedade cruzada na comunicação social brasileira”. Em ALIMONTI, Veridiana. Tese de Mestrado: “Entre mercadoria e democracia nas políticas públicas para televisão no Brasil: lições e fundamentos para uma regulação democrática e convergente”. Orientador: Gilberto Bercovici, 2014, p. 144.

propriedade dos meios de comunicação de massa e democracia. Embora a organização atual do mercado midiático brasileiro não seja alvo de intervenções contundentes do direito antitruste, é provável que, diante de operações concentracionistas mais drásticas, a postura dos órgãos regulatórios seria outra.

Ilustrativamente, se o Grupo Globo, o Grupo Folha e o Grupo Estado, detentores dos jornais de maior circulação no Brasil,⁶ anunciassem que pretendem unificar seus jornais sob o controle de uma só empresa, qual seria o impacto dessa operação? Suponhamos ainda que os três grupos declarassem que não haveria qualquer aumento de preço em decorrência da fusão – o preço dos jornais, o preço cobrado pelas assinaturas e até o preço do espaço publicitário comercializado seria mantido. Mesmo com o compromisso dessa manutenção de preços, a fusão proposta seria um problema?

Esse cenário hipotético de fusão entre grandes companhias do mercado de mídia foi utilizado pelos professores Thomas J. Horton e Robert H. Lande para questionar, essencialmente, se o advento das novas mídias na Internet, enquanto fonte ilimitada de informação, poderia afastar a aplicação do direito antitruste ao mercado midiático.⁷ Embora a análise do papel das novas mídias não seja objeto do presente trabalho, a hipótese suscitada pelos professores norte-americanos,⁸ tal como a tese de Baker sobre “desistir da democracia”, dialoga diretamente com o problema da concentração econômica nos meios de comunicação social no Brasil.

A ideia de reunir os principais meios de comunicação social de um país sob a propriedade de um único ente (privado ou estatal) tende a ser rechaçada pela sociedade. Mais ainda, haveria consenso praticamente universal quanto à relação direta entre democracia e diversidade nas fontes e na propriedade dos meios de comunicação.⁹

⁶ De acordo com os dados mais recentes disponibilizados pela Associação Nacional de Jornais, disponíveis em: <http://www.anj.org.br/maiores-jornais-do-brasil/>.

⁷ HORTON, Thomas Jeffrey e LANDE, Robert H. “Should the Internet Exempt the Media Sector from the Antitrust Laws?”, *Florida Law Review*, v. 65, 2013, pp. 1521-1527.

⁸ *Idem*, p. 1521. No exemplo utilizado pelos autores, sugere-se um cenário hipotético em que as 20 maiores empresas de mídia dos Estados Unidos anunciassem a fusão de suas operações.

⁹ Cf. Robert Horwitz: “The perception of a direct relationship between democracy and a vibrant communications system of diverse sources and owners is near universal (or, at least, is given universal lip service), as is, for the most part, the converse fear that a communications system that rests in just a few hands will corrupt the freedom of speech, impair the practice of democracy and impress an ideological pall on society”.

Esse “senso comum” não encontra, contudo, dados empíricos robustos que atestem a relação entre concentração econômica no mercado de mídia e diversidade de conteúdo. Uma das evidências dessa carência de dados empíricos é a dificuldade de justificar, a partir da observação da realidade do mercado de mídia, medidas regulatórias que restrinjam rigorosamente a concentração da propriedade sobre os meios de comunicação social.¹⁰

A aplicação do direito antitruste ao mercado midiático enfrenta dificuldades para definir seus fins com objetividade e previsibilidade¹¹ – afinal, a política de defesa de concorrência para o mercado de mídia pode ter como finalidade promover a democracia?

A partir dessas ponderações, identifica-se a dificuldade em dimensionar o problema da concentração no mercado de mídia e suas reais consequências para os consumidores. A análise quanto à concentração econômica no mercado midiático brasileiro implica dois desafios: verificar se os meios de comunicação social estão cumprindo seu papel de oferecer diversidade e qualidade de conteúdo aos cidadãos, que têm na mídia um dos principais instrumentos para exercício democrático de seus direitos; e avaliar em que medida eventuais falhas nesse processo são resultantes de falhas na regulação econômica desse setor que, não obstante sua relevância democrática, opera em lógica de mercado.

Para discutir essas questões e identificar como a política de defesa da concorrência no mercado de mídia brasileiro deve ser repensada, este artigo

Ver HORWITZ, Robert B. “On media concentration and the diversity question.” *The information society*, vol. 21, n. 3, 2005, p. 181.

¹⁰ Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho em que a Federal Communications Commission, ao analisar estudos empíricos sobre a relação entre concentração de propriedade e diversidade de conteúdo, verificou que não havia evidências suficientes para atestar que a propriedade cruzada de alguns veículos midiáticos leva, necessariamente, a uma redução qualitativa e quantitativa na produção de notícias. Em: Federal Communications Commission (FCC), *2002 Biennial Regulatory Review – Review of the Commission’s Broadcast Ownership Rules and Other Rules Adopted Pursuant to Section 202 of the Telecommunications Act of 1996*, Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, publicado em 2 de julho de 2003 (“FCC 2002 Biennial Review”), §385.

¹¹ Assim afirma o professor Robert Lande: “Antitrust cannot consider adopting a goal unless it can be implemented in a relatively objective, predictable manner”. Em LANDE, Robert H. “A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice”. *Fordham Law Review*, vol. 81, issue 5, 2012, p. 2397.

está dividido em três partes. Na Parte I, será abordada a chamada “hipótese da convergência”, segundo a qual quanto mais concentrada a propriedade no mercado de mídia, menor a diversidade de vozes que os meios de comunicação oferecem. O objetivo é esclarecer as dificuldades de testar essa hipótese e utilizá-la como fundamento para políticas antitruste e outras medidas regulatórias no mercado de mídia, considerando a difícil tarefa de mensurar diversidade de conteúdo e de relacionar esse fator com a concentração econômica.

A Parte II, por sua vez, aponta para a viabilidade de se incluir a diversidade de conteúdo entre os objetivos da defesa da concorrência no mercado de mídia, reforçando seu caráter de política pública. Busca-se contextualizar a relevância de inserir no direito concorrencial a preocupação com a função democrática das comunicações: apesar das dificuldades de se atribuir esse tipo de finalidade ao antitruste, os ganhos para a sociedade são significativos.

Na Parte III, por fim, para situar o debate no cenário brasileiro atual, discute-se a operação envolvendo a aquisição, pelo Grupo Globo, dos 50% de participação que o Grupo Folha detinha na empresa Valor Econômico S.A., responsável pela edição do jornal Valor Econômico. Considerando que, se aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a operação resultará no controle integral do Grupo Globo – já dominante no setor midiático brasileiro – sobre o maior jornal de economia e negócios do país, a autoridade antitruste brasileira tem a sua frente uma importante oportunidade para repensar o papel da defesa de concorrência no mercado de mídia nacional.

1. Os desafios para demonstrar empiricamente os efeitos da concentração econômica no mercado midiático

Hipóteses anedóticas¹² como aquela citada na Introdução, envolvendo a suposta concentração entre os principais grupos midiáticos do Brasil,

¹² A utilização do termo “anedótica” refere-se ao artigo dos professores norte-americanos Daniel E. Ho e Kevin M. Quinn, no qual defendem a produção de evidências empíricas no campo da pesquisa jurídica e apontam para o que denominaram de “perigos do anedotalismo” quando se discute a diversidade de pontos de vista no contexto de políticas regulatórias para o mercado midiático. Segundo os autores, em resposta às críticas formuladas por Edwin C. Baker à produção de estudos empíricos nesse campo do direito: “Anecdotalism is unlikely to take us far. Systematic measurement is crucial”. Ver HO, Daniel E. e QUINN, Kevin M. “The Role of Theory and Evidence in Media Regulation and Law: A Response to Baker and a Defense of

colaboram para um apelo quase populista da hipótese da convergência. A maioria dos indivíduos seria contra a possibilidade de restringir o número de veículos de notícia a seu alcance. Isso porque, a partir de um raciocínio razoavelmente lógico, parece mais difícil que uma única empresa possa expressar a mesma diversidade de pontos de vista que é encontrada quando se tem uma pluralidade de meios independentes.¹³

Em contrapartida, há críticas fundamentadas à ideia de que a diversidade de agentes econômicos concorrendo no mercado de mídia conduziria à diversidade de conteúdo: não seria possível inferir (também a partir de um “raciocínio razoavelmente lógico”) que, ao competirem por uma mesma massa de audiência, esses agentes passem a oferecer o mesmo tipo de conteúdo?¹⁴ Entre as duas ponderações, encontram-se os esforços para identificar, na observação empírica da realidade, evidências que atestem (ou contestem) a veracidade da hipótese da convergência.

Nos EUA, onde a preocupação da *Federal Communications Commission* (FCC) com a concentração de propriedade no mercado midiático pode ser verificada desde os anos 40,¹⁵ já ficou claro que a tarefa de produzir esses dados empíricos não é trivial.

Empirical Legal Studies”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 61, 2008-2009, pp. 690-698.

¹³ Como exemplo do que seria esse raciocínio razoavelmente lógico e convincente, Robert Lande compara, de maneira ilustrativa, o mercado de mídia ao mercado de produção de biscoitos. Para Lande, enquanto seria possível esperar que uma única empresa de fabricação de biscoitos seria capaz de produzir 20 ou 200 tipos diferentes de seu produto, o mesmo não ocorre no setor de mídia – tendo em vista aspectos como políticas de editorial ou viés jornalístico, ainda que a empresa de mídia tenha “boas intenções”, dificilmente será capaz de oferecer todas as perspectivas possíveis em seus veículos de notícias. Em poucas palavras, Lande aponta: “While companies easily can make all different types of cookies, it is much more difficult to hold all sorts of different worldviews”. Ver LANDE, *supra* nota 11, p. 2396.

¹⁴ Ver CUILEMBURG, Jan Van. “On Competition, Access and Diversity in Media, Old and New: Some Remarks for Communications Policy in the Information Age”. *New Media & Society*, vol. 1, n. 2, Londres: Sage publications, 1999, pp. 193-194. Ao abordar a relação entre diversidade e concorrência em seu artigo, Cuilemburg observa que se aplicarmos a teoria de Harold Hotelling ao mercado midiático, aumentar a competitividade entre os agentes poderia gerar maior homogeneidade na oferta de conteúdo, em razão do comportamento conservador que os concorrentes tendem a adotar em mercados altamente competitivos, culminando no que Hotelling chamou de “excessive sameness” (ou “similaridade excessiva”).

¹⁵ Um estudo encomendado pela FCC indica que as primeiras discussões envolvendo concentração de poder econômico no mercado de mídia e diversidade datam de 1944:

Na década de 70, a FCC entendeu que o controle de uma única empresa sobre veículos de mídia impressa e televisiva seria contrário à proteção do interesse público de acesso à informação. Ao sugerir que a política regulatória adequada seria promover medidas de desinvestimento, a autoridade iniciou um processo de consulta pública que contou com cerca de 200 manifestações de terceiros e aproximadamente 25 estudos sobre o tema.¹⁶ De acordo com os relatórios da FCC à época, entretanto, os estudos submetidos foram considerados amplamente inconclusivos¹⁷ e sugeriram conclusões que seriam “mera especulação”.¹⁸

Na contramão do que poderia ter sido uma tendência à rejeição da utilização de dados empíricos para fundamentar a regulação do setor, a Revisão Bienal¹⁹ das normas regulatórias dos meios de comunicação de massa conduzida em 2002 revelou o empenho da FCC para continuar fomentando estudos empíricos. Além de patrocinar 12 estudos sobre concentração de propriedade na mídia,²⁰ a Comissão ainda se dedicou a elaborar um Índice de

“While diversification of control was never an officially stated objective prior to 1965, the FCC mentioned it in the Federal Register in 1944.”, novembro/2000, p. 5.

¹⁶ Ver *National Citizens Committee For Broadcasting v. FCC*, 555 F. 2d 938, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, julgado em 1º de março de 1977, §945: “In 1970 the Commission broadened the scope of ongoing rulemaking proceedings, Docket 18110, to consider whether newspaper-broadcasting affiliation was in the public interest. (...) Not surprisingly, the proposed rules generated considerable interest. Nearly 200 parties filed comments. In addition, roughly 25 major studies were lodged (...)”.

¹⁷ *Idem*, §957: “(...)roughly twenty-five major studies were submitted. However, as the Commission brief points out, the studies were largely inconclusive”.

¹⁸ *Idem*, §961, nota 86: “No studies dealt with whether the public would be injured by the economic consequences of divestiture. Various comments, however, predict divestiture will produce harmful side-effects such as reductions in local ownership or the demise of marginally profitable newspapers contrary to the intent of the Newspaper Preservation Act. Such suggestions are little more than speculations”.

¹⁹ Conforme previa a Seção 202(h) do Telecommunications Act de 1996. Em 2004, o requisito de periodicidade de dois anos foi revogado pelo Congresso norte-americano, que então estabeleceu que as revisões regulatórias passariam a ocorrer a cada quatro anos.

²⁰ FCC 2002 Biennial Review, *supra* nota 10, nota de rodapé n. 11: “FCC Seeks Comment on Ownership Studies Released by Media Ownership Working Group and Establishes Comment Deadlines for 2002 Biennial Regulatory Review of Commission’s Ownership Rules, 17 FCC Rcd 19140 (2002). See www.fcc.gov/ownership for the public notice, a summary of the studies, and the studies themselves”.

Diversidade com o objetivo manifesto de oferecer base empírica para o modelo regulatório a ser adotado.²¹

O Índice de Diversidade elaborado pela FCC foi amplamente criticado²² e o mesmo tem acontecido com tentativas metodologicamente sólidas de mensurar empiricamente a relação entre diversidade de conteúdo e concentração no mercado de mídia.²³ No Brasil, embora o debate quanto à necessidade de regulação econômica da mídia tenha crescido nos últimos anos,²⁴ pesquisas empíricas sobre o tema ainda são esparsas.²⁵

²¹ Idem, §391: “In order to provide our media ownership framework with an empirical footing, we have developed a method for analyzing and measuring the availability of outlets that contribute to viewpoint diversity in local media markets. (...) The Diversity Index or DI, accounts for certain, but not all media outlets (...) the relative importance of these media as a source of local news, and ownership concentration across these media”.

²² Notadamente, as críticas apresentadas no contexto do caso *Prometheus Radio Project v. FCC*, 373 F. 3d 372, United States Court of Appeals, Third Circuit, julgado em 24 de junho de 2004.

²³ Em dura crítica ao estudo empírico elaborado por Daniel E. Ho e Kevin M. Quinn, Edwin Baker chegou a afirmar que a pesquisa empírica conduzida pelos professores norte-americanos é “completamente irrelevante” (p. 652), mas reconheceu a qualidade metodológica do trabalho: “In any event, Ho and Quinn’s article is far superior methodologically to most empirical studies that I have seen” (p. 666). Ver em BAKER, C. Edwin. “Viewpoint Diversity and Media Ownership”. *Federal Communications Law Journal*, n. 61, 2008-2009.

²⁴ Algumas evidências dessa intensificação do debate: (i) “Falta diversidade e sobra concentração na mídia brasileira”, por Cristiano Aguiar Lopes, Observatório da Imprensa, edição 772, 12 de novembro de 2013; (ii) Declaração da então presidenta Dilma Rousseff sobre a necessidade de regulação econômica do mercado de mídia: “Em entrevista a blogueiros, Dilma defende regulação da mídia”, por Ricardo Della Coletta, Tânia Monteiro e Daiene Cardoso, O Estado de S. Paulo, 26 de setembro de 2014; e (iii) a iniciativa do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC): “A campanha ‘Para Expressar a Liberdade – Uma nova lei para um novo tempo’ é uma iniciativa do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC) e nasceu da mobilização de dezenas de entidades do movimento social brasileiro reunidas em São Paulo, no dia 4 de maio de 2012, durante o Seminário Desafios da Liberdade de Expressão”.

²⁵ O principal exemplo de trabalho acadêmico nesse sentido encontra-se na Tese de Doutorado em Ciência Política do Professor Juliano Mendonça Domingues da Silva (UFPE). Em seu trabalho, o Professor analisa a fundo os mercados de TV aberta no Brasil e na Argentina, investigando empiricamente a diversidade de mídia enquanto “*media market competition*”, ou seja, a diversidade sobre a propriedade dos meios. Ao aplicar índices como o Noam Index, Juliano busca identificar em que medida os

A contraposição entre os desafios na condução de estudos empíricos que atestem a veracidade da hipótese da convergência e, do outro lado, a manutenção da ideia de que mercados midiáticos mais concentrados tendem a apresentar menos diversidade de conteúdo revela uma opção geralmente aceita de tratar a hipótese da convergência como pressuposto. Isso decorre do fato de que, embora haja instrumentos suficientemente objetivos para medir a concentração econômica em determinado mercado relevante,²⁶ não há como elaborar uma medida de “diversidade de conteúdo” com a mesma objetividade.²⁷ Mais complexa ainda é a tarefa de estabelecer, empírica e objetivamente, a relação entre concentração econômica e diversidade de conteúdo.

Não obstante, como destacou a FCC em sua Revisão Regulatória de 2002, mesmo na ausência de evidências empíricas conclusivas, mantém-se sólida a concepção de que quanto mais proprietários, provavelmente maior a variedade de pontos de vista na mídia.²⁸

Assim, seja no âmbito acadêmico ou na elaboração de políticas públicas, a ausência de evidências empíricas pode até ter alçado a hipótese da convergência a um status de premissa que, por vezes, pode ser questionado como uma oposição ideológica a qualquer medida de flexibilização das restrições regulatórias sobre a concentração de propriedade, ainda que

mercados de TV aberta do Brasil e da Argentina são oligopolizados e, assim, não possuem diversidade de vozes (sendo que esta análise está restrita à perspectiva da estrutura de mercado e não há, portanto, análise de conteúdo). Ver em DA SILVA, Juliano Mendonça Domingues. Tese de Doutorado: “Frágil Democracia e Políticas de Comunicação: Processos Regulatórios, Diversidade e Concentração na TV aberta no Brasil e na Argentina”. Orientador: Jorge Zaverucha. Recife, 2015, pp. 190-240.

²⁶ O amplo uso do HHI (Índice Herfindahl-Hirschman) para avaliar o grau de concentração econômica em determinado mercado relevante é exemplo disso.

²⁷ Como descrevem os professores Daniel E. Ho e Kevin M. Quinn em sua pesquisa empírica que analisou a relação entre diversidade de pontos de vista e concentração econômica no mercado de mídia, “The key insight is that because ‘viewpoints’ can be complex and elusive, we cannot capture them deterministically with any single measure. Instead, the resounding consensus in empirical measurement is to treat such a concept as an unobserved variable measured with error”. Ver HO, Daniel E. e QUINN, Kevin M. “Viewpoint Diversity and Media Consolidation: An Empirical Study”. *Stanford Law Review*, v. 61, issue 4, 2009, p. 811.

²⁸ FCC 2002 Biennial Review, *supra* nota 10, §27: “A larger number of independent owners will tend to generate a wider array of viewpoints in the media than would a comparatively smaller number of owners. We believe this proposition, even without the benefit of conclusive empirical evidence, remains sound”.

estritamente necessária ou de pequena proporção.²⁹ Contudo, tampouco há evidências quanto aos benefícios de um mercado de mídia altamente concentrado – autoridades reguladoras e acadêmicos não estão prontos para abdicar completamente de medidas que regulem a propriedade dos meios de comunicação social. Aliás, é justamente por isso que os esforços de construir estudos empíricos nesse sentido ainda persistem.

2. Harmonização entre o papel democrático da mídia e os objetivos da política de defesa da concorrência

Além de buscar dados empíricos para informar a hipótese da convergência, discutir qual o papel a ser desempenhado pela política de defesa da concorrência no mercado de mídia exige, também, enfrentar o desafio de identificar quais devem ser os objetivos da defesa da concorrência.

Esse debate tem como marco inicial a constatação de Bork,³⁰ encampada pela Suprema Corte dos EUA,³¹ no sentido de que o antitruste teria

²⁹ Nesse sentido, o voto divergente do Comissário Ajit Pai no contexto da 2014 Quadriennial Regulatory Review conduzida pela Federal Communications Commission (FCC): “Here too, it appears the Commission’s handling of media ownership is impervious to the law and impervious to the facts. An incubator program would increase minority ownership. But that’s no match for the fervent ideological commitment to opposing at all costs any relaxation of a single media ownership regulation, no matter how slight or necessary that relaxation might be”. (p. 4602 do Federal Communications Commission Records, 2014).

³⁰ Ao se referir às origens da lei antitruste norte-americana, Bork assim afirma: “The Sherman Act was clearly presented and debated as a consumer welfare prescription”. Em BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*. Basic Books, 1978, p. 66. Cabe ressaltar, contudo, que essa colocação de Bork tem um sentido específico, embasado nos fundamentos teóricos da Escola de Chicago. Como muitos acadêmicos já apontaram, a ideia de “bem-estar do consumidor” de Bork se aproxima mais ao conceito de “bem-estar total” defendido pela Escola de Chicago, alinhando-se perfeitamente com a ideia de priorizar a eficiência econômica e a partir dela atingir o bem-estar dos consumidores.

³¹ De acordo com o texto da decisão da Suprema Corte, “Congress designed the Sherman Act as a ‘consumer welfare prescription.’ (...) a means of protecting consumers from overcharges resulting from price fixing”. Em *Reiter v. Sonotone Corp*, 442 US 330, United States Supreme Court, julgado em 11 de junho de 1979, §343. Sobre a utilização do termo “consumer welfare” pela Suprema Corte dos EUA, cabe destacar a crítica de Daniel Zimmer sobre a dificuldade do Tribunal de definir com precisão o significado desse conceito em ZIMMER, Daniel. “The Basic Goal of Competition Law: To Protect the Opposite Side of the Market”. In: Daniel Zimmer (ed.), *The Goals of Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 490.

como fim último o bem-estar do consumidor. As conclusões sobre esse debate, contudo, permanecem indefinidas, alimentando discussões que persistem até hoje acerca de qual seria a delimitação ideal dos fins a serem perseguidos pela política concorrencial.

A grande vantagem de se ter esse debate ainda em aberto é a possibilidade de redefinir permanentemente esses objetivos e atentar para o caráter notadamente dinâmico da política de defesa da concorrência enquanto política pública. Assim, mesmo que não se tenha certeza se o antitruste, ao intervir no mercado de mídia, deve se ocupar de garantir o papel democrático dos meios de comunicação social, tampouco é possível afirmar que esse objetivo é completamente incompatível com a política antitruste.

Alguns autores afirmam que essa abertura quase irrestrita do debate sobre os objetivos da política concorrencial é improdutiva, ao desvirtuar o antitruste da sua função precípua de efetivamente defender a concorrência³² ou ao ofuscar um debate mais pragmático sobre quais os pressupostos e perspectivas que devem informar a política antitruste.³³ Por outro lado, a persistência das discussões envolvendo a relação entre antitruste e bem-estar do consumidor revela que há uma demanda perene pela incorporação na política concorrencial de valores e objetivos para além da manutenção de estruturas de mercado economicamente eficientes.

Note-se que esse comprometimento com objetivos para além da eficiência econômica não implica, necessariamente, sacrificar o fim último de defesa da concorrência que deve guiar a atuação das autoridades antitruste. Os termos do *Sherman Act*, por exemplo, indicam que todas as dimensões da concorrência que são relevantes para os consumidores devem ser perseguidas pelo antitruste.³⁴ Isso inclui não só a busca pelos melhores preços, mas também a garantia de qualidade, variedade e outros benefícios para o consumidor. O mesmo pode ser observado em relação à Lei de Defesa da Concorrência

³² Nesse sentido, ver ORBACH, Barak. “How Antitrust Lost Its Goal”. *Fordham Law Review*, vol. 81, issue 5, 2012, pp. 2275-2276: “(...) the introduction of the ‘consumer welfare’ standard as the goal of U.S. competition laws established the greatest antitrust paradox yet. Being vague and ambiguous, the standard accommodates inconsistent premises and interpretations. (...) It is a debate about a meaning of a phrase that should have never been part of antitrust discourse. The regulation of competition cannot be expected to be simplistic and static”.

³³ Cf. FOX, Eleanor M. “Against Goals”. *Fordham Law Review*, vol. 81, issue 5, 2012, pp. 2160-2161.

³⁴ Ver LANDE, *supra* nota 11, p. 2391: “a fair reading of the Sherman Act suggests that every aspect of competition important to consumers (...) was meant to be the concern of antitrust statutes”.

brasileira (Lei n. 12.529/11) que, em seu artigo 1º, explicita que a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica será pautada não só pela garantia da livre concorrência, mas também pela “liberdade de iniciativa”, “função social da propriedade”, “defesa dos consumidores” e pela “repressão ao abuso do poder econômico”.³⁵No mercado de mídia, a demanda por políticas antitruste que zelem por todas essas dimensões da concorrência que são relevantes para o consumidor fica ainda mais evidente. Os veículos midiáticos servem não só aos interesses dos consumidores enquanto destinatários de um bem ou serviço qualquer, mas, sobretudo, aos interesses dos consumidores enquanto cidadãos. Consequentemente, se é possível identificar, em geral, certa coincidência entre democracia e mercados regulados pela defesa da concorrência,³⁶ esse alinhamento é ainda mais intenso no mercado midiático.

Contudo, a intervenção do direito concorrencial para restringir a concentração da propriedade sobre os meios de comunicação social permanece sem uma base jurídica sólida e objetiva como aquela que tem fundamentado a incidência mais consistente do antitruste em outros mercados tão complexos quanto o mercado midiático.³⁷

No contexto brasileiro, dentre as diversas condicionantes desse cenário,³⁸ destacam-se dois fatores relevantes: (i) a mencionada carência de

³⁵ Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011: “Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

³⁶ Ver, nesse sentido, a associação identificada por Pitofsky entre as características da democracia e do que ele chama de um “sistema econômico desconcentrado” em PITOFSKY, Robert. “The political content of antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, n. 4, 1979, p. 1055.

³⁷ Note-se, por exemplo, as discussões concorrenciais no mercado das ferramentas de busca e as complexas discussões sobre a interação entre defesa da concorrência e garantias do direito de propriedade intelectual.

³⁸ São pertinentes, por exemplo, as ponderações sobre características específicas da América Latina apresentadas por Manuel Alejandro Guerrero em GUERRERO, Manuel Alejandro. “Latin American Media: The Challenges to Pluralism”. In: *Media Pluralism and Diversity*, Palgrave Macmillan UK, 2015, pp. 211-225. Também nesse sentido, a crítica do Professor Calixto Salomão Filho é pertinente: “O desenvolvimento de uma teoria jurídica própria, que se ocupe dessas estruturas, não apenas levaria à criação de um pensamento jurídico regional e original, mas também – e mais importante que tudo – permitiria tratamento econômico e jurídico mais coerente da realidade específica desses Países”. Em SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 19.

dados empíricos que atestem a relação entre concentração econômica e diversidade na mídia; e (ii) a ideia de que a inclusão explícita da democratização da mídia entre os objetivos da política concorrencial implica reconhecer que a defesa da concorrência é suficiente para atingir os ideais de pluralismo e qualidade nos meios de comunicação social.

Quanto ao primeiro fator, ainda que evidências empíricas comprovando de forma contundente a hipótese da convergência não conduzam, necessariamente, a uma política concorrencial mais eficaz, é razoável admitir que esses dados ao menos incentivariam a busca por ferramentas de defesa da concorrência capazes de lidar diretamente com o problema.

Em uma metáfora simples, porém esclarecedora, no mercado de mídia brasileiro, é necessário *trocar os pneus com o carro em movimento*. Aliás, considerando as contribuições que a aplicação de algumas medidas podem oferecer à análise empírica do mercado midiático, trocar os pneus com o carro em movimento talvez seja mais eficiente. Isso porque, ao intervir na regulação econômica dos meios de comunicação social, a autoridade de defesa da concorrência passa a ter parâmetros para avaliar os efeitos dessa intervenção e, assumindo um compromisso de ajustes periódicos e devidamente informados pela verificação empírica, pode construir uma política concorrencial mais eficaz, ainda que resultante de uma estratégia de erros e acertos. Daí a importância de garantir um sistema jurídico que permita a revisão constante e atenta de suas normas,³⁹ contando não só com a análise das respostas do mercado, mas também com contribuições dos agentes econômicos e da sociedade civil.

Em relação ao segundo fator que tem inibido a elaboração de políticas concorrenciais para o mercado de mídia brasileiro, retomo as conclusões do estudo empírico conduzido por Ho e Quinn. Após analisarem os dados de seu extenso estudo, os Professores norte-americanos reconheceram que “nem a convergência nem a divergência [de conteúdo] decorre inexoravelmente da concorrência [entre os veículos midiáticos]”.⁴⁰

Essa conclusão é importante para identificar o que *não* se espera da política antitruste no mercado de mídia – resolver, somente pela via

³⁹ Um bom exemplo é o modelo de revisão regulatória bienal praticada pela Federal Communications Commission dos EUA, como previa a Seção 202(h) do Telecommunications Act de 1996. Aliás, com o amadurecimento das discussões regulatórias para o setor, o próprio prazo para a realização das revisões regulatórias foi alterado. Em 2004, o requisito de periodicidade de dois anos foi revogado pelo Congresso norte-americano, que então estabeleceu que as revisões regulatórias passariam a ocorrer a cada quatro anos.

⁴⁰ HO e QUINN, *supra* nota 27, p. 860.

concorrencial, todas as questões relativas à garantia de diversidade de vozes, pluralismo e qualidade nos meios de comunicação social. Incluir a democratização do mercado de mídia entre os objetivos e valores da política concorrencial não significa atribuir ao direito antitruste essa responsabilidade. Debates sobre o tema já têm demonstrado que é inviável contar apenas com os instrumentos do antitruste para atingir objetivos de democratização no mercado midiático,⁴¹ de modo que seria ingênuo e irresponsável esperar por esse tipo de solução.

Por outro lado, é plenamente viável esperar que a política antitruste ao menos considere esses objetivos e valores democráticos ao enfrentar problemas concorrenciais no mercado de mídia.⁴² Como afirma Baker, quando se trata do chamado “mercado de ideias”, a definição de objetivos específicos para o direito concorrencial é de extrema relevância. Trata-se de uma redefinição de foco que permite reavaliar, com base nas especificidades do papel democrático da mídia, quais os níveis e efeitos mais preocupantes da concentração econômica quando estamos lidando com o mercado midiático.⁴³

⁴¹ Como apontam Picard e Dal Zotto, regular *apenas* a concentração sobre a propriedade dos meios não é suficiente para garantir pluralismo na mídia: “If society is to effectively address the real concerns about plurality, better mechanisms for influencing media owners’ behaviour and achieving pluralistic content outcomes will be required”. PICARD, Robert G., e DAL ZOTTO, Cinzia. “The Dimension of Ownership and Control of Media.” *Media Pluralism and Diversity*. Palgrave Macmillan UK, 2015, p. 64

⁴² Como observa Mónica Ariño, “The fact that competition and pluralism are at times in contradiction with each other does not necessarily imply that competition law cannot accommodate (and therefore should be blind) to pluralism concerns (...) If competition law is to be a major instrument of public intervention in communications markets, then the general limitations in the efforts to make economic theory an operational tool to resolve major competition issues need to be acknowledged, and coupled with the peculiarities of communications markets”. ARIÑO, Mónica. Competition law and pluralism in European digital broadcasting: addressing the gaps. *Communications & Strategies*, n.54, 2004. Pp. 102-103.

⁴³ Nos termos do professor Baker: “Some recent antitrust scholarship argues that the primary or, at least, a prominent policy concern in the media arena should be power within the so called marketplace of ideas. *The identification of goals makes a huge difference*. A marketplace of ideas focus could lead antitrust analyses to different formulations of both the relevant product markets and the level at which concentration becomes problematic”. Ver BAKER, *supra* nota 1, p. 857. (grifei).

Enquanto a concentração econômica for ao menos uma *proxy* importante para outros problemas no mercado de mídia,⁴⁴ o esforço de incluir esses objetivos não-econômicos na política antitruste é válido e pode até ser contestado pelas elites “donas da mídia”,⁴⁵ mas não será contestado pelos consumidores enquanto cidadãos.⁴⁶

3. Uma oportunidade para a mudança de paradigma na atuação do Cade no mercado de mídia brasileiro – O caso do jornal Valor Econômico

No dia 13 de setembro de 2016, em comunicado conjunto divulgado na imprensa,⁴⁷ duas das principais companhias do mercado brasileiro anunciaram a seguinte operação:

Os Grupos Folha e Globo, sócios na empresa Valor Econômico S.A., responsável pela edição do jornal Valor Econômico, informam que negociaram a venda integral da participação do Grupo Folha na referida empresa ao Grupo Globo. O fechamento da negociação está sujeito à aprovação do Cade, na forma da legislação pertinente.

⁴⁴ “The fundamental failure of ownership controls to address pluralism is that ownership really isn’t the problem, but is a proxy for other concerns”. PICARD e DAL ZOTTO, *supra* nota 41, p. 55.

⁴⁵ Nesse sentido, Robert McChesney aponta para a necessidade de analisar com cautela o argumento frequentemente evocado pelos grandes conglomerados midiáticos alegando que a concentração econômica favorece a eficiência do mercado de mídia e permite a oferta de um produto midiático de mais qualidade: “The media giants claim that their market power and conglomeration make them more efficient and therefore able to provide a better product at lower prices to the consumer. There is not much evidence for these claims, though it is clear that market power and conglomeration make these firms vastly more profitable. (...) perhaps we should pay that price to establish a more open and competitive marketplace. In view of media’s importance for democratic politics and culture, they should not be judged by purely commercial criteria”. MCCHESENEY, Robert W. *Rich media, poor democracy: Communication politics in dubious times*. The New Press, 2015, p. 177.

⁴⁶ Importante retomar, nessa concepção de consumidor, o argumento do Professor Calixto Salomão Filho no sentido de qual seria a “correta compreensão do significado de *interesses da ordem concorrencial*”, indicando que “Não se pode, nem se deve, em Direito, tratar o consumidor como um ‘homem unidimensional’, cujo único interesse é o preço do produto”. Em SALOMÃO FILHO, *supra* nota 38, p. 120.

⁴⁷ Comunicado disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4708203/comunicado-sobre-o-valor-economico-sa>.

Conforme destacado na própria nota, a operação que visa atribuir ao Grupo Globo controle integral sobre a empresa Valor Econômico S.A., ainda depende de aprovação da autoridade de defesa da concorrência brasileira para que seja consumada. Os detalhes da operação não foram divulgados, mas isso não prejudica a constatação de que, ao analisar esse ato de concentração, o Cade tem uma notável oportunidade para redefinir seu paradigma de atuação no mercado de mídia brasileiro.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que, independentemente do mercado relevante que venha a ser definido pelo Cade para pautar sua análise econômica na operação em tela, um dado não pode ser esquecido: os Grupos Globo e Folha já detêm os maiores jornais de circulação paga no Brasil. Segundo dados da Associação Nacional de Jornais,⁴⁸ em 2015, os jornais O Globo e Folha de S. Paulo ocuparam, respectivamente, a segunda e terceira posição no ranking de média de circulação impressa e, na média de circulação digital, a Folha de S. Paulo assumiu a primeira posição e O Globo ficou em segundo lugar. A posição do jornal Valor Econômico nesses rankings também é relevante, sobretudo no tocante à circulação digital: com um aumento de 41,88%, em relação ao ano de 2014, o Valor Econômico ocupou a nona posição entre todos os jornais brasileiros, mesmo sendo considerado uma publicação predominantemente de “economia e negócios”.⁴⁹

Esses dados de market share são fundamentais, mas o Cade pode, ainda, identificar outros dados relevantes para compor sua análise e ao menos considerar o peso que uma operação desse porte pode ter sobre a diversidade de vozes na mídia brasileira.

Ilustrativamente, analisando os dados do projeto Manchetômetro⁵⁰, temos a seguinte situação no tocante ao número de textos positivos, negativos

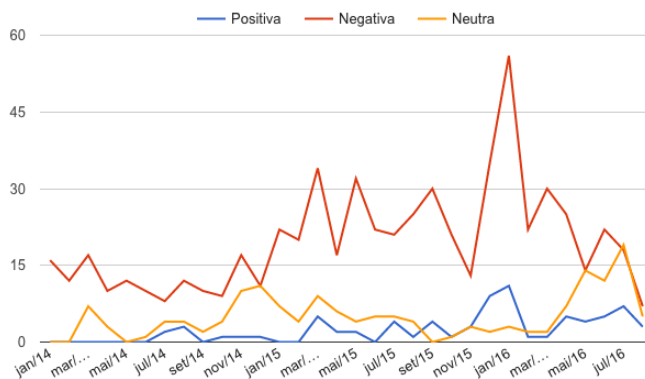
⁴⁸ Os dados têm como fonte o Instituto Verificador de Circulação, que considera a circulação média diária no período de janeiro a dezembro de cada ano correspondente. Resultados disponíveis em: <http://www.anj.org.br/majores-jornais-do-brasil/>

⁴⁹ Em sua página na Internet, <http://www.valor.com.br/valor15anos>, o jornal Valor Econômico se auto-define como “maior veículo impresso de informação econômica, política, financeira e de negócios do país”.

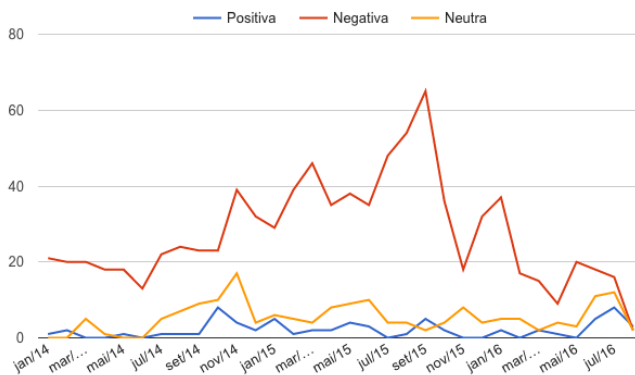
⁵⁰ “O Manchetômetro é um website de acompanhamento diário da cobertura da política e da economia na grande mídia, especificamente nos jornais Folha de S. Paulo, O Globo e Estado de S. Paulo, e no Jornal Nacional, da TV Globo. O Manchetômetro é produzido pelo Laboratório de Estudos de Mídia e Esfera Pública (LEMEP), grupo de pesquisas com registro no CNPq, sediado no Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)”. Mais informações em: <http://www.manchetometro.com.br/>

e neutros em relação à economia nas capas dos jornais *Folha de S. Paulo* e *O Globo*, agrupados por mês, desde o início de 2014 até julho de 2016:

Folha de S. Paulo



O Globo



A análise comparativa dos gráficos mostra, *prima facie*, tendências de cobertura semelhantes entre os jornais dos Grupos Folha e Globo. Contudo, ainda há alguma diferença entre os jornais, de modo que as curvas não são totalmente coincidentes e algumas questões se apresentam. Quais as tendências na cobertura da economia no jornal Valor Econômico? Não seria pertinente questionar se essa tendência se alinharia ainda mais à tendência do jornal O Globo após a operação? Há mecanismos de política editorial⁵¹ para evitar esse

⁵¹ Nesse sentido, é importante retomar as conclusões de Daniel Ho e Kevin Quinn: “our research points to the potentially critical role of editorial-independence policies (...)”

alinhamento caso o Grupo Globo assuma o controle integral da Valor Econômico S.A.?

Mesmo sem dispor de uma fórmula objetiva e exata para mensurar o impacto da concentração econômica sobre o pluralismo nos meios de comunicação social, a autoridade antitruste pode, baseada em dados já disponíveis e utilizando as ferramentas de controle de estruturas ao seu alcance, rever sua forma de atuação. Na realidade, é justamente em função dos desafios para identificar a incidência da hipótese da convergência no caso concreto que a política antitruste deve permanecer atenta aos movimentos do mercado midiático. Isso inclui aplicar algumas medidas restritivas à concentração econômica de prazo determinado e observar progressivamente seus resultados sobre os meios midiáticos, forçando a autoridade antitruste a revisitar suas intervenções, a exemplo do que foi recentemente aplicado pelo Cade em caso envolvendo o licenciamento de canais de TV aberta às operadoras de TV paga.⁵²

O Cade tem elementos, portanto, para *experimentar* um novo modelo de intervenção do direito concorrencial no mercado midiático. O termo “experimentar” é chave, e deve evocar a ideia de experimentação que já há algum tempo vem sendo debatida no campo da regulação econômica.⁵³ Como já exposto na Parte II, vale assumir o risco de *trocar o pneu com o carro em movimento* para que os resultados empiricamente verificados a partir da experimentação possam informar políticas públicas mais efetivas no futuro – o que inclui, necessariamente, reconhecer que erros são inevitáveis nesse

Consolidation may be significantly less likely to lead to convergence if critical features of editorial independence exist”. Em HO e QUINN, *supra* nota 27, p. 863.

⁵² Caso julgado pelo Tribunal do CADE, envolvendo a proposta de uma joint venture entre as emissoras SBT, RedeTV e Record para comercializar seus canais de TV aberta para as operadoras de TV por assinatura (Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21). No Acordo em Controle de Concentrações (ACC) celebrado entre as requerentes e o CADE, para evitar eventuais problemas anticompetitivos decorrentes da operação, ficou estabelecido que a joint venture proposta operaria pelo prazo de 6 anos a partir da data de celebração do primeiro contrato de licenciamento com uma grande operadora de TV por assinatura. Caso as emissoras optarem por prorrogar esse prazo, a proposta de prorrogação deve ser submetida à autoridade antitruste.

⁵³ Sobre o tema, destaca-se a abordagem do filósofo norte-americano John Dewey, que, mesmo já tratando do tema nos anos 20, permanece extremamente atual no debate da experimentação enquanto estratégia regulatória: “Policies should be experimental in the sense that they will be entertained subject to constant and well-equipped observation of the consequences they entail when acted upon, and subject to a ready and flexible revision in the light of observed consequences”. Em DEWEY, John. *The Public and Its Problems*. New York: H. Holt and Company, 1927, pp. 202-203.

percurso, mas poderão (e deverão) ser corrigidos. Ainda que os resultados sejam incertos e reconhecendo que é fundamental complementar a intervenção antitruste com outras medidas regulatórias específicas para mercado de mídia,⁵⁴ a experimentação condiz mais com a relevância democrática da mídia do que a passividade do direito antitruste em relação a esse aspecto.

NB: Alguns dias após a redação deste artigo, no dia 28 de setembro de 2016, a operação envolvendo a aquisição integral do jornal Valor Econômico pelo Grupo Globo (Ato de Concentração nº 08700.006426/2016-67) foi aprovada pelo Cade, sem restrições (Parecer nº 268/2016/CGAA5/SGA1/SG e Despacho SG nº 1184/2016).

Conclusão

A eficácia e viabilidade da política de defesa da concorrência para o mercado de mídia independem da utilização de parâmetros exclusivamente econômicos na análise antitruste. Na realidade, se há alguma preocupação do direito antitruste com os interesses do consumidor, seria difícil sustentar uma política concorrencial exclusivamente fundamentada em argumentos de eficiência econômica.⁵⁵ Dada a relevância democrática do mercado de mídia, essa abdicação de valores e objetivos não-econômicos seria ainda mais insustentável.

Mesmo que as incertezas empíricas quanto à relação entre concentração econômica e diversidade de conteúdo na mídia persistam, repensar as ferramentas do antitruste e aplicá-las de forma efetiva ao mercado de mídia pode ser a melhor solução para chegar mais perto de uma resposta. Se

⁵⁴ O próprio texto do Professor Baker, ao mesmo tempo em que aponta para a “desistência da democracia” na aplicação do direito antitruste ao mercado de mídia, destaca que a defesa da concorrência não é suficiente para resolver o problema: “(...) even antitrust law informed by non-economic, media-specific concerns will be insufficient. Media specific regulation would be required”. BAKER, *supra* nota 1, p. 860.

⁵⁵ Para Lande, uma abordagem do antitruste baseada exclusivamente no argumento de eficiência econômica seria pouco provável: “To those who would implement an efficiency-only approach, I urge you to be proudly clear about what you are doing (...) If, however, you would not proudly and clearly say these things, I submit that you should not embrace the efficiency approach to antitrust”. LANDE, *supra* nota 11, pp. 2402-2403.

o preço desse tipo de intervenção do direito antitruste no mercado de mídia é mais caro,⁵⁶ o valor pago por se “desistir da democracia” tende a ser maior.

Considerando que a política concorrencial já representa, em geral, uma política pública relevante para garantir que a sociedade tenha voz no direcionamento de seu bem-estar econômico e, conseqüentemente, nos processos de tomada de decisão política,⁵⁷ esse papel atribuído ao antitruste fica mais evidente no mercado midiático. A solução para promover diversidade, qualidade e pluralismo no mercado de mídia não cabe somente à defesa da concorrência; mas uma política concorrencial eficaz e adequada para os meios de comunicação social é certamente peça fundamental para a construção dessa solução.

Bibliografia

ALIMONTI, Veridiana. Tese de Mestrado: “Entre mercadoria e democracia nas políticas públicas para televisão no Brasil: lições e fundamentos para uma regulação democrática e convergente”. Orientador: Gilberto Bercovici, 2014.

BAKER, C. Edwin. Media Concentration: Giving Up on Democracy. *Florida Law Review*, vol. 54, n.5, 2002, pp. 839-919

_____. “Viewpoint Diversity and Media Ownership”. *Federal Communications Law Journal*, n. 61, 2008-2009.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*. Basic Books, 1978.

CUILEMBURG, Jan Van. “On Competition, Access and Diversity in Media, Old and New: Some Remarks for Communications Policy in the Information Age”. *New Media & Society*, vol. 1, n. 2, Londres: Sage publications, 1999.

DUNCAN, Jane, e REID, Julie. “Toward a measurement tool for the monitoring of media diversity and pluralism in South Africa: A public-centred

⁵⁶ Para Pitofsky, “pay an economic price to serve noneconomic goals”. Em PITOFSKY, *supra* nota 36, p. 1075.

⁵⁷ Nas palavras do Senador Kefauver, um dos corresponsáveis pela emenda legislativa que incluiu a sessão 7 no Sherman Act, considerada uma das mais substantivas revisões da Lei Antitruste dos EUA: “Through monopolistic mergers the people are losing power to direct their own economic welfare. When they lose the power to direct their economic welfare they also lose the means to direct their political future”. Trecho citado em PITOFSKY, *supra* nota 36, p. 1063.

approach." *Communicatio: South African Journal for Communication Theory and Research*, 39, n. 4, 2013.

EINSTEIN, Mara. *Media diversity: Economics, ownership, and the FCC*. New York: Routledge, 2003. Capítulos 1 ("Diversity and the FCC"), 6 ("The Program Selection Process") e 7 ("The Reality of Diversity").

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (FCC), *2002 Biennial Regulatory Review – Review of the Commission’s Broadcast Ownership Rules and Other Rules Adopted Pursuant to Section 202 of the Telecommunications Act of 1996*, Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, publicado em 2 de julho de 2003.

FOX, Eleanor M. "Economic development, poverty and antitrust: the other path". *New York University Law and Economics Working Papers*, 2007.

_____. "Against Goals". *Fordham Law Review*, vol. 81, issue 5, 2012

HO, Daniel E. e QUINN, Kevin M. "The Role of Theory and Evidence in Media Regulation and Law: A Response to Baker and a Defense of Empirical Legal Studies", *Federal Communications Law Journal*, vol. 61, 2008-2009.

_____. "Viewpoint Diversity and Media Consolidation: An Empirical Study". *Stanford Law Review*, v. 61, issue 4, 2009.

HORTON, Thomas Jeffrey e LANDE, Robert H. "Should the Internet Exempt the Media Sector from the Antitrust Laws?", *Florida Law Review*, v. 65, 2013.

HORWITZ, Robert B. "On media concentration and the diversity question." *The information society*, vol. 21, n. 3, 2005.

KARPPINEN, Kari. "Media Diversity and the Politics of Criteria." *Nordicom Review*, vol. 27, n. 2, 2006.

LANDE, Robert H. "A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice", *Fordham Law Review*, vol. 81, 2012

MCCHESENEY, Robert W. *Rich media, poor democracy: Communication politics in dubious times*. New York: The New Press, 2015.

ORBACH, Barak. "How Antitrust Lost Its Goal". *Fordham Law Review*, vol. 81, issue 5, 2012.

PITOFISKY, Robert. "The political content of antitrust". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, n. 4, 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. "Regulação, desenvolvimento e meio ambiente". In: Calixto Salomão Filho (coord.), *Regulação e Desenvolvimento – Novos Temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Juliano Mendonça Domingues da. Tese de Doutorado: “Frágil Democracia e Políticas de Comunicação: Processos Regulatórios, Diversidade e Concentração na TV aberta no Brasil e na Argentina”. Orientador: Jorge Zaverucha. Recife, 2015.

VALCKE, Peggy et al. (eds). *Media Pluralism and Diversity: Concepts, Risks and Global Trends*. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2015.

ZIMMER, Daniel. “The Basic Goal of Competition Law: To Protect the Opposite Side of the Market”. In: Daniel Zimmer (ed.), *The Goals of Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2012.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

ESTRATÉGIAS DA UTILIZAÇÃO DE EFICIÊNCIAS NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO SUBMETIDOS AO CADE

Kenys Menezes Machado

Resumo: Os requisitos para a aceitação das eficiências como defesa de um ato de concentração são difíceis de serem alcançados no Brasil e nas demais jurisdições. Com a mudança da Lei 8.884/94 para a Lei 12.529/11, tem ocorrido uma mudança na estratégia das empresas na apresentação das eficiências. Três fatores têm sido relevantes na formulação dessa estratégia: *time* na apresentação das eficiências, conteúdo do estudo a ser elaborado e disposição das empresas em negociar remédios. A jurisprudência recente tem indicado que as eficiências, ou mesmo justificativas robustas, têm sido importantes para a aprovação de atos de concentração complexos no CADE.

Palavras-chave: Eficiências. Justificativas. Estratégia. Fusões. CADE.

Key words: Efficiencies. Justifications. Strategy. Mergers. CADE.

1. Introdução

A avaliação de atos de concentração envolve algumas etapas de análise que dependem da complexidade da operação e das informações disponíveis. No Brasil, esses passos estão sintetizados no chamado Guia H¹, que vem servindo de parâmetro para a avaliação dos efeitos anticompetitivos de uma operação. Embora haja algumas divergências quanto a ordem e/ou importância de alguns passos, a avaliação das eficiências está presente como etapa de análise, tanto no Brasil como em outras jurisdições.

No Brasil, as informações necessárias para a notificação de uma operação são discriminadas nos formulários da Resolução CADE 02/2012, posteriormente modificada pela Resolução CADE 09/2014. Como a grande maioria das fusões e aquisições não apresenta problemas concorrenciais, a autoridade optou por não solicitar, no seu formulário padrão, as eficiências no momento da notificação da operação. Normalmente essa solicitação ocorre quando a análise levanta preocupações concorrenciais relevantes e, dessa forma, é demandado das partes que apresentem as eficiências decorrentes da

¹ O Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal foi lançado em 2001 (BRASIL, 2001) e atualizado recentemente pelo CADE (BRASIL, 2016h).

concentração que poderiam, sopesados as preocupações levantadas, resultar em um efeito líquido não negativo.

Ocorre que os requisitos para a aceitação das eficiências de uma operação são bastante rígidos, o que tem levado a um baixo grau de anuência das eficiências apresentadas pelas empresas. Além disso, com a mudança da Lei 8.884/94 para a Lei 12.529/11, também houve uma mudança nos incentivos das empresas em relação à apresentação dessa etapa. Esses dois fatores vêm alterando a estratégia dos agentes na apresentação das eficiências ao CADE.

Dentro desse contexto, o objetivo do presente artigo é discutir as estratégias que as empresas vêm utilizando na apresentação das eficiências, analisando sua lógica e seu custo-benefício dentro do cenário da avaliação dos efeitos de um ato de concentração. Não há uma conclusão simples quanto à melhor estratégia, mas é possível tirar algumas lições úteis a partir dos casos decididos pelo CADE após a entrada em vigor da Lei 12.529/11.

2. Eficiências

De acordo com a teoria econômica, há três tipos de eficiência: produtiva, alocativa e distributiva. A produtiva (ou técnica) se refere à geração de uma produção com o menor gasto possível de um determinado nível de recursos; ou, dada uma tecnologia existente, aumentar a qualidade de determinada produção. A alocativa diz respeito a obter o maior nível de rendimento diante das diferentes opções existentes. Já a distributiva se relaciona à distribuição do produto social de maneira mais equânime.

Também é possível incluir mais dois tipos de eficiências. A primeira é a eficiência dinâmica, que está relacionada à reduções de custo e ganhos de qualidade provenientes do processo de inovação e melhoria tecnológico. A segunda é a eficiência transaccional, que se refere à redução dos custos e riscos relacionados às transações².

A utilização dessas duas últimas eficiências, principalmente a dinâmica, é apontada por alguns estudos como necessária para a modernização da análise tradicional de eficiência estática refletida nas três primeiras definições. Sem isso, a análise concorrencial acabaria deixando de lado aspectos importantes relacionados à tecnologia e inovação. Os casos mais

² As definições apresentadas acima são bastante sucintas e tem como objetivo apenas diferenciar cada uma das eficiências, sem a pretensão de reduzir a complexidade de cada uma delas. A discussão mais aprofundada de cada uma das eficiências é extensa na literatura e pode ser encontrada, por exemplo, em POSSAS, FAGUNDES e PONDE (1995); OCDE (1995 e 2007), GEOFFROY (2010), entre outros.

recentes indicam uma tentativa do CADE de aceitar esses aperfeiçoamentos, embora os parâmetros utilizados pelo órgão ainda foquem a análise tradicional.

A jurisprudência do CADE vem utilizando como parâmetro para a aceitação das eficiências apresentadas ao órgão os critérios delineados pelo Guia H da SEAE/SDE (BRASIL, 2001), recentemente atualizados pelo Guia H do CADE (BRASIL, 2016h). De acordo com o primeiro Guia, “são eficiências econômicas da concentração as melhorias nas condições de produção, distribuição e consumo de bens e serviços gerados pelo ato, que não possam ser obtidos de outra maneira (‘eficiências específicas’ do ato) e que sejam persistentes a longo prazo”. Essa definição foi contemplada na versão atual do Guia H e tem como elemento fundamental o termo “eficiências específicas” do ato.

Os Guias indicam que as eficiências, para serem consideradas antitrustes, ou melhor, “eficiências específicas do ato”, devem contemplar os seguintes critérios (BRASIL, 2016h, p. 45-46):

- Os benefícios devem ser prováveis e verificáveis. “Nos casos em que há risco relevante de danos ao mercado, deve-se afastar qualquer benefício que seja puramente especulativo ou que não seja concretamente provável e verificável”.
- Repassadas ao consumidor. “Sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos LDC, o art. 88, § 6º, II, coloca como condição para aprovação de um AC [Ato de Concentração], com base em eficiências específicas do AC, que parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores”.
- Específicas da operação. “Consideram-se ‘eficiências passíveis de contabilização’ apenas aquelas que sejam específicas da operação, ou seja, somente aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio do AC”.
- Obtidas em até 2 anos: “Entende-se que não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores restrições para a concorrência”.
- Não podem ser genéricas ou especulativas: “As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas genericamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas, ou ainda quando adotarem hipóteses ou cenários não condizentes com a previsão de impacto do AC sobre o mercado”.
- Não podem ser fruto apenas de ganhos pecuniários: “Não serão considerados como eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de

aumento de parcela de mercado ou de qualquer AC que represente apenas uma transferência de recursos entre agentes econômicos”.

Esses padrões encontram respaldo, em diferentes graus, nos Guias das principais autoridades de defesa da concorrência, além de organizações como a OCDE e a ICN. Ou seja, os critérios para aceitação de eficiências não são rigorosos apenas no Brasil, mas, também, em diversos outros países, entre elas jurisdições com maior tradição em matéria concorrencial³⁻⁴. Isso não significa, contudo, que as análises de eficiências são iguais em todo o mundo e que o peso dessa análise é a mesma para cada uma das autoridades. Indica apenas que, seja qual for a autoridade, a defesa da aprovação de uma operação por meio do argumento de eficiências demanda o atendimento de uma série de princípios, muitas vezes difíceis de serem demonstrados, o que influencia diretamente em como as empresas vão conduzir suas notificações.

No Brasil, o foco no consumidor foi mantido com a mudança da Lei e, ao lado da especificidade, tem sido o principal argumento para a rejeição das

³ Segundo COATE e HEIMERT, o Federal Trade Commission (FTC) vem exigindo que as eficiências apresentadas pelas empresas sejam específicas da operação, comprováveis por meios razoáveis, válidas, estejam relacionadas com os problemas levantados na análise, não devem ser exclusivamente de custos fixos e devem ser repassáveis ao consumidor. Além disso, indicam que “As partes normalmente apresentam múltiplas alegações de eficiências em seus argumentos de eficiência. Os técnicos do Bureau of Competition, contudo, não atingem uma conclusão final baseado na massa desses argumentos. Quase um terço das alegações são formalmente rejeitadas, enquanto algumas poucas alegações são aceitas.” (COATE, M. B.; HEIMERT, A. J., 2009, p. 19. Tradução própria).

⁴ “Alegações de eficiências não serão consideradas se elas forem vagas, especulativas ou de outra maneira não possam ser verificadas por meios razoáveis. Projeções de eficiências podem ser vistas com ceticismo, particularmente quando geradas fora do processo usual de planejamento de negócio”. (DOJ/FTC, 2010, p. 30. Tradução própria). “Para que a Comissão tome em consideração as alegações de ganhos de eficiência na sua apreciação da concentração e possa concluir que, devido aos ganhos de eficiência, não existem motivos para declarar a concentração incompatível com o mercado comum, tais ganhos de eficiência têm de beneficiar os consumidores, ser específicos da concentração e ser verificáveis. Estas condições são cumulativas” (COMISSÃO EUROPEIA, 2004). “(...) eficiências devem ser consideradas para aprovação de uma operação somente nos casos em que forem extremamente elevadas, isto é, quando forem anormalmente grandes ou se elas estiverem orientando a fusão ou acordos propostos”. (BANCO MUNDIAL;OCDE, 2003, p. 279. Tradução própria). “Os ganhos de eficiência são usualmente reivindicados nas concentrações horizontais. Contudo, raramente esses ganhos são suportados com evidências convincentes e, conseqüentemente, as autoridades concorrenciais geralmente tendem a ser céticas quanto a tais alegações” (ICN, 2006, p. 61. Tradução própria).

eficiências apresentadas pelas empresas, seja no bojo da Lei 8.884/94, seja na Lei 12.529/11⁵. A comprovação, pelas empresas, de repasse de parte das eficiências ao consumidor é extremamente difícil. O atendimento de todos os critérios indicados acima, mesmo quando existentes, é quase impossível, o que poderia motivar as empresas a avaliarem até que ponto vale a pena despende tempo e recursos em pareceres econômicos que comprovem a geração de eficiências decorrentes da operação. Essa questão influencia diretamente a estratégia dos agentes no uso das eficiências junto ao CADE, elemento este analisado com mais detalhes no tópico a seguir.

3. Estratégia na Lei 8.884/94

Entre 1994 e 2011, a defesa da concorrência no Brasil seguiu os parâmetros estabelecidos na Lei 8.884/94. Ela apresentou um grande avanço no combate à concentração econômica e ao abuso do poder de mercado com o fortalecimento institucional do CADE. Entre as disposições da Lei no que se refere à avaliação das fusões e aquisições estava a análise das operações *a posteriori* e a divisão de tarefas em três órgãos, com a decisão final cabendo ao CADE.

Sob a Lei 8.884/94, as empresas poderiam apresentar as operações após a assinatura do primeiro instrumento vinculativo e dar início ao processo de integração antes da decisão do CADE. A avaliação da operação tinha início na Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e na Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça. Apenas após a elaboração dos pareceres desses órgãos o processo chegava ao CADE para julgamento⁶. Em atos de concentração complexos, o Conselho normalmente complementava a instrução do processo, muitas vezes realizando quase uma nova instrução, o que alongava ainda mais o tempo de análise das

⁵ Esses dois pontos são bastante ressaltados em diversos pareceres e votos do SBDC, entre eles em casos importantes no qual houve a apresentação e a análise de eficiências, seja na Lei 8.884/94, como os casos AMBEV (BRASIL, 2000), Nestlé/Garoto (BRASIL, 2004), Sadia/Perdigão (BRASIL, 2011a e 2011b), Fischer/Citrovita (BRASIL, 2011c), seja na Lei 12.529/11, como nos casos Continental/Veyance (BRASIL, 2014b e 2015a), Inova/Videolar (BRASIL, 2013 e 2014a), Tigre/Condor (BRASIL, 2015g e 2015i) e Bradesco/HSBC (BRASIL, 2016e e 2016f).

⁶ Com o tempo a SEAE se especializou na análise de atos de concentração, enquanto a SDE focou na investigação de condutas anticompetitivas.

operações. Com isso, não era raro tais operações demorarem mais de 1 ano no SBDC, desde a notificação até a decisão final do Conselho⁷.

Essa duração só era possível porque os prazos aos quais eram submetidos os três órgãos podiam ser suspensos com a emissão de ofícios instrutórios⁸. De suspensão em suspensão, a instrução era estendida até que a autoridade concluísse sua análise. Essa situação era incômoda para as empresas, pois só havia certeza de que a operação seria aprovada conforme notificada após todo esse período. Contudo, tendo em vista que elas poderiam implementar a operação antes da decisão do CADE, o maior tempo de análise tornava mais custosa uma decisão de rejeição do ato de concentração pelo órgão, pois, muito provavelmente, a fusão ou aquisição já estaria consolidada.

A demora passou a ser mais custosa para as empresas com a criação do APRO – Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação. Nesse caso, grande parte ou mesmo a totalidade da operação estaria suspensa, o que impedia as empresas de se integrarem e obterem os benefícios da concentração. Ao mesmo tempo, tornava mais viável a implementação de um remédio estrutural ou mesmo o desfazimento da operação, caso se concluísse pela existência de problemas concorrenciais que demandassem tal medida⁹. Assim, a depender das condições delineadas no Acordo, as empresas que assinavam o mesmo tinham o incentivo de que a análise fosse a mais célere possível.

Nesse contexto, como as empresas lidavam com a questão da apresentação das eficiências da operação? A autoridade não demandava, na notificação do processo, a apresentação das eficiências. As partes normalmente apenas justificavam, de forma simples, a realização do ato, defendendo que dele não decorriam prejuízos ao ambiente concorrencial. Ao longo da investigação o órgão instrutor demandava a apresentação das eficiências, usualmente apenas das operações que provavelmente apresentariam problemas concorrenciais.

⁷ O prazo médio de conclusão da análise de atos de concentração, em 2011, foi de 154 dias. Nos casos mais complexos esses números eram muito superiores. Por exemplo, o Fischer/Citrovita (BRASIL, 2011c) ficou 558 dias no SBDC, enquanto o Nestlé/Garoto (BRASIL, 2004) ficou 691 dias e o Sadia/Perdigão (BRASIL, 2011a e 2011b), 729 dias.

⁸ A SEAE e a SDE tinham, cada uma, 30 dias para emissão de manifestação. Já o CADE tinha 60 dias para a decisão final.

⁹ O CADE já poderia impor uma medida cautelar para que as empresas não concluíssem a operação. Contudo, tal medida era mais custosa para o órgão e de difícil implementação, pois a empresa certamente recorreria à Justiça para reverter a decisão e a autoridade concorrencial ficava com o custo de, já nessa fase inicial, demonstrar que era provável que a operação tinha a capacidade de resultar em prejuízos ao consumidor.

Como era rara uma negociação de remédios nessa fase, a estratégia mais interessante era apresentar o estudo de eficiências de forma a tentar obter um parecer favorável do órgão instrutor.

Após a chegada do parecer ao CADE, cabia à empresa avaliar o conteúdo do mesmo e a disposição do relator em aprofundar determinados temas. Caso o parecer fosse negativo ou o relator indicasse que a operação poderia resultar em problemas concorrenciais, a empresa poderia, nessa fase, optar por três estratégias: (i) investir em um novo parecer de eficiências e outros argumentos para defender a operação sem restrições; (ii) já buscar um acordo ou (iii) um misto dos anteriores, de forma a tornar o acordo o menos custoso possível.

Cabem aqui três pontos a serem considerados. Primeiro, como todas as operações eram encaminhadas ao CADE e a análise no Conselho, pelo menos dos casos mais complexos, durava mais de um ano, havia tempo para apresentar, nas duas fases, estudos de eficiências para tentar a aprovação da operação sem restrições. Segundo, a estratégia poderia variar, também, com a disposição do relator em considerar tais estudos na análise. Terceiro, como as empresas já estavam se integrando, ou pelo menos possuíam acesso a uma parte das informações da outra, era mais fácil a obtenção de dados para a realização dos estudos de eficiências.

Assim, apesar de fortemente contestado ao longo dos anos pelo SBDC, havia espaço para a apresentação das eficiências em diversos momentos. Por exemplo, mesmo depois do grande histórico de rejeição das eficiências em casos emblemáticos como Nestlé/Garoto e Ambev¹⁰, entre

¹⁰ No caso Nestlé/Garoto, as requerentes estimaram uma redução de 13% dos custos variáveis. O CADE aceitou apenas 3 das 13 eficiências apresentadas. Os motivos para a não aceitação de algumas foram: eficiências fora dos mercados relevantes definidos (2), especulativas (1), não eram específicas (4) e apenas ganhos pecuniários (5). Com isso, as eficiências aceitas foram de 2% do custo marginal. O relator estimou que elas deveriam ser de 12%, concluindo, dessa forma, que elas não eram suficientes para afastar os problemas concorrenciais levantados (BRASIL, 2004).

No ato de concentração que resultou na criação da Ambev, as empresas apresentaram argumentos de eficiência para justificar as elevadas concentrações resultantes da operação. Apresentaram eficiências quantificadas da ordem de 13%. Das 15 eficiências apresentadas, foram aceitas apenas 5 que representavam ganhos de produtividade, melhoria de qualidade e desenvolvimento tecnológico. As outras 10 foram rejeitadas por serem de caráter pecuniário ou não específicas da operação. Além disso, seria improvável que as eficiências alcançadas fossem repassadas aos consumidores, sendo mais provável um aumento da rentabilidade da Ambev com o risco de aumento de preços. A operação foi aprovada com remédios comportamentais e estruturais (BRASIL, 2000).

outros, as empresas optaram por investir de forma significativa em tais argumentos em casos mais recentes da Lei 8.884/94, como o Sadia/Perdigão e o Fischer/Citrovita¹¹.

Contudo, importantes parâmetros foram alterados após a promulgação da Lei 12.529/11. Com isso, algumas estratégias das empresas têm se alterado, inclusive em relação à apresentação das eficiências ao CADE. Essas questões são discutidas a seguir.

4. Estratégia na Lei 12.529/11

A Lei 12.529/11 trouxe mudanças significativas nos procedimentos relacionados à avaliação de atos de concentração no Brasil. As mais relevantes são os seguintes: (i) criação da Superintendência Geral (SG), que absorveu as atribuições de instrução da SDE e da SEAE, passando a fazer parte da estrutura organizacional interna do CADE, (ii) fixação de prazo máximo para a análise dos atos de concentração, sem possibilidade de suspensão; (iii) análise prévia das operações e (iv) decisão terminativa da SG nas operações aprovadas sem

¹¹ No caso Sadia/Perdigão, o relator fez uma análise detalhada das eficiências apresentadas pelas requerentes. O relator deu preferência às eficiências de custo variável e apenas aceitou as de custo fixo que tivessem relação com as reduções de custo variável. Grande parte das eficiências foram afastadas por não serem específicas da operação, especulativas, obtidas depois de 2 anos ou não serem repassáveis aos consumidores. Como praticamente todos os dados estão confidenciais, não é possível verificar o valor preciso das eficiências alegadas e consideradas. Contudo, pelos números abertos, é possível estimar que as eficiências defendidas pelas empresas, no geral, seriam de 5%-10%, sendo que o relator aceitou aproximadamente metade desse valor. O relator sugeriu a reprovação da operação, que foi aprovada com restrições comportamentais e estruturais após pedido de vista. O voto condutor concordou com a análise de mérito realizada pelo relator, não fazendo considerações sobre a análise de eficiências (BRASIL, 2011a e 2011b).

Na fusão entre a Fischer e a Citrovita, ambas do setor citrícola, as empresas apresentaram as eficiências decorrentes da operação. O relator aceitou cerca de 1/3 das eficiências apresentadas, pois os 2/3 seriam alcançados com mais de 2 anos, eram não específicas ou especulativas. Deu-se pouco peso às reduções de custo fixo ou qualitativas. Além disso, as eficiências aceitas não foram consideradas suficientes para se afastar os problemas concorrenciais, pois beneficiariam basicamente o consumidor externo, responsável por 95% da compra do produto processado. Os prejudicados direta – produtores de laranja – e indiretamente – consumidores finais – seriam pouco ou nada beneficiados. A operação foi aprovada com restrições comportamentais (BRASIL, 2011c).

restrições, caso não haja avocação do Tribunal ou recurso de terceiro interessado¹². De acordo com Pereira Neto e Azevedo (2015),

Em síntese, as modificações introduzidas pela Lei 12.529/11 afetam os incentivos para que as partes busquem soluções negociadas já na fase de instrução. Além disso, por conta do maior poder de barganha da autoridade, esta tem maior capacidade de desenhar remédios estruturais, os quais, no caso de operações complexas, tendem a ser soluções mais eficazes para assegurar as condições de concorrência.

Os autores destacam que as modificações afetaram os incentivos na busca de soluções negociadas no CADE. Essa mudança de incentivos também alterou a estratégia das empresas em relação à apresentação das eficiências. Não só isso: a própria dinâmica criada pelo órgão após a entrada em vigor da Lei contribuiu para essa mudança de estratégia. Nesse contexto, três elementos da dinâmica pós Lei 12.529/11 podem ser destacados: (i) *time*, (ii) conteúdo das eficiências e (iii) disposição quanto à negociação dos remédios.

4.1 *Time*

Com a imposição na Lei de um prazo máximo de análise pelo CADE, o órgão vem estabelecendo alguns prazos internos, ainda em caráter informal, de maneira a guiar a atuação interna e externa da autarquia. Assim, o que se observa nas decisões e no discurso das autoridades do órgão é a existência de um prazo máximo de 120 dias para a finalização do parecer da SG, inclusive nos casos mais complexos. Dessa forma, a Superintendência teria aproximadamente 4 meses para a instrução e conclusão dos casos, inclusive com a análise das eficiências.

O CADE manteve a disposição anterior de não solicitar as eficiências no momento da notificação das operações. No entanto, as eficiências têm sido solicitadas na chamada “declaração de complexidade”, ato no qual a declaração é formalmente declarada complexa e instrução adicional é realizada. Essa declaração tem sido solicitada entre 60 e 90 dias da notificação e acaba sinalizando que a operação apresenta problemas concorrenciais que demandam outros elementos além daqueles apresentados até o momento para sua aprovação. Até o momento, apenas 1 ato de concentração foi declarado

¹² Para maiores detalhes sobre as alterações decorrentes da mudança da Lei, ver PEREIRA NETO e AZEVEDO (2015), CARVALHO (2015); RAGAZZO e GORDILHO JÚNIOR (2015), entre outros.

complexo e não foi impugnado, seja com ou sem remédios negociados com a SG¹³.

Tendo em vista esses prazos, a questão do *time* para a elaboração e apresentação das eficiências se torna crucial para uma estratégia do seu uso como argumento para a defesa da operação. O prazo de 30 a 60 dias é bastante curto para a apresentação de um parecer de eficiências robusto que seja útil à defesa do ato de concentração. Além disso, a autoridade precisa de tempo para analisar o estudo, o que reduz ainda mais esse cronograma. Caso contrário, a elaboração do mesmo será apenas *pro forma*.

Nesse contexto, as empresas teriam as seguintes opções: (i) para as operações no qual é razoável o risco de impugnação, elaborar, desde o início, um estudo de eficiências, sem aguardar o pedido formal da Superintendência; (ii) aguardar o pedido da SG e, com o tempo disponível, elaborar um parecer mais enxuto, focando nos problemas concorrenciais indicados pelo órgão, assumindo o risco de não ser suficiente ou (iii) aguardar a decisão da SG e apresentar as eficiências apenas no Tribunal, caso o parecer seja pela impugnação.

Para essa decisão, é extremamente importante avaliar qual o conteúdo dos estudos de eficiência as empresas estão dispostas a apresentar e como o CADE tem analisado.

4.2 Conteúdo

Como já destacado no item 2.2, os parâmetros utilizados pelo CADE, mesmo no âmbito da Lei 12.529/11, para a aceitação dos argumentos de eficiência, são bastante estritos e guardam relação com os parâmetros exigidos pelas diversas autoridades ao redor do mundo. Ou seja: a defesa de um ato de concentração com base nas eficiências é extremamente difícil.

A dificuldade de operacionalização de um estudo com base nos critérios empregados pelo CADE pode ser interpretada de duas formas: (i) de fato a operação não apresenta eficiências antitruste suficientes para justificar a concentração resultante da operação ou (ii) é extremamente difícil elaborar um parecer que seja capaz de convencer a autoridade concorrencial que há eficiências importantes decorrentes da operação que justificam a sua aprovação, mesmo na presença de preocupações concorrenciais. Essas duas interpretações podem desanimar as empresas a apresentarem estudos; no entanto, a elaboração

¹³ Até agosto de 2016, apenas a operação envolvendo as empresas Dow-Univation (BRASIL, 2015f) foi declarada complexa e não foi impugnada pela SG.

de uma estratégia baseada em expectativas mais realistas pode ser útil no emprego das eficiências como argumento pró-operação.

A jurisprudência revela que dificilmente um parecer de eficiências vai ser suficiente para aprovar sem restrições uma operação que apresenta graves problemas concorrenciais. Contudo, pareceres bem elaborados e realistas podem ser importantes instrumentos para a negociação de remédios menos onerosos para as partes, como a mudança de remédios estruturais para comportamentais, ou para a aprovação sem restrições de uma operação no qual há dúvidas sobre o potencial lesivo da concentração resultante. Alguns casos mais recentes ajudam a suportar essa tese.

Em novembro de 2013, foi notificada ao CADE a aquisição da Inova pela Videolar (BRASIL, 2013 e 2014a). A SG declarou a operação complexa devido à preocupações concorrenciais em alguns mercados de produtos químicos e solicitou a apresentação das eficiências. As empresas apresentaram o estudo, mas a Superintendência concluiu que não eram específicas, verificáveis e repassáveis ao consumidor. Dados os problemas encontrados, órgão optou por impugnar a operação.

As empresas complementaram as eficiências apresentadas na SG, além de apresentar argumentos qualitativos. O relator considerou os argumentos de inovação e P&D apresentados, além de considerar que algumas das eficiências reduziam as preocupações concorrenciais da operação. Contudo, a parte mais sensível, segundo o relator, foi a não comprovação do repasse aos consumidores.

Tendo em vista a elevada concentração de mercado encontrada, essa comprovação era necessária, segundo o relator. Nada obstante, foi considerado como atenuante o argumento de que essa comprovação era limitada pelo fato de não ter acesso aos dados das concorrentes, o que seria *gun jumping*. No contexto de aceitação de parte das eficiências apresentadas, principalmente as dinâmicas, e peso maior na rivalidade com outros produtos, o relator aprovou a operação condicionada à celebração de um acordo com restrições comportamentais.

Dois anos depois, em novembro de 2015, foi notificada ao CADE a operação de aquisição, pela Saint Gobain, de 50% de uma unidade de produção que a Sicbras estava construindo no Paraguai (BRASIL, 2016b e 2016d). As duas empresas eram as principais concorrentes no Brasil no mercado de carbetto de silício e, segundo a SG, da operação decorriam elevadas preocupações concorrenciais.

As empresas apresentaram as justificativas e as eficiências da operação desde o momento da notificação. Segundo as mesmas, a operação permitiria a conclusão de um projeto no Paraguai que traria grande redução de

custos no fornecimento de carbetos de silício para o mercado brasileiro, que é utilizado como insumo para uma série de produtos. Essa redução seria decorrente de economias de escala da operação e, principalmente, na redução do custo de energia, principal insumo para fazer o carbetos de silício e que no Paraguai custava cerca de metade do preço. Para viabilizar a finalização do investimento, seria necessária a entrada da Saint Gobain nesse projeto.

A Superintendência Geral e o relator concluíram que, de fato, as reduções de custo eram críveis. Assim, era possível que a operação resultasse em eficiências econômicas. A SG foi mais dura na análise, pois, segundo seu parecer, não foi comprovado que seria necessária a participação da Saint Gobain para que as eficiências ocorressem, mesmo após a declaração de complexidade e a solicitação de um estudo específico de eficiências. De acordo com o parecer, as empresas não comprovaram que as eficiências eram específicas da operação, não podendo ser utilizadas para aprovar a aquisição. O relator concordou que as reduções de custos existiam, mas ponderou a questão da especificidade da operação com a situação da empresa, que estava com dificuldade em concluir a fábrica. Assim, optou por assinar um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) com medidas comportamentais que afastassem o risco de conduta coordenada sem prejudicar as eficiências esperadas com a operação.

Esses dois casos revelam que, mesmo partindo de uma avaliação rigorosa das eficiências, principalmente em relação à especificidade delas, as eficiências foram consideradas na dosimetria dos remédios. A apresentação das eficiências logo na SG foi importante para que, após a emissão do parecer, os estudos pudessem ser complementados e defendidos no Tribunal, já levando em consideração às críticas da Superintendência¹⁴.

Por fim, cabe destacar mais uma variável importante na estratégia das empresas para a avaliação da apresentação de um estudo de eficiências: a disposição em apresentar remédios desde o momento inicial da notificação – ou mesmo antes dela.

¹⁴ No caso Fedex/TNT (BRASIL, 2016a e 2016c), as justificativas apresentadas na notificação e ao longo da instrução e no Tribunal parecem ter sido importantes para a aprovação sem restrições. Nesse caso a operação foi analisada pelo Tribunal devido ao recurso do terceiro interessado. O mesmo ocorreu no Ambev/Brasil Kirin (BRASIL, 2016g), cujas justificativas foram fundamentais, segundo o parecer da SG, para a não impugnação da operação.

4.3 Remédios

Em alguns casos as empresas têm optado por negociar remédios com a SG desde o momento da notificação, ou mesmo antes dela. Nesse caso, a estratégia é não negar que a operação possa apresentar problemas concorrenciais, mas já tentar negociar remédios para problemas já trazidos pelas requerentes ou inicialmente já sinalizados pela Superintendência em uma instrução preliminar, muitas vezes adiantada por meio da solicitação de *waiver* (autorização para início da instrução antes da publicação do edital) enquanto a operação está em pré-notificação ou emendada.

Essa estratégia depende do tamanho do problema concorrencial e dos remédios apresentados pelas empresas. Mesmo nesse caso a apresentação de eficiências, ou pelo menos de justificativas robustas, vem auxiliando no desenho dos remédios, seja na SG, seja no Tribunal. Alguns exemplos ajudam a ilustrar esse argumento.

A Telefônica notificou, em novembro de 2014, a proposta de aquisição da concorrente GVT ao CADE (BRASIL, 2015c e 2015e). As empresas optaram por, desde o momento inicial, negociar um acordo com a SG. Isso parece ser sido possível porque a Superintendência identificou que os problemas concorrenciais eram localizados e que, embora não tenha havido um parecer específico de eficiências, as justificativas apresentadas eram robustas.

Segundo o parecer da SG, como “justificativa para a operação GVT, as Requerentes oferecem argumentos relacionados a: complementaridade de redes e tecnologias; transferência de tecnologia e *know-how*; ganhos de escala; e melhores condições de estabelecer rivalidade com os principais players convergentes nacionais” (BRASIL, 2015c e 2015e). O parecer concluiu que da operação decorria alguns problemas concorrenciais que demandavam a necessidade de remédios. No entanto, afastou a necessidade de remédios estruturais porque, entre outros motivos, seria provável que a operação propiciasse um aumento de qualidade para os clientes da Telefônica devido à complementaridade da operação, aceitando os argumentos qualitativos de eficiência, inclusive a convergência tecnológica, o que permitiu a aceitação de remédios apenas comportamentais.

O conselheiro relator também transcreveu as justificativas, mas não fez ponderações sobre sua relevância na análise. Como adotou o remédio proposto pela SG, é possível concluir que também ponderou positivamente em relação aos efeitos benéficos da operação em comparação a um remédio mais duro.

O ato de concentração ALL-Rumo (BRASIL, 2014c e 2015b), notificado em julho de 2013, envolvia uma série de integrações verticais nos

mercados de portos, transporte ferroviário, *trading* e produção de açúcar e combustível. As empresas indicavam publicamente a disposição em fazer um acordo, pois havia uma forte oposição à realização da operação, como pode ser depreendido da quantidade de terceiros interessados admitidos nos autos (16 no total). No entanto, não houve um acordo firmado na SG. De acordo com o parecer do órgão, a operação apresentava graves riscos verticais e, por isso, não poderia ser aprovada conforme notificada. Não obstante, a análise de eficiências da Superintendência concluiu que a operação era positiva em permitir uma série de investimentos, mas, pelo apresentado até aquele momento, não eram suficientes para se afastar os problemas levantados, principalmente pela ausência de comprovação das mesmas.

O relator indicou que as eficiências relatadas pelas empresas se resumiam ao plano de investimentos a ser realizado na ferrovia, sendo que isso geraria, segundo as empresas, efeitos positivos diretos para o consumidor e para a concorrência. O relator concordou que essas eficiências – no caso, os investimentos – de fato são positivas; contudo, seriam incertos, pois dependeriam de uma série de variáveis, algumas delas não de controle das empresas. Por isso, aprovou a operação condicionada à celebração de um ACC com medidas comportamentais de forma a garantir que os investimentos fossem realizados e que não resultassem na discriminação e venda casada indicada como principais problemas da operação.

Esses dois casos revelam que a estratégia das empresas foi focada, desde o primeiro momento, em buscar remédios que garantissem a aprovação da operação com o menor custo em termos de implementação das medidas, mas ao mesmo tempo não inviabilizasse uma solução negociada. Nos dois casos, o CADE concordou que havia elementos que justificavam a realização das aquisições, mesmo sem a apresentação de um estudo que quantificasse, sob os critérios antitrustes, as eficiências. Ou seja: apesar da disposição das empresas em negociar, as justificativas apresentadas parecem ter sido fundamentais para a aprovação das operações com remédios apenas comportamentais.

Essa estratégia, contudo, parece ser mais difícil quando as concentrações são bastante elevadas e as empresas não conseguem, no momento inicial, apresentar justificativas sólidas para a operação. Nesses casos um estudo de eficiência que siga os critérios antitrustes, desde o início, parece ser o mais adequado, pois é improvável que a empresa consiga um acordo na SG sem um custo elevado em termos de remédio. Mesmo que não seja apresentado à Superintendência, é importante iniciar o estudo, pois o mesmo

será demandado no Tribunal, fazendo com que a operação se arraste por um longo tempo e com possibilidade de um desfecho desfavorável¹⁵.

O peso desses três fatores – *time* na apresentação das eficiências, conteúdo e disposição em negociar remédios – vai depender principalmente das características da operação. Contudo, qualquer que seja a estratégia adotada, parece ser importante a apresentação de argumentos que justifiquem a operação, sejam eles qualitativos – quando os benefícios para o consumidor são mais claros – sejam eles quantitativos – quando as empresas, devido à elevada concentração observada, vão ter que defender que a operação não resultará em aumento de preços para o consumidor.

5. Conclusão

Eficiências são úteis quando a operação, de fato, possui eficiências. Isso poderia indicar que apresentar estudos que não encontrem respaldo nos parâmetros estabelecidos pelo órgão antitruste pode ser uma perda de tempo e recursos para a empresa que está engajada em aprovar sua operação. De fato, os critérios para a aceitação das eficiências são difíceis de serem atendidos, revelando que um estudo de eficiência que atenda todos os parâmetros é extremamente complexo. No entanto, a análise da jurisprudência recente indica que não apresentar um estudo de eficiências realista ou uma justificativa robusta também não é uma alternativa prudente.

Em vários casos a apresentação de eficiências ou justificativas, mesmo não atendendo de forma estrita os parâmetros delineados no Guia H, têm sido úteis para a aprovação ou para a negociação de remédios menos custosos para as empresas. Dessa forma, permanece a questão: qual a melhor estratégia para a apresentação das eficiências?

A melhor estratégia depende de uma série de fatores: (i) grau de complexidade da operação; (ii) disposição das partes em investir tempo e dinheiro na elaboração das eficiências; (iii) existência de boas justificativas para a aprovação da operação e (iv) disposição das partes em negociar remédios. Uma boa assessoria parece ser fundamental para a elaboração da melhor estratégia, pois ela deve ser desenhada caso a caso, tentando conciliar a

¹⁵ Como ocorreu na aquisição, pela Tigre, de parte da Condor (BRASIL, 2015g e 2015i), que foi reprovado após 238 dias de análise, e na aquisição da Genix pela Capsugel (BRASIL, 2015d e 2015h) que as empresas desistiram da operação após 205 dias no CADE. Ambas tiveram pareceres desfavoráveis sem apresentação de eficiências na Superintendência.

expectativa das empresas em relação ao resultado da operação com as sinalizações do órgão antitruste ao longo do processo.

Se a melhor estratégia depende de uma série de fatores, a pior estratégia é clara: não apresentar justificativas e/ou eficiências em operações nas quais esses argumentos realmente existem e que podem ser fundamentais na definição de uma aprovação dentro das expectativas iniciais das requerentes. Mesmo a empresa estando disposta a negociar remédios, uma justificativa ou eficiência robusta pode reduzir o custo do remédio a ser negociado. E isso pode fazer toda a diferença para a conclusão bem-sucedida da operação.

Bibliografia

BANCO MUNDIAL; ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Diretrizes para a Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2003.

BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 2004.

_____. Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.

_____. CADE. Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012.

_____. CADE. Resolução nº 9, de 1º de outubro de 2014.

_____. CADE. Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12. Requerentes: Fundação Antonio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência; Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A – Ecap; e Braco S/A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. DF, 30 de março de 2000.

_____. CADE. Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Relator: Thompson Andrade. DF, 04 de fevereiro de 2004.

_____. (2011a). CADE. Ato de Concentração n. 08012.004423/2009-18. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. DF, 08 de junho de 2011.

_____. (2011b). CADE. Ato de Concentração n. 08012.004423/2009-18. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Voto-vista: Ricardo Ruiz Machado. DF, 13 de julho de 2011.

_____ (2011c). CADE. Ato de Concentração n. 08012.005889/2010-74. Requerentes: Fischer S/A Comércio, Indústria e Agricultura, e Citrovita Agro Industrial Ltda. Órgão Formalizador: Secretaria de Direito Econômico. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. DF, 14 de dezembro de 2011.

_____. CADE. Ato de Concentração [08700.009924/2013-19](#). Requerentes: Videolar S.A., Sr. Lirio Albino Parjsotto, Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras e Innova S.A. Superintendência Geral. Nota Técnica 101/SG/2013. 12 de novembro de 2013.

_____ (2014a). CADE. Ato de Concentração n. [08700.009924/2013-19](#). Requerentes: Videolar S.A., Sr. Lirio Albino Parjsotto, Petróleo Brasileiro S.A. Petrobras e Innova S.A.. Órgão Formalizador: CADE. Relator: Márcio de Oliveira Araújo. DF, 23 de setembro de 2014.

_____ (2014b). CADE. Ato de Concentração 08700.004185/2014-50. Requerentes: Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies, Inc. Superintendência Geral. Parecer 415/SG/2014. 04 de dezembro de 2014.

_____ (2014c). CADE. Ato de Concentração n. 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL - América Latina Logística S.A.. Superintendência Geral. Parecer 420/2014. 08 de dezembro de 2014.

_____ (2015a). CADE. Ato de Concentração n. 08700.004185/2014-50. Requerentes: Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies. Órgão Formalizador: CADE. Relatora: Ana Frazão. DF, 29 de janeiro de 2015.

_____ (2015b). CADE. Ato de Concentração n. 08700.005719/2014-65.. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e ALL - América Latina Logística S.A. Órgão Formalizador: CADE. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. DF, 11 de fevereiro de 2015.

_____ (2015c). CADE. Ato de Concentração 08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefônica Brasil S.A e GVT Participações S.A. Superintendência Geral. Parecer 02/CGAA4/2015. 13 de fevereiro de 2015.

_____ (2015d). CADE. Ato de Concentração **08700.009711/2014-78**. Requerentes: Capsugel Brasil Importação e Distribuição de Insumos Farmacêuticos e Alimentos Ltda. e Genix Indústria Farmacêutica Ltda. Superintendência Geral. Parecer 03/CGAA1/2015. 20 de março de 2015.

_____ (2015e). CADE. Ato de Concentração n. 08700.009732/2014-93. Requerentes: Telefônica Brasil S.A e GVT Participações S.A. Órgão Formalizador: CADE. Relator: Márcio de Oliveira Araújo. DF, 25 de março de 2015.

_____ (2015f). CADE. Ato de Concentração **08700.010224/2014-58**. Requerentes: **The Dow Chemical Company e Univation Technologies, LLC**. Superintendência Geral. Parecer 05/CGAA3/2015. 15 de abril de 2015.

_____ (2015g). CADE. Ato de Concentração n. 08700.009988/2014-09. Requerentes: Tigre S.A. Tubos e Conexões e Condor Pinceis Ltda. Superintendência Geral. Parecer 07/CGAA2/2015. 03 de junho de 2015.

_____ (2015h). CADE. Ato de Concentração n. **08700.009711/2014-78**. Requerentes: Capsugel Brasil Importação e Distribuição de Insumos Farmacêuticos e Alimentos Ltda. e Genix Indústria Farmacêutica Ltda. Órgão Formalizador: CADE. Relator: Ana Frazão. DF, 10 de junho de 2015.

_____ (2015i). CADE. Ato de Concentração n. 08700.009988/2014-09.. Requerentes: Tigre S.A. Tubos e Conexões e Condor Pinceis Ltda. Órgão Formalizador: CADE. Relator: Márcio de Oliveira Júnior. DF, 02 de setembro de 2015.

_____ (2016a). CADE. Ato de Concentração 08700.009559/2015-12. Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V. Superintendência Geral. Parecer 02/CGAA1/2016. 01 de fevereiro de 2016.

_____ (2016b) CADE. Ato de Concentração 08700.010266/2015-70. Requerentes: SaintGobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SICBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda. Superintendência Geral. Parecer 01/CGAA4/2016. 04 de março de 2016.

_____ (2016c). CADE. Ato de Concentração n. 08700.009559/2015-12. Requerentes: Fedex Corporation e TNT Express N.V. Órgão Formalizador: CADE. Relator: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. DF, 30 de março de 2016.

_____ (2016d). CADE. Ato de Concentração n. 08700.010266/2015-70. Requerentes: SaintGobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e SICBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda. Órgão Formalizador: CADE. Relator: Alexandre Cordeiro Macedo. DF, 13 de abril de 2016.

_____ (2016e). CADE. Ato de Concentração 08700.010790/201541. Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. Superintendência Geral. Parecer 12/CGAA2/2016. 12 de abril de 2016.

_____ (2016f). CADE. Ato de Concentração n. 08700.010790/201541. Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. Órgão Formalizador: CADE. Relator: João Paulo de Rezende. DF, 15 de junho de 2016.

_____ (2016g). CADE. Ato de Concentração 08700.002432/2016-45. Requerentes: Ambev S/A e Brasil Kirin Bebidas Ltda.. Superintendência Geral. Parecer 17/CGAA2/2016. 04 de julho de 2016.

_____ (2016h). CADE. *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*. Julho de 2016.

_____. Ministério da Fazenda. SECRETARIA DE COMPANHAMENTO ECONÔMICO (SEAE). *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, 1º de agosto de 2001.

CARVALHO, Vinícius Marques. *A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas?* In: CARVALHO, Vinícius Marques de (Org.). *A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

COATE, M. B.; HEIMERT, A. J. *Economic Issues – Merger Efficiencies at the Federal Trade Commission – 1997-2007*. Bureau of Economics, Federal Trade Commission. Fevereiro de 2009.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas*. 2004.

GEOFFROY, Ricardo Corrêa. *Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas*. Prêmio SEAE 2010.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *ICN Merger Guidelines Workbook*. Abril de 2006.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*. Policy Roundtables, 1995.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*. Policy Roundtables. 2007.

PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; AZEVEDO, Paulo Furquim. *Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/11*. In: CARVALHO, Vinícius Marques de (Org.). *A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

POSSAS, Mario; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João. *Política antitruste: um enfoque schumpeteriano*. In: Encontro Nacional de Economia, ANPEC, XXIII, 1995.

RAGAZZO, Carlos E. J.; GORDILHO JÚNIO, Mário S. R. *Atos de Concentração sob a Lei 12.529/11 – os primeiros três anos da Superintendência-Geral*. In: CARVALHO, Vinícius Marques de (Org.). *A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ); FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *Horizontal Merger Guidelines*. Agosto de 2010.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

**ACESSO A INFORMAÇÕES E PROVAS RELACIONADAS A
ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DE AÇÕES
INDENIZATÓRIAS PRIVADAS À LUZ DO RECURSO ESPECIAL
Nº 1.554.986: UMA AMEAÇA AOS CARTEIS OU AO PROGRAMA
DE LENIÊNCIA BRASILEIRO?**

Lucas Griebeler da Motta

Resumo: o presente artigo tem como objetivo analisar os prós e contras decorrentes do acesso a informações e documentos constantes de acordos de leniência, firmados com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Ministério Público, para posterior utilização como prova de danos por prática de cartel no âmbito de ações indenizatórias privadas, tendo como parâmetro a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.554.986.

Palavras-chave: acordo de leniência, *antitrust damages actions*, ações indenizatórias por prática de cartel, cartel internacional dos compressores, *disclosure of leniency materials*, enforcement privado antitruste, *leniency agreement*, *refrigerator compressors cartel*, limites de confidencialidade, Recurso Especial nº 1.554.986, sigilo do acordo de leniência, *treble damages*, *whistle-blowing*.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar os prós e contras decorrentes do acesso a informações e documentos constantes de acordos de leniência, firmados com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Ministério Público, para posterior utilização como prova de danos por prática de cartel no âmbito de ações indenizatórias privadas, tendo como parâmetro a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.554.986.

Para tal, são apresentados os seguintes três capítulos: (i) breve contextualização do caso em âmbito administrativo e judicial; (ii) importância do sigilo como mecanismo de proteção ao programa de leniência; e (iii) impactos da decisão do STJ sobre a política de defesa da concorrência: uma ameaça aos cartéis ou ao programa de leniência brasileiro?

Por fim, uma vez demonstrada a importância da confidencialidade do acordo de leniência e destrinchados e combatidos os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.554.986, conclui-se que, da forma como foi dada, referida decisão abre precedente que pode configurar uma ameaça à reputação do programa de leniência brasileiro ao criar desincentivos à confissão da prática de cartel.

2. Breve contextualização do caso

Antes de se adentrar ao tema e às discussões a ele concernentes, faz-se necessária a retomada do histórico do caso do cartel internacional no mercado de compressores herméticos para refrigeração, tanto em âmbito administrativo quanto judicial.

É o que se fará agora.

2.1. CADE – Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11

Em janeiro do ano de 2009, a fabricante de compressores herméticos para refrigeração Tecumseh compareceu à extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) para entabular com o CADE e o Ministério Público do Estado de São Paulo um acordo de leniência referente à prática de cartel neste mercado, em âmbito internacional.

De acordo com as informações noticiadas pela beneficiária, ela e as empresas Whirlpool (por meio de Brasmotor e Embraco), Danfoss A/S, Household Compressors (antiga ACC) e Panasonic (antiga Matsushita), também fabricantes de compressores herméticos para refrigeração, seriam integrantes de um suposto cartel que tinha como objetivo, dentre outros, acordar aumentos de preços e níveis de oferta do produto em questão em nível mundial.

Como compressores herméticos são insumos para a fabricação de freezers, refrigeradores, expositores verticais (utilizados para alimentos, bebidas e sorvetes) e aparelhos de ar-condicionado, diversas empresas à jusante, da chamada “linha branca”, incluindo aí *players* de envergadura como Electrolux, General Electric e Bosch-Siemens, potencialmente poderiam ter sido lesadas pela conduta anticompetitiva empreendida no mercado à montante.

Tendo em vista que as empresas listadas acima são atuantes no Brasil e, juntamente com outras, possuem fábricas de eletrodomésticos no país, aliado ao fato de que, consoante voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin

Junqueira¹, somente Tecumseh e Embraco – que previamente teriam dividido entre si o mercado brasileiro – seriam responsáveis por 97% da produção nacional de compressores, seria alta a probabilidade de lesão às empresas atuantes à jusante do mercado em que supostamente teria ocorrido o cartel.

2.2. STJ – Recurso Especial nº 1.554.986

Ciente da possível existência de um cartel no mercado de compressores herméticos, em 2012 a fabricante sueca de eletrodomésticos Electrolux ingressou com ação indenizatória em face de Whirlpool/Brasmotor e Tecumseh – seus fornecedores –, visando à reparação de danos e prejuízos em tese causados à Electrolux pela venda de insumos a preços aumentados artificialmente em virtude do suposto conluio².

Nesse contexto, em sede da instrução processual em primeiro grau, a Electrolux requereu ao juízo de origem a expedição de ofício ao CADE, por meio do qual a autora postulava acesso ao acordo de leniência e extração de cópias das provas colhidas pela autoridade concorrencial para ulterior juntada à ação indenizatória, o que foi indeferido. Irresignada, a Electrolux interpôs agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³, que acolheu a pretensão da autora e autorizou o oficiamento do CADE para prestação de informações e fornecimento de documentos.

Após o proferimento desse acórdão, Whirlpool e Brasmotor interpuseram recurso especial acompanhado de medida cautelar para concessão

¹ “Sem embargo, além destas tradicionais barreiras, a maior delas é, certamente, a capacidade de produção brasileira e o seu consequente volume efetivo de produção. De veras, este é um mercado exportador, não importador. Da produção nacional, 60% é exportada (item 197 da Nota Técnica da SG), o que, demonstra, como já dito, a relevância da produção no Brasil das empresas Embraco e Tecumseh no mercado mundial de **compressores herméticos para refrigeração**, e não o contrário, das empresas Danfoss, ACC e Panasonic no mercado nacional. Mais ainda. Da produção nacional, 47% diz respeito à Embraco, 50% à Tecumseh e dos 3% restantes, parte advém da produção de uma empresa brasileira que não fez parte do cartel (Elgin) e a outra parte (ou seja, menos de 3%!!) de importação de compressores herméticos para refrigeração para refrigeradores distintos daqueles produzidos pelas empresas em tela (parágrafo 227 do Voto). Em suma, diante destes dados, não é possível dizer que este mercado seja internacional”. (Voto-vista da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira, §§ 15 e 16, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11).

² A ação foi distribuída perante o Poder Judiciário do Estado de São Paulo sob o nº 0116924-71.2012.8.26.0100. Entretanto, por tramitar em segredo de justiça, por ora não há maiores detalhes sobre os desdobramentos e o desfecho do caso.

³ Agravo de Instrumento nº 2034855-20.2013.8.26.0000.

de efeito suspensivo ao apelo, alegando, em síntese, que o acordo de leniência é sigiloso e serve para proteção da concorrência como um bem coletivo e difuso – entendimento esse defendido pela ProCADE como interessada no processo – , além do fato de que como a Electrolux é concorrente da Whirlpool no mercado de fabricação de eletrodomésticos, a autora poderia aproveitar-se de informações industriais sigilosas da Whirlpool.

Em que pese o Ministro-Relator Marco Aurélio Bellizze tenha deferido o pedido liminar de Whirlpool e Brasmotor, ele e os integrantes da 3ª Turma do STJ negaram provimento ao recurso especial em tela, com base nos seguintes argumentos: (i) o sigilo do acordo de leniência não é absoluto; (ii) em processos administrativos, como regra geral prevalece a publicidade dos atos; (iii) o sigilo do acordo perdura no interesse da instrução das investigações, de modo que com a emissão da nota técnica final pela Superintendência-Geral ao Tribunal do CADE o sigilo cessa; (iv) inexistente respaldo legal para o sigilo requerido; (v) tendo em vista que o processo administrativo ficou parado no CADE por mais de cinco anos sem uma decisão final, o sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar indefinidamente no tempo e prejudicar terceiros⁴.

⁴ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Ação de reparação de danos materiais proposta na origem, na qual se pretende a indenização por danos decorrentes de conduta de concerto de preços em mercado relevante, na qual se requereu a juntada de documentos obtidos por meio de acordo de leniência e inquérito policial. 2. No que tange à obtenção de documentos sob guarda de juízo criminal, a posterior apreciação da questão trazida sob a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e interposição de novo recurso especial resulta na perda superveniente do interesse recursal, prejudicando o julgamento do recurso especial interposto por Electrolux do Brasil S.A. 3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos. 4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente. 5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. 6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo. 7. O dever geral de colaboração para elucidação dos fatos, imposto nos termos do art. 339 do CPC, somente é afastado por

Contudo, como se verá, entendemos que a presente decisão não foi acertada.

3. Importância do sigilo como mecanismo de proteção do programa de leniência

Sem desconsiderar a gravidade das demais práticas anticompetitivas, é incontroverso e inequívoco que o cartel é a pior delas. Como bem pontuado por Ana Paula Martinez, um conjunto de normas de repressão aos cartéis não é condição suficiente para a vitalidade de qualquer economia de mercado, mas sem sombra de dúvida é condição necessária para tal⁵.

O cartel substitui a mentalidade de concorrência entre empresas competidoras em um mesmo mercado e nelas incute a ideia de que “nossos concorrentes são nossos amigos e o consumidor é o nosso inimigo”⁶. Isso acarreta aumento de preços, ineficiências alocativas, produtivas e dinâmicas, em detrimento da produção de riqueza social e do bem-estar dos consumidores – se não descoberto e punido, o cartel é altamente lucrativo⁷.

meio de regras expressas de exclusão, entre as quais o sigilo profissional calcado na necessidade precípua de manutenção da relação de confiança inerente a determinadas profissões, o que não se afigura razoável na hipótese dos autos em que a relação entre signatários do acordo e a entidade pública se vinculam por meio do exercício do poder de polícia. 8. Nos termos da Lei n. 12.529/11, art. 11, X, compete aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário. 9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotor S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial. (REsp 1.554.986/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma do STJ, DJ-e de 5 de abril de 2016).

⁵ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Penal*. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 13.

⁶ Famosa frase dita por um executivo no âmbito de gravações ocorridas no durante investigação conduzida pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América para apuração de prática de cartel internacional no mercado de lisinas. Essa cena também foi retratada no filme “The Informant” (2009) e dá título a interessante artigo escrito por John M. Connor, “Our customers are our enemies: the lysine cartel of 1992-1995” *in* Review of Industrial Organization, Boston, v. 18, n. 1, 2001, p. 5-21.

⁷ Vide CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. *Cartels as rational business strategy: crime pays*.

De acordo com estudo realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), determinados cartéis podem gerar sobrepreços de até 60-70%⁸, afigurando-se tal prática bastante interessante se vista estritamente sob o ponto de vista econômico da empresa. Só que justamente por ser tão interessante para a empresa a venda de produtos cartelizados, o cartel, como arranjo que é, acaba sendo consideravelmente instável, pois a todo momento seus participantes possuem incentivos naturais para desvio do que foi acordado, roubando, assim, a fatia que cabia aos seus concorrentes e “sócios”⁹.

Em razão dessa instabilidade e das enormes dificuldades de coleta de provas suficientes para a condenação de pessoas e entidades envolvidas nas práticas de conluio – cada vez mais complexos em seus modos de operação – , é quase que imprescindível que o Estado conte com mecanismos de delação premiada para persecução e punição desses agentes de forma eficiente e eficaz.

⁸ Vide relatório da OCDE: “In Sweden and Finland, competition authorities observed price declines of 20 percent – 25 percent following enforcement action against asphalt cartels, suggesting unlawful mark-ups of a similar magnitude. Along the same lines, in the above mentioned football replica kits case in the United Kingdom, long-term price reductions in the order of 30 percent were observed following the OFT’s enforcement action. In Israel, the competition authority observed that prices declined by approximately 40 percent-60 percent after it uncovered a bid-rigging cartel among envelope producers. And estimates in the United States suggest that some hard core cartels can result in prices increases of up to 60 percent or 70 percent.” (Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. Hard core cartels: report on the implementation of the 1998 Council Recommendation. Paris: OECD Press, 2005, p. 25).

⁹ MATTOS, César Costa de. Introdução à teoria econômica dos cartéis *in* CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; SCHAPIRO, Mário Gomes (Coordenadores). Direito econômico concorrencial. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 251-252.

Como o cartel é uma prática dissimulada e muito informalizada¹⁰⁻¹¹⁻¹², via de regra, as técnicas tradicionais de produção de provas contra os envolvidos não funcionam ou são extremamente custosas e juridicamente polêmicas¹³.

Daí exsurge a importância do acordo de leniência¹⁴.

¹⁰ “A análise do *standard* de prova para casos de cartéis aponta para a dificuldade de obtenção de evidências hábeis para a comprovação desse tipo de prática. Usualmente, acordos de cartel são mantidos em segredo, pois os partícipes buscam impedir o conhecimento da prática por parte de clientes e, principalmente, pelas autoridades. Tendo isso em cona, seguindo a experiência internacional, a legislação brasileira prevê o instituto do acordo de leniência, o qual permite a outorga de imunidade administrativa e criminal para participante de prática anticompetitiva que colabore com as autoridades por meio da delação da conduta e apresentação de provas”. (CASAGRANDE, Paulo Leonardo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 124).

¹¹ The difficulty in stopping cartels is secrecy. Cartel activity, because it is clearly illegal (and, increasingly, a criminal act), is conducted in great secrecy. Conspiracy meetings might occur in a hotel room during a trade show, for example, or simply over the phone. Evidence is hidden away. Leniency programmes can break the code of silence among cartel conspirators. The programmes that have been the most successful give complete amnesty to the first conspirator to come forward and reveal the inner workings of the cartel to competition law enforcers. That information and the conspirator’s continued co-operation in the subsequent prosecution are highly effective in convicting the other participants in the cartel”. (Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. Using Leniency to fight hard core cartels. Paris: OECD Press, 2001, p. 1).

¹² “Undertakings that participate in cartels are usually fully aware that their behaviour is unlawful and go to great lengths to maintain secrecy and to avoid detection. Competition authorities therefore face considerable difficulties in detecting cartels. A crucial tool in practice is to incentivise participants in cartels to ‘blow the whistle’ to the relevant competition authority or authorities. (...) The encouragement of whistleblowing has proved to be immensely successful in the US in prosecuting cartels.” (BAILEY, David; WHISH, Richard. Competition law, 7th edition. London: Oxford University Press, 2011, p. 280).

¹³ MARRARA, Thiago. Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 336-337.

¹⁴ O acordo de leniência de cartel é um perfeito exemplo de aplicação da teoria dos jogos: “Apesar dos diferentes modelos de programa de leniência, em todos eles está presente a lógica “da cenoura e do porrete” (*stick-and-carrot approach*): garantir um tratamento leniente (cenoura) para aquele que decide pôr fim à conduta e delatar a prática que de outra forma estaria exposta a sanções severas (porrete). A inspiração para o programa vem da teoria dos jogos e do clássico ‘dilema dos prisioneiros’, explorando a natural desconfiança existente entre os membros do cartel e sua consequente

Só que para ser interessante aos envolvidos em práticas anticoncorrenciais, firmar um acordo de leniência com o Estado deve ser mais vantajoso – economicamente falando – do que não firmar, afinal de contas, de nada adianta livrar-se de passivos e riscos administrativos e penais para dar azo a contingências possivelmente ainda maiores na esfera cível¹⁵⁻¹⁶.

Diz-se isso porque a depender da prática noticiada, essa questão pode ser crucial quando da estratégia do agente de se entregar e delatar os demais ou simplesmente permanecer calado – e o cartel continuar encoberto e oculto –, ainda mais em um contexto de “cultura de leniência” por que o país está passando.

Nesse sentido, objetivando proteger o instituto da leniência e resguardar a situação jurídica do signatário, Richard Whish menciona que na Comunidade Europeia há previsão para que o acordo firmado pela autoridade com os envolvidos na prática de cartel seja oral e reduzido a termo pela

instabilidade”. (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a carteis: interface entre Direito Administrativo e Penal*. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 260).

¹⁵ Embora o acordo de leniência não preveja imunidade cível, entende-se oportuno destacar proposta interessante formulada por Ana Paula Martinez: tendo em vista que o art. 942 do Código Civil estabelece que a reparação de danos causados por mais de um agente será solidária, para reduzir os desincentivos na apresentação ou não de proposta de acordo ao CADE, seria recomendável a exclusão da responsabilidade solidária entre o signatário da leniência e os demais membros da conduta (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a carteis: interface entre Direito Administrativo e Penal*. São Paulo: Editora Singular, 2013, p. 275-276).

¹⁶ “Custos ainda mais relevantes que devem ser tidos em conta pelo proponente de leniência decorrem da probabilidade de que ações de indenização pelos danos causados pelo cartel sejam propostas. As provas contra os signatários de acordos de leniência são em geral mais facilmente disponíveis do que aquelas relacionadas às demais partes das diversas investigações. Ainda que as jurisdições tomem precauções para evitar que evidências e documentos acessados para o propósito de exercitar o direito de defesa na investigação em questão sejam tornados públicos e possam instruir ações privadas de investigação na própria jurisdição ou em outras, o fato é que tais medidas são de eficácia limitada. Tais considerações tornam-se essenciais no contexto atual em que em um número cada vez maior de jurisdições percebe-se a tendência de que vítimas de carteis ingressem em juízo para pleitearem indenizações por danos. Autoridades de alguns países, inclusive, encorajam esse movimento, ao circularem cópias de decisões condenatórias para setores que podem ter sido afetados pela prática. No Brasil, como se verá na seção seguinte, essa medida foi adotada pela primeira vez pelo CADE quando julgou o cartel dos gases” (ARAÚJO, Mariana Tavares de.; Marcio Benvenha Chede. *Repressão a carteis em múltiplas jurisdições* in MARTINEZ, Ana Paula [Organizadora]. *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2012, p. 230.

Comissão – constituindo, assim, um documento de propriedade pública¹⁷ – de modo a dificultar a sua descoberta por outras pessoas e evitar que provas documentais tão sensíveis de titularidade dos signatários sejam requisitadas por autoridades judiciais, sobretudo norte-americanas, para instrução das chamadas *treble damages actions*¹⁸.

O mesmo autor aponta que nos casos em que partes privadas estejam litigando em cortes judiciais e daí exsurja um pedido de *disclosure* dos documentos da leniência, é bem provável que essa tentativa não seja exitosa, pois a Comissão Europeia tenderá a negar o pedido sob argumento de proteção ao interesse público¹⁹ – afinal, o documento é de titularidade do próprio Estado –, com o que se acorda, ao menos a princípio.

Isso porque a finalidade do instituto da leniência é investigar e punir empresas e indivíduos envolvidos na prática de cartel, que além de ser um grave ilícito administrativo, é também considerado crime com pena de reclusão²⁰. Ora, o instituto foi pensado como meio para consecução de objetivos de natureza pública, na proteção dos interesses da sociedade e do Estado.

Para tal, deve o Poder Público passar confiança aos infratores no sentido de que a troca de informação entre o beneficiário da leniência e a autoridade será limitada a essas duas entidades – de um lado, uma coopera dando informações e delatando os antigos comparsas, de outro lado, a outra investiga os fatos noticiados –, eis que é justamente o sigilo que torna o instituto da leniência atrativo aos agentes envolvidos no conluio.

¹⁷ “The Leniency Notice discusses how corporate statements may be made, and makes specific provision for such statements to be oral rather than written. The reason for this is the fear that, if an undertaking were to prepare a written corporate statement, this might be discoverable in the event of a treble damages action in the US: this might deter the undertaking from blowing the whistle at all, in which case the cartel might go undetected. (BAILEY, David; WHISH, Richard. Competition law, 7th edition. London: Oxford University Press, 2011, p. 282).

¹⁸ “A claimant in a damages action in the US might also seek discovery of documents in the European Commission’s possession, including leniency applications; such claims will be denied where the Court considers that it is appropriate in order to maintain the confidentiality of the materials sought”. (BAILEY, David; WHISH, Richard. Competition law, 7th edition. London: Oxford University Press, 2011, p. 306).

¹⁹ “An oral statement is rendered into writing by the Commission. As it is not a document of the whistleblower it cannot be discovered from it; and any attempt by a US court to demand that the Commission should hand its own document over would probably fail on public interest grounds”. (BAILEY, David; WHISH, Richard. Competition law, 7th edition. London: Oxford University Press, 2011, p. 282).

²⁰ Conforme previsto no art. 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990.

É um contrassenso que o Estado ora prometa sigilo – em um primeiro momento, por intermédio da autoridade concorrencial –, ora franqueie acesso, a terceiros privados, aos termos e documentos do acordo de leniência – em um segundo momento, por intermédio do Poder Judiciário. A confiança é uma via de mão dupla, de modo que contradições desse tipo minam a reputação do programa de leniência, tal como o fez potencialmente o Superior Tribunal de Justiça no caso sob análise neste artigo.

Com isso, não se está dizendo que o sigilo do acordo de leniência e de seus documentos é absoluto, nem que ações privadas de indenização ajuizadas por pessoas alegadamente lesadas por sobrepreço decorrente de prática de cartel não sejam importantes e por essa razão não devam ser incentivadas.

Muito pelo contrário: o enriquecimento ilícito deve ser rechaçado e toda pessoa tem o direito constitucional de levar à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), tanto é que o próprio CADE, nos famosos cartéis de extração de areia²¹ e dos gases industriais e hospitalares²² determinou que as empresas

²¹ Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66, julgado pelo Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo: “Sobre as penas às práticas ilícitas cometidas pelas empresas, o CADE determinou (1) o pagamento de multa às empresas envolvidas conforme discriminação a seguir: (i) Aro Mineradoras Ltda. no valor de R\$ 539.984,11, correspondente a 22,5% de seu faturamento bruto, líquido de impostos; (ii) Smarja no valor de R\$ 1.342.910,52, correspondente a 20% de seu faturamento bruto, líquido de impostos; (iii) Somar no valor de R\$ 1.041.545,36, correspondente a 17,5% de seu faturamento bruto, líquido de impostos; e (iv) Comprove, por auxílio à formação do Cartel, no valor de R\$ 3.034,41, correspondente a 10% de seu faturamento bruto, líquido de impostos; (2) comunicação, por carta, a todos os seus clientes do extrato da decisão proferida pelo colegiado; e (3) o pagamento de multa diária adicional no caso de continuidade da prática delitiva.” (17/12/2008).

²² Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, julgado pelo Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan: “Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam o Presidente Substituto e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade e nos termos do voto do Conselheiro relator, condenar, por cartel, nos termos do art. 20, incisos I e II, da lei n. 8.884/94, a representada White Martins Gases Industriais Ltda. ao pagamento de R\$ 2.218.699.838,45, a representada Air Liquide Brasil Ltda. ao pagamento de R\$ 249.257.134,59, a representada Air Products Brasil Ltda. ao pagamento de R\$ 226.094.021,74, a representada Linde Gases Ltda., sucessora da AGA S/A, ao pagamento de R\$ 237.687.956,72, a representada Indústria Brasileira de Gases ao pagamento de R\$ 8.464.063,31, o representado Moacyr de Almeida Netto ao pagamento de R\$ 475.375,91, o representado Newton de Oliveira ao pagamento de R\$ 84.640,63, o representado José Antônio Bortoleto de Campos ao pagamento de R\$

condenadas enviassem comunicado com a decisão da autoridade a seus clientes, associações e entidades relacionadas ao mercado lesado, de modo que esses organismos se encarregassem de dar visibilidade à decisão do Tribunal do CADE.

Entretanto, dar publicidade a uma decisão condenatória, ainda mais em casos que se iniciaram com denúncias anônimas ou instauração *ex officio* de investigações – sem acordo de leniência, portanto –, em muito se difere de dar acesso a partes privadas ao teor dos termos e dos documentos da leniência. Por essa razão e por reconhecer tal diferença, é possível perceber que, nos dois casos citados acima, a iniciativa de comunicar ao mercado sobre a decisão condenatória por prática de cartel foi determinada pelo próprio Tribunal do CADE, ao passo que no Recurso Especial nº 1.554.986, a ProCADE envidou todos seus esforços para proteger o sigilo dos documentos do caso.

Já foi dito que o objetivo do presente artigo não é sugerir um tratamento brando aos signatários de acordo de leniência. A intenção desse artigo é apenas advogar em prol da importância da manutenção do sigilo desses acordos e dos documentos que lhe são conexos. Isso porque justamente nos casos em que há acordo de leniência (e também termos de compromisso de

4.437.399,68, o representado Walter Pilão ao pagamento de R\$ 498.514,27, o representado Carlos Alberto Cerezine ao pagamento de R\$ 452.188,04, o representado Gilberto Gallo ao pagamento de R\$ 452.188,04, o representado Vítor de Andrade Perez ao pagamento de R\$ 452.188,04. Os valores deverão ser atualizados até a data de efetivo pagamento e pagos no prazo de 30 (trinta) dias a partir da publicação deste acórdão. Foi determinada a expedição das comunicações devidas, recomendando-se que não seja concedido aos condenados o parcelamento de tributos federais por eles devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, os incentivos fiscais ou subsídios públicos, nos termos do art. 24, inciso IV, alínea b, da Lei nº 8.884/94. Foi determinado o envio de cópias de todos os pareceres econômicos juntados aos autos ao Departamento de Estudos Econômicos - DEE do CADE, à Secretaria de Direito Econômico e à Secretaria de Acompanhamento Econômico. Foi determinada a remessa da decisão à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça para avaliar eventual intervenção sobre os contatos entre as empresas para venda de gases entre elas, bem como possível participação de outros agentes na prática a justificar a instauração de procedimentos de apuração da responsabilidade de outros envolvidos. Foi determinada a remessa de cópia do acórdão e respectivo voto ao MM. Juízo da Terceira vara Criminal Federal, da Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, por onde tramita a Ação Penal nº 0004517-95.2009.403.6181 (2009.61.81.004517-9), recomendando-se a publicação dos documentos e degravações obtidas no início da instrução penal. Foi determinado o envio desta decisão ao Conselho Federal de Medicina, à Confederação Nacional da Indústria, à Associação Nacional de Hospitais Privados, à Federação Brasileira de Hospitais, ao Ministério da Saúde, à Sabesp e ao Ministério das Cidades”. (01/09/2010).

cessação de prática) – exatamente como no caso dos compressores sob análise – já há a confissão da prática de cartel.

Assim, tem-se que a principal discussão que será travada no bojo da ação indenizatória entre o beneficiário da leniência e o lesado não será propriamente a declaração judicial contendo o reconhecimento da prática da conduta – isso o próprio réu já fez perante a autoridade concorrencial e pode ser revalidado perante o Poder Judiciário –, mas sim a extensão e a quantificação do dano decorrente da prática de cartel.

É evidente que franquear acesso aos elementos e documentos que integram a investigação administrativa iniciada por um acordo de leniência constitui importante mecanismo para agilizar, otimizar e racionalizar a prestação da atividade jurisdicional àquele que se diz lesado. No entanto, entende-se que tal medida, por mais que seja vantajosa ao incentivo ao *enforcement* privado do direito antitruste, sobretudo nos casos em que já haja decisão condenatória proferida pelo Tribunal do CADE, em regra, não é imprescindível.

De fato, é possível que até existam casos em que haverá maior ou menor relevância no que toca ao traslado das peças da leniência aos autos da ação indenizatória. Contudo, é de se destacar que no caso concreto dos compressores herméticos para refrigeração, o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior fez constar da versão pública de seu voto diversos elementos que possibilitam a perfeita compreensão do caso, até mesmo o percentual de sobrepreço supostamente praticado pela Whirlpool em face da Electrolux do Brasil²³.

Ademais, é importante notar que o lapso temporal entre o julgamento do Recurso Especial nº 1.554.986 e a disponibilização do relatório do caso pelo Tribunal do CADE foi de apenas um dia: o primeiro ocorreu em 8 de março de 2016, ao passo que o segundo, por sua vez, ocorreu em 9 de março de 2016. O

²³ Cf. § 217 da decisão do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11: “Ademais, as anotações de fl. 408 e explanadas à fl. 413 do Apartado 08700.000245/2015-46 revelaram no item 5 que os produtos vendidos no Brasil, na Austrália e nos Estados Unidos faziam parte da divisão mundial de mercado efetuada pelos cartelistas. Para tanto, peço especial destaque para as expressões “a Embraco estava disposta a “sacrificar” margens de lucro para manter participação de mercado nas fábricas da Electrolux nos Estados Unidos” e “reafirma que a Embraco iria aplicar 18% de aumento nas vendas para a Electrolux brasileira”, as quais demonstraram claramente que a atividade regional de cada empresa fez parte de um acordo mundial de atuação (e também de não atuação) dos quais fizeram parte as empresas Embraco, Tecumseh, ACC, Danfoss e Matsushita, bem como pessoas naturais a elas vinculadas.”

caso foi levado para julgamento final pelo Tribunal do CADE apenas uma semana depois, no dia 16 de março de 2016²⁴.

4. Impactos da decisão do stj sobre a política de defesa da concorrência: uma ameaça aos cartéis ou ao programa de leniência brasileiro?

Disseminar no Brasil a cultura da indenização privada em casos de cartéis e o *enforcement* privado do direito antitruste é tarefa de inegável relevância. Em outros países do mundo, tal como nos Estados Unidos da América, ao assunto é dado tratamento especial para que se robusteça o poder dissuasório contra os agentes de mercado que façam ou tenham feito parte de cartéis.

Como notam Daniela Monteiro Gabbay e Ricardo Ferreira Pastore, nos EUA, os maiores valores de condenação em ações coletivas são referentes a ações indenizatórias sobre ilícitos concorrenciais e, praticamente em todos os casos em que há investigações pelas autoridades de defesa da concorrência, há também demandas individuais indenizatórias ajuizadas pelos prejudicados por esses atos anticoncorrenciais²⁵. Referidos autores trazem à tona a informação de que até mesmo existem vezes em que as autoridades norte-americanas tomam ciência do caso e iniciam suas investigações oficiais em decorrência do ajuizamento de ações privadas indenizatórias, o que não acontece no Brasil²⁶.

Herbert Hovenkamp ensina que a racionalidade do ajuizamento de ações privadas indenizatórias por ilícitos antitruste poderia ser tanto compensatória quanto dissuasória: pela compensação, as partes lesadas pela prática anticompetitiva teriam sua situação jurídica restaurada, como se o cartel

²⁴ Vide site do CADE: “Na sessão de julgamento desta quarta-feira (16/03), o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE condenou as empresas Household Compressors Holding S.p.A (antiga ACC – Appliances Components Companies S.p.A.), Danfoss A/S e Panasonic Electric Works Co. Ltd. (antiga Matsushita Electric Works, Ltd.), além de três pessoas físicas pertencentes a empresas dos grupos Tecumseh e Whirlpool/Embraco por formação de cartel no mercado internacional de compressores herméticos para refrigeração (Processo Administrativo 08012.000820/2009-11). As multas aplicadas somam R\$ 21,3 milhões”. Disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-no-mercado-internacional-de-compressores-para-refrigeracao> (acesso: 17 de setembro de 2016).

²⁵ GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Demandas indenizatórias 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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 171-207.

²⁶ Idem.

não tivesse ocorrido; pela dissuasão, busca-se identificar alguns níveis de violação que devem ser eliminados e dessa forma impor aos violadores custos que tornam a prática do ilícito concorrencial não-lucrativa²⁷.

Ainda nos EUA, país precursor em legislação antitruste e em que vigora o regime das históricas *treble damages*²⁸, são diversas as ações indenizatórias ajuizadas em face de cartelistas, figurando entre as mais conhecidas (fora outras a que não se tem facilmente acesso) as relacionadas aos carteis de ácido cítrico, lisina, borracha, vitaminas, explosivos comerciais, *chips* de memória de computador (“DRAM”), cargas aéreas, tubos de raios catódicos (CRT) e mangueiras marítimas. Logo, dada a experiência desse país, quando alguma empresa pretende fazer um acordo de leniência, já é esperado que da confissão dessa prática ilícita decorram dezenas ou centenas de ações indenizatórias, sejam coletivas, sejam individuais, que redundem no pagamento de indenizações bilionárias.

Essa, entretanto, não é a realidade brasileira. Somente de anos para cá é que o instituto da leniência tem tomado grande envergadura no Brasil. De fato, diversos são os casos iniciados por leniência no Brasil, mas há que se reconhecer que considerável parte deles dizem respeito a carteis internacionais, de sorte que a assinatura do acordo perante a autoridade brasileira decorreu da estratégia global da empresa, que queria ver-se imune a multas antitruste no mundo todo.

²⁷ HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice – 4th edition. West Academic Publishing, 2011, p. 711.

²⁸ “Section 4 of the Clayton Act grants a prevailing plaintiff ‘three-fold the damages sustained’. Treble damages for antitrust violations were hardly new with the federal antitrust laws. Already in 1623 the English Statute of Monopolies provided that any person injured by a monopoly ‘shall recover three times so much as the damages that he sustained by means or occasion of being so hindered’. Few legal rules are more firmly rooted in history than treble damages recovery for victims of antitrust violations. Although the Sherman Act and later the Clayton Act both provided for treble damages, the Congressional Record suggests that the members of Congress spent very little time debating the issue. Indeed, the members of Congress probably did not believe there would be a great deal of private antitrust enforcement. The rationales for treble damages in private antitrust actions are manifold. Perhaps the oldest is that the antitrust violator deserves to be punished for his crimes, and mere payment of single damages is not punishment enough. This moral argument has gradually given way to an argument based on general deterrence: since not all antitrust violations are detected, a rule providing only single damages would make antitrust violations profitable.” (HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice – 4th edition. West Academic Publishing, 2011, p. 721).

A utilização efetiva e intensiva de acordos de leniência tem sido experiência brasileira recente, sobretudo após o início das investigações e operações da Lava Jato, a partir da qual foram descobertas diversas obras públicas que foram previamente divididas entre os cartelistas e também foram superfaturadas não apenas por propinas, mas também em razão de sobrepreços impostos pelos membros do cartel. Desde então, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem recebido consideráveis leniências relacionadas a obras federais e não há previsão temporal e nem limitação de escopo ou de que órgãos públicos tenham sido lesados para que cesse ou diminua a frequência da procura do CADE para tocada do sino.

Nesse contexto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça de franquear acesso aos termos do acordo e dos documentos da leniência, tal como foi dada, pode diminuir os incentivos das delações de cartéis. Ora, um dos principais trunfos para a assinatura de acordos de leniência é justamente o seu caráter sigiloso e o incentivo econômico que o agente cartelizador tem ao reduzir os seus passivos em virtude da imunidade administrativa e criminal que lhe é concedida.

De fato, ainda que sabidamente a imunidade quanto à esfera cível não esteja abarcada nos benefícios oriundos da leniência, de sorte que mesmo o signatário poderá (e deverá) ser responsabilizado civilmente por perdas e danos, o acesso aos materiais da leniência, em que pese importante, não é essencial à garantia do direito à indenização em favor dos prejudicados.

Por essa razão, entende-se que apesar de a decisão do STJ possa estar de acordo com a lei seca, ela pode não ter sido a melhor escolha para promoção da cultura da concorrência, pois quando do sopesamento realizado por aquela Corte, preferiu-se ameaçar, pela esfera cível, um único cartel, ao ameaçar administrativa e criminalmente todos os demais, inclusive os que ainda sequer foram descobertos pela autoridade.

Nesse sentido, vale a pena proceder a um diálogo entre os argumentos utilizados pelo STJ nos autos do Recurso Especial nº 1.554.986 e argumentos contrários a essa decisão, com a finalidade de demonstrar que ela – sob o aspecto da defesa da concorrência como implementação de política pública – possui o condão de potencialmente ameaçar o programa de leniência brasileiro, principalmente em razão de essa decisão potencialmente dar azo a uma enxurrada de demandas indenizatórias infundadas e ser replicada cegamente por juízes de instâncias inferiores sem qualquer cuidado e sensibilidade ao caso concreto, desconsiderando o precedente internacional *Pfleiderer*²⁹.

²⁹ “With the *Pfleiderer* ruling, the Court opened up the possibility for national courts to order the disclosure of leniency documents. Private actions could now be perceived to

Em linhas gerais, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que: (i) o sigilo do acordo de leniência não é absoluto; (ii) a regra geral é da publicidade dos atos da Administração Pública; (iii) o sigilo do acordo de leniência cessa após a emissão da nota técnica final pela Superintendência-Geral ao Tribunal do CADE, comparando-a a uma denúncia criminal feita com base na Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013); (iv) inexistente respaldo legal para evitar o acesso a partes lesadas aos termos e documentos do acordo de leniência; (v) a mora do CADE em julgar o caso não pode prostrar no tempo o sigilo do acordo de leniência e acarretar prejuízos a terceiros.

Da análise dos argumentos listados acima, é possível perceber que todos eles são facilmente contestáveis porque: (i) de fato, o sigilo do acordo de leniência não é absoluto, mas tendo em vista o seu caráter confidencial, é razoável que se conceda às partes privadas lesadas por cartel acesso restrito somente a trechos e documentos estritamente essenciais à instrução da demanda indenizatória, após um exame prévio do CADE; (ii) ainda que a publicidade seja a regra geral dos atos do Poder Público, a preservação dos incentivos ao acordo de leniência depende da garantia de sua confidencialidade; (iii) a recomendação final da Superintendência-Geral do CADE não pode ser comparada ao recebimento da denúncia criminal lastreada em colaboração premiada para fins de cessação do sigilo (art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/2011), pois são atos diferentes inseridos em contextos também diferentes – um é praticado ao término da instrução de um processo administrativo, ao passo que o outro é praticado no início da instauração de uma ação criminal judicial, que ainda não teve instrução processual; (iv) em verdade, existe sim previsão legal, mais detalhada por disposição regimental, para resguardar o sigilo do acordo de leniência, o que não existe é previsão legal expressa garantindo a particulares o acesso a seus termos; (v) as declarações de confissão de ambas as empresas réis na ação indenizatória intentada pela Electrolux são anteriores ao julgamento

pose a real threat to leniency programmes as national courts were no longer allowed to impose blanket bans on the access to leniency documents. Instead, the courts would have to weigh the interest of achieving a well-functioning private enforcement system against the interest of safeguarding the attractiveness of EU and national leniency programmes. National courts had to decide on a case-by-case basis whether the disclosure of leniency documents would seriously undermine the attractiveness and functioning of leniency programmes. Indeed, a daunting task for a national court.” (LUNDQVIST, Bjorn; ANDERSSON, Helene. Access to documents for cartel victims and cartel members – is the system coherent? (June 21, 2015) *in* BERGSTRÖM, Maria; IACOVIDES, Marios; and STRAND, Magnus. Harmonizing EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond”, forthcoming with Hart Publishing/Bloomsbury in 2015. Disponível em SSRN <http://ssrn.com/abstract=2621258> (acesso: 17 de setembro de 2016).

final do PA pelo Tribunal do CADE, de modo que não há grave prejuízo à parte em aguardar o desfecho do caso no CADE, o que aconteceu na semana subsequente à decisão do STJ.

Ora, decisões como essa, aliadas a outras mazelas cometidas recentemente pelo Poder Judiciário, tais como o vazamento do acordo de leniência do suposto cartel do metrô de São Paulo e a divulgação equivocada, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, da identidade do signatário de um acordo de leniência no mercado de resinas, podem colocar em risco o programa de leniência brasileiro³⁰.

Por essa razão, tal como previsto no Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE, é fundamental o papel da ProCADE na intervenção para garantia da manutenção da confidencialidade das informações e documentos apresentados pelo proponente da leniência, de quem sabidamente é exigida a confissão da prática de cartel³¹.

Entretanto, mais fundamental ainda é que, em casos como o Recurso Especial nº 1.554.986, seja conferida à autoridade concorrencial a autonomia e a discricção de, à luz do caso concreto, cotejar a real necessidade de acesso às provas confidenciais do acordo de leniência com a proteção do referido instituto, tendo em vista que em diversas oportunidades o CADE já toma o cuidado de fornecer a todos os interessados, na versão pública de seus atos, elementos que possibilitam a compreensão do caso sem descurar da importância do sigilo como fator de incentivo à leniência.

Diga-se de passagem, essa medida, ademais, poderia até mesmo ser salutar no sentido de evitar desgastes políticos e intromissões descabidas e desnecessárias de um órgão na autonomia do outro, em respeito ao princípio da independência dos Poderes.

5. Conclusão

Ao término deste artigo, foi possível constatar que o caso dos compressores herméticos para refrigeração pode ser considerado um *leading case* no que tange aos limites do sigilo do acordo de leniência firmado com o

³⁰ SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu *in* Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 26, 2014, p. 122-125.

³¹ BRASIL. Ministério da Justiça – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE. Brasília, 2016, p. 51-53.

CADE no contexto de ações judiciais privadas para reparação de lesões causadas por cartéis.

Sem sombra de dúvida, é necessário e salutar incentivar que os lesados por cartéis ajuízem demandas em face de agentes em conluio buscando os valores que dispenderam a maior em virtude dos sobrepreços praticado pelo cartel, os quais podem, como visto acima, chegarem a mais de 70% do valor do produto em um mercado competitivo.

Nesse sentido, além de essas ações representarem um mecanismo de restauração do *status quo ante* dos lesados, elas também possuem um papel dissuasório ao tornarem a prática de cartel menos atrativa sob o ponto de vista financeiro: o infrator não apenas arcará com multas administrativas e penais, mas também com pesadas indenizações cíveis, de modo que isso poderá ser levado em conta pelos agentes quando da escolha entre participar ou não da prática anticompetitiva.

Por outro lado, é também importante proteger o programa de leniência brasileiro, que de tempos para cá tem acarretado a descoberta de perniciosos cartéis que há anos existiam e passaram por todo esse tempo na escuridão, longe de qualquer tipo de investigação oficial pelas autoridades públicas – sejam administrativas, sejam judiciais –, mas que agora são postos à luz graças à delação realizada por ex-membros do conluio, que o fazem em troca de imunidade administrativa e criminal na confiança da confidencialidade do acordo.

Por essa razão, por mais que a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.554.986 tenha tido o objetivo de fomentar o *enforcement* privado do direito antitruste no Brasil por meio da concessão de acesso aos termos e documentos do acordo de leniência a partes privadas lesadas por cartel, entende-se que, especificamente no caso concreto dos compressores, essa não tenha sido uma escolha que trará benefícios à política de defesa da concorrência do país, ao fragilizar a seriedade e a reputação do instituto em comento.

Entretanto, podemos estar enganados – e que assim o seja.

Bibliografia

ARAÚJO, Mariana Tavares de.; Marcio Benvenha Chede. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições *in* MARTINEZ, Ana Paula [Organizadora]. Temas atuais de direito da concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2012.

BAILEY, David; WHISH, Richard. *Competition law*, 7th edition. London: Oxford University Press, 2011.

BRASIL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – CADE. *Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Brasília, 2016.

BRASIL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – CADE. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70.

BRASIL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – CADE. Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11.

BRASIL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – CADE. Voto do Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66.

BRASIL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – CADE. Voto-vista da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000820/2009-11.

BRASIL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – CADE. "Cade condena cartel no mercado internacional de compressores para refrigeração". Disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-no-mercado-internacional-de-compressores-para-refrigeracao> (acesso: 17 de setembro de 2016).

BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Voto do Ministro-Relator Marco Aurélio Belizze, nos autos do REsp 1.554.986/SP.

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

CONNOR, John M. *Our customers are our enemies: the lysine cartel of 1992-1995 in Review of Industrial Organization*, Boston, v. 18, n. 1, 2001.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. *Cartels as rational business strategy: crime pays in Cardozo Law Review*, n. 427 (2012). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1917657> (acesso: 17 de setembro de 2016).

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. *Demandas indenizatórias 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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice – 4th edition*. West Academic Publishing, 2011

LUNDQVIST, Bjorn; ANDERSSON, Helene. Access to documents for cartel victims and cartel members – is the system coherent? (June 21, 2015) in BERGSTRÖM, Maria; IACOVIDES, Marios; and STRAND, Magnus. *Harmonizing EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond*”, forthcoming with Hart Publishing/Bloomsbury in 2015. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2621258> (acesso: 17 de setembro de 2016).

MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a carteis: interface entre Direito Administrativo e Penal*. São Paulo: Editora Singular, 2013.

MATTOS, César Costa de. Introdução à teoria econômica dos carteis *in* CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; SCHAPIRO, Mário Gomes (Coordenadores). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. *Hard core cartels: report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*. Paris: OECD Press, 2005.

Organization for Economic Co-operation and Development – OECD. *Using Leniency to fight hard core cartels*. Paris: OECD Press, 2001.

SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu *in* *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 26, 2014.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

ASSOCIAÇÕES PARA EXPORTAÇÃO: UMA AMEAÇA OCULTA?

Análise empírica e comparada das concessões de certificados de isenção às associações para exportação¹.

Ludmilla Martins da Silva

Resumo: As associações para a exportação mascaram a prática de atividades de fixação de preços e divisão de mercados. Diferentemente dos cartéis clássicos, os cartéis de exportação recebem isenção antitruste uma vez que as eficiências associadas a sua implementação superariam seus custos. Não há um modelo universal de tratamento dessas estruturas, de forma que a concessão da imunidade condicionada à notificação da autoridade é apontada como a alternativa mais eficiente. O presente artigo, no entanto, entende haver uma supervalorização desse modelo, que na prática não permite a redução dos riscos associados à constituição de um cartel de exportação.

Palavras-chave: “associação para exportação”; “isenção antitruste”; “cartel de exportação”; “notificação”; “isenção explícita”.

Keywords: “*export association*”; “*antitrust exemption*”; “*export cartel*”; “*notification*”; “*explicit exemption*”.

Introdução

O processo de expansão produtiva e internacionalização do capital imprimiu um caráter estratégico às empresas transfronteiriças. A atividade de exportação, todavia, demanda alterações estruturais significativas com altos custos associados, o que representa uma barreira considerável a ser transposta por pequenas e médias empresas. Nesse contexto, sob argumentos de justiça e eficiência, foi promulgado, nos Estados Unidos da América, o *Webb-Pomerene Act* (WPA), isentando as associações de empresas voltadas para a atividade de exportação da aplicação das normas antitruste. O cerne da problemática que permeia essa espécie de associação refere-se ao fato dos agentes,

¹ Pesquisa desenvolvida com o fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

frequentemente, se engajarem em atividades de caráter cartelístico, como fixação de preços e/ou divisão de mercados, motivo pelo qual também são conhecidas como cartéis de exportação.

Os cartéis de exportação recebem isenção antitruste. Contudo, não há um modelo único de concessão dessa imunidade. Diante disso, a isenção explícita cumulada à necessidade de notificação da autoridade de defesa da concorrência é encarada como um sistema que permitiria, em tese, imprimir maior transparência à existência desses arranjos, minimizando seus custos de constituição. O objetivo central desse artigo é identificar a real eficácia dessa forma de controle dos cartéis de exportação, a partir da análise dos sistemas de notificação da Austrália, da Nova Zelândia (NZ) e dos Estados Unidos (EUA). O estudo também abará as dificuldades encontradas pelas autoridades de defesa da concorrência dos países importadores para acessar as informações coletadas no processo de notificação. Ademais, através de um levantamento empírico junto às agências reguladoras dos referidos Estados², acerca do número de certificados concedidos e notificações realizadas entre 2004 e 2014, buscar-se-á demonstrar a real existência desses conluíus, bem como a possível atuação dos mesmos sobre mercados brasileiros³.

1. Breve panorama da problemática das associações para exportação

Os cartéis de exportação são entendidos pela OCDE como acordos ou arranjos entre empresas constituídos para coordenar a atividade de exportação e cujos objetivos referem-se à fixação de preços e/ou divisão de mercados⁴.

² Os dados levantados, com exceção daqueles referentes aos EUA, não são de caráter público, assim o acesso foi possível através de pedidos realizados junto às agências de defesa da concorrência sob o manto da Lei de Acesso à Informação de cada um dos Estados. O mote central deste levantamento foi a atualização da pesquisa empírica feita por Levenstein e Suslow, em 2004, que trouxe a tona o número de cartéis de exportação existentes, entre 1994 e 2004, na Austrália, na Alemanha, no Japão e nos EUA.

³ É importante salientar que as pesquisas acerca do mecanismo de isenção explícita cumulada à necessidade de notificação dos cartéis de exportação são escassas. Há relevantes estudos, no âmbito nacional e internacional, que abordam a problemática dos cartéis de exportação. Esta pesquisa, todavia, destoa desses estudos, na medida em que o objetivo central não é esmiuçar os efeitos dessas estruturas ou as diferentes formas de tratamento, mas sim, verificar a efetividade prática do mecanismo de notificação e, com isso, demonstrar que existe uma supervalorização desse mecanismo que não pode servir como justificativa para reafirmar uma política de caráter eminentemente mercantilista.

⁴ OCDE, 1993, p. 84.^[1]_[SEPP]

Assim, podem se revestir de diferentes formas jurídicas⁵, dentre as quais a de uma associação propriamente dita

A isenção antitruste concedida, por sua vez, é justificada segundo os elementos distintivos dessas estruturas em relação aos cartéis clássicos. Enquanto os cartéis *hard core* produzem efeitos em mercados internos e externos, os cartéis de exportação não restringem a concorrência em mercados domésticos⁶, inviabilizando a aplicação da lei de defesa da concorrência nacional. Ademais, é possível afirmar, que ao contrário dos cartéis clássicos⁷, os cartéis de exportação são exemplo de *ancillary restraints*, pois ainda que possuam um caráter anticompetitivo, implicam em benefícios líquidos ao bem-estar social⁸.

A permissão de constituição de um cartel de exportação integra a política de comércio exterior de um Estado⁹, pois reflete positivamente em sua balança comercial. Em teoria, a imunidade permitiria que um maior número de empresas passasse a ofertar seus produtos e serviços em mercados externos, elevando o nível de exportação do país e contribuindo para seu enriquecimento¹⁰.

Os referidos efeitos positivos, todavia, mascaram o caráter mercantilista dessas isenções, que buscam o enriquecimento de uma nação através da transferência de renda dos consumidores dos países importadores aos

⁵ RODRIGUES, 2013, p. 12.

⁶ DOMINGUES, 2010, p. 132.

⁷ Os cartéis clássicos são uma *naked restraint*, pois “ainda que esses acordos pudessem gerar eficiências, estas dificilmente superariam ou compensariam a restrição à concorrência que implicam, pelo que já se presume seus efeitos líquidos deletérios” (RODRIGUES, 2013, p. 41).

⁸ RODRIGUES, 2013, p. 42.

⁹ DOMINGUES, 2010, p. 138.

¹⁰ Nesse sentido, os eficiências associadas não se limitam aos exportadores, atingindo diferentes estratos da sociedade. Em relação aos produtores, por exemplo, os cartéis de exportação: (i) permitem a diluição dos riscos da atividade de exportação entre os agentes; (ii) possibilitam a entrada de pequenas e médias empresas em mercados internacionais, através da divisão dos custos de exportação e; (iv) facilitam a penetração em novos mercados, na medida em que aumentam o poder de barganha dos produtores frente a possíveis arranjos de compra. Já no que tange à sociedade em geral, essas estruturas podem acarretar a implantação de novas técnicas de produção, implicando em uma melhoria na qualidade dos produtos comercializados, bem como uma elevação da taxas de emprego, devido ao aumento da demanda pelos produtos e serviços em mercados externos.

produtores dos países exportadores¹¹. Ademais, a concessão da imunidade por um Estado provoca a adoção recíproca por outros países, resultando em uma diminuição do bem-estar social global, motivo pelo qual Battacharjea defende que a isenção teria um caráter “míope”¹².

A ideia de “aumento do bem-estar social nacional” atrelada aos cartéis de exportação também é questionável, pois seus efeitos deletérios não se restringiriam aos mercados de importação. A aproximação entre os concorrentes pode resultar na troca de informações sensíveis (*i.e.* custo de produção, capacidade produtiva, política de preços) sobre os mercados domésticos, bem como na exclusão de outros *players*, provocando um retardamento do progresso técnico e científico. Além disso, o deslocamento da produção nacional para mercados externos, pode conduzir a um aumento dos preços praticados no âmbito nacional. Becker, nesse sentido, explica, que devido a interdependência entre mercados internos e externos, os cartéis de exportação só não refletirão no mercado doméstico, caso não haja consumo interno do produto ou serviço exportado¹³. Apesar da possibilidade de produção de efeitos internos e da restrição da concorrência em mercados importadores, a isenção continua a ser concedida por diversos Estados, o que permite inferir que essa é uma escolha política.

Não há um modelo único de regulação dos cartéis de exportação. Nesse contexto, um estudo realizado por Levenstein e Suslow, em 2004, mostrou que a concessão da imunidade é feita de modo implícito ou explícito pelos ordenamentos. A isenção implícita ocorre quando não há proibição específica na legislação nacional, o que permite inferir que a prática é autorizada. Por outro lado, a isenção explícita deixa claro a possibilidade de constituição dessas estruturas sem que haja a persecução antitruste. As pesquisadoras explicam que devido a uma onda de discussões acerca desses conluios no âmbito do *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy* (WGTCP)¹⁴, houve uma mudança na escolha legislativa

¹¹ Vale ressaltar, que essa situação é agravada quando a atuação dos cartéis de exportação ocorre em países menos desenvolvidos, pois a indústria nacional desses Estados passa a ter que competir com empresas sediadas em países desenvolvidos, cuja possibilidade de investimento em inovação é muito maior. Desse modo, além da transferência de riquezas dos consumidores aos exportadores, o desenvolvimento desses Estados é prejudicado pela presença desses conluios.

¹² BHATTACHARJEA, 2004, p. 2

¹³ BECKER, 2007, pp. 119-120.

¹⁴ Os cartéis de exportação ainda não foram amplamente discutidos internacionalmente. No âmbito do WGTCP ocorreu o primeiro debate multilateral sobre a concessão da

dos países que a passaram, então, a conceder a imunidade de modo implícito, já que esse modelo disfarça o real posicionamento dos Estados em relação a esses conluios¹⁵.

A ampla adoção da isenção implícita não é uma escolha eficiente, pois acentua o quadro de incertezas que permeia os cartéis de exportação e não minimiza os efeitos deletérios dos mesmos, diante disso a melhor alternativa apontada seria a proibição dessas estruturas. Contudo, em um ambiente em que essa possibilidade parece ser impossível, já que a proibição por um Estado coloca as empresas nacionais em posição de desvantagem frente àquelas situadas em países que concedem a imunidade, os sistemas que condicionam a escusa à notificação da autoridade competente são apontados como uma melhor alternativa à isenção, imprimindo transparência à existência desses conluios e permitindo seu controle.

Em teoria, as notificações possuem algumas vantagens. Em um primeiro momento, possibilitam a realização de um teste de eficiências, a fim de examinar se os benefícios da associação dos *players* ultrapassam os custos associados, enquanto, que em um segundo momento, a execução de um monitoramento periódico sobre as atividades empreendidas pelos agentes, permite a repressão de possíveis práticas anticompetitivas em mercados internos, bem como a prevenção de sua ocorrência. Ademais, a notificação é igualmente relevante em termos de *enforcement* da legislação antitruste pelos países importadores, que através de mecanismos de cooperação internacional podem obter informações para a persecução de estruturas que afetem seus mercados, bem como reduzir os custos associados à investigação das práticas. Por fim, o registro de informações auxilia o desenvolvimento de estudos que podem contribuir para o avanço dos debates internacionais.

Apesar de ser apontada como escolha regulatória mais eficiente em um modelo de isenção, a notificação só é adotada por cinco países, a saber, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Israel e Taiwan. O presente estudo se restringirá aos três primeiros em razão da maturidade dos sistemas de defesa da concorrência nesses Estados, bem como da facilidade de acesso às informações e da língua adotada. A próxima seção será dedicada à análise dos procedimentos de notificação adotados por esses Estados, visando

imunidade e sobre os efeitos dos cartéis de exportação. Contudo, não houve um consenso entre os países, o que resultou na retirada do assunto da pauta da Rodada Doha, em 2004, marcando a estagnação das discussões.

¹⁵ LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 22.

identificar se a melhor opção legislativa seria de fato a isenção explícita dessas estruturas.

2. Procedimentos de isenção: uma análise empírica e comparada

2.1 Austrália

O *Competition and Consumer Act* (CCA) adota a lógica das eficiências, permitindo que os agentes requeiram uma autorização para a prática de condutas lesivas à concorrência, desde que os benefícios associados ultrapassem seus custos. Nesses casos, a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), autoridade competente para administrar a aplicação do CCA, analisa o pedido através de um teste quantitativo de eficiências, conferindo, ou não, uma autorização aos agentes.

Os cartéis de exportação, no entanto, não são submetidos ao referido teste de eficiências. A imunidade é garantida pelo parágrafo 51(2)(g) do CCA, que estipula que as disposições sobre práticas restritivas da concorrência não serão aplicadas a “qualquer disposição de contrato, acordo ou memorando, que seja relacionado exclusivamente à exportação de mercadorias ou à prestação de serviços em mercados externos”¹⁶. A notificação da autoridade é condição para o recebimento de isenção. As informações devem ser entregues à ACCC até 14 dias a contar da data de estabelecimento do contrato, acordo ou memorando, devendo incluir todos os dados acerca dos métodos de fixação, controle ou manutenção de preços.

Em relação ao procedimento de notificação, a leitura conjunta do parágrafo 51(2)(g) e da seção 166¹⁷ do CCA permite inferir que essa é

¹⁶ Tradução livre de: “to any provision of a contract, arrangement or understanding, being a provision that relates exclusively to the export of goods from Australia or to the supply of services outside Australia, if full and accurate particulars of the provision (not including particulars of prices for goods or services but including particulars of any method of fixing, controlling or maintaining such prices) were furnished to the Commission before the expiration of 14 days after the date on which the contract or arrangement was made or the understanding was arrived at, or before 8 September 1976, whichever was the later”. Seção 51(2)(g)

¹⁷ “Section 166 - (1) Where particulars of, or of a provision of, a contract, arrangement or understanding have been furnished to the Commission for the purposes of paragraph 51(2)(g), the Commission shall, on application by a party to the contract or to the arrangement or understanding, cause to be furnished to the party a certificate signed by a member of the Commission specifying the particulars so furnished and the date on which the particulars were furnished.(2) A certificate referred to in subsection (1) shall

caracterizada pela entrega dos contratos, arranjos ou memorandos que contenham disposições acerca da atividade de exportação. As partes integrantes desses acordos, por sua vez, podem requerer um certificado de isenção, que poderá ser usado caso a prática venha a ser contestada em algum tribunal. Assim, a isenção se restringe às práticas, às atividades e às partes descritas no certificado.

O CCA não deixa claro a existência de juízo valorativo acerca das eficiências e dos custos associados às disposições cartelísticas. A inexistência de análise pode ser constatada em um guia veiculado pela ACCC, em que a autoridade relata o procedimento de notificação, a fim de incentivar e esclarecer aos exportadores australianos a exoneração concedida pelo parágrafo 51(2)(g) do CCA¹⁸. Nesse sentido, é possível afirmar que a isenção é direta, ou seja, basta a subsunção da conduta à norma para a autoridade conceda o certificado.

Outro ponto relevante, diz respeito à confidencialidade das informações entregues à autoridade que, segundo o parágrafo terceiro da Seção 166 do CCA, não são públicas. O acesso restrito escancara a caráter mercantilista a legislação australiana e contribui para a manutenção da assimetria de informação que permeia a existência e o funcionamento desses arranjos, dificultando o *enforcement* da legislação pelos países importadores.

Diante disso, observa-se que o procedimento adotado (i) não minimiza os riscos de produção de efeitos internos associados aos cartéis de exportação; (ii) não imprime maior transparência à existência desses arranjos; (iii) não contribui ao *enforcement* da legislação pelos países afetados; e (iv) não coopera com a evolução dos debates internacionais. Portanto, nenhuma das eficiências associadas ao modelo de isenção explícita condicionada à notificação da autoridade são encontradas no sistema australiano.

Por fim, em relação à real utilização da isenção pelos *players*, a Tabela 1 traz informações sobre o número de notificações relacionadas à isenção concedida aos arranjos de exportação entre 2004 e 2014.

be received in all courts as evidence that the particulars specified in the certificate were furnished to the Commission on the date so specified. (3) A person is not entitled to inspect any particulars of, or of a provision of, a contract, arrangement or understanding that have been furnished to the Commission for the purposes of paragraph 51(2)(g), but the Commission may make those particulars available to the Minister or to an officer acting on behalf of, and with the authority of, the Minister or to a court.”

¹⁸ AUSTRALIA, 2011, p. 5.

Tabela 1 - Número de notificações feitas à ACCC relativas ao parágrafo 51(1)(g) do CCA (2004-2014)

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
5	9	14	11	8	5	3	4	5	8	3

Fonte: Dados obtidos junto à agência de defesa da concorrência australiana sob a lei de acesso à informação.

É possível notar que foram notificadas de setenta e cinco operações voltadas à exportação. Os altos números podem ser explicados através da escolha legislativa que requer que a autoridade seja notificada sobre qualquer disposição contratual, acordo ou memorando relacionado exclusivamente à atividade de exportação. Desse modo, não há necessidade de constituição de uma associação, como no modelo norte americano, bastando a existência de cláusulas contratuais voltadas à atividade de exportação, o que torna o modelo mais acessível aos produtores.

2.2 Nova Zelândia

Um acordo de livre comércio entre Austrália e Nova Zelândia, firmado em 1983, fixou a necessidade de harmonização das disposições regulatórias de ambos Estados. Assim, o *Commerce Act* 1986 (NZCA) é muito semelhante ao CCA, o que reflete na isenção concedida aos cartéis de exportação.

O parágrafo 44(1)(g) do NZCA disciplina que as disposições antitruste não se aplicam “à celebração de um contrato, arranjo ou entendimento que contenha disposições relacionadas exclusivamente à exportação de mercadorias da NZ ou ao fornecimento de serviços em mercados externos”. A isenção, assim como no modelo australiano, é condicionada ao fornecimento de informações completas e precisas à *Commerce Commission* (NZCC) em até 15 dias úteis após a data em que o contrato, arranjo ou memorando foi constituído¹⁹.

¹⁹ “(1) Nothing in this Part applies— (g) to the entering into of a contract, or arrangement, or arriving at an understanding in so far as it contains a provision that relates exclusively to the export of goods from New Zealand or exclusively to the supply of services wholly outside New Zealand, if full and accurate particulars of the provision (not including particulars of prices for goods or services but including particulars of any method of fixing, controlling, or maintaining such prices) were furnished to the Commission before the expiration of 15 working days after the date on which the contract or arrangement was made or the understanding was arrived at, or 60

As discussões acerca dos cartéis de exportação na NZ são escassas. Não há na legislação ou na literatura acadêmica informações acerca do procedimento de notificação da autoridade competente, o que enseja críticas por alguns grupos, que apontam que a NZCC funcionaria como um simples depositário de informações, não exercendo qualquer tipo de controle de legalidade ou teste de eficiências acerca dessas estruturas. Além disso, o fornecimento dos dados à autoridade também não garantiria a imunidade, a aplicação da isenção só seria discutida, caso a conduta viesse a ser questionada em algum tribunal nacional. Diante disso, aponta-se haver muitas incertezas em relação ao instituto, desincentivando a constituição desses arranjos²⁰, como pode ser observado na Tabela 2.

Tabela 2 – Número de notificações referentes parágrafo 44(1)(g) do NZCA ao realizadas à *Commerce Commission* entre 2004 e 2014.

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
0	0	2	0	0	0	1	1	0	1	2

Fonte: Dados obtidos junto às agências de defesa da concorrência da NZ.

A diferença nos resultados australianos e neozelandeses se deve a fatores econômicos, culturais e regulatórios. A NZ, ao contrário de sua vizinha, faz uso intenso de *producers board*, conselhos de produtores constituídos sob a forma de uma cooperativa cuja adesão é obrigatória. Essas estruturas permitem a obtenção dos mesmos efeitos de um arranjo de exportação sem, todavia, sofrer ameaças de perseguição pela autoridade antitruste do país importador. Portanto, a existência dessas cooperativas cumuladas às incertezas associadas ao parágrafo 44(1)(g) do NZCA podem explicar a baixa adesão das empresas neozelandesas aos arranjos de exportação.

Ademais, os mecanismos de obtenção dos dados através de cooperação internacional entre agências também é dificultado pela legislação neozelandesa, que estabelece nas seções 99C à 99P: (i) a necessidade de que as agências requerentes possuam acordos de cooperação com a NZCC; (ii) a vedação ao fornecimento de informações que possam afetar os interesses comerciais da NZ; e (iii) a vedação da utilização das informações fornecidas em procedimentos que imponham sanções pecuniária ou procedimentos equivalentes. Diante disso, qualquer tentativa de obtenção de dados pela

working days after the commencement of this Act, whichever is the later”.Seção 44(1)(g) NZCA.

²⁰ NEW ZEALAND, 2012, p. 331

autoridade brasileira, por exemplo, é dificultada, uma vez que (i) o Brasil não possui acordo de cooperação bilateral em matéria civil, criminal ou concorrencial com a NZ; (ii) os arranjos de exportação afetam diretamente os interesses comerciais da NZ e; (iii) as informações requeridas, se fossem obtidas, seriam utilizadas em processos para a imposição de sanções pecuniárias aos integrantes do conluio. Portanto, ainda que não haja uma vedação expressa ao fornecimento dos dados, como na legislação australiana, o NZCC atravanca qualquer possibilidade de obtenção dos mesmos.

Diante do exposto, de modo análogo ao sistema australiano, é possível concluir que o procedimento de notificação previsto na legislação neozelandesa também não permite o controle ou monitoramento pela autoridade competente, não há publicidade e sequer possibilidade de acesso ao conteúdo dos registros.

2.3 Estados Unidos

Os EUA foi o primeiro país a implementar um sistema de defesa da concorrência, com a publicação do *Sherman Antitrust Act* (SAA), em 1890, e também o primeiro a conceder a isenção aos cartéis da exportação. Diferentemente da Austrália e da NZ, a concessão da imunidade está prevista em dois instrumentos distintos. A primeira disposição assegurando a inaplicabilidade do SAA às associações de exportação foi estampada no *Webb-Pomerene Act* (WPA), em 1918. A imunidade foi justificada através de argumentos de justiça e eficiência, na medida em que a associação de agentes permitiria que pequenas e médias empresas partilhassem os altos custos de exportação, adentrando em mercados internacionais. Além disso, a imunidade colocava as empresas americanas em condições de igualdade em mercados internacionais, aumentando seu poder de barganha frente aos inúmeros cartéis de compras existentes.

Apesar das intensões legislativas, a imunidade não obteve o sucesso esperado. Entre 1918 e 1940, houve o registro de apenas 120 associações, dentre as quais a maioria existiu por apenas um curto período²¹⁻²². Assim,

²¹ TAYLOR, 1981, p. 388.

²² O insucesso do WPA, segundo Miura, teria sido provocado por uma série de fatores, como (i) incertezas geradas pelo texto legislativo acerca das atividades abarcadas pela isenção; (ii) altas exigências associadas à obtenção da imunidade; (iii) restrição da isenção aos produtos, não envolvendo as exportações de serviços; (iv) necessidade de notificação da autoridade concorrencial para a constituição de uma associação de exportação, o que causava receio quanto às informações fornecidas; e (v) imposição de

movido pela baixa resposta ao WPA, pela alta concorrência sofrida pelas empresas norte americanas em relação aos cartéis japoneses²³ e pela limitação da isenção à exportação de produtos, o Congresso norte americano publicou, em 1982, o *Export Trading Association Act* (ETCA), cujo mecanismo de isenção se distingue significativamente em relação ao WPA.

2.3.1 A isenção sob o *Webb-Pomerene Act*.

A seção 1 do WPA (15 U.S.C., §1°) dispõe que “nada contido no SAA deve ser interpretado, como declaratório da ilegalidade de uma associação formada com a única finalidade de se engajar no comércio de exportação”²⁴⁻²⁵. A seção 2 do WPA, por sua vez, define o termo “comércio de exportação”, como “o comércio de bens, produtos ou mercadorias exportadas, ou em vias de serem exportadas dos EUA ou de qualquer um de seus territórios a qualquer outro país”²⁶. Não há imunidade, portanto, à exportação de serviços ou atividades bancárias.

responsabilidade penal objetiva por efeitos indiretos sob o mercado interno. MIURA, 2010, pp. 132-133.

²³ LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 343.

²⁴ “Nothing contained in the Sherman Act [15 U.S.C. 1 et seq.] shall be construed as declaring to be illegal an association entered into for the sole purpose of engaging in export trade and actually engaged solely in such export trade, or an agreement made or act done in the course of export trade by such association, provided such association, agreement, or act is not in restraint of trade within the United States, and is not in restraint of the export trade of any domestic competitor of such association: Provided, That such association does not, either in the United States or elsewhere, enter into any agreement, understanding, or conspiracy, or do any act which artificially or intentionally enhances or depresses prices within the United States of commodities of the class exported by such association, or which substantially lessens competition within the United States or otherwise restrains trade therein”.

²⁵ The word "association" wherever used in this subchapter means any corporation or combination, by contract or otherwise, of two or more persons, partnerships, or corporations”. Seção 1 do WPA^[L]_[SEP]

²⁶ “The words "export trade" wherever used in this subchapter mean solely trade or commerce in goods, wares, or merchandise exported, or in the course of being exported from the United States or any Territory thereof to any foreign nation; but the words "export trade" shall not be deemed to include the production, manufacture, or selling for consumption or for resale, within the United States or any Territory thereof, of such goods, wares, or merchandise, or any act in the course of such production, manufacture, or selling for consumption or for resale”. (Seção 1 do WPA).

Outra limitação estabelecida pelo legislador diz respeito aos possíveis efeitos internos dessas estruturas. Assim, determinou-se que a isenção será concedida desde que a associação (i) não restrinja a concorrência nos mercados domésticos; (ii) não afete as exportações de concorrentes nacionais; e (iii) não acorde, entenda, conspire ou aja visando afetar os preços domésticos das classes de produtos exportados, diminuir substancialmente a concorrência interna ou restringir o comércio nos EUA.

A concessão da isenção, todavia, é condicionada ao fornecimento, ao *Federal Trade Commission* (FTC), em até 30 dias contados da data de constituição da associação para exportação, de uma declaração contendo dados sobre os membros e os funcionários da associação, bem como informações sobre sua localização. Há também um dever legal de apresentação anual de documentos que permitam a identificação da associação e de seus integrantes, os quais são utilizados na atualização do cadastro de informações dessas estruturas, facilitando o *enfocement* da legislação diante de uma possível violação da isenção. Vale ressaltar, que a não entrega dos relatórios anuais, submete os agentes ao pagamento de multa, bem como à revogação de sua isenção²⁷.

²⁷ “§65. Information required from export trade corporation; powers of Federal Trade Commission. Every association which engages solely in export trade, within thirty days after its creation, shall file with the Federal Trade Commission a verified written statement setting forth the location of its offices or places of business and the names and addresses of all its officers and of all its stockholders or members, and if a corporation, a copy of its certificate or articles of incorporation and bylaws, and if unincorporated, a copy of its articles or contract of association, and on the 1st day of January of each year every association engaged solely in export trade shall make a like statement of the location of its offices or places of business and the names and addresses of all its officers and of all its stockholders or members and of all amendments to and changes in its articles or certificate of incorporation or in its articles or contract of association. It shall also furnish to the Commission such information as the Commission may require as to its organization business, conduct, practices, management, and relation to other associations, corporations, partnerships, and individuals. Any association which shall fail so to do shall not have the benefit of the provisions of sections 62 and 63 of this title, and it shall also forfeit to the United States the sum of \$100 for each and every day of the continuance of such failure, which forfeiture shall be payable into the Treasury of the United States, and shall be recoverable in a civil suit in the name of the United States brought in the district where the association has its principal office, or in any district in which it shall do business. It shall be the duty of the various United States attorneys, under the direction of the Attorney General of the United States, to prosecute for the recovery of the forfeiture.

Apesar das rígidas limitações impostas pelo legislador norte americano no que tange à produção de efeitos em mercados nacionais, o FTC não exerce um exame profundo sobre os efeitos dos cartéis. Em outras palavras, o procedimento de notificação não envolve a análise das eficiências e dos custos advindos da associação de exportação. O controle anual, todavia, funciona como um interessante mecanismo de repressão de práticas anticompetitivas em mercados domésticos, na medida em que reforça a autoridade do FTC sob os agentes em conluio.

2.3.2 A isenção sob o *Export Trading Association Act*

A isenção antitruste é concedida através da emissão do *Export Trade Certificate of Review* requerido junto ao Secretário do Comércio. De modo distinto à imunidade garantida pelo WPA, o registro de uma *Export Trading Company* (ETC) é realizado pelo Departamento de Comércio e pelo Departamento de Justiça.

A imunidade concedida pelo ETCA também é limitada à produção de efeitos internos, sendo conferida quando as atividades de exportação não (i) resultem na diminuição ou restrição da concorrência dentro dos EUA; (ii) causem o aumento, a estabilização ou a diminuição injustificada dos preços praticados internamente; (iii) constitua métodos injustos de concorrência contra os demais exportadores norte americanos; ou (iv) inclua a venda de produtos ou serviços dentro do território dos EUA²⁸. A análise da presença dos requisitos, por sua vez, é realizada pelo Secretário Geral em concordância com o Procurador Geral. É necessário que ambos concordem com a concessão para que o certificado seja expedido.

The costs and expenses of such prosecution shall be paid out of the appropriation for the expenses of the courts of the United States. [...]” (grifos no original).

²⁸ “§4013. Issuance of certificate (a) Requirements. A certificate of review shall be issued to any applicant that establishes that its specified export trade, export trade activities, and methods of operation will— (1) result in neither a substantial lessening of competition or restraint of trade within the United States nor a substantial restraint of the export trade of any competitor of the applicant, (2) not unreasonably enhance, stabilize, or depress prices within the United States of the goods, wares, merchandise, or services of the class exported by the applicant, (3) not constitute unfair methods of competition against competitors engaged in the export of goods, wares, merchandise, or services of the class exported by the applicant, and (4) not include any act that may reasonably be expected to result in the sale for consumption or resale within the United States of the goods, wares, merchandise, or services exported by the applicant”.

Os *Certificates of Review* são publicados no *Federal Reserve*, podendo ser amplamente acessados por qualquer pessoa. Esses documentos contêm especificações sobre (i) as atividades desenvolvidas pela ETC, (ii) os métodos de exportação, (iii) os produtos ou serviços exportados e (iv) os agentes participantes. Apesar da isenção concedida não possuir um prazo determinado podendo ser revogada pelo Departamento ou renunciada voluntariamente pelos requerentes, ela é limitada às práticas descritas no certificado, as quais possuem uma presunção de legalidade²⁹. Ademais, é necessário o fornecimento de relatórios anuais que devem comunicar quaisquer alterações no funcionamento ou na estrutura do arranjo, a fim de que haja a atualização dos certificados.

A possibilidade de alterar os certificados estendendo ou restringindo os termos da isenção permite que esses documentos se moldem às novas oportunidades comerciais e, ao mesmo tempo, força os detentores a comunicar qualquer alteração. A apresentação das atualizações, além de fortalecer a figura da autoridade, permite um monitoramento contínuo das atividades empreendidas pelas ETCs.

Diante disso, a complexidade do mecanismo de concessão da imunidade do ETCA é maior que a do WPA. A isenção depende de uma dupla análise realizada pelo Secretário de Comércio e pelo Procurador Geral, adstrita ao controle dos efeitos internos. A verificação da viabilidade do arranjo, dessa forma, é realizada segundo os benefícios do mesmo aos mercados norte americanos, bem como à inexistência de efeitos deletérios internos. Não há questionamentos acerca dos possíveis efeitos externos das estruturas.

A alteração do sistema de concessão da imunidade e a modificação do eixo regulador do ETCA, que deixou de ser o FTC, contribuiu para o sucesso do instrumento, que recebeu e recebe inúmeros registros. Contudo, a alteração também revela um afastamento desses arranjos da política antitruste norte americana e uma aproximação da política econômica.

A Tabela 3 mostra o número de autorizações concedidas sob o manto do ETCA e do WPA entre 2004 e 2014. Em relação aos dados do WPA, vale

²⁹ Vale ressaltar, que há uma “imunidade virtual”, na medida em que não há que se falar em responsabilidade civil ou criminal, se o objeto da ação for conduta descrita no certificado, salvo nos casos em que o Departamento de Justiça entender que existe uma ameaça real de dano irreparável, situação em que poderá propor ação em face dos detentores do certificado (§4016 do ETCA). Já em relação às ações movidas por particulares, os certificados impedem a incidência de *treble damages*.

ressaltar que esses dizem respeito ao número de associações vigentes em cada ano. Assim, entre 2004 e 2014, houve a extinção de sete associações ao longo do tempo, enquanto cinco permaneceram em funcionamento por todo o período³⁰. Essa variação pode ser explicada, *inter alia*, pela complexidade envolvida na abertura de uma associação, bem como pela inaplicabilidade do WPA à exportação de serviços.

Tabela 3 - Número de autorizações concedidas sob o ETCA e o WPA (2004-2014)

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
ETCA	5	1	3	3	9	1	3	2	4	1	1
WPA	11	7	7	8	6	5	6	-	4	5	3

Fonte: Dados obtidos junto ao FTC sob a lei de acesso à informação, bem como retirados de: ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Federal Register. Apresenta os arquivos de publicação dos certificados emitidos pelo Departamento de Comércio norte americano. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov>>. Acesso em 10 jul. 2015.

Os números do ETCA, por sua vez, dizem respeito à quantidade de *certificates of review* emitidos entre 2004 e 2014³¹. Apesar da flexibilidade do

³⁰ Apesar de ter sido requerido, o FTC não forneceu os dados relativos ao ano de 2011.

³¹ Os números relacionados às imunidades concedidas sob o manto do ETCA foram obtidos no site do *Federal Register*. Assim, pesquisou-se o termo “*export trade certificate of review*”, cumulada à delimitação do período amostral (2004-2014), o que resultou em 196 resultados, dentre os quais 163 foram descartados, pois não se referiam à emissão de um novo certificado, mas sim a alterações, requerimentos, revogações e modificações de autorizações já existentes. A seleção dos certificados emitidos, por sua vez, foi realizada a partir da análise do conteúdo de cada documento. Cumpre salientar, que apesar de o *Federal Register* utilizar sua própria classificação em (a) *notice of issuance of Export Trade Certificate of Review*; (b) *notice of issuance of an amended Export Trade Certificate of Review*; (c) *notice of application for an Export Trade Certificate of Review*; (d) *notice of application for an amendment in Export Trade Certificate of Review*; (e) *notice of a revocation of an Export Trade Certificate of Review*; e (f) *notice of a modification of an Export Trade Certificate of Review*, essa não foi utilizada pela presente pesquisa, pois verificou-se que havia disparidade entre o conteúdo do certificado e a classificação dada ao mesmo. Assim, alguns documentos que previam apenas a emenda de certificados já concedidos foram classificados como “*notice of issuance of Export Trade Certificate of Review*”, esses casos foram desconsiderados pela presente pesquisa.

ETCA em relação ao WPA, observa-se que as emissões não foram expressivas, o que pode ser explicado pela publicação do *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA), que esclareceu não haver incidência do SAA às condutas relacionadas ao comércio exterior que não afetem os mercados internos norte americanos ou o mercado dos territórios associados. Em outras palavras, ao se esclarecer o âmbito de aplicação do SAA, criou-se um incentivo para que as empresas deixassem de notificar a autoridade competente, pois a inaplicabilidade da legislação antitruste estaria garantida desde que a conduta não restringisse a concorrência internamente.

A partir da análise da Tabela 3 é possível tecer algumas conclusões, como: (i) a crise do *subprime* (2007-2008) parece ter refletido no número de arranjos existentes, a quebra de relevantes instituições financeiras corroborou à procura de mecanismos que permitissem repartição dos custos de exportação através da formação de conluios entre os agentes; (ii) as discussões internacionais promovidas no âmbito do WGTC não parecem ter surtido efeito entre as empresas, na medida em que não houve uma redução significativa no número de arranjos vigentes; e (iii) não há um padrão de variação que permita inferir a existência de uma tendência à entrada em desuso dessas estruturas.

Ademais, a partir da análise do conteúdo desses certificados publicados pelo *Federal Register*, é possível observar que o espectro de proteção das condutas é extremamente amplo, pois as requisições ocorrem sem limitação de mercados ou produtos. Desse modo, em relação aos produtos e/ou serviços comercializados, dentre os trinta e três certificados emitidos no período amostral em questão, dezoito possuem descrições gerais prevendo que a ETC comercializará: “todos os produtos, todos os serviços, direitos de propriedade intelectual e serviços de facilitação do comércio”. Já em relação aos mercados afetados, dentre os trinta e três emitidos, vinte e seis certificados os descrevem como “todas as partes do mundo, exceto EUA”. Diante disso, é possível concluir que em vinte e seis certificados existe uma potencialidade de atuação do cartel de exportação sob os mercados brasileiros³².

Em relação às atividades empreendidas por esses arranjos, a Tabela 4 segmenta as condutas descritas pelos certificados em classes a fim de facilitar

³² Cumpre salientar, que não é possível, a partir da análise dos certificados, afirmar que as ETCs atuam de fato ou produzem efeitos sobre o Brasil, pois o *Federal Register* não publica notícias sobre as desistências dessas isenções, logo é necessário apurar a real existência desses arranjos. Além disso, é necessário que se analise com precisão os mercados relevantes sob os quais esses cartéis de exportação atuam, a fim de verificar se o território brasileiro é afetado pelas condutas. Contudo, não é possível negar que exista uma potencialidade de atuação.

a análise. Desse modo, observa-se que há o predomínio de estruturas que visam (i) a fixação do preço de exportação; (ii) a alocação das demandas de exportação entre os membros; e (iii) a alocação das áreas geográficas, países, mercados de exportação e/ou consumidores dos mercados de importação. Por outro lado, há também estruturas que atuam como facilitadoras de exportação ou intermediárias dessa atividade, se engajando na criação de mecanismos conjuntos para o financiamento de informações, bem como para o monitoramento dos padrões de qualidade dos produtos e/ou serviços comercializados³³.

Tabela 6 - Classificação das condutas descritas nos certificados (2004-2014)

Classes das Condutas	Nº de certificados
Fixação de preço de exportação.	26
Alocação das demandas de exportação entre os membros.	26
Condução da distribuição dos produto, serviço e direitos de propriedade intelectual nos mercados de exportação.	5
Fixação da oferta nos mercados de exportação.	7
Alocação das áreas geográficas, dos países e/ou dos consumidores nos mercados de importação entre os membros, fornecedores, distribuidores ou representantes de venda.	23
Troca de informações sobre, <i>inter alia</i> , vendas, preços, quantidades, qualidade e termos e condições dos contratos de venda.	27
Acordo com distribuidores, consumidores ou compradores estrangeiros estabelecendo, ou não, acordos exclusivos de fornecimento.	18
Arranjo com consumidores primários para permitir a venda de produtos sob encomenda.	1
Contratos de transporte.	15

³³ C.F. WALLER, 1992, PP. 245-252.

Estabelecimento de padrões de qualidade e serviços de análise dos mesmos.	2
Operação através de escritórios externos e companhias que facilitem as vendas e distribuição dos produtos.	1
Classes das Condutas	Nº de certificados
Formação de arranjos com intermediários de caráter exclusivo ou não.	1
Condução direta das vendas nos mercados de exportação.	1
Prestação de serviços de facilitação das exportações.	17
Condução de atividades de pesquisa e análise do mercado externo a fim de que haja o repasse aos membros.	19
Busca por financiamento das exportações.	1
Desenvolvimento e disseminação de novos relatórios industriais (baseados somente em informações públicas) para compradores estrangeiros, bem como fornecimento das informações públicas disponíveis para compradores estrangeiros, sobre itens, como inventários de cultura e estrutura do mercado norte americano do produto ou serviço exportado.	1
Organização e condução da representação conjunta dos membros aos compradores.	1
Investimento conjunto na atividade de exportação (desenvolvimento de contratos, adaptação de produtos, consolidação de meios de escoamento)	1
Acordos exclusivos ou não com os fornecedores	16
Ação como intermediadores no mercado de exportação.	1
Desenvolvimento e recomendação aos seus membros de modelos comuns de negócios para reduzir as barreiras externas ao comércio e, conseqüente, expansão dos mercados.	1
Promoção do produto ou serviço no mercado de exportação	6

Fonte: Gráfico construído a partir de dados retirados de: ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Federal Register. Apresenta os arquivos de publicação dos certificados emitidos pelo Departamento de Comércio norte

americano. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov>>. Acesso em 10 jul. 2015.

3. Conclusão

Portanto, a análise dos procedimentos de notificação dos cartéis de exportação na Austrália, na Nova Zelândia e nos EUA permite inferir que existe uma supervalorização desse sistema, já que os processos não permitem uma diminuição dos riscos de constituição da associação e sequer contribuem para a reversão do quadro de incertezas no qual esses arranjos encontram-se inseridos. Dentre os sistemas examinados, o modelo norte americano é o mais eficiente, pois associa um juízo valorativo acerca das atividades empreendidas pelas associações de exportação à publicidade dos certificados. Contudo, a concessão de certificados com amplo escopo de aplicação, não contribui significativamente para as investigações conduzidas pelas autoridades de países importadores, nem esclarece a dinâmica de funcionamento dessas estruturas, o que permitiria o desenvolvimento de estudos mais acurados sobre o tema.

Bibliografia

AHDAR, Rex J. Antitrust Policy in New Zealand: The beginning of a New Era. *Berkeley Journal of International Law*. v. 9, n. 2, winter 1992. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1113&context=bjil>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

AUSTRALIA. Australian Competition & Consumer Commission. *Guide to the export agreement exemption in the Competition and Consumer Act*. May, 2011. Disponível em: < <http://www.accc.gov.au/publications/export-agreements-and-the-competition-and-consumer-act>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

_____. Competition and Consumer Act 2010. An Act relating to competition, fair trading and consumer protection, and for other purposes. Disponível em: < http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/> . Acesso em: 25 mar. 2015.^[1]_[SEP]

_____. Nacional Competition Council. Review of sections 51(2) and 51(3) of the Trade Practices Act 1974. Final Report. March, 1999. Disponível em: < <http://ncp.ncc.gov.au/docs/LESe-001.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2015. p.^[1]_[SEP]10.

_____. Nacional Competition Council. *Review of sections 51(2) and 51(3) of the Trade Practices Act 1974*. Final Report. March, 1999. Disponível em: < <http://ncp.ncc.gov.au/docs/LESe-001.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2015

BECKER, Florian. *The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism*. Journal of Competition Law and Economics, March 2007. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/content/3/1/97.full.pdf+html?sid=99d4f347-9c07-4bc2-9aa4-19df7c112066>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

BHATTACHARJEA, Aditya. *Export Cartels*. A developing country perspective. Working Paper n. 120. Centre for Development Economics. January, 2004. Disponível em: <<http://www.cdedse.org/pdf/work120.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2014

DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste*. 2010. 305 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, São Paulo, 2010.

LEVENSTEIN, Margaret C; SUSLOW, Valerie Y. The Changing International status of export cartels exemptions. *Ross School of Business Working Paper Series*. Working Paper Series n. 879. University of Michigan, November 2004.

MIURA, Maira Yuriko Rocha. *Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira. Uma visão de Direito Comercial*. 2010. 227 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010

NEW ZEALAND. Productivity Commission. *International freight transport services inquiry. Appendix E New Zealand's regulatory approach to international shipping*. April, 2012. Disponível em: <http://www.productivity.govt.nz/sites/default/files/E%20NZ's%20regulatory%20approach%20to%20international%20shipping_0.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. *Commerce Act 1986*, de 28 de abril de 1986. The purpose of this Act is to promote competition in markets for the long-term benefit of consumers within New Zealand. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0005/latest/DLM87623.html>>. Acesso em: 25 abr. 2015

OCDE. *Glossary of industrial organization economics and competition law*. 1993. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

OLIVER, Covey T. State export cartels and international justice. *Northwestern University la review*. v. 72, n. 2, 1977, p. 181-197.

RODRIGUES, Eduardo Henrique Kruei. *As isenções antitruste a cartéis de exportação: perspectiva do outro lado da fronteira*. 2013. 83 f. Trabalho de conclusão de curso (Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

TAYLOR, Graham D. Debate in the United States over the control of International Cartels, 1942-1950. *The International History Review*, v. 3, n. 3, Jul. 1981, pp. 385-398. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40105150>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Commerce. The Export Trade Certificate of Review Program - The Competitive Edge for U.S Exporters. Guidelines. Disponível em: <http://www.trade.gov/mas/ian/etca/tg_ian_002140.asp>. Acesso em: 05 mai. 2015

_____. Export trading company act of 1982. 15 U.S.C, Ch. 66. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 05 mai. 2015

_____. Webb-Pomerene Act, 15 U.S.C, ch 2, sch. II. Disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 05 mai. 2015

Prêmio IBRAC-TIM 2016

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A SUPERVALORIZAÇÃO DO ANTITRUSTE?

Luiz Antonio Galvão

Resumo: A ideia por trás deste artigo é analisar em que medida os objetivos que vêm sendo atribuídos ao direito antitruste não seriam superiores ao que ele consegue, sozinho, concretizar. No contexto dessa possível supervalorização do direito antitruste, o seu alinhamento com as políticas públicas determinadas pelo Estado e aplicadas por outros órgãos é essencial para a efetividade da política que se propõe, especialmente em países em desenvolvimento. Pretende-se verificar em que grau a autoridade antitruste deve estar alinhada a outros órgãos do governo e de que forma pode haver um embate entre elas quando da implementação de políticas públicas.

Palavras-chave (português): “direito antitruste”; “política pública”; “desenvolvimento”; “defesa da concorrência”; “cartel”; “concentração econômica”.

Palavras-chave (inglês): “antitrust law”; “public policy”; “development”; “competition policy”; “cartel”; “merger review”.

1. Introdução

O direito antitruste tem ganhado cada vez mais importância ao longo dos últimos anos. No Brasil, em especial, o debate tornou-se mais intenso na década de 90, com a promulgação da Lei nº 8.884/1994. O tema ganhou ainda mais relevância com a promulgação da Lei nº 12.529/2011, que reestruturou o sistema de defesa da concorrência no Brasil, além de introduzir importantes modificações, como a análise prévia de atos de concentração econômica.

Corre em paralelo à maturidade da defesa da concorrência no Brasil e no mundo o debate sobre quais seriam os objetivos do direito antitruste. Em outras palavras, como deve ser a aplicação da lei concorrencial pelas autoridades antitruste? Deve ser ela estritamente técnica, fundada em critérios legais e econômicos, ou há margem para a inserção de outros valores?¹

¹ Como mencionado por Giorgio Monti, “When answering the political question, two extreme answers might be offered: either competition law is solely about promoting

Nesse sentido, a análise do direito antitruste como uma forma de implementação de políticas públicas tem se mostrado um tema bastante recorrente. Não são poucos os autores que entendem que autoridades de defesa da concorrência devem pautar a sua atuação não apenas na defesa da concorrência em si, mas considerando o contexto político-econômico e as políticas públicas que se pretende implementar em um país. O debate também surge no Brasil, ainda que de forma incipiente^{2,3}.

A discussão sobre políticas públicas traz consigo ainda diversos objetivos que poderiam ser perseguidos pela defesa da concorrência. Citando alguns exemplos, temos a distribuição de renda, eficiência do mercado, os consumidores, a felicidade, dentre outros elementos.

Todos estes supostos objetivos do antitruste levam a outra questão, talvez ainda mais complexa: será que, de fato, o antitruste é capaz de concretizar todos estes objetivos? Não estaria havendo uma supervalorização do direito antitruste, sendo atribuído a ele competências muito além do que ele é capaz de administrar?

A ideia por trás deste artigo é, assim, analisar em que medida a atuação da autoridade antitruste, ao definir uma política pública de defesa da concorrência, deve levar em conta também as bases definidas pelo Estado em seu programa de governo. Aliado a isso, pretende-se verificar em que grau a autoridade antitruste deve estar alinhada a outros órgãos do governo e de que

economic welfare by ensuring that firms behave in such a way as to minimize costs and maximize the benefits that consumers can obtain from the scarce resources that are available (in economic terms, the pursuit of productive, dynamic and allocative efficiency), or competition law can be used to pursue a variety of other public interest goals (...). In between these two extremes of competition law as ‘guardian of economic welfare’ and as ‘instrument of public policy’ intermediate positions are possible whereby only a discrete set of public policy goals other than economic welfare are pursued”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 4.

² Como afirma Paula A. Forgioni, “Entende-se, assim, o direito antitruste como *técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência*”. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

³ Segundo Calixto Salomão Filho: “Afetando o direito concorrencial os interesses de todos os participantes do mercado – isto é, sendo necessariamente não neutro em relação a todos eles -, é necessário e não paradoxal incluir entre os titulares dos direitos subjetivos dele decorrentes todos os componentes do mercado, isto é, tanto os consumidores, quanto os concorrentes”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p. 80.

forma pode acabar por haver um embate entre elas quando da implementação de políticas públicas.

2. A ampliação dos objetivos do antitruste

Como já mencionado, os estudiosos do direito antitruste há muito se dedicam a debater quais seriam os objetivos do antitruste. Pretende-se apresentar a seguir um breve resumo dos objetivos que vêm sendo atribuídos ao direito antitruste pela doutrina e autoridades nos últimos anos.

2.1 Direito Antitruste e Aplicação de Políticas Públicas

A análise do direito antitruste como uma forma de implementação de políticas públicas é um dos pontos mais discutidos e de maior influência no debate teórico brasileiro.

Para os adeptos de tal linha de pensamento, o direito antitruste não deveria ser visto como um fim em si mesmo, isolado de toda a realidade política e econômica de um país, mas seria mais uma ferramenta, dentre várias outras, para que sejam implementadas políticas públicas.

Haveria, assim, uma política de defesa da concorrência, que priorizaria, a depender dos objetivos e interesses de uma autoridade antitruste, um ou outro caminho. Poderia, nesse sentido, decidir por aumentar a repressão a carteis ao invés de focar no controle de estruturas. Ou então, poderia optar por focar determinados segmentos de mercado, abrindo mão de outros, com base em uma política específica.

A discussão não é recente. Em artigo de 1979, o professor da Universidade de Georgetown, Robert Pitofsky, já afirmava que não devem ser excluídos valores políticos da análise antitruste⁴. Muito embora a preocupação de Pitofsky esteja ligado também com uma certa ameaça que a concentração de poder econômico poderia trazer para um sistema político de um país, não se pode desconsiderar a conclusão a que ele chega, no sentido de que uma análise puramente econômica do direito antitruste, na forma como proposta por muitos autores e escolas da época, não abrange todos os espectros de uma análise concorrencial e exclui importantes pontos, especialmente políticos, que não podem ser desconsiderados.

⁴ De acordo com o professor, “It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws”. PITOFSKY, Robert. *The Political Content of Antitrust*. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, Pa., U.S.A., vol. 127, no. 4, April 1979.

No Brasil, o debate sobre o direito antitruste como uma ferramenta para implementação de políticas públicas está bastante maduro, tanto na doutrina, como nos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Assim, se de um lado há autores que admitem expressamente que o direito antitruste não deve estar restrito a uma aplicação técnica da lei, os precedentes do CADE refletem tal pensamento⁵.

Naturalmente, assumir que existe uma política de defesa da concorrência a ser aplicada por uma autoridade antitruste e, conseqüentemente, que tais autoridades utilizam o direito antitruste como uma ferramenta de implementação de políticas públicas significa assumir uma maior regulação econômica e social por parte do antitruste, admitindo, dessa forma uma maior intervenção do Estado na economia.

2.2. Direito Antitruste e Distribuição de Rendas e Riquezas

Outro tema de frequente discussão envolve o papel do antitruste como ramo do direito responsável por auxiliar na distribuição de rendas e riquezas. Muito embora o debate neste ponto esteja muitas vezes influenciado por uma considerável carga ideológica, trata-se de um ponto importante a ser observado, em especial nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Nesse sentido, a questão que é trazida por este debate envolve basicamente se o direito antitruste, ao mesmo tempo em que luta pela proteção do mercado concorrencialmente saudável e da repressão ao abuso de poder econômico, deveria preocupar-se em evitar a concentração de riquezas nas mãos de poucos.

Sobre esse aspecto, Eleanor Fox traz interessante metáfora: “o antitruste de países em desenvolvimento não deve ser utilizado para proteger Davids ineficientes contra Golias, porém pode ser utilizado para empoderar Davids contra Golias ao manter abertos caminhos de mobilidade e acesso”⁶.

Não se trata aqui da autoridade antitruste atuar diretamente na distribuição de riqueza, o que parece ser claro estar fora de seu escopo legal. O

⁵ Nesse sentido, vale mencionar os Atos de Concentração n° 08700.005447/2013-12, 08012.001875/2010-81, 08012.008378/2011-95, 08700.005719/2014-65 e o Processo Administrativo n° 08012.011142/2006-79.

⁶ Tradução livre. No original: “Developing country antitrust should not be used to protect inefficient Davids against Goliath, but it may and should be used to empower Davids against Goliath by keeping open paths of mobility and access”. FOX, Eleanor M. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*. New York University Law and Economics Working Papers, 2007, Paper 102.

ponto é justamente de refletir em que medida o aplicador do direito concorrencial em um país em desenvolvimento deve pautar-se pelos mesmos pilares e com os mesmos objetivos do aplicado do direito concorrencial que esteja em um país desenvolvido.

Parece natural, que o contexto político e social de um país deve interferir significativamente no cenário econômico, desde a organização das empresas, a estrutura de controle, a sua atuação no mercado e também o relacionamento destes agentes econômicos com autoridades governamentais e consumidores. Em que medida, portanto, deveria o direito antitruste em países em desenvolvimento adotar um caminho diferente daquele adotado por países desenvolvidos, baseado principalmente nos princípios de livre mercado e eficiência?⁷

No Brasil, o debate ainda é pouco maduro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não obstante, é importante notar que o CADE tem aberto os olhos para este ponto, em especial em setores da economia que podem ter um impacto direto nos consumidores⁸.

Entender o direito antitruste como uma forma de auxiliar na distribuição de rendas e riquezas de países em desenvolvimento, portanto, é

⁷ Vale mencionar novamente trecho de artigo da professora Eleanor Fox: “In sum, the people of developing countries are impacted by cartels and monopolistic practices. These practices include those that raise consumer prices and input prices to their businesses, which exclude or build hurdles to their outputs, and foreclose domestic suppliers. They do so by all means: coercive practices such as boycotts, covenants not to compete, price manipulation, and predation. They shore up their power to do so by mergers. Anticompetitive practices are rife in areas of physical and business necessity (...). Many of the practices are local, many are facilitated by the government, and many others are offshore, resulting in inbound restraints”. FOX, Eleanor M. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*. New York University Law and Economics Working Papers, 2007, Paper 102.

⁸ Em voto no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, o Conselheiro Alessandro Octaviani cuidou da questão ao tratar o cimento como um produto de grande importância para o desenvolvimento do país: “No caso em análise, o conluio formado nos mercados de cimento e de concreto, bens de fundamental importância para a sociedade e que não possuem substitutos, gerou imensos danos sociais e econômicos, especialmente no que tange ao orçamento das famílias brasileiras, à efetivação de direitos básicos de moradia e ao acesso à infraestrutura, o que exige a fixação de penas em patamares elevados para os agentes que incorreram em tal conduta”. Neste mesmo contexto, quando da análise do setor de educação no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12, a Conselheira Ana Frazão traçou metas para as empresas envolvidas que dificilmente fariam sentido em países desenvolvidos.

também uma forma de vê-lo como um instrumento de aplicação de políticas públicas.

2.3 Direito Antitruste, Proteção dos Consumidores e Felicidade

Embora por muitos estigmatizada, a discussão sobre se o antitruste deve se preocupar com os consumidores tem ganhado cada vez mais espaço⁹. Há quem afirme que o direito antitruste deve imediatamente preocupar-se com os impactos que a concentração de poder econômico pode trazer para consumidores, e não de forma mediata, como normalmente entende-se.

A maior representação prática deste aspecto é o aumento de preços por parte de empresas detentoras de poder econômico, ou então por meio de condutas anticompetitivas, como cartéis. A eficiência, nesse sentido, estaria relegada a um segundo plano da análise antitruste e não deveria sobrepor-se à proteção do consumidor.

Em paralelo, vale mencionar o debate sobre se o direito antitruste deveria trazer buscar à felicidade dos consumidores. Naturalmente, a palavra felicidade aqui é empregada como bem estar do consumidor em geral e está mais ligada à aplicação do direito antitruste em países desenvolvidos¹⁰.

2.4 A Supervalorização do Antitruste

Em verdade, todos os exemplos de objetivos do antitruste trazidos estão bastante próximos. De modo geral, o que tais autores sugerem é que o antitruste vá além de uma mera análise técnica e objetiva da lei e de critérios econômicos, alcançando setores da sociedade e modificando-os de forma a criar bem estar social. Todos eles pressupõem a existência de uma política de defesa

⁹ Cf. LANDE, Robert H. *A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice*. 81 Fordham L. Rev. 2349, 2013.

¹⁰ Nas palavras de Maurice Stucke, “The happiness literature can help policymakers assess in a post-materialistic society the importance of antitrust’s noneconomic values relative to economic values, such as minimizing deadweight welfare loss. But even if the happiness literature down the road cannot assess the relationship between effective antitrust enforcement and well-being, the literature today already draws into question the framework used over the past thirty years to guide U.S. antitrust policy. (...) In short, to promote overall well-being, any competition policy in a developed economy must include both material well-being and quality-of-life factors”. STUCKE, Maurice E. *Should Competition Policy Promote Happiness?* 81 Fordham L. Rev. 2575, 2013.

da concorrência e um transbordamento da aplicação do direito antitruste para setores além do antitruste, sendo uma ferramenta para mudanças na sociedade.

Não se pretende afirmar aqui, como dito por Barak Orbach, que o antitruste perdeu o seu objetivo inicial, que é a defesa da concorrência, na medida em que passou a preocupar-se com o bem estar de consumidores¹¹. É inegável, contudo, que cada vez mais se tem atribuído a ele objetivos além da defesa da concorrência.

Ocorre que a autoridade antitruste não deve ser vista como um ponto isolado e capaz de, sozinho, implementar políticas públicas eficientes¹². Deve-se entender o direito antitruste como mais uma das ferramentas de que dispõe o Estado quando da definição e implementação de uma política pública. O alinhamento, dessa forma, é fundamental.

Como pretendemos demonstrar a seguir, o ambiente político que circunscreve a autoridade antitruste é de crítica importância para o sucesso ou não de uma política pública concorrencial.

3. A Aplicação de Política Concorrencial pela Autoridade Antitruste

Como visto, diversos objetivos têm sido atribuídos ao direito antitruste. Sua competência, tradicionalmente relacionada à defesa da concorrência e repressão ao abuso do poder econômico seria apenas mais um dos valores e objetivos de sua aplicação. No caminho desta aplicação deveriam ser considerados diversos outros fatores, todos parte de uma política de defesa da concorrência, que valorizaria um ou outro em maior ou menor medida com base no que foi definido como apropriado pela autoridade antitruste.

Como coloca Giorgio Monti, “é impossível identificar a ‘alma’ da lei concorrencial; o máximo que pode ser feito é mostrar que há diferentes opiniões, igualmente legítimas, sobre o que a lei concorrencial deve alcançar.

¹¹ ORBACH, Barak. *How Antitrust Lost Its Goal*, 81 Fordham L. Rev. 2253, 2012.

¹² Vale, nesse sentido, mencionar o quanto dito por Luis Fernando Schuartz: “O legislador, as autoridades ou os ‘especialistas’ podem dizer o que quiserem: somente aqueles resultados sociais que o melhor argumento econômico definir como *possíveis* de realizar por meio da implementação de uma política esclarecida da concorrência – sob a forma de normas jurídicas – é que caberão ser defendidos *racionalmente*. O resto é ideologia”. SCHUARTZ, Luís Fernando. O Direito da Concorrência e seus Fundamentos In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. pp. 63-64.

Além disso, dentro de cada país os propósitos da lei concorrencial podem mudar ao longo do tempo, mesmo sem uma alteração aos textos legislativos”¹³.

A questão que se coloca, contudo, é o quanto a autoridade antitruste está preparada para assumir tantas responsabilidades e em que medida ela será bem-sucedida. A resposta para isso reside muito mais fora da agência antitruste do que dentro dela.

Em outras palavras, não obstante a política concorrencial adotada pela autoridade, ela somente conseguirá sua máxima efetividade se alinhada a diversas outras políticas públicas a serem aplicadas por outros agentes reguladores e alinhada também às políticas públicas definidas pelo próprio Estado como sendo a sua forma de atuação.

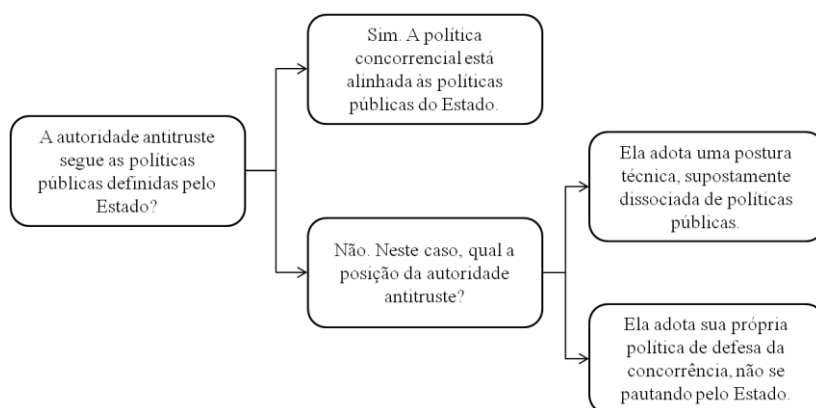
Deve-se assumir, assim, que o direito antitruste é tão somente uma das diversas ferramentas que estão à disposição do Estado para aplicar políticas públicas, seja essa política de regulação da economia ou não. Cabe ao Estado, assim, definir uma política pública macro, com base no programa de governo que tem para o país, para então essa política ser seguida pelos mais diversos braços do Estado.

Essas bases servirão para a atuação dos mais diversos agentes, como ministérios, agências reguladoras e autarquias, como o CADE e o Banco Central. O alinhamento entre a aplicação de políticas públicas por todos estes agentes é condição fundamental para o sucesso de suas atuações¹⁴.

É possível, portanto, traçar diversas hipóteses de cenários em que uma autoridade antitruste poderia estar inserida e que serão determinantes para a efetividade da sua atuação. O organograma a seguir expõe os possíveis cenários que pretendemos analisar:

¹³ Tradução livre. Do original: “it is impossible to identify the ‘soul’ of competition law; the most that can be done is to show that there are different, equally legitimate opinions as to what competition law should achieve. Moreover, within each country, the purposes of competition law can change over time, even without an amendment to the legislative texts”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 2-3.

¹⁴ Importante destacar, neste ponto, que quando falamos que determinada política pública foi “efetiva” ou “bem-sucedido” significa tão somente que ela produziu os resultados pretendidos. Não se está fazendo um juízo de valor sobre os impactos positivos ou negativos de tal política pública sobre a sociedade, mas tão somente se ela atendeu à proposta de plano de governo inicial (ou à política pública macro definida pelo Estado). Eventual acerto ou erro do plano de governo deverá ser analisado posteriormente e em um outro contexto.



O ponto inicial, assim, é assumir a existência de uma definição, por parte do Estado, das bases das políticas públicas que se pretende serem aplicadas pelos órgãos da administração pública e que haja políticas públicas que possam ser adotadas pela autoridade antitruste¹⁵. Em geral, tal política pública macro seguirá o plano de governo definido.

Assumida a definição pelo Estado de uma política pública macro, há duas opções para a autoridade antitruste: (i) seguir tal política pública como parâmetro para definição e aplicação de uma política de defesa da concorrência; ou (ii) não seguir tal política¹⁶.

Na hipótese da autoridade antitruste não seguir a política traçada pelo Estado, restam a ela duas opções: (i) adotar uma abordagem meramente técnica da legislação de defesa da concorrência – o que, como veremos adiante, é também uma decisão política; ou (ii) traçar a sua própria política de defesa da concorrência.

¹⁵ É possível que o Estado não assuma uma posição de regulação da economia ou defina políticas públicas que não estejam vinculadas ao direito da concorrência. Em tais hipóteses, a autoridade antitruste vê-se forçada a (i) fazer uma aplicação meramente técnica da legislação de defesa da concorrência (o que não deixa de ser uma política, na medida em que há sempre um juízo de valor); ou (ii) traçar a sua própria política de defesa da concorrência.

¹⁶ Neste ponto, devemos assumir que, muito embora vinculada muitas vezes ao Poder Executivo, a autoridade antitruste tem liberdade e discricionariedade para agir com independência. É a situação, por exemplo, do CADE, que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

Entendemos ser possível agrupar todas essas possibilidades em três grandes hipóteses: (i) o Estado define as bases de uma política pública e a política de defesa da concorrência adotada pela autoridade antitruste está alinhada a essas bases; (ii) autoridade antitruste mantém-se supostamente afastada das políticas públicas do Estado e aplica a legislação concorrencial tecnicamente, alheia, em tese, a qualquer política pública; e (iii) a autoridade antitruste define sua própria política concorrencial, independente da política macro definida pelo Estado, em uma espécie de ativismo.

Analisaremos a seguir cada uma destas hipóteses à luz da efetividade da implementação de políticas públicas pela autoridade antitruste, bem como as consequências de cada cenário para a efetividade das políticas públicas que se pretende implementar.

3.1 Hipótese I – Há um alinhamento entre as bases da política pública do Estado e a política concorrencial da autoridade antitruste

A primeira hipótese cuida de situação em que a autoridade antitruste adota uma política concorrencial que está alinhada às demais políticas públicas definidas pelo Estado. Haveria uma sincronia entre a atuação da agência antitruste e o que o Estado espera em termos de políticas públicas para o país, com base no que fora definido pelo programa de governo.

Neste cenário, a autoridade antitruste funciona como uma entre as várias ferramentas que o Estado tem em sua mão para implementar políticas públicas. É, portanto, o modelo em que a aplicação de políticas públicas tende a encontrar uma maior efetividade.

Há um trabalho conjunto entre todos os agentes governamentais visando a um fim comum. Cada ator, no âmbito de suas competências, irá implementar políticas públicas que estejam em consonância com o quanto definido pelo Estado. O papel do Estado nesta hipótese é de azeitar o sistema, fazendo com que ele funcione adequadamente, especialmente ao evitar o conflito entre os diferentes órgãos governamentais.

Os modelos mencionados no capítulo anterior parecem, dessa forma, pressupor esse cenário. Um exemplo disso é o modelo proposto por Eleanor Fox. A partir do momento em que a autora defende uma aplicação do direito antitruste própria para países em desenvolvimento, tal aplicação somente terá os resultados pretendidos na medida em que os outros órgãos do Estado seguirem a mesma linha.

Nesta primeira hipótese, portanto, pressupomos um alinhamento entre a aplicação de políticas públicas por todos os órgãos governamentais, inclusive a autoridade antitruste, políticas essas que estarão alinhadas às bases

previamente definidas pelo Estado. Este alinhamento é positivo para a implementação de políticas públicas na medida em que reduz o embate e o conflito entre os órgãos governamentais: eles atuam como complementares ao invés de sobrepostos.

3.2 Hipótese II – A autoridade antitruste adota uma abordagem técnica, supostamente alheia a uma política concorrencial

Uma segunda hipótese envolve a autoridade antitruste recusar-se a seguir as bases definidas pelo Estado e decidir por adotar uma abordagem técnica do direito antitruste, sem buscar valores como distribuição de rendas e riquezas ou o bem estar de consumidores. A autoridade antitruste, nesse sentido, buscaria a eficiência do mercado¹⁷.

Mesmo neste cenário, contudo, está a autoridade antitruste tomando uma decisão política, ainda que essa decisão seja ausentar-se de decisões que envolvam aspectos não técnicos, ou ausentar-se da influência de aspectos não econômicos no processo decisório. Contudo, tal decisão carrega de forma inerente um juízo de valor pela autoridade e envolve, conseqüentemente, uma decisão política.

A consequência de a autoridade antitruste adotar tal postura é seu não alinhamento a eventuais políticas públicas a serem implementadas pelo Estado. É a perda, para o Estado, de uma ferramenta poderosa de mudança social e econômica¹⁸.

¹⁷ “The other theme viewed antitrust as a body of law designed to promote the goal of enhancing economic efficiency, without regard to the sociopolitical imbalance that such a goal might create between the large concentrated business and small struggling competitor. Under this approach, the antitrust laws were intended to protect competition rather than competitors”. R. Bork, *The Antitrust Paradox* 91 (1978). Efficiency is frequently viewed in terms of whether the challenged conduct creates a restraint or limitation on output”. SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard A. *Antitrust Law, Policy and Procedure: cases, materials, problems*. 6. Ed. San Francisco: LexisNexis, 2009. p. 2.

¹⁸ Como afirma Giorgio Monti, “to claim that competition law should not be affected by other public policy goals is at the very least a resolution of some of the internal differences between members of DG Competition, and at most a potentially significant delimitation of its powers. Indeed, the Commission in 1993 had noted how a competition policy that did not have an impact on other Community policies would be marginalized and of less relevance”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 90.

3.3 Hipótese III – A autoridade antitruste adota sua própria política concorrencial, não se pautando por bases definidas pelo Estado

Das três hipóteses por nós definidas, é a terceira que suscita maiores questões. Trata-se de situação em que, não obstante as bases de políticas públicas definidas pelo Estado, a autoridade antitruste define a sua própria política concorrencial, munida da independência que, ao menos no Brasil, lhe é conferida.

Dito de outra forma, a autoridade antitruste opta por traçar uma agenda própria, que pode estar alinhada à agenda do Estado e de outros órgãos reguladores ou não. Diversos podem ser os motivos para que tal situação ocorra, inclusive a existência de um Estado fraco e sem uma política pública clara ou sem força para implementar uma política pública de forma eficiente.

São ao menos três situações que podem advir de tal ativismo antitruste: (i) arbitrariedade - a autoridade não consegue traçar uma política concorrencial clara, trazendo insegurança para os administrados e para o mercado; (ii) conflito - há um embate entre a autoridade antitruste e outros órgãos do Estado; e (iii) ativismo - a autoridade antitruste transborda sua atuação sobre competências de outros órgãos do Estado. Passaremos, assim, a analisar cada uma dessas situações.

3.3.1 Arbitrariedade da Autoridade Antitruste

O primeiro risco é de a autoridade antitruste ver-se desprendida de uma racionalidade na aplicação de políticas públicas. Não há, nessa hipótese, uma linha a ser seguida pelos representantes da autoridade, que decidem por diversos valores e objetivos sem que isso fique transparente para os representados.

Tal situação representa um enorme risco para o bom funcionamento da autoridade antitruste. Ao não estabelecer critérios racionais de análise, a autoridade distancia-se dos administrados, que ficam impossibilitados de realizar qualquer diálogo. Dito de outra forma, a autoridade passa a falar sozinha e para si mesma.

Isso leva a uma enorme insegurança jurídica e instabilidade para o mercado, tendo uma influência direta na economia e nos negócios de um país. Nesse caso, a ausência de uma política concorrencial clara pode acabar por trazer mais prejuízos do que benefícios, fragilizando a autoridade antitruste.

Giorgio Monti alerta para tal problema, afirmando que o problema não está em a autoridade antitruste pautar sua política concorrencial em um leque amplo de políticas públicas, mas no fato dos administrados não saberem

quais políticas estão sendo perseguidas pela autoridade. Em último caso, uma arbitrariedade por parte do órgão antitruste pode resultar em um sistema que sequer pode ser chamado de sistema jurídico¹⁹.

A autoridade antitruste, portanto, deve estar atenta para traçar sua política concorrencial de forma clara, transparente e racional, de modo que os administrados possam dela fazer parte, inclusive facilitando a análise concorrencial pela autoridade ao diminuir a incerteza e a insegurança jurídica trazidas pela arbitrariedade.

3.2.2 *Conflito com Outros Órgãos*

Outro risco que pode advir da ausência de alinhamento entre as políticas públicas definidas como base pelo Estado e a política concorrencial adotada pela autoridade antitruste reside no conflito entre diferentes órgãos do governo.

Como já mencionamos, a autoridade antitruste não é o único órgão do Estado capaz de implementar políticas públicas. Em verdade, é apenas mais uma das muitas ferramentas de que dispõe o Estado para intervir na economia e na sociedade.

No Brasil, a situação é clara: são diversas agências reguladoras, autarquias e ministérios, todos eles capazes de implementar políticas públicas. O não alinhamento entre elas pode levar aos mais diversos embates, desde impasses sobre competência²⁰ até decisões conflitantes.

No caso da autoridade antitruste, a situação é ainda mais grave. Como é sabido, a legislação de defesa da concorrência faz um corte horizontal no mercado, ou seja, ela procura atingir os mais diversos segmentos. A regulação, por outro lado, procura fazer um corte vertical no mercado, atingindo

¹⁹ “However what threatens to make competition Law unworkable is not the pursuit of a wide range of public policy objectives, but the fact that market participants are unaware of the policies being pursued. The primary concern should not be the presence of policy considerations, but the lack of transparency in the decision-making process. (...) The pursuit of other public policy objectives should not be objectionable *per se*, but the arbitrary and opaque pursuit of such objectives is problematic. At worst, such arbitrariness can result in a system which cannot properly be called a legal system”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 16.

²⁰ Vale mencionar aqui o conhecido e muito discutido impasse entre o CADE e o Banco Central na análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

determinado setor que precisa de uma intervenção mais profunda e constante do Estado.

Esse problema foi levantado inclusive em trabalho produzido em conjunto pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e pelo Banco Mundial, onde se afirmou que a legislação de direito antitruste tem uma aplicação geral, a todos os setores da atividade econômica. Por conta disso, determinados objetivos da política de defesa da concorrência podem, em certo momento, entrar em conflito ou serem constringidos por outros objetivos de política pública²¹.

Um exemplo de situação em que se vê tal impasse está na criação dos chamados “campeões nacionais” no Brasil. Ao mesmo tempo em que o Estado, por meio do BNDES, por exemplo, incentivou grandes operações de fusão e aquisição entre empresas brasileiras para criar indústrias nacionais fortes e competitivas no mercado externo, o CADE impôs duras restrições a tais empresas.

A solução, nesses casos, não pode ser outra senão a articulação entre a autoridade antitruste e os órgãos de regulação. Como afirma Marcela Fernandes, “as políticas de defesa da concorrência e de regulação setorial, na medida que constituem instrumentos de uma política econômica voltada para o desenvolvimento do país, devem ser implementadas, ambas, com o objetivo de fazer da prestação dos serviços públicos uma forma de assegurar ao usuário uma existência mais digna”²².

No Brasil, o CADE parece estar atento a este risco e procura evitá-lo. No âmbito do julgamento do Ato de Concentração envolvendo ALL - América Latina Logística S.A. e Rumo Logística Operadora Multimodal S.A., o Conselheiro Relator Gilvandro Araújo mostrou-se atento a esse impasse entre

²¹ “A legislação de concorrência normalmente é uma lei de aplicação geral: aplica-se a todos os setores da atividade econômica, a menos que sejam previstas isenções especiais. Tendo em vista essa ampla esfera de ação, há inter-relações complexas entre a política de concorrência e outras políticas públicas de economia. (...) Esse fator tem uma influência direta sobre a extensão em que os objetivos da política de concorrência podem ser buscados sem ser constringidos ou entrar em conflito com outros objetivos de política pública”. BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*, trad. port. de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame, São Paulo: Singular, 2003, p. 41

²² FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A Influência das Políticas Públicas na Aplicação dos Instrumentos de Defesa da Concorrência: Um Estudo sobre a Articulação entre Autoridade Antitruste e os Órgãos de Regulação Setorial. In: Ivo Teixeira Gico Junior; Antônio de Moura Borges. (Org.). *Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais*. São Paulo: Lex Editora, 2006 p. 388.

autoridade antitruste e órgãos reguladores, admitindo que medidas concorrenciais devem permitir certa mobilidade^{23 24}.

3.3. *Ativismo*

Finalmente, vale falar ainda de um possível “ativismo” da autoridade antitruste. Em outras palavras, a autoridade antitruste, ao adotar uma política de defesa da concorrência independente das bases de políticas públicas definidas pelo Estado, pode acabar por transbordar a sua competência, passando a atuar em searas que, normalmente, não seria seu escopo. Assim, a autoridade antitruste passa a decidir, no âmbito de decisões concorrenciais, sobre aspectos que, em tese, deveriam ser regulados por outros órgãos, como agências reguladoras ou ministérios.

Cria-se, portanto, uma incerteza quando à atuação da autoridade antitruste, resultando em insegurança jurídica para os administrados, uma vez que a decisão da autoridade torna-se imprevisível²⁵.

²³ “Em mercados regulados, há que se observar com mais profundidade as medidas tomadas, já que a regulação alberga outros valores que não só a concorrência. Além disso, as medidas da autoridade de concorrência devem permitir certa mobilidade, para que o compasso regulação/concorrência não tenha mais zonas de confronto do que convergência”. – Voto do Conselheiro Gilvandro Araújo no Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65.

²⁴ Vale mencionar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial envolvendo o CADE e diversas empresas atuantes no mercado de gás liquefeito de petróleo. De acordo com o i. Ministro-Relator Napoleão Filho, “No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste (...) Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência – como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas – exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (*competition advocacy*) ou educativa”. Recurso Especial nº 1.390.875 – RS – Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 9.6.2015.

²⁵ Como afirma Luis Fernando Schuartz, “a identificação de um possível *standard* de racionalidade, aplicável às decisões normativas das autoridades antitruste, tem por pressuposto um sistema de referências racionalmente aceitável no qual um *consenso* possa ser *racionalmente esperado* acerca da validade *ou* invalidade das inferências materiais (ou seja, em regra: das cadeias de razões) no interior das quais as mencionadas decisões aparecem como conclusões ou premissas. Sem isto não há controle objetivo (intersubjetivo) de correção de inferências e, portanto, racionalidade”. SCHUARTZ, Luís Fernando. O Direito da Concorrência e seus Fundamentos In: POSSAS, Mario

Uma atuação ativista por parte da autoridade não necessariamente implica em uma postura autoritária. Em muitas situações, o que se nota é uma inércia de órgãos do governo em aplicar políticas públicas. A autoridade antitruste vê-se, assim, compelida a assumir tal competência e participar de forma proativa na implementação dessas políticas públicas, ainda que isso leve a um transbordamento de sua atuação sobre competências de outros órgãos.

Trata-se de uma ocupação de vácuos no poder: a partir do momento que uma autoridade não exerce plenamente suas competências, surge outra que absorve uma parcela desse poder. Situação muito similar ocorreu recentemente no Poder Judiciário brasileiro, que adotou uma postura ativista, decidindo sobre temas que sequer foram debatidos pelo Poder Legislativo.

No âmbito do CADE, pode-se mencionar o julgamento do Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12, envolvendo a união de Kroton Educacional S.A. e Anhanguera Educacional Ltda. Kroton, como um exemplo de uma postura ativista do CADE. Dentre as várias obrigações assinadas no âmbito do Acordo em Controle de Concentrações, foi acordada a criação de consistentes obrigações de qualidade, “para assegurar que as eficiências da operação sejam efetivamente repassadas aos estudantes/consumidores em proporções consideráveis”.

São obrigações que, em situações normais, deveriam ser impostas pelo Ministério da Educação e Cultura, responsável por cuidar deste segmento de mercado. Não obstante, em face à inércia do órgão, fica claro que a autoridade antitruste não viu outra opção que não adotar uma postura ativista, transbordando suas competências.

Repita-se: não se está afirmando que o CADE não teria legitimidade para tomar tal medida, mas apenas que está além de uma política de defesa da concorrência, invadindo outra seara. Deve-se valorizar, em certa medida, tal postura, que tem por objetivo suprir uma deficiência do Estado na implementação de políticas públicas.

4. Conclusão

Muitos têm sido os valores atribuídos ao direito antitruste ao longo dos anos. Enquanto alguns defendem decisões técnicas, baseadas em critérios absolutamente legais e econômicos, como eficiência, outros entendem que o direito antitruste é um importante instrumento de implementação de políticas públicas – e como tal deve ser aproveitado.

Luiz (coord.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002. p. 69.

Há assim uma tendência à valorização do antitruste, sendo atribuído a ele muito mais do que ele talvez possa atingir sozinho.

Pretendeu-se, assim, demonstrar que o direito antitruste é apenas uma das muitas ferramentas de que dispõe o Estado para a implementação de políticas públicas, de modo que a maior efetividade de tais políticas dependerá de um maior alinhamento entre todos os órgãos do governo. A política de defesa da concorrência será, portanto, tão mais efetiva enquanto estiver alinhada a outras políticas do governo.

Não obstante, nem sempre essa situação ocorre. Dentre as hipóteses vistas, a que mais suscita preocupações é a adoção de uma política de defesa da concorrência desvinculada de qualquer agenda definida pelo governo, o que pode trazer sérias consequências.

Assim, a autoridade antitruste deve estar atenta a todo o ambiente que a envolve ao definir uma política de defesa da concorrência. É inegável a importância do direito antitruste para o desenvolvimento do país, mas não se deve assumir que ele é capaz de solucionar todos os problemas e implementar de maneira efetiva as mais diversas políticas públicas. Não se deve supervalorizá-lo. Deve-se, ao contrário, entender o direito antitruste como uma importante ferramenta do Estado e que, junto de outras ferramentas, será essencial para o desenvolvimento do país.

Bibliografia

BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*, trad. port. de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame, São Paulo: Singular, 2003

FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A Influência das Políticas Públicas na Aplicação dos Instrumentos de Defesa da Concorrência: Um Estudo sobre a Articulação entre Autoridade Antitruste e os Órgãos de Regulação Setorial. In: Ivo Teixeira Gico Junior; Antônio de Moura Borges. (Org.). *Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Eleanor M. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*. New York University Law and Economics Working Papers, 2007, Paper 102.

LANDE, Robert H. *A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of*

Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice. 81 Fordham L. Rev. 2349, 2013.

MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2004.

ORBACH, Barak. *How Antitrust Lost Its Goal*, 81 Fordham L. Rev. 2253, 2012.

PITOFSKY, Robert. *The Political Content of Antitrust*. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, Pa., U.S.A., vol. 127, no. 4, April 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SCHUARTZ, Luís Fernando. O Direito da Concorrência e seus Fundamentos In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

STUCKE, Maurice E. Should Competition Policy Promote Happiness? 81 Fordham L. Rev. 2575, 2013.

SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard A. *Antitrust Law, Policy and Procedure: cases, materials, problems*. 6. Ed. San Francisco: LexisNexis, 2009.

Prêmio IBRAC-TIM 2016

ALÉM DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS E MICROECONÔMICOS: UM MODELO DE ANÁLISE ESTRUTURAL DE JULGAMENTOS DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Márcio Roberto Moran e Anju Seth

Resumo: Este estudo propõe um Modelo de Análise Estrutural de Julgamentos de Atos de Concentração, com o intuito de facilitar a compreensão e a previsibilidade, por agentes econômicos e pesquisadores, do fenômeno dos julgamentos antitruste. Adicionalmente, o referido modelo subsidia de informação os reguladores, com vistas à promoção da estabilidade de marcos legais. Além da proposição teórica, um teste empírico de robustez é apresentado, utilizando-se de regressões de probabilidade *Probit Ordenado* e de um banco de dados próprio, que cobre catorze anos de regulação antitruste no Brasil e contém 4.616 votos de 36 conselheiros do CADE sobre 775 Fusões e Aquisições.

Palavras-chave: Fusões e aquisições. Regulação antitruste. Implantação de política pública. Viés. Probit ordenado.

Keywords: Mergers and acquisitions. Antitrust regulation. Public policy implementation. Bias. Ordered probit.

Introdução

Regulamentos antitruste confiáveis, estáveis e previsíveis atraem investimentos e aumentam a confiança da sociedade (Mintzberg, 1996; Oliveira, 2001; Sheth, 1997). Contudo, entre os conceitos, os princípios e as normas que alicerçam os regulamentos oficiais e a implantação da política de defesa da concorrência há potenciais fontes de interferência ou viés (Evans, 2012; Kirkwood, 2011; Mello, 2002; OECD, 2012; Salop, 1987), que podem tornar incompreensíveis ou controversos os veredictos das autoridades aos olhos dos agentes econômicos. Por todo o exposto, os julgamentos das autoridades antitruste têm sido alvos de análises de estudiosos ao redor do mundo há algumas décadas.

Para ilustrar, Long, Schramm e Tollison (1973) revelam que fatores associados às perdas de bem-estar dos consumidores explicam uma parte menor

das decisões regulatórias de defesa da concorrência nos Estados Unidos, entre 1945 e 1970. As conclusões de Siegfried (1975), do mesmo modo, apontam para a pouca influência dos conceitos econômicos do antitruste nos julgamentos realizados em período similar. Segundo o último autor citado, a pretensão dos reguladores por ascensão profissional, sustentada em maior nível de intervenção nas estratégias de negócios das empresas, talvez tenha prevalecido em detrimento da redução das perdas econômicas dos consumidores ou das desigualdades sociais.

Adicionalmente, Krattenmaker e Pitofsky (1988), Leddy (1986) e White (1987) afirmam que o *Department Of Justice (DOJ)* e a *Federal Trade Commission (FTC)* não seguiram as próprias orientações legais quando avaliaram os índices de concentração industrial Herfindahl-Hirschman em determinados casos de Fusões e Aquisições (F&A), também, nos Estados Unidos, nos anos 1970. Na mesma direção, Coate e Mc Chesney (1992) e Weir (1993) reportam que os ganhos de eficiência não explicam as decisões, respectivamente, da *FTC* e da comissão antitruste do Reino Unido nos anos 1980, apesar dos *guidelines* norte-americano e britânico mencionarem a importância das eficiências como resultado de fusões, assim como os próprios analistas de ambas as agências alertarem para os referidos ganhos em certos casos. No México, segundo Avalos e De Hoyos (2008), a contradição é ainda mais evidente, pois a presença de eficiências potenciais contribuíram de forma positiva para as intervenções da autoridade antitruste local em fusões horizontais julgadas entre 1997 e 2001.

No Brasil, Avellar, Teixeira e De Paula (2012), Gama e Ruiz (2007) e Nusdeo (2002) concordam que, nos primeiros anos de implantação da Lei nº 8.884/94, não foi possível se caracterizar as decisões da autoridade antitruste brasileira, quer seja no julgamento de atos de concentração ou de casos de condutas anticompetitivas de empresas. O último trabalho citado destaca, inclusive, que as decisões foram baseadas sobremaneira nas experiências e crenças dos Conselheiros, enquanto o penúltimo afirma que a aplicação da teoria econômica foi bastante heterogênea e não teve a precisão teórica necessária.

Considerando-se, então, esses e outros relatos bibliográficos sobre certo desalinhamento entre o que prevê os instrumentos legais de defesa da concorrência e as decisões proferidas por autoridades responsáveis por implantá-los, este artigo propõe um *Modelo de Análise Estrutural de Julgamentos de Atos de Concentração*, com o intuito de facilitar a compreensão e a previsibilidade, por agentes econômicos e pesquisadores, do fenômeno dos julgamentos antitruste, além de subsidiar de informação os reguladores, com vistas à promoção da estabilidade de marcos legais e da autonomia das autoridades. Convém destacar que mais de 120 países e 6 comunidades de

Estados têm, atualmente, leis antitruste. Porém, até 1950, apenas três entre as nações em desenvolvimento dispunham de dispositivos legais dessa natureza, e, na década de 1990, ainda eram cinquenta (Singh, 2002). Sendo assim, a utilidade esperada do referido modelo para advogados, economistas, empresários e gestores é estendida, pelo menos, às dezenas de jovens autoridades antitruste espalhadas nos cinco continentes.¹

Ademais do objetivo geral que acaba de ser apresentado, e como forma de se testar a robustez da proposta teórica pretendida, este trabalho, também, inclui um exame empírico do *Modelo de Análise Estrutural de Julgamentos de Atos de Concentração*. Por essa razão, um banco de dados, que cobre catorze anos de regulação antitruste no Brasil, foi construído. A amostra deste estudo, precisamente, contém 4.616 votos válidos de 36 julgadores do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acerca de 775 F&A. Quanto ao mecanismo de análise empírica, esta investigação utiliza-se de modelos de probabilidade *Probit Ordenado*.

Finalmente, sobre a estrutura deste trabalho, antecipa-se que é composta de 4 seções, além desta primeira, que mostra o fenômeno observado, as motivações, o objetivo central e as contribuições almejadas. A segunda seção, de outra forma, apresenta a fundamentação teórica. Na terceira seção, então, há a apresentação do modelo teórico proposto e do teste empírico de robustez. Por fim, na quarta seção, discute-se as implicações e limitações deste estudo, enquanto a quinta e última seção elenca as referências utilizadas.

Fundamentação teórica

“Understanding competition law thus is not only about dissecting legislative texts and judicial decisions according to settled canons of interpretation but is also about understanding the particular forces that have influenced the direction of competition policy at particular times.” (Monti, 2007, p. 3)

O trecho transcrito acima alimenta a tese de que não são suficientes os marcos legais e os modelos microeconômicos embutidos nos documentos oficiais, para que a compreensão e a previsibilidade da regulação antitruste estejam garantidas. Da mesma forma, diversos outros autores que se dedicaram à análise dos julgamentos de arranjos empresariais com potencial

¹ Sheth (1997) afirma que a previsibilidade da atuação regulatória de defesa da concorrência em países emergentes pode ser afetada pela falta de tradição na matéria e pela maior susceptibilidade à corrupção e à captura de benefícios por grupos de interesses.

anticompetitivo oferecem indícios de interferências ou vieses na implantação da política de defesa da concorrência em vários países.

Sendo assim, as teorias e os resultados empíricos encontrados na literatura foram agrupados em 3 perspectivas de análise do fenômeno dos julgamentos antitruste. Cada perspectiva, portanto, reúne potenciais explicações para os vereditos das autoridades, que são homogêneas quanto à natureza dos conceitos componentes, mas heterogêneas e complementares entre si.

Perspectiva da ‘Economia Tradicional do Antitruste’

Uma abordagem teórica tradicional em Organização Industrial, associada, originalmente, à escola de Harvard e que fornece elementos para a concepção de regulamentos antitruste mundo afora, é o chamado ‘Paradigma Estrutura-Conduita-Desempenho’ (E-C-D). Essa abordagem assume que há uma relação causal estável entre a estrutura de uma indústria, a conduta e o desempenho das empresas no mercado. Especificamente no contexto dos julgamentos de atos de concentração, as autoridades antitruste, segundo o Paradigma E-C-D, devem estabelecer relações entre variáveis estruturais – participações de mercado das empresas e outros índices de concentração, facilidade de conluio, barreiras à entrada, presença de importações, existência de concorrentes vigorosos, poder de barganha de compradores e efeitos anticoncorrenciais, por exemplo – e o desempenho das empresas no mercado, fundadas na ‘hipótese de poder de mercado’. Em outras palavras, as autoridades devem relacionar um alto grau de concentração de mercado, resultante da combinação de negócios sob investigação, a um provável exercício de poder de mercado pelo agente concentrador, o que tende a traduzir-se em altas margens de lucro, decorrentes de aumentos sistemáticos de preços.² Sendo assim, de acordo com o Paradigma E-C-D, se a hipótese de poder de mercado é provável, a autoridade antitruste deve intervir no acordo das empresas.

Em contraste, o chamado ‘Paradigma Eficiência’, também contido em grande parte dos regramentos de defesa da concorrência, porém associado,

² Define-se ‘exercício de poder de mercado’ por capacidade de uma ou mais empresas eliminarem concorrentes, restringirem acesso de concorrentes às fontes de matérias-primas, elevarem barreiras à entrada no mercado ou adotarem quaisquer estratégias que limitem a competição por um ou mais produtos em determinada região geográfica, ao mesmo tempo em que preços e lucros são aumentados de forma relevante e sistemática em detrimento do bem-estar dos consumidores (Devos, Kadapakkam e Krishnamurthy, 2009; Erel, 2011; Finkelstein e Finkelstein, 2012; Gaban e Domingues, 2009; Gama e Ruiz, 2007; Mello, 2002; Nusdeo, 2002, Scheffman, Coate e Silvia, 2003).

originalmente, à escola de Chicago, relativiza a importância da concentração de mercado na análise de combinações de negócios, com base no argumento de que altos níveis de concentração podem gerar altos níveis de eficiência. Assim, a ‘hipótese de eficiência’ anuncia que, se ocorrem ‘ganhos de eficiência’, tais como a redução de custos e a inovação, que possibilitam incrementos de resultados às empresas, mas, também, melhoram o bem-estar dos clientes e da sociedade, a autoridade antitruste não deve impedir a consolidação do negócio. Neste caso, o desafio inerente à intervenção antitruste é a preservação e a promoção da concorrência, sem que se coíba iniciativas de concentração que são benéficas para os mercados e a sociedade, mas que não seriam possíveis a partir da iniciativa de uma única empresa.

Uma vez, então, que ambas as abordagens compõem as leis ou os guias de avaliação de atos de concentração em diferentes jurisdições, a maioria dos estudiosos interessados na análise das decisões de autoridades de defesa da concorrência tem procurado testar as hipóteses há pouco discutidas. Exames econométricos, como Aktas, De Bodt e Roll (2004; 2007), Avalos e De Hoyos (2008), Bergman, Jakobsson e Razo (2005), Breunig, Menezes e Tan (2012), Coate (1995; 2002; 2005), Coate, Higgins e Mc Chesney (1990), Coate e Kleit (2004), Coate e Mc Chesney (1992), Coate e Ulrick (2005; 2006), Duso, Gugler e Yurtoglu (2011), Duso, Neven e Roller (2007), Garside, Grout e Zalewska (2013), Khemani e Shapiro (1993), La Noce, Bolasco, Allegra, Ruocco e Capo (2006), Strong, Bollard e Pickford (2000) e Weir (1992; 1993), examinam, ainda que com diferentes graus de complexidade e abrangência, os aspectos microeconômicos de casos julgados na Austrália, Canadá, Comunidade Européia, Estados Unidos, Itália, México, Nova Zelândia e Reino Unido, e confirmam a ‘hipótese de poder de mercado’.³ Ou seja, apresentam indícios recorrentes de que as estruturas dos mercados explicam, em alguma medida, as intervenções das autoridades antitruste. Além disso, os estudos dão conta de que a ‘hipótese de poder de mercado’ prevalece sobre a ‘hipótese de eficiência’.⁴

³ Os estudos listados acima não têm, absolutamente, as mesmas questões de pesquisa ou variáveis dependentes. No entanto, tais estudos têm por objetivo a revelação de determinantes ou argumentos que expliquem as decisões das autoridades de defesa da concorrência.

⁴ Coate and Kleit (2004) explicam que as autoridades tendem a preferir o abandono das ‘transações eficientes’, ao invés de acordos com as empresas para a distribuição dos ganhos de eficiência, porque tais acordos podem fracassar quando implementados – e.g. se as eficiências ou o aumentos estimados de bem-estar dos consumidores não se materializam, a credibilidade da autoridade reguladora é arranhada.

Concluí-se a partir do exposto, portanto, que a ‘Economia Tradicional do Antitruste’ se confirma como uma fonte de explicações para as decisões proferidas por autoridades de defesa da concorrência, o que a faz ser considerada a primeira perspectiva de análise do fenômeno dos julgamentos de atos de concentração.

Perspectiva da ‘Economia Política’

“The authorities themselves claim to be combating monopoly power and protecting consumers. But the last two decades of empirical research has found little supporting evidence for such motives. An alternative is that M&A regulation is actually designed to protect privileged firms.” (Aktas et al., 2007)

A discussão sobre a segunda perspectiva teórica de análise de julgamentos de atos de concentração inicia-se com a afirmação de um grupo de autores de que a regulação antitruste é utilizada para proteger determinadas empresas. Tal afirmação não é contraposta por Fagundes (1998) e Horn e Stennek (2007), apesar dos estudiosos discutirem mais os interesses públicos que os privados, pois ambos os trabalhos sugerem que a aplicação da legislação antitruste pode variar de acordo com a ideologia política prevalecente na administração pública. Os autores argumentam que, se uma política antitruste é implantada sob o guarda-chuva de uma política industrial, ‘zonas de exceção’ podem ser criadas. Ou seja, setores ou empresas escolhidas por um determinado governo seriam protegidas pela política industrial e não estariam tão susceptíveis ao crivo da política antitruste por, pelo menos, um período. A chamada Política de Campeões Nacionais, que promove a formação de grandes grupos industriais em um país, para que sejam mais competitivos globalmente, ilustra bem a situação descrita pelos autores em algumas partes do mundo.⁵

Coate e Kleit (2004), Coate, Kleit e Bustamante (1995) e Weir (1992, 1993) também se dedicaram a entender o papel da Economia Política na regulação antitruste ao analisarem os efeitos do aumento de empregos e do perfil da indústria sob regulação na probabilidade de intervenções das

⁵ De acordo com De Leon (2001), a Política de Campeões Nacionais aumentou o grau de concentração econômica em muitos mercados latino-americanos. Na Coréia do Sul, exemplo clássico de país que adotou políticas de Estado voltadas à formação de grandes conglomerados industriais globais, o presidente da autoridade de defesa da concorrência participa do Conselho de Estado, juntamente com o Ministro da Fazenda e representantes de agências de fomento, entre outras esferas de poder.

autoridades antitruste dos Estados Unidos e do Canadá, em F&A. Acktas *et al.* (2004; 2007), adicionalmente, investigam os efeitos da origem do capital das empresas sobre os veredictos e lançam evidências de que é maior a probabilidade de intervenção da Comissão Europeia, em F&A, quando competidores estrangeiros com retornos positivos de ações são adquirentes. Nesse caso, fica claro que a política de defesa da concorrência assume caráter protecionista em favor das empresas locais.

Alternativamente, Coate *et al.* (1990) e Coate e Mc Chesney (1992), avaliam os efeitos da visibilidade das F&A na imprensa, do número de comissões legislativas formadas para solicitar explicações dos conselheiros antitruste, nos Estados Unidos, acerca dos casos sob investigação, e do fator ‘empresa adquirida em falência’, que mede a preocupação do governo quanto ao fechamento de postos de trabalho, em virtude da insolvência de certos negócios. De outra forma, Coate *et al.* (1995) e Breunig *et al.* (2012) usam o ‘valor do negócio’ para tentar capturar o efeito do tamanho ou importância política de um ato de concentração nas decisões da autoridade antitruste. Coate (2002), complementarmente, propõe um índice congressional, um fator presidencial e um termo combinado de ambas as variáveis, com o intuito de medir a influência dos poderes legislativo e executivo sobre os reguladores. Além disso, o autor adiciona o termo ‘populista’ com a intenção de verificar se o nível de intervenção antitruste sob a administração de um governo populista supera o nível de intervenção de uma administração pública sem esse predicado.

Garside *et al.* (2013), por sua vez, procuram evidências sobre o período de Margaret Thatcher como primeira-ministra do Reino Unido e revelam que o nível de intervenção da comissão antitruste foi maior na administração Thatcher que em outros tempos. Moe (1982) e Stewart e Cromartie (1982), com propósito similar, observam o ambiente regulatório norte-americano e concluem que as administrações de presidentes republicanos impactam positivamente o nível de atuação da *FTC*, enquanto o sinal é oposto sob a influência presidencial democrata. Diante desses achados, os últimos autores citados sugerem que os republicanos são mais pró-negócios e, por isso, buscam um mercado justo, que demanda mais regulação. Finalmente, Weir (1992, 1993) fornece subsídios para a análise da influência política na atuação da autoridade canadense de defesa da concorrência ao observar os efeitos sobre as contas públicas que uma fusão ou aquisição pode gerar. Dentre os achados do autor, destaca-se que as transações que deterioram o balanço de pagamento têm, apenas, 11% de chances de serem aprovadas.

Entre os resultados gerais deste grupo de pesquisadores, tem-se, então, que a ‘Economia Política’ e a Teria do Interesse Público parecem influenciar

as decisões das autoridades antitruste. Se isso não bastasse, os parâmetros associados à referida perspectiva, quando utilizados em testes econométricos sobre os determinantes dos vereditos dos órgãos reguladores, também superam os ganhos de eficiência esperados de combinações de negócios, no que tange o poder explicativo das decisões. Contudo, quando os mesmos parâmetros são comparados às características estruturais dos mercados, tais como as participações de mercado e as barreiras à entrada, o poder explicativo é menor.

Conclui-se, então, que, embora se saiba da inclusão de aspectos ligados à Economia Política em regulamentos antitruste de certos países ou comunidades de Estados – e.g. Comunidade Européia, a referida perspectiva de análise dos julgamentos de atos de concentração não só explica, em parte, os vereditos das autoridades, como, também, pode ser fonte de imprevisibilidade e instabilidade da regulação aos olhos de agentes econômicos.

Perspectiva da ‘Estrutura da Autoridade Antitruste’

A terceira perspectiva teórica resultante da extensa pesquisa bibliográfica empreendida para este trabalho é composta por fatores associados à ‘Estrutura da Autoridade Antitruste’. Para que se tenha uma ideia da evolução do tema na literatura, Quirk (1981) dedicou-se a investigar os incentivos ao ‘emprego pós-agências reguladoras’ que os reguladores norte-americanos teriam para favorecer uma indústria ou partes reguladas enquanto agentes públicos. Após uma série de entrevistas realizadas com funcionários do alto escalão de quatro agências federais, o pesquisador revelou, entre outras coisas, que os conselheiros da *FTC* consideravam mais prováveis tais incentivos se aumentassem o nível de intervenção nos arranjos empresariais.⁶ Ou seja, os reguladores teriam chances maiores de empregar-se na iniciativa privada após os mandatos quanto mais duros fossem contra as empresas no exercício da função pública.

Na sequência dos estudos sobre o perfil e os incentivos dos agentes reguladores, Coate (2002), Coate *et al.* (1990; 1995) e Coate e Mc Chesney (1992) analisaram a influência do *Bureau of Economics* e do *Bureau of Competition* da *FTC* nos vereditos sobre F&A. Os autores, na prática, usaram os pareceres emitidos por economistas e advogados da referida comissão antitruste para medir o poder de influência de cada um dos núcleos citados de investigação nos julgamentos finais. Como resultado, os estudos reportam que as opiniões dos advogados afetaram mais as decisões da *FTC*, nas décadas de

⁶ Ver Zheng (2015) para uma síntese das abordagens relacionadas à Teoria da Porta Giratória, que explicam os resultados de Quirk (1981).

1980 e 1990, que os pareceres dos economistas. Ainda sobre a interferência ou viés provocado pela formação acadêmica dos reguladores antitruste nos vereditos proferidos por agências antitruste, Posner (1969) e Coate *et al.* (1990) discutem o maior estímulo ao litígio por parte dos reguladores norte-americanos formados em Direito, quando comparados aos economistas. Na mesma direção dos achados nos Estados Unidos, Moran, Seth e Fischmann (2016) evidenciam maior probabilidade de intervenção em F&A, no Brasil, quanto maior for a participação de conselheiros com formação em Direito no painel do CADE.

Garside *et al.* (2013), por outro lado, exploram conceitos, como a experiência do painel de reguladores, a idade do presidente do órgão regulador antitruste e a experiência prévia à presidência, para explicar o efeito da estrutura nas decisões da comissão antitruste do Reino Unido. Os autores, então, concluem que a experiência do presidente é fator determinante nas decisões, como ilustra o seguinte trecho: “[...] replacing an inexperienced chairman with one of average experience increases the probability of a ‘guilty’ outcome by approximately 30% and, after chairing around 30 cases, a chairman is predicted to find almost every case guilty” (*ibid.*, p. 474).

Por fim, vale, também, mencionar que Moran *et al.* (2016), em adição às contribuições sobre a formação acadêmica dos conselheiros do CADE, apontam a proximidade do término dos mandatos e a idade média do painel votante dos conselheiros – fundamentados nas diferentes abordagens da Teoria da Porta Giratória (ver nota 6) – e o tamanho do painel votante como fatores influentes nas decisões sobre F&A notificadas ao referido conselho. Os resultados apresentados pelos autores indicam maior probabilidade de intervenção nos atos de concentração quanto menor for a média de tempo dos mandatos do painel de conselheiros, quanto maior for a média de idade do painel votante e quanto menor for o painel votante.

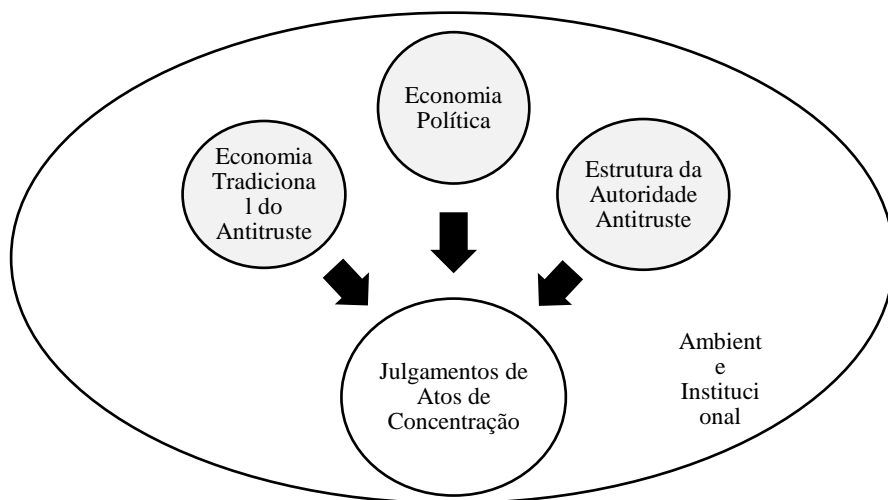
Sendo assim, é possível considerar que a ‘Estrutura da Autoridade Antitruste’ pode afetar os julgamentos de atos de concentração e, portanto, deve ser considerada entre as perspectivas de análise do referido fenômeno.

Proposição teórica e teste de robustez

Diante de todo o exposto na Fundamentação Teórica, este trabalho propõe o *Modelo de Análise Estrutural de Julgamentos de Atos de Concentração*, representado na Figura 1. Ademais das três perspectivas de análise discutidas, faz-se, ainda, necessária a inclusão do ambiente institucional no qual as autoridades antitruste tomam decisões, uma vez que o ‘Ambiente Institucional’ se define pelas regras e pelos requisitos que devem ser obedecidos por organizações individuais, a fim de ganhem legitimidade e apoio

da sociedade (Scott, 1995). As melhores condições de previsibilidade das decisões de uma autoridade antitruste e de estabilidade dos marcos legais, portanto, dependem da solidez das instituições. Sendo assim, o ‘Ambiente Institucional’, que permeia todas as perspectivas, deve ser considerado uma quarta perspectiva ou dimensão de controle.

Figura 1 – Modelo de Análise Estrutural de Julgamentos de Atos de Concentração



Fonte: Elaborado pelo autor

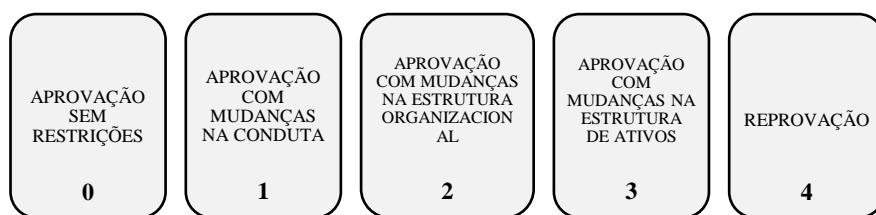
Teste de Robustez

As regressões *Probit Ordenado*, em termos teóricos, são definidas por: $y_i^* = \beta \cdot x_i' + u_i$, onde y_i^* é um termo não-observável, relacionado à variável dependente y ; i = número de observações (varia de 1 a n); n = tamanho do conjunto amostral; β = vetor de parâmetros; x = vetor de variáveis independentes; e $u_i : N(0,1)$.⁷

⁷ A variável dependente y é definida por: $y = 0$ if $-\infty < y^* < cut_1$; $y = 1$ if $cut_1 < y^* < cut_2$; $y = 2$ if $cut_2 < y^* < cut_3$; $y = J$ if $cut_{J-1} < y^* < \infty$; J = número de categorias ordinais da variável dependente; e $cut_j = cut\text{-points}$.

Para o teste de robustez, adota-se como variável dependente os resultados dos julgamentos das 775 F&A componentes da amostra, estruturados em uma escala de intervenções criada, especificamente, para este estudo (Figura 2). A escala, que acompanha a literatura sobre o tema – e.g. Guias do *Competition Bureau of Canada* e do *DOJ* dos Estados Unidos, bem como de pesquisas de Kopke, Kraak, Levie, Menezes, Plas e Tretton (2005) e de Motta, Polo e Vasconcelos (2003), é formada por vereditos ordenados em 5 categorias crescentes e varia da aprovação sem restrições ‘0’, aprovação com mudanças na conduta ‘1’, aprovação com mudanças na estrutura organizacional ‘2’ e aprovação com mudanças na estrutura de ativos ‘3’ à reprovação ‘4’.⁸

Figura 2 – Níveis de intervenção antitruste em atos de concentração



Fonte: Elaborado pelo autor

Quanto aos vetores de parâmetros β e de variáveis independentes x , tem-se as listas de termos, conceitos e medidas, organizadas da seguinte forma: Tabela 1 (Economia Tradicional do Antitruste); Tabela 2 (Economia Política); Tabela 3 (Estrutura da Autoridade Antitruste); e Tabela 4 (Ambiente

⁸ Entre os dois extremos da escala, as decisões do CADE estão agrupadas em três tipos diferentes de condições impostas ou negociadas com as empresas fundentes: (i) a ‘aprovação com mudanças na conduta’, que compreende mudanças contratuais, como modificações em definições geográficas ou de produtos contidos em cláusulas de não-concorrência ou de exclusividade; (ii) a ‘aprovação com mudanças na estrutura organizacional’, que compreende obrigações relacionadas aos objetivos estratégicos e operacionais, às práticas de governança e à estrutura corporativa, como proibições de comportamento discriminatório nas relações verticais e regras para nomeações de executivos e escopo de trabalho, até a interrupção de contratos de fornecimento ou de acordos de cooperação firmados antes da transação; e (iii) a ‘aprovação com mudanças na estrutura de ativos’, que implica a alienação de ativos tangíveis e/ou intangíveis para terceiros.

Institucional).⁹ Frise-se que os termos contidos na Tabela 4 funcionam como variáveis de controle na aplicação do modelo teórico completo.¹⁰

Tabela 1 – Variáveis da Perspectiva da Economia Tradicional do Antitruste

<i>Variável</i>	<i>Conceito</i>	<i>Medida</i>
Participação de Mercado	Nível de concentração de mercado decorrente da transação	= Soma das participações de mercado das empresas requerentes após a transação
Integração de Mercado	Nível de integração de mercado entre as empresas requerentes	= '1' se as empresas requerentes atuavam em mercados horizontal ou verticalmente integrados; '0' caso contrário
Exigência de Capital	Nível de barreiras de entrada no setor	= Posição no ranking de 'exigência de capital' para empreender por atividade econômica (adaptado de Gershon (2013))

Fonte: Elaborado pelo autor

⁹ Em virtude do papel acessório que ocupa o teste empírico de robustez neste estudo, a fundamentação teórica de cada variável, em particular, não é desenvolvida.

¹⁰ Segundo Wooldridge (2009), as variáveis de controle são termos que isolam o efeito causal das variáveis independentes de uma regressão, o que diminui preocupações com possíveis vieses gerados por omissão de variáveis. A qualidade e consistência dos resultados é aumentada na presença de tais termos.

Tabela 2 – Variáveis da Perspectiva da Economia Política

<i>Variável</i>	<i>Conceito</i>	<i>Medida</i>
Inflação	Nível de equilíbrio entre oferta e demanda na economia brasileira	= Índice de Preços ao Consumidor (IPCA) apurado no ano-calendário do julgamento final da transação
Desemprego	Nível desemprego na economia brasileira	= Índice de desemprego apurado no ano-calendário do julgamento final da transação
Balança Comercial	Resultado das relações comerciais com o resto do mundo	= Saldo da Balança Comercial apurado no ano-calendário do julgamento final da transação
Brasileira	Origem do capital do grupo empresarial adquirente	= '1' se a origem do capital do grupo empresarial adquirente era brasileira; '0' caso contrário
Indústria	Macrossetor econômico	= '1' se a empresa adquirente atuava no macrossetor 'Indústria'; '0' caso contrário (variável <i>dummy</i> omitida: 'Serviços')
Agricultura	Macrossetor econômico	= '1' se a empresa adquirente atuava no macrossetor 'Agricultura'; '0' caso contrário (variável <i>dummy</i> omitida: 'Serviços')
Governo PT	Ideologia política	= '1' se o administração federal, no momento do julgamento final da transação, estava sob o comando do Partido dos Trabalhadores; '0' caso contrário

Fonte: Elaborado pelo autor

Tabela 3 – Variáveis da Perspectiva da Estrutura da Autoridade Antitruste

<i>Variável</i>	<i>Conceito</i>	<i>Medida</i>
Direito	Formação acadêmica dos conselheiros	= Proporção de votos dos membros do painel cuja formação acadêmica está mais associada ao Direito
Bem-Estar	Motivação para o trabalho no setor público	= '1' se a proporção de membros do painel com experiência predominante em atividades relacionadas ao domínio Bem-Estar é igual ou superior a 50%; '0' caso contrário (variável <i>dummy</i> omitida: 'Utilidades')
Funções Essenciais	Motivação para o trabalho no setor público	= '1' se a proporção de membros do painel com experiência predominante em atividades relacionadas às Funções Essenciais do Estado é igual ou superior a 50%; '0' caso contrário (variável <i>dummy</i> omitida: 'Utilidades')
Administração Geral	Motivação para o trabalho no setor público	= '1' se a proporção de membros do painel com experiência predominante em atividades relacionadas à Administração Geral do Estado é igual ou superior a 50%; '0' caso contrário (variável <i>dummy</i> omitida: 'Utilidades')
Experiência	Experiência no cargo	= Experiência média, em dias, dos membros do painel de votação nos cargos de conselheiro ou presidente
Fim de Mandato	Postura atrativa, no fim do mandato, para trabalho pós-regulação	= Média de tempo, em dias, entre o fim do mandato dos membros do painel de votação e o momento da sessão final de julgamento

Capital Humano	Postura atrativa, baseada em capital humano e expansão de mercado, para trabalho pós-regulação	= Média de idade, em anos, dos membros do painel de votação no momento da sessão de julgamento final
Número de Votos	Número de votos válidos do painel de decisão	= Número de votos válidos
Orçamento	Orçamento da autoridade	= Logarítmico neperiano do orçamento do CADE no ano do julgamento final

Fonte: Elaborado pelo autor

Tabela 4 – Variáveis da Perspectiva Ambiente Institucional (variáveis de controle)

<i>Variável</i>	<i>Conceito</i>	<i>Medida</i>
Democracia & Liberdade	Grau de democracia e liberdade de expressão, de associação e de imprensa	= Estimativa da percepção de um grande número de empreendimentos, cidadãos e especialistas em pesquisas sobre o conceito em questão, que pode variar de, aproximadamente, -2,5 (fraco) a 2,5 (forte), publicada pelo World Bank (<i>Worldwide Governance Indicators</i>)
Estabilidade Política	Estabilidade política e ausência de violência e terrorismo	= Estimativa da percepção de um grande número de empreendimentos, cidadãos e especialistas em pesquisas sobre o conceito em questão, que pode variar de, aproximadamente, -2,5 (fraco) a 2,5 (forte), publicada pelo World Bank (<i>Worldwide Governance Indicators</i>)
Eficácia do Governo	Qualidade do serviço público e do serviço cível e grau de independência de	= Estimativa da percepção de um grande número de empreendimentos, cidadãos e especialistas em pesquisas sobre o

		pressão política, bem como qualidade da formulação e da implantação de políticas	conceito em questão, que pode variar de, aproximadamente, -2,5 (fraco) a 2,5 (forte), publicada pelo World Bank (<i>Worldwide Governance Indicators</i>)
Estado de Direito	de	Confiança nas leis, respeito aos contratos e aos direitos de propriedade	= Estimativa da percepção de um grande número de empreendimentos, cidadãos e especialistas em pesquisas sobre o conceito em questão, que pode variar de, aproximadamente, -2,5 (fraco) a 2,5 (forte), publicada pelo World Bank (<i>Worldwide Governance Indicators</i>)
Controle da Corrupção	da	Poder público é exercido para gerar ganhos privados	= Estimativa da percepção de um grande número de empreendimentos, cidadãos e especialistas em pesquisas sobre o conceito em questão, que pode variar de, aproximadamente, -2,5 (fraco) a 2,5 (forte), publicada pelo World Bank (<i>Worldwide Governance Indicators</i>)

Fonte: Elaborado pelo autor

Uma vez apresentadas as variáveis dependente e independentes, formaliza-se as regressões de 1 a 4, que objetivam a captura dos efeitos isolados de cada perspectiva de análise do modelo teórico, enquanto a Regressão 5 anuncia o modelo completo. Convém, adicionalmente, registrar que, devido à inclusão de 24 variáveis independentes na Regressão 5, o *Probit Ordenado* é complementado por uma *Regressão Step-down*.¹¹

Regressão 1 – Perspectiva da Economia Tradicional do Antitruste

¹¹ A *Regressão Step-down* é uma técnica que começa com um modelo completo, mas à medida que um termo se revela estatisticamente não-significante em um determinado intervalo – no caso [0%; 10%], é removido e a regressão reestimada (STATA, 2016). O modelo final, assim, é composto por todas as variáveis estatisticamente significantes, ou seja, com algum poder explicativo sobre a variável dependente.

$$\text{Nível_Intervenção} = \beta_1.\text{Participação_Mercado} + \beta_2.\text{Integração_Mercado} + \beta_3.\text{Exigência_Capital} + \mu$$

Regressão 2 – Perspectiva da Economia Política

$$\text{Nível_Intervenção} = \beta_1.\text{Inflação} + \beta_2.\text{Desemprego} + \beta_3.\text{Balança_Comercial} + \beta_4.\text{Brasileira} + \beta_5.\text{Indústria} + \beta_6.\text{Agricultura} + \beta_7.\text{Governo_PT} + \mu$$

Regressão 3 – Perspectiva da Estrutura da Autoridade Antitruste

$$\text{Nível_Intervenção} = \beta_1.\text{Direito} + \beta_2.\text{Bem_Estar} + \beta_3.\text{Funções_Essenciais} + \beta_4.\text{Administração_Geral} + \beta_5.\text{Experiência} + \beta_6.\text{Fim_Mandato} + \beta_7.\text{Capital_Humano} + \beta_8.\text{Número_Votos} + \beta_9.\text{Orçamento} + \mu$$

Regressão 4 – Ambiente Institucional

$$\text{Nível_Intervenção} = \beta_1.\text{Democracia\&Liberdade} + \beta_2.\text{Estabilidade_Política} + \beta_3.\text{Eficácia_Governo} + \beta_4.\text{Estado_Direito} + \beta_5.\text{Controle_Corrupção} + \mu$$

Regressão 5 – Modelo de Análise Estrutural de Julgamentos de Atos de Concentração

$$\text{Nível_Intervenção} = \beta_1.\text{Participação_Mercado} + \beta_2.\text{Integração_Mercado} + \beta_3.\text{Exigência_Capital} + \beta_4.\text{Inflação} + \beta_5.\text{Desemprego} + \beta_6.\text{Balança_Comercial} + \beta_7.\text{Brasileira} + \beta_8.\text{Indústria} + \beta_9.\text{Agricultura} + \beta_{10}.\text{Governo_PT} + \beta_{11}.\text{Democracia\&Liberdade} + \beta_{12}.\text{Estabilidade_Política} + \beta_{13}.\text{Eficácia_Governo} + \beta_{14}.\text{Estado_Direito} + \beta_{15}.\text{Controle_Corrupção} + \beta_{16}.\text{Direito} + \beta_{17}.\text{Bem_Estar} + \beta_{18}.\text{Funções_Essenciais} + \beta_{19}.\text{Administração_Geral} + \beta_{20}.\text{Experiência} + \beta_{21}.\text{Fim_Mandato} + \beta_{22}.\text{Capital_Humano} + \beta_{23}.\text{Número_Votos} + \beta_{24}.\text{Orçamento} + \mu$$

Por fim, a Tabela 5 mostra os resultados das regressões. Em síntese, é possível afirmar que há indícios da consistência teórica e da aplicabilidade do *Modelo de Análise Estrutural de Julgamentos de Atos de Concentração*. Tal conclusão sustenta-se na avaliação do *Pseudo R²* de cada uma das regressões, bem como na presença, na Regressão 5 (modelo completo), de, pelo menos, uma variável estatisticamente significativa associada à cada uma das perspectivas incluídas no modelo teórico. Cabe lembrar-se de que o *Pseudo R²* mede a variabilidade causada pelos termos independentes na variável dependente e deve ser maior que zero para significar uma evidência da influência de cada perspectiva de análise do modelo teórico nos níveis de intervenção do CADE em atos de concentração. Registra-se, além do divulgado pela Tabela 5, que o *Pseudo R²* das regressões 1 a 5 são, respectivamente: 0,14; 0,06; 0,05; 0,04; e 0,20.¹² Ainda, convém informar que *Variance Inflation Factors (VIFs)* foram calculados para todos os termos independentes e os valores estiveram dentro dos limites sugeridos por Stine (1995) e O'Brien (2007). Portanto, preocupações associadas à multicolinearidade estão descartadas.

Considerações finais

Coate e Kleit (2004), Conklin e Pocklington Jr. (2014) e McAfee e Vakkur (2004) afirmam que os processos antitruste são caros tanto para as empresas quanto para as agências reguladoras. Dispendios financeiros e desperdício de tempo podem ser reduzidos se empresários, gestores e consultores de empresas, por exemplo, conhecem os diferentes aspectos que podem afetar as decisões dos reguladores. Para as autoridades antitruste e as administrações federais, este estudo oferece subsídios à reflexão sobre o grau de aplicação das leis. Afinal, a evolução das políticas de defesa da concorrência de um país ou comunidade, bem como dos órgãos reguladores, depende, entre

¹² Os dados relativos às transações notificadas e à estrutura do CADE foram extraídos de documentos disponíveis publicamente em www.cade.gov.br, entre os quais incluem-se: votos escritos pelos conselheiros, relatórios anuais, minutas e áudios das sessões de julgamentos da respectiva autoridade antitruste, bem como pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF) e da Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ). Sobre os perfis biográficos da população de 36 conselheiros e presidentes do CADE, que atuaram entre 2000 e 2013 e julgaram casos sob a égide da Lei 8,884/94, um conjunto complementar de dados foi elaborado a partir dos currículos dos nomeados enviados pelos Presidentes da República ao Senado, do próprio sítio do CADE, e de bases profissionais, tais como CNPQ Lattes e LinkedIn.

outras coisas, da avaliação dos regramentos oficiais pretéritos, de fatores políticos e das decisões tomadas por agentes públicos.

Entre as limitações deste trabalho, faz-se necessário mencionar a ausência de mais termos associados à Perspectiva da Economia do Antitruste Tradicional no teste de robustez. A omissão de certas variáveis não permite que as conclusões deste estudo sejam definitivas.

Tabela 5 – Resultados

Variáveis	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4	Modelo 5
Economia Tradicional do Antitruste					
Participação de Mercado	2,29** (0,25)				2,32** (0,26)
Integração de Mercado	0,04 (0,51)				
Exigência de Capital	0,19** (0,04)				0,15** (0,04)
Economia Política					
Inflação		-0,10** (0,03)			-0,11** (0,03)
Desemprego		0,19* (0,09)			
Balança Comercial		-0,00* (0,00)			
Brasileira		0,26* (0,13)			0,37* (0,15)
Indústria		-0,30* (0,12)			-0,31* (0,14)
Agricultura		-0,86† (0,48)			
Governo PT		1,14** (0,35)			0,61** (0,19)
Estrutura da Autoridade Antitruste					
Direito			0,14 (0,42)		
Bem-Estar			0,28† (0,15)		
Funções Essenciais			0,38** (0,14)		
Administração Geral			1,44* (0,59)		1,24† (0,64)

Experiência			0,00†		
			(0,00)		
Fim de Mandato			-0,00		
			(0,00)		
Capital Humano			0,03*		0,05**
			(0,01)		(0,01)
Número de Votos			-0,00		
			(0,09)		
Orçamento			0,83**		
			(0,29)		
Ambiente Institucional					
Democracia & Liberdade				-0,88	
				(0,71)	
Estabilidade Política				-2,26**	
				(0,39)	
Eficácia do Governo				2,82**	
				(1,01)	
Estado de Direito				1,97**	
				(0,54)	
Controle da Corrupção				-3,08**	1,38†
				(1,04)	(0,80)
Cut ₁	3,40	2,26	16,49	0,38	4,89
	(0,60)	(0,68)	(5,39)	(0,33)	(0,72)
Cut ₂	4,17	2,93	17,14	1,04	5,73
	(0,61)	(0,68)	(5,39)	(0,34)	(0,74)
Cut ₃	4,50	3,17	17,37	1,28	6,07
	(0,62)	(0,68)	(5,39)	(0,34)	(0,74)
Cut ₄	5,07	3,56	17,76	1,67	6,65
	(0,64)	(0,69)	(5,40)	(0,35)	(0,76)
Pseudo R ²	0,14	0,06	0,04	0,05	0,20
Likelihood ratio chi-square	105,67	43,00	33,95	38,91	152,46
Prob > chi ²	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

*Nota. Erros-padrão robustos entre parênteses. Significância estatística a † p<.10; * p<.05; ** p<.01*

REFERÊNCIAS

AKTAS, N.; De BODT, E.; ROLL, R. Market response to European regulation of business combinations. **Journal of Financial and Quantitative Analysis**, v. 39, n. 4, p. 731-757, 2004.

AKTAS, N.; De BODT, E.; ROLL, R. Is European M&A Regulation protectionist? **The Economic Journal**, v. 1, p. 1096-1121, 2007.

AVALOS, M.; DE HOYOS, R. E. An empirical analysis of Mexican merger policy. **Review of Industrial Organization**, v. 32, n. 1, p. 113-130, 2008.

AVELLAR, A. P.; TEIXEIRA, H. de A.; DE PAULA, G. M. Joint ventures e a política antitruste brasileira. **Revista de Economia Contemporânea**, v. 16, n. 3, p. 463-486, 2012.

BERGMAN, M. A.; JAKOBSSON, M.; RAZO, C. An econometric analysis of the European Commission's merger decisions. **International Journal of Industrial Organization**, v. 23, p. 717-737, 2005.

BREUNIG, R.; MENEZES, F. M.; TAN, K. J. K. An empirical investigation of the mergers decision process in Australia. **The Economic Record**, v. 88, n. 283, p. 459-475, 2012.

COATE, M. B. A test of political control of the bureaucracy: the case of mergers. **Economics and Politics**, v. 14, n. 1, p. 1-18, 2002.

COATE, M. B. Empirical analysis of merger enforcement under the 1992 merger guidelines. **Review of Industrial Organization**, v. 27, p. 279-301, 2005.

COATE, M. B. The shifting sands of merger enforcement at the Federal Trade Commission. **International Journal of the Economics of Business**, v. 2, n. 3, p. 393-407, 1995.

COATE, M. B.; HIGGINS, R. S.; MC CHESNEY, F. S. Bureaucracy and politics in FTC merger challenges. **Journal of Law and Economics**, v. 33, n. 2, p. 463-482, 1990.

COATE, M. B.; KLEIT, A. N. Art of the deal: the merger settlement process at the Federal Trade Commission. **Southern Economic Journal**, v. 70, n. 4, p. 977-997, 2004.

COATE, M. B.; KLEIT, A. N.; BUSTAMANTE, R. Fight, fold or settle? Modeling the reaction to FTC merger challenges. **Economic Inquiry**, v. XXXIII, p. 537-551, 1995.

COATE, M. B.; MC CHESNEY, F. S. Empirical evidence on FTC enforcement of the merger guidelines. **Economic Inquiry**, v. XXX, p. 277-293, April 1992.

COATE, M. B.; ULRICK, S. W. Transparency at the Federal Trade Commission: the horizontal merger review process 1996-2003. **Bureau of Economics Federal Trade Commission**, Economic Issues, p. 1-81, 2005.

COATE, M. B.; ULRICK, S. W. Transparency at the Federal Trade Commission: the horizontal merger review process 1996-2003. **Antitrust Law Journal**, v. 73, n. 2, p. 531-570, 2006.

CONKLIN, D. W.; POCKLINGTON JR., P. H. 2014. Antitrust: a threat to mergers and acquisitions. **Ivey Business Journal**, v. 64, n. 6, p. 38-42, 2000.

DE LEON, I. **Latin American Competition Law and Policy**: a policy in search of identity. Kluwer Law International, 2001. 300 p.

DEVOS, E.; KADAPAKKAM, P-R.; KRISHNAMURTHY, S. How do mergers create value? A comparison of taxes, market power, and efficiency improvements as explanations for synergies. **The Review of Financial Studies**, v. 22, n. 3, 2009.

DOJ – **U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE**. Antitrust Division policy guide to merger remedies. June 2011.

DUSO, T.; GUGLER, K. J.; YURTOGLU, B. B. How effective is European merger control? **European Economic Review**, v. 55, p. 980-1006, 2011.

DUSO, T.; NEVEN, D. J.; ROLLER, L. The political economy of European merger control: evidence using stock market data. **Journal of Law and Economics**, v. 50, n. 3, p. 455-489, 2007.

EREL, I. The effect of bank mergers on loan prices: evidence from the United States. **The Review of Financial Studies**, v. 24, n. 4, p. 1068-1101, 2011.

EVANS, D. S. Lightening up on market definition. *In*: ELHAUGE, E. R. **Research Handbook on the Economics of Antitrust Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, cap. 3, p. 53-89.

FAGUNDES, J. Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência? **Revista IBRAC**, v. 5, n. 6, 1998.

FINKELSTEIN, C.; FINKELSTEIN, M. E. A internacionalização do direito econômico. *In*: GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Estudos de direito econômico e economia da concorrência**. Curitiba: Juruá, 2012, cap. 8, p. 137-146.

FTC – **FEDERAL TRADE COMMISSION**. Disponível em : <https://www.ftc.gov/policy/international/competition-consumer-protection-authorities-worldwide>. Acessos: 2015-2016.

GAMA, M. M. da; RUIZ, R. M. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004. **Economia e Sociedade**, v. 16, n. 2, p. 233-258, 2007.

GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito antitruste**: o combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009. 364 p.

GARSDALE, L.; GROUT, P. A.; ZALEWSKA, A. Does experience make you 'tougher'? Evidence from competition law. **The Economic Journal**, v. 123, p. 474-490, 2013.

GERSHON, L. **Study: industries with low barriers to entry**. Disponível em: <https://www.creditdonkey.com/barriers-to-entry.html>. Acessos em: junho de 2016.

HORN, H.; STENNEK, J. The political economy of EU merger control: small vs. large member States. In: GHOSAL, V.; STENNEK, J. **Contributions to economic analysis**: the political economy of antitrust. Amsterdam: Elsevier, 2007, p. 259-285.

KHEMANI, R. S.; SHAPIRO, D. M. An empirical analysis of Canadian merger policy. **The Journal of Industrial Economics**, v. XLI, n. 2, 1993.

KIRKWOOD, John B. The predictive power of merger analysis. **The Antitrust Bulletin**, v. 56, n. 3, p. 543-582, Fall 2011.

KOPKE, A.; KRAAK, K.; LEVIE, D.; MENEZES, J.; PLAS, S.; TRETTON, W. Merger Remedies Study. **Directorate General for Competition of the European Commission**, p. 1-233, 2005.

KRATTENMAKER, T. G.; PITOFISKY, R. Antitrust Merger Policy and the Reagan Administration. **The Antitrust Bulletin**, p. 211-232, Summer 1988.

LA NOCE, M.; BOLASCO, S.; ALLEGRA, E.; RUOCCO, V.; CAPO, F. M. Merger control in Italy 1995-2003: a statistical study of the enforcement practice by mining the text of authority resolutions. **International Journal of the Economics of Business**, v. 13, n. 2, p. 307-334, 2006.

LEDDY, M. Recent merger cases reflect revolution in Antitrust Policy. **Legal Times**, p. 2,

1986.

LONG, W. F.; SCHRAMM, R.; TOLLISON, R. The economic determinants of antitrust activity. **The Journal of Law and Economics**, v. 16, n. 2, p. 351-364, 1973.

MCAFEE, R. P.; VAKKUR, N. V. The Strategic abuse of the antitrust laws. **Journal of Strategic Management Education**, v. 1, n. 3, p. 1-18, 2004.

MELLO, M. T. L. Defesa da concorrência. *In*: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002, cap. 21, p. 485-514.

MINTZBERG, H. Managing government, governing management. **Harvard Business Review**, v. 74, n. 3, p. 75-83, May-June 1996.

MOE, T. M. Regulatory Performance and Presidential Administration. **American Journal of Political Science**, v. 26, n. 2, p. 197-224, 1982.

MONTI, G. **EC Competition Law**. Cambridge: University Press, 2007.

MORAN, M. R.; SETH, A.; FISCHMANN, A. A. Does antitrust commission structure bias merger reviews? The case of Brazil. Discussion paper, **INSEAD**, France, 2016.

MOTTA, M.; POLO, M.; VASCONCELOS, H.. Merger remedies in the European Union: an overview. *In*: LÉVÊQUE, F.; SHELANKSI, H. **Merger remedies in American and European Union competition law**. Edward Elgar Publishing Limited, 2003, p. 106-128.

NUSDEO, A. M. de O. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

O'BRIEN, R. M. A caution regarding rules of thumb for Variance Inflation Factors. **Quality & Quantity**, v. 41, n. 1, p. 673-690, 2007.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. **Market Definition**. Paris: OECD, 2012. 440 p.

OLIVEIRA, G.. Defesa da concorrência, investimento estrangeiro e desnacionalização: aspectos da experiência brasileira recente. *In*: OLIVEIRA, G. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001, cap. 6, p. 118-134.

STINE, R. A. Graphical interpretation of Variance Inflation Factors. **The American Statistician**, v. 49, n. 1, p. 53-56, 1995.

POSNER, R. A. The Federal Trade Commission. **The University of Chicago Law Review**, v. 37, n. 1, p. 47-89, Autumn 1969.

QUIRK, P. **Industry influence in federal regulatory agencies**. Princeton: Princeton University Press, 1981. 260 p.

SALOP, Steven C. Symposium on Mergers and Antitrust. **The Journal of Economic Perspectives**. v. 1, n. 2, p. 3-12, Autumn 1987.

SCHEFFMAN, D.; COATE, M. B.; SILVIA, L. Twenty years of merger guidelines enforcement at the FTC: an economic perspective. **Antitrust Law Journal**, v. 71, p. 277-318, 2003.

SIEGFRIED, J. J. The Determinants of Antitrust Activity. **The Journal of Law & Economics**, v. 18, n. 2, p. 559-574, 1975.

SHETH, M. M. Formulating antitrust policy in emerging economies. **The Georgetown Law Journal**, v. 86, n. 1, p. 451-477, 1997.

SINGH, A. Competition and competition policy in emerging markets: international and developmental dimensions. G-24 Discussion Paper Series, **United Nations Conference on Trade and Development**, n. 18, September 2002.

STATA. **Stepwise estimation**. Disponível em: <<http://www.stata.com/manuals13/rstepwise.pdf>>. Acessos: junho de 2016.

STEWART, J.; CROMARTIE, J. S. Partisan presidential change and regulatory policy: the case of the FTC and deceptive practices enforcement, 1938-1974. **Presidential Studies Quarterly**, v. 12, n. 4, p. 568-573, 1982.

SCOTT, R. **Institutions and organizations**. Thousand Oaks, CA: Sage, 1995.

STRONG, N.; BOLLARD, A.; PICKFORD, M. Defining market dominance: a study of antitrust decisions on business acquisitions in New Zealand. **Review of Industrial Organization**, v. 17, p. 209-227, 2000.

WEIR, C. Monopolies and Merger Commission, merger reports and the public interest: a probit analysis. **Applied Economics**, v. 24, p. 27-34, 1992.

WEIR, C. Merger policy and competition: an analysis of the Monopolies and Merger Commission's decisions. **Applied Economics**, v. 25, p. 57-66, 1993.

WHITE, L. J. Antitrust and merger police: a review and critique. **Journal of Economic Perspectives**, v. 1, n. 2, p. 12-23, 1987.

WOOLDRIDGE, J. M. **Introductory econometrics: a modern approach**. South-Western: Cengage, 2009. 865 p.

WORLD BANK. **Worldwide Governance Indicators**. Disponível em: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>. Acessos: junho de 2016.

ZHENG, W. The revolving door. **Notre Dame Law Review**, v. 90, n. 3, p. 1265-1308, 2015.

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Antitrust and International Arbitration¹

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Mariana Binder

RESUMO: A primeira parte do presente artigo tem por objetivo analisar a evolução do debate acerca da arbitrabilidade das questões concorrenciais e a consequente superação do obstáculo inicialmente configurado pela ordem pública; serão também examinados os contornos práticos gerados a partir da confirmação de tal arbitrabilidade. A segunda parte do trabalho visa a analisar a questão da arbitrabilidade das questões concorrenciais sob o prisma da existência de consenso e das relações interparte. Para tanto, o principal objeto de análise será o *Arbitration Fairness Act de 2013*, que propõe alterar a lei de arbitragem norte-americana de modo a invalidar quaisquer convenções de arbitragem anteriores à disputa que estabeleçam a resolução pela via arbitral de disputas empregatícias, consumeristas, concorrenciais e de direitos civis.

Palavras-chave: Arbitrabilidade. Defesa da concorrência. Arbitragem Internacional. Antitruste.

Abstract: First, this article shall analyze the evolution of the debate on the arbitrability of competition claims and the consequent overcoming of the obstacle initially set by public policy; the practical considerations generated as a result of the confirmation of said arbitrability shall also be analyzed. The second part of the work aims at analyzing the issue of arbitrability of antitrust claims from a new standpoint: that of the existence of consent and of interparty relations, similarly to what happens in Consumer Law. The main object of analysis for this part shall be the *Arbitration Fairness Act of 2013* which purpose is to amend the U.S. *Federal Arbitration Act* in order to invalidate predispute arbitration agreements that establish resolution through arbitration of labor, consumer, antitrust, and civil rights disputes.

Keywords: Arbitrability. Antitrust Law. International Arbitration. Competition Law.

¹ Uma versão anterior deste artigo foi publicada em 15 U.C. Davis Bus. L. J. 173 (2015)

Introdução

A ausência de restrições à arbitrabilidade das disputas de alguns ramos do direito, entre os quais o direito da concorrência e o direito do consumidor, é alvo de fortes críticas por parte de inúmeros estados norte-americanos², o que pode ser visto a partir de uma série de projetos legislativos na tentativa de restringir a arbitrabilidade desse tipo de conflito³. Dentre esses projetos, talvez o mais proeminente seja o *Arbitration Fairness Act de 2013*⁴, ainda em tramitação no Congresso dos Estados Unidos, que propõe alterar o *Federal Arbitration Act*⁵, lei de arbitragem norte-americana, de modo a invalidar quaisquer convenções de arbitragem, anteriores ao litígio, as quais estabeleçam a resolução pela via arbitral de disputas empregatícias, consumeristas, concorrenciais e de direitos civis.

O ponto interessante desse projeto é que ele tem por propósito reduzir substancialmente a arbitrabilidade de conflitos⁶, que hoje é vista de maneira mais amigável pela jurisprudência internacional, mais permissiva a essa modalidade de solução de conflitos. No que diz respeito, mais especificamente, às lides que envolvem situações relacionadas à lei de defesa da concorrência, o projeto de lei parece ir de encontro com tendências mais atuais da jurisprudência internacional que, com o aumento da confiança no instituto da arbitragem, expandiu o conceito de arbitrabilidade de demandas envolvendo direito da concorrência, superando a barreira inicialmente imposta.

Sendo assim, destarte este artigo tem por objeto avaliar os questionamentos iniciais à arbitrabilidade de conflitos concorrenciais

² ESTADOS UNIDOS. Corte de Falências do Alabama, divisão oriental. *Knepp v. Credit Acceptance Corp.* (In re *Knepp*). 29 de janeiro de 1999; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Apelação de West Virginia. *Brown v. Genesis Healthcare Corp.* 13 de junho de 2012.

³ V. Código Interno de Georgia, §9-9-2(c)(5); Código Interno de Montana, §27-5-114; Código de Prática Civil e Remédios do Texas, §171.002(a)(2). Estas leis impõem restrições à validade de convenções de arbitragem envolvendo disputas consumeristas (BORN, 2014, pp. 1015-1016).

⁴ O *Arbitration Fairness Act* foi originalmente proposto em 2007, e proposto novamente em 2009 e 2011; porém, em nenhuma dessas ocasiões foi aprovado pelo Congresso norte-americano.

⁵ ESTADOS UNIDOS. Federal Arbitration Act, 1925.

⁶ É possível argumentar que as disposições do *Arbitration Fairness Act de 2013* são regras de validade contratual e não de arbitrabilidade. No entanto, o projeto produz efeitos sobre a arbitrabilidade das disputas concorrenciais, como será demonstrado na segunda parte do trabalho.

relacionados à ordem pública. Em particular, avaliará os argumentos no sentido positivo e contrário a tal arbitrabilidade, com especial cuidado para as decisões judiciais, europeia e americana, que endereçaram tais argumentos. Em momento posterior, o artigo irá analisar a existência de consenso e os novos desafios impostos pela ordem pública para, ao final, avaliar em que contexto o projeto mencionado pode ser enquadrado. Será um novo rol de argumentos no sentido contrário à arbitrabilidade de disputas concorrenciais ou uma derivação das dificuldades encontradas a partir do argumento de ordem pública, considerada inarbitrável?

1. A primeira rodada: ordem pública e arbitrabilidade

Durante muitos anos, até meados dos anos 80 e 90, as questões relacionadas ao Direito Concorrencial foram consideradas inarbitráveis, sobretudo em razão de sua natureza jurídica ligada à ordem pública. Tais questões de ordem pública costumavam sobrepor-se à autonomia da vontade das partes, impedindo que seus conflitos fossem resolvidos pela via arbitral⁷. As objeções quanto à arbitrabilidade de disputas envolvendo ordem pública supõem prejuízos que podem ser resumidos em três grupos: (i) as peculiaridades do procedimento arbitral, que poderiam comprometer o devido processo legal, como uma fase de apresentação de evidências menos rigorosa; (ii) a fundamentação limitada dos laudos arbitrais; e (iii) a ausência de via recursal em arbitragem, combinada com a revisão limitada das decisões por parte das cortes nacionais (OECD, 2010, pp. 8-9). Especialmente no campo do Direito da Concorrência, esses riscos eram vistos ainda com maior desconfiança, em função de supostos problemas que a arbitragem traria ao *enforcement* da defesa da concorrência, que, além de um mecanismo público, executado por autoridades de defesa da concorrência, também se daria por meio de agentes privados buscando indenizações perante o Poder Judiciário.

Apesar de todos os problemas práticos gerados a partir da confirmação da arbitrabilidade das controvérsias ligadas ao Direito

⁷ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co, Inc.* 20 de março de 1968. Na ocasião, o tribunal judicial pronunciou-se no sentido de que: “o recorrente interesse público no cumprimento de leis antitruste e a natureza das demandas suscitadas em casos deste tipo tornam o resultado claro no caso em tela. Em algumas situações, o Congresso permitiu que as partes usufruíssem das vantagens da arbitragem caso estivessem dispostas a aceitar uma menor certeza quanto a ajustes legalmente corretos, porém entendemos que esta não é uma dessas situações. Em suma, concluímos que as demandas concorrenciais levantadas neste caso são inapropriadas para a arbitragem”.

concorrencial, que serão posteriormente analisados, a via arbitral oferece vantagens para a aplicação e observância das regras antitruste. Primeiramente, as partes têm a oportunidade de selecionar árbitros especializados, que conheçam as nuances e as dificuldades da legislação concorrencial (em procedimentos judiciais, as partes não têm essa opção, visto que predomina o princípio do juiz natural). Além disso, é possível que, em última análise, um laudo arbitral que proteja a legislação concorrencial tenha maior peso no sistema internacional do que uma sentença judicial, uma vez que sua execução em outro país será provavelmente mais fácil. Explica-se: a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras foi ratificada por 145 países e, em geral, é aplicada de forma rápida e eficaz. Já a Convenção de Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro, que promove a execução de sentenças judiciais estrangeiras foi assinada apenas pela União Europeia, Estados Unidos e México e tem relevância consideravelmente menor no cenário internacional do que a Convenção de Nova Iorque (OECD, 2010, p. 14).

1.1 Precedentes sobre Arbitrabilidade em Disputas Concorrenciais

Paulatinamente, esses riscos começaram a ser analisados e, posteriormente, afastados. Estudos iniciais sobre a arbitrabilidade das questões antitruste apontam para uma distinção muito importante, realizada originalmente na França, entre as matérias consideradas inarbitráveis *per se* e aquelas que podem vir a ser classificadas como inarbitráveis, dependendo das circunstâncias específicas do caso⁸ (GAILLARD, 1999, p. 337). Desse modo, ocorre uma diferenciação entre as disputas cujo objeto é por si só inarbitrável, como, por exemplo, o divórcio e aquelas em que a revisão do cumprimento dos requisitos de ordem pública será eventualmente feita pelo Judiciário, no contexto de ação executória ou anulatória, como as questões envolvendo antitruste e fraude; estas não são consideradas inarbitráveis *per se*, mas podem ser assim classificadas de acordo com as particularidades do caso em questão (GAILLARD, 1999, p. 337).

O argumento de ordem pública, aliás, era comumente utilizado pelas partes como maneira de esquivar-se da opção pela arbitragem como método de resolução de controvérsias⁹. Porém, o aumento da confiança no instituto da

⁸ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 337.

⁹ Na primeira hipótese citada, as partes poderiam iniciar o procedimento arbitral sem suscitar nenhuma espécie de questão concorrencial. Considerando-se que tais questões eram presumidamente inarbitráveis, o árbitro não poderia suscitá-las *ex officio*,

arbitragem e o repúdio à sua utilização como um artifício das partes para evitar essa modalidade de solução alternativa de conflitos levaram ao entendimento de que a proteção de direitos difusos e o respeito à ordem pública poderiam ser conciliados com a via arbitral¹⁰. A expansão do conceito de arbitrabilidade é uma construção jurisprudencial, reativa, inclusive, a essa estratégia. Decorre, sobretudo, do entendimento de Cortes pioneiras em alguns casos emblemáticos, a seguir descritos:

(i) **Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.**

O caso girava em torno de um contrato para distribuição de veículos motores para Porto Rico, negociado entre a Mitsubishi Motors Corporation, companhia japonesa, e a Soler Chrysler-Plymouth, norte-americana¹¹. O contrato estabelecia a solução de controvérsias por meio da arbitragem, com sede no Japão, segundo as regras da Associação de Arbitragem Comercial do Japão, bem como a aplicação da lei suíça. Após o surgimento de uma disputa, a Mitsubishi ajuizou ação perante a Corte Distrital de Porto Rico, solicitando que a Soler fosse compelida à arbitragem no Japão, de acordo com a previsão contratual. A empresa norte-americana, por sua vez, alegou que o contrato violava as regras concorrenciais norte-americanas, contidas no *Sherman Act*¹², uma vez que impedia o distribuidor de vender os veículos fora de Porto Rico. Na ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que as disputas envolvendo questões de antitruste poderiam ser resolvidas pela via arbitral, resguardadas as atividades de jurisdição exclusiva das autoridades concorrenciais, como concessão de imunidades e investigações criminais. Tal confirmação da arbitrabilidade das disputas antitruste, foi possível em razão da chamada *second look doctrine*, segundo a qual é garantida ao Poder Judiciário a revisão do laudo arbitral emitido em ações de anulação e reconhecimento da referida decisão. Assim, foi reiterada a natureza de ordem pública das questões

possibilitando assim que as partes fugissem da incidência das leis concorrenciais aplicáveis ao litígio. Já na segunda hipótese levantada, a parte que não desejasse resolver sua disputa por meio da arbitragem, a despeito da existência de uma cláusula compromissória válida e operante, poderia suscitar determinada questão concorcencial forçando a controvérsia a ser levada ao Judiciário.

¹⁰ Essa tendência também se justifica pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento da legislação concorcencial em escala internacional. À medida que os países passam a regular e a punir condutas anticoncorrenciais, diminui-se o receio de que a questão concorcencial possa ser negligenciada por um Tribunal Arbitral situado em países menos sensíveis a tais assuntos.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 2 de Julho de 1995.

¹² ESTADOS UNIDOS. *Sherman Antitrust Act*, 1890.

concorrenciais, ainda que estas fossem consideradas arbitráveis. Entre as razões apresentadas pelo ministro Blackmun¹³, a Suprema Corte enfatizou a necessidade de respeitar o acordo firmado entre as partes, o qual previa arbitragem, ainda que uma questão concorrencial tivesse sido posteriormente suscitada, além da tendência pró-arbitragem extraída do Federal Arbitration Act¹⁴. No que diz respeito à complexidade da questão, também levantada pela parte como argumento contrário à arbitrabilidade do litígio, a corte ressaltou que não haveria nenhum indício de que os árbitros estariam menos aptos a julgar a questão do que os juízes nacionais. Haveria, portanto, uma presunção de que as partes teriam selecionado árbitros imparciais e competentes, prontos a aplicar a legislação antitruste, independentemente de seu caráter mandatório e do interesse público (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 250 *et. seq.*). O caso Mitsubishi também levou à consolidação da doutrina de *effective vindication*, a qual determina que a convenção de arbitragem deve ser anulada caso o procedimento no foro contratual seja tão gravoso e difícil que faça com que a parte, do ponto de vista prático, perca o acesso à justiça. A decisão declarou expressamente que as demandas concorrenciais são arbitráveis, desde que a parte tenha a oportunidade de garantir a proteção de seus direitos estatutários por meio da via arbitral.

(ii) **Eco Swiss China Time v. Benetton International NV:**

O caso tratava de um contrato de licenciamento para a manufatura e posterior venda de relógios, firmado entre a Eco Swiss China Time Ltd., a Bulova Company Inc. e a Benetton International NV¹⁵. Além disso, ele previa a aplicação da lei holandesa ao mérito do litígio e a resolução das eventuais controvérsias segundo as regras do Instituto de Arbitragem da Holanda. O contrato estabelecia entre as partes um acordo de *market-sharing*, uma vez que a Eco Swiss não podia mais vender relógios na Itália, enquanto a Bulova estava impedida de vendê-los nos outros países que faziam parte da União Europeia à época da celebração do contrato. Ocorre que, após a emissão da decisão, a Benetton iniciou um procedimento de anulação do laudo arbitral sob a alegação de que haveria uma violação da legislação antitruste da União Europeia, mais

¹³ A opinião da corte foi emitida pelo Ministro Blackmun e aderida pelos Ministros Burger, C.J., White, Rehnquist, and O'Connor, JJ. O Ministro Stevens apresentou uma opinião dissidente, que foi aderida pelo Ministro Brennan, J.e pelo Ministro Marshall, J., exceto pela Parte II, 473 U. S. at 640. O Ministro Powell não participou da decisão do caso.

¹⁴ V. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983.

¹⁵ HOLANDA. Suprema Corte (Hoge Raad). *Eco Swiss China Time v. Benetton International NV.* 25 de fevereiro de 2000.

precisamente do Artigo 81 do Tratado da União Europeia (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, pp. 255-256). Uma vez levada a ação à Suprema Corte Holandesa, esta solicitou uma interpretação à Corte Europeia de Justiça, questionando se os árbitros seriam obrigados a aplicar as regras concorrenciais *ex officio* e se as cortes nacionais teriam o poder de anular laudos arbitrais por considerarem que estes são contrários às regras concorrenciais comunitárias. A Corte Europeia de Justiça concluiu que a corte nacional seria obrigada a anular um laudo que viole o Direito concorrencial europeu, caso suas regras processuais internas prevejam a anulação de decisões arbitrais que contenham violações à ordem pública. Dessa resposta, é possível extrair que a CEJ equiparou as regras antitruste às normas de ordem pública da União Europeia. Da decisão do caso *Eco Swiss*, também podem ser confirmadas a arbitralidade das disputas concorrenciais, bem como a revisão da questão concorrencial pelas cortes nacionais, em sede de ação de anulação ou reconhecimento do laudo arbitral. Além disso, a corte julgadora entendeu que a questão concorrencial deveria ser obrigatoriamente enfrentada pela mesma ainda que houvesse sido suscitada de maneira tardia, na fase do procedimento de anulação do laudo arbitral (LANDOLT, 2012). Desse modo, a principal consequência do caso *Eco Swiss*, assim como no caso *Mitsubishi*, foi a de garantir aos árbitros o direito e o dever de aplicar o Direito comunitário, incluindo regras de antitruste, além de garantir às cortes nacionais o direito de revisar e, se apropriado, de anular laudos arbitrais que estejam em desacordo com tais regras (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 256).

Pode-se concluir a partir destes dois *leading cases* que a jurisprudência internacional acompanhou a tendência de confirmação da arbitralidade das disputas concorrenciais, bem como de revisão das questões concorrenciais por parte das cortes nacionais¹⁶. As decisões subseqüentes aos

¹⁶ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Sétimo Circuito. *Baxter Int'l, Inc. v. Abbot Labs.* 16 de janeiro de 2003; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.* 27 de abril de 2010; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Shearson/American Express v. McMahon.* 8 de junho de 1987; FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF.* 4 de junho de 2008; FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles.* 18 de novembro de 2004; FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro.* 14 de outubro de 1993; FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors.* 19 de maio de 1993; ALEMANHA. Alta Corte Regional de Thüringer (Thüringer OLG). *Caso nº 4 Sch 3/06.* 8 de agosto de 2007; ALEMANHA. Alta Corte Regional de Dresden. *Caso nº 11 Sch 01/05.* 20 de abril de 2005; SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Caso de 13 de novembro de 1998;* SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Sociedade belga v. Sociedade italiana.* 28 de abril de 1992; HOLANDA. Corte de Apelação de Haia. *Marketing Displays v. VR.* 24 de março de 2005; ITÁLIA. Corte de Apelação de Milão.

casos *Mitsubishi* e *Eco Swiss* não apenas determinaram os contornos e o alcance destes precedentes, mas também expuseram os problemas práticos decorrentes de tais determinações, como será abordado a seguir.

1.2. Contornos da Arbitrabilidade das Disputas Concorrenciais

1.2.1 Escopo da atuação arbitral

Uma vez afirmada a arbitrabilidade de conflitos envolvendo concorrência, o próximo passo seria a definição do escopo do papel dos árbitros. No caso *Aplix v. Velcro*¹⁷, decidido pela Corte de Apelação de Paris em 14 de outubro de 1993, consolidou-se o entendimento de que os árbitros possuem competência para determinar as eventuais conseqüências cíveis das condutas anticompetitivas, não podendo invadir a esfera de atuação privativa das autoridades de defesa da concorrência¹⁸ (GORDON, 2006, p. 249). Assim, estes podem, por exemplo, estabelecer as perdas e danos a serem pagas pela parte perdedora (que teria praticado alguma conduta anticompetitiva, gerando prejuízo). Isso não prejudica a atuação das autoridades públicas, que retêm a jurisdição exclusiva para investigar e processar administrativamente violações do Direito Concorrencial, bem como para aplicar determinadas sanções. Os árbitros, por sua vez, têm o dever de decidir a questão concorrencial segundo a lei aplicável, produzindo efeitos *inter partes*. Sendo assim, resta claro que as duas jurisdições não são concorrentes e possuem esferas distintas de atuação (BREKOULAKIS & MISTELIS, 2009, p. 253).

Como aventado no caso entre duas companhias, belga e italiana, julgado pelo Tribunal Federal suíço em 1992¹⁹ o tribunal arbitral é obrigado a analisar a validade do contrato em questão, examinar sua compatibilidade com a legislação concorrencial aplicável e impor as sanções civis cabíveis, ainda que na ausência de decisão da autoridade concorrencial. Assim, não poderiam esquivar-se da aplicação de tais sanções civis ou negar a execução da convenção de arbitragem sob a alegação de que não tem autoridade para aplicar

Terra Armata v. Tensacciai. 5 de julho de 2006; ITÁLIA. Corte de Apelação de Bolonha. *Spa Coveme v. CFI*. 21 de dezembro de 1991.

¹⁷ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993. Op. cit.

¹⁸ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors*. 19 de maio de 1993. Op. cit.; V. também: Lei de Arbitragem da Suécia, §1(3); BLANKE, 2006, p. 249.

¹⁹ SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Sociedade belga v. Sociedade italiana*. 28 de abril de 1992. Op. cit.

determinadas sanções de competência exclusiva das autoridades concorrenciais. Contudo, os árbitros não podem invadir a esfera de atuação exclusiva da Comissão Europeia, como, por exemplo, a imposição de multas por condutas anticompetitivas. A confirmação da arbitralidade das disputas antitruste só foi possível em decorrência da possibilidade de revisão judicial dos laudos arbitrais. Assim, em sede de uma eventual ação de execução ou de anulação do laudo arbitral, o Judiciário poderia anular uma decisão arbitral em caso de flagrante desrespeito à ordem pública. Logo, só seriam consideradas inarbitráveis *a priori* as questões de jurisdição exclusiva das autoridades concorrenciais, de acordo com a lei aplicável à disputa.

1.2.2 Determinação da lei concorrencial aplicável

Qual deve ser a lei aplicável às questões concorrenciais? Caso não haja determinação expressa da lei aplicável ao mérito da controvérsia pelas partes, o tribunal arbitral será obrigado a determinar a lei substantiva aplicável com base em princípios de Direito Internacional Privado e em uma análise de conflito de leis. Tal análise é extremamente complexa, visto que a escolha dos critérios a serem utilizados para a determinação da lei aplicável ao mérito, como por exemplo o critério da “relação mais próxima” com o contrato, é bastante subjetiva e incerta (KIRRY, 2006, p. 379).

Entretanto, ainda que haja disposição expressa no contrato referente à lei aplicável às questões substantivas, a conclusão sobre qual lei deve ser aplicada às questões concorrenciais não é automática (KURKELA, 2007, p. 189). É possível que a *lex causae*, lei escolhida pelas partes para reger o mérito da disputa, não tenha relação com a transação estabelecida ou ainda que as partes, *ad argumentandum*, tenham deliberadamente escolhido determinada lei para evitar a aplicação de outras leis que apresentam, por exemplo, regras concorrenciais mais rígidas. Além disso, ainda que a lei escolhida esteja intimamente relacionada com a transação estabelecida no contrato, é não apenas possível como freqüente que a transação envolvendo a questão concorrencial produza efeitos em outras jurisdições.

A *lex arbitri*, lei da sede da arbitragem, por sua vez, também é muitas vezes irrelevante para a questão concorrencial, já que a sede é freqüentemente escolhida com base em um critério de neutralidade e afeta, sobretudo, as questões procedimentais da disputa e não as substantivas. Em outras palavras, a lei da sede da arbitragem, em regra, é aplicada à questões como a da validade e extensão da convenção de arbitragem mas não à discussão de mérito propriamente dita, que envolve, por exemplo, o descumprimento de uma disposição contratual concorrencial. O dever do árbitro de aplicar a legislação concorrencial, portanto, não decorre necessariamente da vontade das partes -

da *lex causae* ou da *lex arbitri* (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 45) -, uma vez que as regras antitruste devem ser aplicadas ainda que não tenham sido escolhidas ou até mesmo suscitadas pelas partes (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 45). Entende-se majoritariamente que a legislação concorrencial do país ou países em que a transação produz efeitos deve ser aplicada, ainda que a lei escolhida pelas partes como aplicável ao mérito seja outra (KURKELA, 2007, p. 195). A aplicação de tais leis deve ser feita de acordo com seus próprios critérios de aplicabilidade, segundo o princípio de auto-conexão de regras mandatórias (*auto-rattachement des lois d'application imediate*) e deve ser guiada pela razoabilidade e análise das circunstâncias específicas do caso concreto.

Considerando-se que as questões concorrenciais são, em geral, parte da ordem pública, existem consequências que devem ser levadas em consideração. A necessidade de respeito à ordem pública internacional decorre do dever dos árbitros de emitir uma decisão executável. Ainda que não exista definição precisa desses conceitos, em geral, a ordem pública é definida como o conjunto de noções básicas de moralidade e justiça²⁰. De acordo com as recomendações da *International Law Association*, a ordem pública internacional diz respeito ao conjunto de regras de um Estado que impedem a execução e reconhecimento de um laudo arbitral emitido no contexto da arbitragem internacional. Portanto, ela abrange princípios fundamentais, as chamadas “leis de polícia” e obrigações internacionais. Ademais, vale ressaltar que a ideia de ordem pública internacional não se confunde com o conjunto de princípios de ordem pública comuns a diversos Estados, referido como ordem pública transnacional. Em verdade, a ordem pública internacional tem escopo ainda mais restrito do que a ordem pública doméstica (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2002, p. 3).

Além das leis antitruste dos países cujos mercados são afetados pela disputa, os árbitros devem observar as regras dos países onde a execução do laudo arbitral provavelmente será buscada, bem como dos países que seriam os mais prováveis foros alternativos da arbitragem, segundo o local de estabelecimento das partes e outros fatores jurisdicionais relevantes. Em razão da pluralidade de posições doutrinárias e possibilidades de leis aplicáveis, cria-se uma enorme insegurança para o árbitro em relação a que lei concorrencial deve efetivamente ser aplicada. Desse modo, faz-se necessária uma análise extremamente cautelosa das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, bem como dos potenciais efeitos da aplicação das referidas normas. Esse exame

²⁰ Conceito extraído da decisão proferida pelo Juiz Joseph Smith no caso *Parsons & Whittemore: ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação. Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie de Papier (RAKTA)*, 1974.

deve pautar-se no bom senso e na razoabilidade, de modo a conciliar o dever de seguir as determinações das partes, resolvendo a controvérsia e o de resguardar a observância do Direito Concorrencial (RADICATI DI BROZOLO, 2010, pp. 46-47).

A atuação do árbitro na determinação da legislação aplicável ao caso concreto deve ser guiada não apenas pelo dever de emitir uma decisão que possa ser executada, mas também pelo dever de não se tornar cúmplice de violações ao Direito Antitruste. Ainda que esteja a serviço das partes, entende-se atualmente que o tribunal arbitral está também sujeito a um dever maior de busca a justiça e de respeito às leis concorrenciais aplicáveis (RADICATI DI BROZOLO, 2010, pp. 46).

1.2.3 Obrigação de suscitar a questão concorrencial *ex-officio*?

Parece ser razoavelmente consolidado o entendimento de que os árbitros podem aplicar a legislação concorrencial dos países cujos mercados são afetados pela controvérsia analisada. No entanto, o que ocorre quando a questão concorrencial não é suscitada pelas partes do litígio? Teria o árbitro a possibilidade e até mesmo o dever de suscitar a questão *ex officio*? Trata-se de uma situação extremamente delicada que envolve a ponderação de diversos princípios, como a igualdade processual, a autonomia da vontade e o respeito à ordem pública .

Primeiramente, salienta-se que o árbitro está, acima de tudo, vinculado à vontade das partes, isto é, às determinações da convenção de arbitragem e do contrato como um todo. Além disso, a autonomia da vontade é um dos princípios fundamentais da arbitragem e, portanto, as partes têm, em princípio, liberdade para moldar o procedimento. Assim, em uma primeira análise, seria possível chegar à conclusão de que, uma vez que a questão concorrencial não tenha sido suscitada pelas partes, não caberia ao árbitro fazê-lo, visto que este estaria desrespeitando a vontade das partes e excedendo suas prerrogativas. A situação agrava-se ainda pelo fato de que a aplicação da legislação concorrencial é independente da aplicação da legislação escolhida pelas partes para governar o mérito (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 45). Ademais, a abordagem de questão concorrencial *ex officio* poderia, em última análise, gerar uma violação da igualdade processual entre as partes e do direito a um procedimento justo e equitativo. Invariavelmente, a questão concorrencial beneficiará uma das partes, em detrimento da outra. Assim, um árbitro que suscita tal questão por conta própria poderia ser considerado tendencioso, visto que está, ainda que não propositalmente, favorecendo uma das partes.

Por outro lado, como mencionado acima, um dos principais deveres do árbitro é o de emitir um laudo reconhecível e executável, ou seja, uma decisão cuja anulação não possa ser solicitada com base nas previsões da Convenção de Nova York²¹. Além disso, o tribunal arbitral tem o dever de observar as regras de ordem pública nacional e internacional, visto que a anulação de um laudo arbitral fundamentada no desrespeito a ordem pública, por exemplo, poderia inclusive levar a uma responsabilização pessoal do árbitro que proferiu a decisão. Argumenta-se, portanto, que, em razão do caráter obrigatório das regras concorrenciais, sendo, em geral, consideradas como parte da ordem pública²², o árbitro teria a obrigação de suscitar a questão concorcencial, ainda que não tenha sido levantada pelas partes. Em contrapartida, o tribunal seria obrigado a dar às partes a oportunidade de manifestarem-se sobre a questão, sob pena de violação ao devido processo legal (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 50).

No que tange à União Europeia, após a decisão do caso *Eco Swiss*, aventou-se um suposto dever do árbitro de levantar a questão concorcencial e, conseqüentemente, eventual responsabilização caso tal questão fosse negligenciada. Do mesmo modo, o tribunal arbitral também estaria encarregado de garantir a aplicação das normas de ordem pública, o que inclui a legislação concorcencial europeia, sob pena de posterior anulação do laudo arbitral proferido. Entretanto, o referido raciocínio pode ser mais bem explicado a partir do caso *Thalès v. Euromissiles*²³, julgado pela Corte de Apelação de Paris em 18 de novembro de 2004. As partes do litígio em análise haviam assinado dois contratos, sendo o segundo deles um contrato de licenciamento que colocava a empresa Euromissiles na posição de única produtora e vendedora do bem em questão. Anos mais tarde, em razão de uma falta de acordo quanto ao preço do produto, foi iniciada uma arbitragem administrada pela Câmara de Comércio Internacional. Ao fim do procedimento, Thalès foi obrigada a pagar perdas e danos à outra parte em razão da rescisão ilegal do contrato. A referida parte propôs, então, ação de anulação do laudo arbitral, não deferida pela corte de primeira instância e subseqüente apelação perante a Corte de Apelação de Paris, alegando violação da legislação concorcencial europeia e conseqüentemente do Código de Processo Civil francês.

²¹ Convenção de Nova Iorque, Artigo V.

²² ALEMANHA. Alta Corte Regional de Thüringer (Thüringer OLG). *Caso nº 4 Sch 3/06*. 8 de agosto de 2007. Op. cit.; ALEMANHA. Alta Corte Regional de Dresden. *Caso nº 11 Sch 01/05*. 20 de abril de 2005. Op. cit. HOLANDA. Corte de Apelação de Haia. *Marketing Displays v. VR*. 24 de março de 2005.

²³ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. Op. cit.

Em sua decisão, a Corte de Apelação de Paris reconheceu que a legislação antitruste comunitária fazia parte da ordem pública europeia e que o árbitro teria, de fato, um dever implícito de aplicar tais regras de modo a resguardar os preceitos de ordem pública. Entretanto, a corte ressaltou de maneira oportuna que a anulação de um laudo arbitral em razão da violação de regra antitruste comunitária — e, conseqüentemente, da ordem pública — só poderia ocorrer em situações nas quais tais violações fossem *efetivas, flagrantes e inegáveis*²⁴. E os árbitros só poderiam ser responsabilizados, por meio de anulação do laudo por estes proferido, em casos nos quais a questão concorrencial fosse óbvia, flagrante e não suscitada²⁵. No caso *Thalès v. Euromissiles*, o tribunal francês entendeu que a violação ao Direito concorrencial não era automaticamente perceptível e, portanto, não poderia levar à anulação da decisão ora emitida (BLANKE, 2006, p. 249).

A possibilidade de suscitar questão concorrencial *ex officio* deve, pois, ser analisada *in casu*, a partir de uma ponderação entre o dever de emitir um laudo exequível e o de respeitar a vontade das partes, conduzindo um procedimento arbitral justo e equilibrado (KLAUSEGGER & KLEIN, 2013, p. 118). Não seria razoável exigir que um árbitro suscite *ex officio* determinada questão concorrencial que não seja manifesta e cuja identificação não seja intuitiva; logo, seu dever é limitado às situações em que há flagrante violação das regras de defesa da concorrência. Assim sendo, os árbitros não são pressupostos de levantar questões concorrenciais que não foram trazidas pelas partes, a menos que estas sejam violações flagrantes da legislação e da ordem pública.

1.2.4 Revisão das Decisões Arbitrais em Disputas Concorrenciais

O entendimento atual e pacífico é de que as questões concorrenciais são, em princípio, arbitráveis. Entretanto, tal entendimento só é possível com base na possibilidade de revisão judicial pelo Poder Judiciário. De acordo com os precedentes jurisprudenciais dos Estados Unidos e da União Europeia, a saber o caso *Mitsubishi* e o caso *Eco Swiss*, a arbitrabilidade da controvérsia pressupõe a observação da chamada *second look doctrine* (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 34). Assim, as conseqüências civis das disputas

²⁴ “As violações à ordem pública internacional no sentido do Artigo 1502-5º NCPC (Novo Código de Processo Civil Francês) devem ser flagrantes, efetivas e concretas”. FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. *Op. cit.*

²⁵ SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). Caso de 13 de novembro de 1998. *Op. cit.*

concorrenciais são, em princípio, arbitráveis e o Poder Judiciário só deve em intervir em eventual revisão judicial em sede de ação de execução ou anulação do laudo arbitral²⁶. Tal entendimento, pois, parte basicamente de duas premissas: (i) os árbitros tem o dever de - e irão - aplicar as regras concorrenciais cabíveis e (ii) às cortes nacionais é resguardada a possibilidade de rever a decisão arbitral (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 32).

Dessa forma, é garantido às cortes judiciais o reexame da decisão arbitral, bem como da questão da arbitrabilidade do litígio, em sede de ações de anulação ou execução do laudo arbitral. Essa prática, no entanto, gera um problema prático do ponto de vista processual. Em razão das usuais repercussões internacionais de disputas concorrenciais, é possível que um caso envolvendo a legislação concorrencial norte-americana seja julgado fora dos Estados Unidos. Nessa situação, a parte poderia ajuizar ação de anulação ou de execução do laudo fora dos Estados Unidos e o Judiciário norte-americano não teria, portanto, a oportunidade de reexaminar a aplicação de suas regras antitruste (BORN, 2014, p. 796).

1.2.5 Extensão da Revisão Judicial

Além de ser uma condição para a arbitrabilidade, a ideia de que as cortes nacionais têm direito a um reexame da decisão arbitral também está consolidada na jurisprudência de inúmeras cortes internacionais. No entanto, ainda restam algumas incertezas em relação à extensão dessa revisão. Para solucioná-las, é necessário separar duas correntes doutrinárias: a maximalista e a minimalista. De acordo com os maximalistas, o Poder Judiciário pode e deve

²⁶ Deve-se esclarecer, no entanto, que a atual presunção de arbitrabilidade das matérias de antitruste distingue-se claramente da análise referente à conformidade da convenção de arbitragem com a legislação concorrencial aplicável. Ainda que o litígio seja considerado arbitrável, portanto, é possível que a cláusula compromissória contenha violações à legislação antitruste, como por exemplo, aos artigos 81 e 83 do Tratado da União Europeia. A análise da arbitrabilidade da disputa diz respeito à jurisdição do Tribunal, ou seja, entende-se que caso o litígio seja inarbitrável, o Tribunal não terá jurisdição para julgá-lo. Uma vez superada essa questão, move-se para uma análise substantiva de mérito, referente à compatibilidade dos termos da convenção com as leis concorrenciais aplicáveis ao caso. Ainda que produzam o mesmo efeito, qual seja a nulidade ou invalidade da convenção de arbitragem, o exame da arbitrabilidade do litígio e a análise da conformidade da cláusula com as leis de antitruste não se confundem e realizam-se em momentos distintos. Em suma, o fato de a disputa ser arbitrável não implica, de maneira alguma, que esta estará de acordo com as regras do Direito da concorrência. Nota-se que a primeira é uma questão de jurisdição, enquanto a segunda é uma questão substantiva.

realizar uma revisão irrestrita das conclusões factuais e jurídicas da decisão arbitral, de modo a garantir o estrito cumprimento da legislação concorrencial aplicável. Já para os minimalistas, a corte judicial deve limitar-se a verificar se o tribunal arbitral de fato enfrentou as questões concorrenciais e se sua decisão foi emitida de maneira competente, sem reavaliar as conclusões de fato e de direito às quais chegaram os árbitros. Sendo assim, o Judiciário deveria apenas garantir a inocorrência de violações flagrantes à ordem pública, sem, no entanto, reexaminar o mérito da questão decidida pelos árbitros²⁷ (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 33 *et seq.*).

Muitas vezes, a escolha da arbitragem pelas partes se dá em razão de vantagens como a celeridade do procedimento e a finalidade das decisões, visto que não há, regra geral, via recursal e as hipóteses de anulação do laudo arbitral são bastante restritas. Assim, o estabelecimento de uma revisão extensa e intrusiva do mérito por parte do Judiciário poderia ser considerada contrária à própria natureza do instituto da arbitragem. Além disso, é importante notar que, ainda que, na maior parte dos países da União Europeia, o Direito Concorrencial seja visto como parte da ordem pública, nem toda violação de regra concorrencial constitui desrespeito à ordem pública, de acordo com o Artigo V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque²⁸.

Ademais, a popularização e o desenvolvimento da arbitragem como meio preferencial de solução de controvérsias contribui para a adoção da visão minimalista²⁹. Ainda que a possibilidade de revisão judicial em sede de

²⁷ No caso *Mitsubishi*, a Suprema Corte norte-americana determinou que: “enquanto a eficácia do procedimento arbitral requer que a revisão substancial na fase de execução da sentença permaneça mínima, isso não requereria uma averiguação intrusiva para aferir se o tribunal tomou conhecimento das questões antitruste e de fato as decidiu”..

²⁸ Convenção de Nova Iorque, Artigo V(2)(b); “O reconhecimento e a execução de um laudo arbitral também podem ser recusados caso a autoridade competente do país onde o reconhecimento é pretendido entenda que: (b) o reconhecimento ou a execução do laudo seriam contrários à ordem pública daquele país”; SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Tensacciai v. Terra Armata*. 8 de março de 2006. No caso *Tensacciai v. Terra Armata*, o Tribunal Federal suíço pronunciou-se no sentido de que as regras concorrenciais não faziam parte do conceito de ordem pública, segundo a lei de Direito internacional Privado suíça. No que diz respeito aos países da União Europeia, estes em geral consideram que o Direito concorrencial faz parte de sua ordem pública, porém violações de menor importância às regras antitruste podem ser entendidas como fora do escopo da ordem pública

²⁹ FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Gallay v. Fabricated Metals INC*. 5 de janeiro de 1999; FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. *Op. cit.*; BÉLGICA. Corte de Apelação de Bruxelas. *Cytec v. SNF*. 22 de junho de 2009. *Op. cit.*

anulação ou execução do laudo seja garantida às partes, cumpre ressaltar que os juízes nacionais não são necessariamente mais competentes ou mais bem versados em Direito da Concorrência do que os árbitros. No mesmo diapasão, a tendência jurisprudencial parece pender para uma revisão restrita das decisões emitidas em sede de arbitragem. No caso *Baxter v. Abbot*³⁰, decidido pela Corte de Apelação norte-americana do 7º circuito, os juízes pronunciaram-se no sentido de que, em linha com a decisão do caso *Mitsubishi*, a atuação do Judiciário é restrita e não deve envolver o reexame do mérito da questão. Salientou-se que um erro referente à lei não estaria entre as hipóteses de anulação do laudo arbitral e que não haveria razão em “perturbar” o laudo arbitral, ainda que os árbitros estivessem equivocados quanto à ausência de violação à legislação concorrencial.

Similarmente, no caso *Cytec v. SNF*³¹, as duas cortes revisoras do laudo arbitral optaram pela visão minimalista. O caso em análise girava em torno de dois contratos celebrados entre a Cytec e a SNF. O primeiro deles previa o fornecimento de um componente químico, enquanto o segundo estabelecia que a SNF compraria todo o excedente do referido componente exclusivamente da Cytec, por um período de 8 anos. Ao surgir uma disputa entre as partes, estas iniciaram procedimento arbitral sediado em Bruxelas e administrado pela Câmara de Comércio Internacional. Foram emitidos dois laudos, um parcial e um final, determinando que a previsão de exclusividade violava a legislação concorrencial da União Europeia. A Suprema Corte francesa, em ação de reconhecimento do laudo iniciada pela Cytec, entendeu que a revisão da decisão deveria apenas analisar se existia violação flagrante e efetiva à ordem pública internacional, o que não havia ocorrido no caso em tela. Assim, confirmou a decisão da Corte de Apelação de Paris, que havia se pronunciado no sentido de que a corte realizaria apenas uma “revisão extrínseca”, dando eficácia à sentença arbitral na França³². A Corte de Apelação de Bruxelas também optou pela revisão limitada do laudo, revogando a decisão anterior do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, que havia concedido a anulação da decisão arbitral solicitada pela SNF, a partir de uma revisão extensa

³⁰ ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Sétimo Circuito. *Baxter Int’l, Inc. v. Abbot Labs*. 16 de janeiro de 2003. *Op. cit.*

³¹ FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. *Op. cit.*; BÉLGICA. Corte de Apelação de Bruxelas. *Cytec v. SNF*. 22 de junho de 2009. *Op. cit.*

³² FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. *Op. cit.*

do laudo³³. Desse modo, tanto a Suprema Corte francesa quanto a Corte de Apelação belga decidiram pela legalidade e validade do laudo arbitral emitido pela CCI, entendendo que a revisão da decisão deveria ser restrita e preservando o instituto da arbitragem³⁴.

Apesar da tendência minimalista predominante, notam-se ainda algumas inconsistências nos parâmetros de revisão utilizados pelas cortes nacionais. No caso *Terra Armata v. Tensacciai*³⁵, por exemplo, em um procedimento de reconhecimento do laudo arbitral, a Corte de Apelação de Milão optou por uma revisão mais detalhada do laudo arbitral. Diferentemente do parâmetro de revisão mínima estabelecido no caso *Thalès v. Euromissile*³⁶, ou até mesmo em qualquer dos casos citados, a Corte de Apelação de Milão decidiu ir além desse marco. Enquanto a Suprema Corte francesa havia declarado no caso *Thalès* que anularia um laudo caso houvesse violação “flagrante, efetiva e concreta” da regra comunitária, a Corte italiana decidiu aplicar um parâmetro mais alto e minucioso, analisando o raciocínio e os detalhes do laudo arbitral, de modo a garantir que o tribunal arbitral havia sido diligente e respeitado as regras concorrenciais comunitárias. Segundo a análise de Phillip Landolt, em comparação aos outros casos acima, os critérios aplicados pela corte italiana na decisão do caso *Terra Armata v. Tensacciai* seriam mais adequados à necessidade de testar a compatibilidade das decisões com a legislação concorrencial europeia. Isso porque a revisão mínima facilitaria e criaria o risco de inobservância das regras antitruste aplicáveis por parte dos árbitros (LANDOLT, 2006).

A despeito dessas inconsistências, pode-se afirmar que predomina a visão minimalista. Em termos mais práticos, para que uma violação à legislação concorrencial configure transgressão da ordem pública, é preciso que esta seja flagrante e que ponha em cheque os objetivos da política concorrencial

³³ BÉLGICA. Corte de Apelação de Bruxelas. *Cytec v. SNF*. 22 de junho de 2009. *Op. cit.*

³⁴ É possível encontrar alguns artigos anteriores a 2009 comentando a disparidade entre os parâmetros de revisão utilizados pelas cortes francesas e pelas cortes belgas, visto que, até junho de 2009, vigorava na Bélgica o entendimento emitido pelo Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, de que a revisão do laudo arbitral deveria ser extensiva. Entretanto, tal entendimento foi revogado em 22 de junho de 2009, a partir do julgamento da Corte de Apelação de Bruxelas, no qual foi compartilhada a visão aplicada pela Suprema Corte francesa, de que a revisão deveria ser mínima.

³⁵ ITÁLIA. Corte de Apelação de Milão. *Terra Armata v. Tensacciai*. 5 de julho de 2006. *Op. cit.*

³⁶ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. *Op. cit.*

(RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 34). Em linhas gerais, um laudo que não condene acordos horizontais que levem a restrições graves da concorrência, como fixação de preços, troca de informações estratégicas e divisão de mercados será quase que certamente contrário à ordem pública. A violação da ordem pública é menos evidente, no entanto, em decisões relacionadas a restrições verticais, tais como acordos de exclusividade, nos quais a ilegalidade é menos óbvia e mais sujeita a um teste de resultados (RADICATI DE BROZOLO, 2010, p. 41). Nessas situações, a análise deve ser realizada caso a caso, de acordo com as circunstâncias específicas.

Nesse sentido, a jurisprudência demonstra que a revisão extensa do laudo arbitral deve ser realizada apenas em situações excepcionalíssimas, como, por exemplo: (i) a grave suspeita de fraude por parte do tribunal arbitral, acobertando comportamentos anticoncorrenciais; (ii) o não enfrentamento de questões concorrenciais flagrantes; e (iii) a emissão de laudos arbitrais contraditórios, obscuros ou incompletos, impedindo a análise a ser realizada pela corte nacional (RADICATI DI BROZOLO, 2010, p. 34/43).

1.2.6 Interações e Enforcement Arbitral das Disputas Concorrenciais

Como mencionado, uma das principais condições para a confirmação da arbitrabilidade das disputas concorrenciais foi a garantia de revisão da questão antitruste, a ser realizada pelas cortes nacionais. Porém, além de ações instauradas para o reconhecimento e anulação dos laudos arbitrais, procedimentos envolvendo a mesma relação contratual podem ser iniciados simultaneamente perante árbitros e juízes ou autoridades concorrenciais. Além disso, em razão do usual caráter internacional das transações comerciais envolvendo questões concorrenciais, procedimentos paralelos podem ocorrer simultaneamente em países diferentes, o que suscita dois questionamentos: (i) Algum dos procedimentos deve ser suspenso? (ii) e, em caso afirmativo, qual dos procedimentos deve ser suspenso?

Antes de analisar essas questões, vale falar como as agências concorrenciais e árbitros podem interagir para compreender o escopo de sua cooperação.

1.2.7 Auxílio das autoridades concorrenciais

Embora o escopo das arbitragens fique sujeito às conseqüências cíveis das disputas concorrenciais³⁷, nem sempre existe uma decisão prévia por parte dos órgãos concorrenciais a respeito da conduta das partes em arbitragem. Assim surge a primeira pergunta: o painel arbitral pode solicitar o auxílio das autoridades concorrenciais? Em procedimentos judiciais na Europa, por exemplo, a interação entre as cortes nacionais dos países membros da União Europeia e as autoridades concorrenciais é bastante comum. A própria legislação da União Europeia prevê a possibilidade de as cortes solicitarem a assistência da Comissão Europeia, bem como o direito da Comissão de intervir em casos tramitando perante as cortes europeias³⁸. Assim, os juízes podem solicitar a transmissão de documentos, a emissão de pareceres sobre a aplicação das regras de Direito da concorrência, entre outras atividades.

No caso dos tribunais arbitrais, entretanto, a consulta às autoridades concorrenciais é questionável. Nesse sentido, há que se distinguir duas hipóteses: a presença e a ausência de consentimento das partes. Caso as partes estejam de acordo quanto à intervenção da autoridade concorcencial, esta poderia atuar, caso desejar, sem maiores questionamentos. Todavia, na hipótese de ausência de consentimento de uma das partes, a situação torna-se mais complicada. Primeiramente, a arbitragem é um meio privado de resolução de controvérsias e que a existência de consenso e a autonomia da vontade são pilares do procedimento arbitral. Porém, muitas vezes, a falta de informações e a não atuação da autoridade concorcencial pode acabar por prejudicar a resolução justa e adequada do conflito, o que é, em última análise, o principal objetivo do procedimento arbitral.

Não se pode ignorar ainda o freqüente dever de confidencialidade presente na arbitragem. As partes freqüentemente desejam que seus procedimentos sejam sigilosos. Nessa situação, o processo de cooperação entre

³⁷ FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors*. 19 de maio de 1993. Op. cit. FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993. Op. cit.; SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Sociedade belga v. Sociedade italiana*. 28 de abril de 1992. Op. cit.

³⁸ No que diz respeito às cortes nacionais, o auxílio a ser concedido pelas autoridades concorrenciais está expressamente previsto em algumas jurisdições. A legislação da União Europeia, por exemplo, impõe como um dever da Comissão Europeia a concessão de auxílio às cortes europeias em questões concorrenciais. Esse auxílio inclui o fornecimento de documentos, emissão de pareceres, opiniões, entre outras atividades. A cooperação entre as autoridades concorrenciais e as cortes judiciais ocorre de acordo com a legislação do país em que se situa a corte, isto é, segundo as previsões nacionais acerca do ingresso de terceiros no procedimento judicial.

o tribunal arbitral e a autoridade concorrential torna-se muito delicado, visto que, em princípio, as informações da arbitragem não podem ser fornecidas a nenhuma parte externa (KLAUSEGGER & KLEIN, 2013, p. 121). Além disso, é necessário que o tribunal certifique-se de que a solicitação feita por uma das partes foi fundamentada e não constitui medida meramente protelatória. Em razão de todas essas dificuldades e das características do procedimento arbitral, tende-se a concluir que a intervenção da autoridade concorrential só é possível com o consentimento das partes. Nota-se também que o parecer eventualmente fornecido pela autoridade concorrential não é vinculante, ou seja, a decisão final resta a cargo dos árbitros, independentemente da opinião que foi emitida pela autoridade.

Além da possibilidade de solicitar o auxílio da autoridade concorrential, há que se considerar também a hipótese da intervenção espontânea, caso em que o órgão público ingressaria no procedimento no papel de *amicus curiae*. Ainda que o recebimento das submissões escritas não seja obrigatório, como no procedimento judicial, o tribunal pode aceitar a intervenção da autoridade concorrential desde que julgue adequado e que haja consenso entre as partes. Todavia, a autoridade não pode, sob hipótese alguma, impor sua intervenção. Portanto, alguns doutrinadores consideram que a possibilidade de intervenção como *amicus curiae* estaria descartada (IDOT, 2010, p. 68). Em se tratando de uma arbitragem, a autoridade concorrential poderia atuar inclusive como *expert witness*, de modo a auxiliar o tribunal arbitral na sua decisão a partir do conhecimento especializado das questões concorrentiais (BLANKE & LANDOLT, 2011, pp. 109-110).

1.2.8 Existência de procedimentos tramitando em paralelo

Naturalmente, a segunda pergunta estaria relacionada à possível concomitância de procedimentos versando sobre a mesma disputa concorrential. O procedimento arbitral deve ser sobrestado? Apenas quando o outro procedimento for judicial? Em todos os casos ou apenas sob determinadas condições? É, sim, possível que existam dois procedimentos versando sobre o mesmo caso, tramitando em paralelo: um perante o tribunal arbitral e o outro perante a corte nacional ou a autoridade concorrential. Surge, assim, a dúvida em relação ao que deveria ser feito nessa hipótese. A resposta para esta questão não é fácil e depende de diversas circunstâncias, como os fatos específicos do caso, a suposta violação da legislação concorrential e o *timing* dos procedimentos.

Por exemplo, o parágrafo 3º do *Federal Arbitration Act* norte-americano determina que as cortes distritais devem suspender procedimentos

judiciais em que um acordo escrito estabeleça a resolução por arbitragem³⁹. Há, portanto, um forte favorecimento da arbitragem como meio de resolução de controvérsia⁴⁰. Ilustrativamente, percebe-se que a suspensão do procedimento judicial foi requerida perante a Corte Distrital, em razão da pendência da arbitragem no caso *Mitsubishi*. Esse entendimento foi reafirmado pela Suprema Corte norte-americana, ainda que as disputas concorrenciais não fossem expressamente mencionadas na cláusula compromissória.

Os tribunais arbitrais, por sua vez, sobretudo em arbitragens internacionais, podem, em geral, proceder com a arbitragem, independentemente da existência de procedimentos paralelos tramitando perante autoridade concorrential. A visão majoritária é a de que não há necessidade de suspensão de um dos procedimentos. No âmbito da União Europeia, por exemplo, ainda que já exista um processo tramitando perante a Comissão Europeia, entende-se que o tribunal arbitral não tem o dever de suspender a arbitragem e deve decidir por si só se deseja resolver a questão de pronto ou esperar as conclusões da Comissão (BLANKE & LANDOLT, 2011, p. 894). A Comissão, por sua vez, também não está obrigada a interromper a investigação conduzida (IDOT, 2010, p. 72). Nota-se que, antes do Regulamento 1/2003, o sistema de *enforcement* da legislação concorrential era hipercentralizado; logo, diversas atividades como a concessão de isenções individuais eram de exclusividade da Comissão Europeia (IDOT, 2010, p. 59-60; MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 254). Atualmente, a medida que o sistema tornou-se mais descentralizado, a suspensão dos procedimentos é considerada como uma decisão discricionária das agências nacionais, bem como dos tribunais arbitrais lidando com a mesma violação antitruste (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 259).

³⁹ De acordo com o Federal Arbitration Act dos Estados Unidos, §3: “Caso qualquer demanda ou procedimento seja levado a qualquer corte nos Estados Unidos, sobre qualquer questão que possa ser submetida à arbitragem, segundo convenção por escrito para tal arbitragem, a corte na qual tal demanda ou procedimento está em andamento, uma vez segura de que a questão discutida em tal demanda ou procedimento pode ser submetida à arbitragem segundo tal convenção, deverá, a partir da solicitação de uma das partes, suspender o julgamento da ação até que tal arbitragem tenha sido conduzida de acordo com os termos da convenção, desde que a parte solicitante da suspensão não esteja inadimplente quanto à instituição da arbitragem”.

⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983. *Op. cit.*; ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Décimo circuito. *Peterson v. Shearson/American Express, Inc.*, 1988; ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sels*, 1993.

Há que se considerar ainda a possibilidade de existência de uma decisão por parte da autoridade concorrencial, situação na qual se entende que o tribunal arbitral não está vinculado à referida decisão. Sendo assim, a decisão administrativa não tem efeito de coisa julgada e serve apenas como “autoridade persuasiva” para os árbitros. Ressalta-se, no entanto, que caso o tribunal decida emitir um laudo em sentido contrário à decisão da autoridade concorrencial, este deverá ser extensamente fundamentado, explicando-se às razões para tal discordância, de modo a blindar a decisão contra eventuais ações de anulação (IDOT, 2010, p. 71).

Ressalte-se que o objetivo do Tribunal Arbitral e o da autoridade concorrencial são diferentes, o que poderia ser utilizado como argumento para defender a continuação dos procedimentos paralelos. Aos árbitros cabe solucionar a controvérsia entre as partes, sendo a decisão sobre a questão concorrencial necessária para a consecução desse fim. Por outro lado, o objetivo da autoridade concorrencial é garantir e fiscalizar a aplicação e o cumprimento das regras concorrenciais (MISTELIS & BREKOULAKIS, 2009, p. 258-259). Essa distinção, ainda que teórica, pode gerar efeitos práticos na atuação de cada um dos órgãos.

2. A Segunda Rodada: Consenso e Arbitrabilidade

Tradicionalmente, a discussão em torno da arbitrabilidade das disputas concorrenciais sempre esteve relacionada ao papel da ordem pública e à competência e possibilidade dos árbitros de resguardarem a legislação de defesa da concorrência. No entanto, à medida que o debate torna-se mais complexo, em vista das dificuldades práticas mencionadas nos parágrafos anteriores, surge uma possível nova discussão sobre a arbitrabilidade das questões antitruste. Tal discussão está relacionada ao consenso e à suposta existência de convenções de arbitragem abusivas, analogamente ao que se discute em arbitragens sobre o Direito do Consumidor. Não se sabe, entretanto, se tal discussão implica um ressurgimento do debate em torno da arbitrabilidade das questões antitruste a partir de um novo enfoque ou apenas uma discussão referente à validade contratual das convenções de arbitragem. Assim, vale a pena avaliar como a dúvida de arbitrabilidade surgiu no Direito do Consumidor (derivada a partir de questionamentos a respeito da existência de real consenso), para explicar o que ocorreu no cenário das disputas concorrenciais, ambos os casos inseridos no *Arbitration Fairness Act de 2013*.

2.1 *Consenso e Arbitrabilidade de Disputas Consumeristas*

O debate a respeito da arbitrabilidade das disputas consumeristas revolve, basicamente, em torno da existência de consenso por parte dos envolvidos no procedimento arbitral. Ainda que o tema receba tratamentos distintos de acordo com as diferentes legislações aplicáveis ao caso, nota-se uma tendência global de imposição de determinadas restrições à arbitrabilidade dos casos envolvendo consumidores, em razão, sobretudo, da posição de hipossuficiência ocupada pelos mesmos e da existência de convenções de arbitragem abusivas. A ausência do chamado “igual poder de barganha” entre as partes coloca em questionamento a existência de real consenso em submeter-se a um procedimento arbitral.

Pode-se dizer que o estopim mais provável para o desencadeamento do *Arbitration Fairness Act de 2013*, no tocante às disputas consumeristas, foi o caso da *AT&T v. Concepción*⁴¹, em que a Suprema Corte Americana confirmou a validade de uma convenção de arbitragem que impedia os consumidores em questão de se juntar a outros consumidores em um eventual procedimento arbitral; i.e., não havia possibilidade de *class action* ou, mais especificamente, de *class wide arbitration*. No caso, um contrato que previa o fornecimento de celulares gratuitos foi firmado entre a AT&T e o Sr. e a Sra. Concepción. Após serem cobrados impostos sobre o valor de venda dos celulares, o casal decidiu processar a empresa perante uma corte distrital californiana. A demanda foi então consolidada numa *class action*, alegando-se que a AT&T teria promovido propagandas falsas e fraude ao cobrar impostos de venda sobre celulares gratuitos. A AT&T, por sua vez, decidiu mover ação buscando compelir os Concepción à arbitragem, em razão da cláusula compromissória existente no contrato. Entretanto, tanto a Corte Distrital quanto a Corte de Apelação do caso negaram o pedido, sob a alegação de que a referida cláusula seria *unconscionable*. Em linhas gerais, a doutrina da *unconscionability* está relacionada à “ausência de escolha consciente por parte de um dos contratantes, associada a termos contratuais não razoavelmente favoráveis à parte contrária”⁴², e é utilizada para invalidar cláusulas consideradas abusivas, ainda que o Federal Arbitration Act não apresente restrição objetiva à arbitrabilidade desse tipo de disputa.

A Suprema Corte norte-americana decidiu reverter a decisão das primeiras instâncias, confirmando a validade da convenção de arbitragem e

⁴¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *AT&T Mobility LLC v. Concepción*. 27 de abril de 2011.

⁴² ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Distrito de Columbia. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 11 de Agosto de 1965.

remetendo as partes para o procedimento arbitral. Na ocasião, a Corte pontuou que as ações coletivas seriam incompatíveis com o Federal Arbitration Act. A opinião da corte, emitida pelo Ministro Scalia também determinou que a regra consolidada no caso *Discover Bank*⁴³ a respeito da *unconscionability* de convenções de arbitragem consumeristas havia sido anulada pelo FAA e, portanto, não poderia ser utilizada como argumento para defender a invalidade da cláusula arbitral em questão. Por fim, a necessidade de respeitar os termos do contrato e a tendência pró-arbitragem do Direito norte-americano, firmada, sobretudo, em *Moses H. Cone*⁴⁴ foram ressaltadas, de modo a facilitar procedimentos eficazes e eficientes.

Cabe enfatizar que, em geral, o exame referente à *unconscionability* diz respeito a uma questão de validade contratual, e não de arbitrabilidade. Basicamente, a diferença entre as duas categorias reside na extensão e alcance de suas conclusões. A discussão de arbitrabilidade se dá, normalmente, em razão da natureza de determinado tipo de disputas, tornando toda uma categoria de litígios inarbitrável. Já o debate em torno da validade contratual diz respeito à justiça dos termos da convenção de arbitragem, a partir de uma análise caso a caso (BORN, 2014, p. 1023). Ainda que o resultado da inarbitrabilidade da disputa e da invalidade da cláusula sejam o mesmo, qual seja o fim do procedimento arbitral, estas partem de premissas diferentes e têm alcances distintos.

O caso *AT&T v. Concepción* teve grande repercussão sobre as relações consumeristas, visto que tem o potencial de garantir às empresas a possibilidade de compelir consumidores a ajuizarem demandas arbitrais individuais. Ao ver de grupos consumeristas, a decisão poderia representar um risco às demandas de consumidores, já que, grande parte das vezes, o valor da causa em si é relativamente pequeno, especialmente se comparado aos altos custos da arbitragem. No caso relatado acima, por exemplo, os valores de imposto cobrados somavam aproximadamente 30 dólares. Assim, a relação custo-benefício do procedimento arbitral pode se tornar desfavorável ao consumidor, fazendo com que, em última análise, ele acabe desistindo da arbitragem, em detrimento de seus direitos.

Assim, o *Arbitration Fairness Act de 2013*, pode ser visto como uma reação a esse tipo de situação, de modo que supostamente protege as partes consideradas mais fracas na celebração de contratos. No caso específico do direito do consumidor, parece que o projeto tenta ir ao encontro do que já se

⁴³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte da Califórnia. *Discover Bank v. Superior Court*. 7 de dezembro de 2005.

⁴⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983. Op. cit.

verifica em outros diplomas legais alhures. Isso porque, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a arbitragem de disputas envolvendo Direito do Consumidor é regulada ou até mesmo proibida em diversos países. Ainda que cada país europeu tenha seu próprio tratamento da questão, segundo a diretiva da União Europeia sobre *Termos Injustos em Contratos Consumeristas*, os termos de contratos consumeristas padrão estão sujeitos a requisitos de isonomia e justiça. Entre suas determinações, a referida diretiva estabelece que um dispositivo contratual “*é injusto **prima facie** e conseqüentemente inválido caso obrigue o consumidor a solucionar suas controvérsias exclusivamente por meio de arbitragem não contida em previsão legal*”⁴⁵. A Corte Europeia de Justiça já se pronunciou no sentido de que a justeza e a igualdade do contrato de consumo e mais especificamente, de sua convenção de arbitragem, devem ser analisadas e decididas pelo tribunal arbitral, ainda que a questão não tenha sido suscitada pelas partes, visto que a diretiva faz parte da ordem pública comunitária.

Os Estados-membros também possuem leis específicas diferentes sobre a questão. O Direito Alemão e Austríaco, por exemplo, requerem que as previsões referentes à solução de disputas consumeristas pela via arbitral estejam registradas em convenção de arbitragem separada e assinada pelo consumidor para que sejam consideradas válidas. Segundo o Direito Inglês, convenções de arbitragem consumeristas serão consideradas inválidas caso estejam abaixo de determinado valor monetário, ou sejam consideradas injustas. Esses são apenas alguns dos exemplos dos diferentes tratamentos que a arbitragem de litígios do consumidor recebe dentre os países da Europa (BORN, 2014, pp. 1019-1020).

O debate em torno do *Arbitration Fairness Act de 2013* está ostensivamente relacionado à ausência de consentimento e à abusividade das cláusulas, tópicos associados à validade contratual. Entretanto, considerando-se que o referido projeto visa invalidar toda uma categoria de convenções de arbitragem pré-disputa, é possível questionar se ele não teria efeitos sobre a discussão de arbitrabilidade.

2.2 Extensão da discussão para o Direito Concorrencial

Antes de iniciar o próximo tópico, é importante chamar atenção para o fato de que o projeto legislativo do *Arbitration Fairness Act de 2013*, proposto originalmente em 2011, fazia menção apenas às disputas empregatícias, consumeristas e relacionadas a direitos civis, mas não às concorrenciais. A

⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva da UE 93/13/EEC.

inclusão das questões antitruste ocorreu apenas na versão de 2013. Uma das suas principais justificativas para tal inclusão foi a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *American Express v. Italian Colors Restaurant*⁴⁶, que afirmou a validade de cláusula compromissória banindo ações coletivas no âmbito concorrencial, de maneira similar ao ocorrido no caso *AT&T v. Concepción*.

As partes, American Express e Italian Colors, firmaram um contrato no qual se determinava que as eventuais disputas seriam resolvidas pela via arbitral, estabelecendo também que as demandas não poderiam ser ajuizadas sob a forma de *class actions*. Apesar dos termos da convenção de arbitragem, os Requeridos, Italian Colors, iniciaram uma *class action* contra a American Express, alegando violações ao Direito Concorrencial norte-americano. Segundo os Requeridos, a American Express teria usado seu monopólio no mercado dos chamados *charge cards* para cobrar dos comerciantes taxas supostamente 30% mais elevadas que as cobradas por empresas de cartões de crédito concorrentes, assim violando o parágrafo 1º do Sherman Act⁴⁷. Os Requerentes então tentaram compelir as partes à arbitragem perante a Corte Distrital, que deferiu o pedido. A Corte de Apelação, por sua vez, reverteu a referida decisão, sob a alegação de que a renúncia contratual era inválida e, portanto, a arbitragem não poderia prosseguir, já que, do ponto de vista financeiro, os custos da arbitragem em muito excederiam o valor a ser recebido, impossibilitando a arbitragem individual. Tal entendimento foi reafirmado pela Corte de Apelação três vezes, até chegar à Suprema Corte norte-americana.

A Suprema Corte, pois, foi incumbida da tarefa de decidir sobre a validade de uma renúncia contratual à arbitragem coletiva em situações nas quais os custos da arbitragem individual excedem o valor da causa, a ser potencialmente recuperado pelo Requerente. Contrariamente à decisão da instância inferior, o entendimento emitido pela maioria dos juízes da Suprema Corte norte-americana foi de que tais renúncias seriam válidas por uma série de

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *American Express v. Italian Colors Restaurant*. 20 de junho de 2013.

⁴⁷ De acordo com o Sherman Antitrust Act dos Estados Unidos, §1: “Todo contrato, combinação na forma de truste ou similar, ou conspiração, que restrinja o comércio entre os estados, ou com nações estrangeiras, será declarado ilegal. Toda pessoa que celebre qualquer contrato ou participe de qualquer combinação ou conspiracy declarada ilegal deverá ser considerada culpada de uma contravenção e a partir de sua condenação, deverá ser punida por meio de multa igual ou inferior a \$100.000.000 em caso de sociedade, ou em caso de qualquer outra pessoa, \$1.000.000, ou por meio de prisão de não mais que 10 anos, ou por meio de ambas as punições, segundo escolha da corte”.

motivos⁴⁸. Alguns desses motivos já haviam sido abordados no caso *AT&T v. Concepción*, como a necessidade de respeitar os termos do contrato e a tendência pró-arbitragem extraída do *Federal Arbitration Act*. Além disso, o Ministro Scalia, que emitiu a opinião da Corte⁴⁹, ressaltou que a doutrina de *effective vindication*⁵⁰, consolidada no caso *Mitsubishi* tinha como objetivo impedir que a parte renunciasse previamente a seu direito de buscar os chamados *statutory remedies*⁵¹. No entanto, segundo ele, “o fato de a prova de um remédio legal não compensar a despesa envolvida não constitui uma eliminação do direito de buscar tal remédio” e, portanto, a referida doutrina não seria aplicável ao caso em tela. Nesse sentido, explicou-se que as leis concorrenciais não garantem um caminho processual para a proposição de demandas cujos custos possam ser acessíveis a todos. A Corte pontuou ainda que não poderia prever todos os custos envolvidos na arbitragem e que a questão já havia sido resolvida em *AT&T v. Concepción*, no qual foi rejeitado o argumento relacionado a efetividade de custos de que as ações coletivas seriam necessárias para julgar determinadas demandas

Uma opinião divergente também foi compartilhada por três juízes da Suprema Corte⁵², em suporte dos argumentos dos Requeridos, os quais alegavam que os termos da convenção de arbitragem em questão impediam sua *effective vindication*, visto que o procedimento se tornaria economicamente inviável. De acordo com essa visão, a referida doutrina se aplicaria ao caso analisado, pois o contrato não impunha somente um impedimento à proposição de ações coletivas, mas também a qualquer tipo de divisão, transferência ou diminuição de custos, fazendo com que os custos da arbitragem se tornassem proibitivos para os Requeridos. O resultado seria uma verdadeira vedação do acesso aos *statutory remedies*, supostamente garantidos a partir do caso

⁴⁸ A opinião da corte foi emitida pelo Ministro Scalia e aderida pelos Ministros Roberts, C. J., and Kennedy, Thomas, and Alito, JJ. O Ministro Thomas, J. apresentou uma opinião concordante. O Ministro Breyer, J., apresentou uma opinião dissidente, aderida pelos Ministros Ginsburg, Sotomayor, e Kagan, JJ.

⁴⁹ Os Ministros Roberts, C.J, Kennedy, Thomas, and Alito, J.J. aderiram a esta opinião. O Ministro Thomas, J., apresentou uma opinião concordante.

⁵⁰ A doutrina de *effective vindication*, utilizada como argumento por *Italian Colors*, foi imposta como uma condição à arbitrabilidade das disputas concorrenciais, consolidada no caso *Mitsubishi*, e teria estabelecido, em linhas gerais, que a convenção de arbitragem só seria válida caso o litigante pudesse efetivamente reivindicar seus direitos estatutários pela via arbitral.

⁵¹ Remédios contra violações ao Direito concorrencial norte-americano, contidos no *Sherman Antitrust Act*.

⁵² A opinião da corte foi emitida pela Ministra Kagan e aderida pelos Ministros Ginsburg e Breyer.

Mitsubishi. Além disso, a decisão em *AT&T v. Concepción*, segundo explicado pela Ministra Kagan, não deveria ser aplicada ao caso *American Express v. Italian Colors Restaurant*, uma vez que o segundo caso não tratava propriamente do impedimento a ações coletivas, mas sim do impedimento à *effective vindication*, diferente do que ocorreu no caso anterior, no qual a referida doutrina sequer fora suscitada como argumento. De acordo com a opinião dissidente, portanto, o caso *American Express v. Italian Colors Restaurant* enquadrava-se nas circunstâncias ligadas à *effective vindication*, considerando-se que os custos da arbitragem tornavam-se proibitivos, efetivamente eliminando a responsabilidade concorrencial.

Conclusão

É possível concluir a partir das considerações feitas, que o debate em torno da arbitrabilidade das questões concorrenciais sob a égide da ordem pública foi, em sua maior parte, resolvido e superado. Entretanto, surge um novo debate: o da arbitrabilidade com base no equilíbrio entre as partes, na existência de cláusulas abusivas e na presença de consenso. Discute-se a possibilidade de uma parte de impor determinadas restrições contratuais à outra, de modo que os termos do contrato e a escolha da via arbitral acabem por dificultar ou até impedir que a outra parte garanta e proteja seus direitos concorrenciais. Assim, a tentativa de vedação dessa estratégia parece ser a principal motivação para a inclusão das questões concorrenciais no projeto do *Arbitration Fairness Act de 2013*. Isto gerou uma nova discussão sobre a arbitrabilidade de tais questões, vistas sob um prisma diferente: o das relações interpartes e não o da ordem pública

Nota-se que o projeto legislativo estabelece apenas a invalidade das convenções de arbitragem pré-disputa, que obriguem a parte mais fraca a ir para a arbitragem, resguardando-lhes, no entanto, o direito de posteriormente optar pela via arbitral. Ainda assim, as mudanças objetivadas pelo projeto, podem, sim, provocar considerável impacto sobre a arbitrabilidade das disputas concorrenciais, visto que, de acordo com o *Arbitration Fairness Act de 2013*, as disputas consumeristas, concorrenciais, empregatícias e de direitos civis, baseadas em convenções de arbitragens anteriores ao litígio seriam consideradas inválidas, a menos que a parte mais vulnerável opte posterior e expressamente pela via arbitral. Percebe-se ainda que o referido projeto legislativo não propõe uma análise da abusividade da cláusula arbitral com base nas circunstâncias específicas do caso concreto, mas sim uma invalidação automática das convenções de arbitragem pré-disputa prevendo a resolução de

controvérsias concorrenciais, gerando, portanto, efeitos sobre a arbitrabilidade desta categoria de litígios⁵³.

Entretanto, é importante esclarecer que, ainda que a nova discussão referente à arbitrabilidade no Direito Concorrencial possa ser comparada à existente no Direito do Consumidor, nota-se uma diferença fundamental entre elas. No que concerne às disputas consumeristas, o desequilíbrio entre as partes é mais evidente, uma vez que o consumidor é, em geral, considerado como a parte hipossuficiente, por aderir aos termos estabelecidos pelo fornecedor. Desse modo, o possível problema gerado pela escolha da via arbitral torna-se mais plausível, já que a arbitragem é um procedimento privado e pressupõe uma igualdade de poder de negociação entre as partes. Da mesma forma, a discussão a respeito da arbitrabilidade e a imposição de restrições à arbitragem de disputas consumeristas parece ser uma consequência natural das peculiaridades deste tipo de controvérsia.

Em contrapartida, nas disputas concorrenciais, não é tão óbvio o desequilíbrio entre as partes e, conseqüentemente, muito menos evidente a identificação de uma parte considerada mais vulnerável. Assim, ainda que a discussão referente à arbitrabilidade parta da mesma premissa, ela se torna mais complexa, visto que requer uma análise caso a caso, de acordo com as circunstâncias e características específicas das partes e do contrato. No caso *American Express v. Italian Colors Restaurant*, por exemplo, a identificação da Italian Colors como a parte mais fraca não se dá automaticamente, em decorrência do papel exercido por ela na transação, mas sim a partir da análise do contrato e do desenvolvimento do caso.

Por fim, ainda não é possível afirmar se o *Arbitration Fairness Act de 2013* será de fato aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos. Considerando o princípio da observância de termos contratuais e a tendência pró-arbitragem observada no Direito norte-americano e extraída do FAA, muitos acreditam que o *Arbitration Fairness Act de 2013* tem poucas chances de ser aprovado⁵⁴. Ainda que o projeto seja aprovado, é impossível prever suas consequências acessórias e talvez até não anunciadas: em particular, se influenciará legislações similares em outros países. Entretanto, apesar de todas as incertezas, é seguro

⁵³ Pode-se dizer que os projetos legislativos que promovem uma análise caso a caso, de acordo com os termos específicos do contrato, impondo apenas certas restrições à arbitrabilidade sinalizam uma forma mais proporcional e construtiva de proteger partes vulneráveis e tendem a ser mais bem sucedidas (BORN, 2014, p. 1023).

⁵⁴ O principal site de monitoramento de projetos legislativos nos Estados Unidos, por exemplo, indica uma probabilidade de apenas 6% de promulgação do *Arbitration Fairness Act de 2013*.

afirmar que a questão é deveras controversa e está longe de ser definitivamente resolvida.

Referências

ALEMANHA. Alta Corte Regional de Thüringer (Thüringer OLG). *Caso nº 4 Sch 3/06*. 8 de agosto de 2007. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn91277&query=AND\(content%3A%22thuringia%22,content%3A%228%22,content%3A%22august%22,content%3A%222007%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn91277&query=AND(content%3A%22thuringia%22,content%3A%228%22,content%3A%22august%22,content%3A%222007%22)). Acesso em: 10/08/14.

ALEMANHA. Alta Corte Regional de Dresden. *Caso nº 11 Sch 01/05*. 20 de abril de 2005. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn80544&query=AND\(content%3A%22dresden%22,content%3A%2220%22,content%3A%22april%22,content%3A%222005%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn80544&query=AND(content%3A%22dresden%22,content%3A%2220%22,content%3A%22april%22,content%3A%222005%22)). Acesso em: 10/08/14.

BLANKE, Gordon. Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law. *Journal of International Arbitration*. Haia, v. 23, Issue 3, 2006.

BLANKE, Gordon; LANDOLT, Philip (eds.). *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. Haia: Kluwer Law International, 2011.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 2014.

Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, 1958. Original em inglês disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf. Acesso em: 12/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Arbitration Fairness Act, 2013. Disponível em: <https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s878/text>. Acesso em: 12/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Federal Arbitration Act, 1925. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9>. Acesso em: 15/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Código Interno de Georgia, §9-9-2(c)(5). Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/hottopics/gacode/Default.asp>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Código Interno de Montana, §27-5-114. Disponível em: <http://law.justia.com/codes/montana/2013/title-27/chapter-5/part-1/section-27-5-114/>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Código de Prática Civil e Remédios do Texas, §171.002(a)(2). Disponível em: <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/SDocs/CIVILPRACTICEANDREMEDIESCODE.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Sherman Antitrust Act, 1890. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>. Acesso em: 15/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Falências do Alabama, divisão oriental. *Knepp v. Credit Acceptance Corp. (In re Knepp)*. 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/alnb/8WRH/in-re-knepp/>. Acesso em: 10/08/2014.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Apelação de West Virginia. *Brown v. Genesis Healthcare Corp.* 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.courtswv.gov/supreme-court/docs/spring2012/35494-35546-35635.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co, Inc.* 20 de março de 1968. Disponível em: <http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>. Acesso em: 10/08/14

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 2 de Julho de 1995. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcse.pl?court=US&vol=473&invol=6141>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.* 1983. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/1/>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Sétimo Circuito. *Baxter Int'l, Inc. v. Abbot Labs.* 16 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1361842.html>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.* 27 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Shearson/American Express v. McMahon.* 8 de junho de 1987. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=482&invol=220>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Décimo circuito. *Peterson v. Shearson/American Express, Inc.*, 1988;

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação para o Segundo Circuito. *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sels*, 1993.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *AT&T Mobility LLC v. Concepción*. 27 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Distrito de Columbia. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 11 de Agosto de 1965. Disponível em: http://www.leagle.com/decision/1965795350F2d445_1705.xml/WILLIAMS%20v.%20WALKER-THOMAS%20FURNITURE%20COMPANY. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte da Califórnia. *Discover Bank v. Superior Court*. 7 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1426696.html>. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *American Express v. Italian Colors Restaurant*. 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-133_19m1.pdf. Acesso em: 10/08/14.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação. *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie de Papier (RAKTA)*, 1974. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/508/969/367069/>. Acesso em: 12/08/14.

FRANÇA. Suprema Corte (Cour de Cassation). *Cytec v. SNF*. 4 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn31227&query=AND\(content%3A%22cytec%22,content%3A%22v%22,content%3A%22snf%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn31227&query=AND(content%3A%22cytec%22,content%3A%22v%22,content%3A%22snf%22)). Acesso em: 10/08/14.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Thalès v. Euromissiles*. 18 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn25000>. Acesso em: 10/08/14.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Aplix v. Velcro*. 14 de outubro de 1993a. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16216&query=AND\(content%3A%22aplix%22,content%3A%22v%22,content%3A%22velcro%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16216&query=AND(content%3A%22aplix%22,content%3A%22v%22,content%3A%22velcro%22)). Acesso em: 10/08/14.

FRANÇA. Corte de Apelação de Paris. *Labinal v. Mors*. 19 de maio de 1993b. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16134&query=AND\(content%3A%22labinal%22,content%3A%22v%22,content%3A%22mors%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN16134&query=AND(content%3A%22labinal%22,content%3A%22v%22,content%3A%22mors%22)). Acesso em: 10/08/14.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

HOLANDA. Suprema Corte (Hoge Raad). *Eco Swiss China Time v. Benetton International NV*. 25 de fevereiro de 2000. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN22033&query=AND\(content%3A%22eco%22,content%3A%22swiss%22,content%3A%22v%22,content%3A%22benetton%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN22033&query=AND(content%3A%22eco%22,content%3A%22swiss%22,content%3A%22v%22,content%3A%22benetton%22)). Acesso em: 10/08/14.

HOLANDA. Corte de Apelação de Haia. *Marketing Displays v. VR*. 24 de marco de 2005. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27051&query=AND\(content%3A%22marketing%22,content%3A%22displays%22,content%3A%22v%22,content%3A%22vr%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27051&query=AND(content%3A%22marketing%22,content%3A%22displays%22,content%3A%22v%22,content%3A%22vr%22)). Acesso em: 10/08/14.

IDOT, Laurence. The Round Table on Arbitration and Competition Claims, OECD. Arbitration and Competition. 26 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. International Law Association Report on Public Policy, 2002. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-report-on-public-policy-2002>. Acesso em: 12/08/14.

ITÁLIA. Corte de Apelação de Milão. *Terra Armata v. Tensacciai*. 5 de julho de 2006. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27916&query=AND\(content%3A%22terra%22,content%3A%22armata%22,content%3A%22v%22,content%3A%22tensacciai%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27916&query=AND(content%3A%22terra%22,content%3A%22armata%22,content%3A%22v%22,content%3A%22tensacciai%22)). Acesso em: 10/08/14.

ITÁLIA. Corte de Apelação de Bolonha. *Spa Coveme v. CFI*. 21 de dezembro de 1991. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4674&query=AND\(content%3A%22spa%22,content%3A%22coveme%22,content%3A%22v%22,content%3A%22compagnie%22,content%3A%22française%22,content%3A%22des%22,content%3A%22isolants%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4674&query=AND(content%3A%22spa%22,content%3A%22coveme%22,content%3A%22v%22,content%3A%22compagnie%22,content%3A%22française%22,content%3A%22des%22,content%3A%22isolants%22)). Acesso em: 10/08/14.

KIRRY, Antoine. Arbitrability: Current Trends in Europe. *Arbitration International*. Londres, v.12, n. 4, p. 379, 2006.

KURKELA, Matti et al. Certain Procedural Issues in Arbitrating Competition Cases. *Journal of International Arbitration*. Haia, v. 24, n.2, p. 189, 2007.

KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter et al. (eds). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2013*. Viena: Austrian Yearbook on International Arbitration, 2013.

LANDOLT, Philipp. *Eco Swiss and its Ramifications*, 2012. Disponível em: http://www.landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2012/02/120130_VAD_PhLandolt_NotesReferences.pdf. Acesso em: 10/08/14.

LANDOLT, Phillip. *Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 – A Commentary*, 2006. Disponível em: <http://landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2010/12/EBLR-19-1-Landolt1.pdf>. Acesso em: 10/08/14.

MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros (eds.). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Haia: Kluwer Law International, 2009.

OECD Secretariat. *The Round Table on Arbitration and Competition Claims*, OECD. Key findings. 26 de outubro de 2010.

RADICATI DI BROZOLO, Luca. The Round Table on Arbitration and Competition Claims, OECD. Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators. 26 de outubro de 2010.

SUÉCIA, Lei de Arbitragem, §1(3). Disponível em: <http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-sfs-1999121.aspx>. Acesso em: 10/08/14.

SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Caso de 13 de novembro de 1998*. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn22035>. Acesso em: 10/08/14.

SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Societate belga v. Societate italiana*. 28 de abril de 1992. Disponível em: <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn4469>. Acesso em: 10/08/14.

SUÍÇA. Suprema Corte (Tribunal Fédéral). *Tensacciai v. Terra Armata*. 8 de março de 2006. Disponível em: [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27954&query=AND\(content%3A%22tensacciai%22,content%3A%22v%22,content%3A%22terra%22\)](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27954&query=AND(content%3A%22tensacciai%22,content%3A%22v%22,content%3A%22terra%22))

3A%22terra%22,content%3A%22armata%22). Acesso em: 12/08/14.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Roma. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/legislation/treaties/ec/art81_en.html. Acesso em: 10/08/14.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva da UE 93/13/EEC. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>. Acesso em: 15/08/14.

AS FRAGILIDADES DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO EM COMPARAÇÃO AO ADOTADO NA UNIÃO EUROPEIA

Cláudia Gama Gondim¹

Resumo: O acordo de leniência é uma espécie de “delação premiada”, na qual a empresa e/ou uma pessoa física denuncia a sua participação no ilícito, em troca de uma imunidade administrativa e criminal. O Programa de Leniência adotado no Brasil foi importado da União Europeia, mas ao assim fazer, o legislador brasileiro não tomou o cuidado de adequá-lo ao sistema interno, colocando ora o leniente ora os possíveis prejudicados por um ilícito antitruste em situação de fragilidade, enfraquecendo a eficácia deste programa. Este artigo irá analisar as garantias asseguradas ao leniente na Diretiva 2014/104/UE e que não foram replicadas internamente, bem como aquelas não aplicáveis ao Brasil, para, ao final, sugerir uma solução de lege ferenda para que assegurar a sua plena eficácia.

Palavras-chave: Leniência. Responsabilidade. Solidariedade. Subsidiariedade. Suspensão de Prazo Prescricional.

Abstract: The leniency agreement is a kind of *plea bargain* in which the company and / or individual reports their participation in any illegal activity, in exchange for administrative and criminal immunity. The Leniency Program adopted in Brazil was imported from the European Union, but in doing so, the Brazilian legislature has not taken the necessary precautions to adapt it to the internal system placing either the lenient or the victims of an illicit antitrust in fragile situations, weakening the effectiveness of this program. This article will examine the guarantees provided to the lenient in Directive 2014/104/EU, which were not replicated internally, as well as those that cannot be applied to Brazil, in order to suggest, in the end, a solution de lege ferenda to ensure their full effectiveness.

1 Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos (2002).

Keywords: Leniency. Responsibility. Solidarity. Subsidiarity. Suspension of the Prescriptive Period.

1. Introdução

O acordo de leniência foi introduzido no Brasil em 2000, com a conversão da Medida Provisória nº 2.055/2000 na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/94, ampliando os poderes instrutórios da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), atual Superintendência-Geral do CADE (SG) e da Secretaria de Acompanhamentos Econômicos do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) com o objetivo de munir o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de mecanismos mais eficientes no combate aos ilícitos antitruste, e, em especial, aos cartéis².

Na União Europeia, estudos comprovam que após a instauração do Programa de Leniência as multas aplicadas aumentaram exponencialmente. Em 93 dos 107 casos de cartéis analisados por MARVÃO³, entre os anos de 1998 e 2013, foram celebrados acordos de leniência.

Desta forma, além de realização de inspeções, e atuação integrada com a Advocacia Geral da União (AGU) para a consecução de mandados de busca e apreensão, na vigência da Lei nº 8.884/94, a SDE passou a poder

² De acordo com a então SDE, os “Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência e prejudicam consumidores ao aumentar preços e restringir oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo.

Via de regra, cartéis são difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos participantes da conduta, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Por essa razão, um número expressivo de jurisdições adotaram programas de leniência de modo a desvendar tais condutas. O Brasil não é exceção a essa regra: a Lei n. 8.884/94 reconhece que é do interesse dos consumidores brasileiros conceder benefícios àquele participante de cartel que queira por um fim na conduta e cooperar de forma plena e ampla com as autoridades de defesa da concorrência de modo a garantir a condenação da prática. O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel”. (Guia da SDE, fevereiro de 2008).

³ MARVÃO, Catarina M. P. *The EU Leniency Programme and Recidivism* (2014). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2491172>. Acesso em 24/06/2016.

celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que fossem autoras de infração à ordem econômica.

Inicialmente, somente faria jus à celebração do acordo de leniência no Brasil a empresa ou pessoa física que (i) não tivesse estado à frente da conduta tida como inflacionária; (ii) a SDE não dispusesse de provas suficientes para condenar os envolvidos, e, ainda, fossem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) a empresa fosse a primeira a se qualificar; (b) cessasse completamente seu envolvimento na infração noticiada; (c) confessasse sua participação no ilícito e (d) cooperasse plena e permanentemente com as investigações e com o andamento do processo administrativo⁴.

Se a proposta foi apresentada sem que a SDE tivesse conhecimento da infração noticiada, o leniente seria beneficiado com a extinção da punibilidade administrativa. No entanto, se no momento da proposta a SDE já tivesse conhecimento da infração, somente faria jus à redução de um a dois terços da punibilidade administrativa; em ambos os casos, inclusive, sendo assegurada a imunidade criminal, desde que, é óbvio, celebrado e cumprido o acordo⁵. Esta imunidade criminal, contudo, era apenas relacionada às sanções

⁴ “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como inflacionária.

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

⁵ “Art. 35-C, § 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

previstas na Lei nº 8.137/90⁶, não incluindo, portanto, a prática do crime de formação de quadrilha previsto no art. 288 do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei nº 2.848/1940)⁷. Essa situação poderia desestimular o uso desse instrumento pelos envolvidos na prática de cartel, haja vista tratar-se de conduta criminosa que pode ser perpetrada com a reunião de mais de três pessoas, podendo o leniente ficar indiretamente sujeito à incidência das sanções previstas no citado dispositivo penal. A Lei nº 12.259/2011 sanou esse problema, pois incluiu expressamente a extinção da punibilidade para os crimes previstos no art. 288 do CPB⁸.

Ainda de acordo com a Lei nº 12.529/2011, tanto a pessoa física quanto a jurídica continuarão podendo celebrar o acordo de leniência desde que preenchidos os requisitos acima mencionados, mas com as seguintes alterações: (i) o acordo pode ser celebrado com a empresa e/ou pessoa física que tenham liderado a conduta tida como infracionária e (ii) a pessoa física não mais precisa ser a primeira a se qualificar, o que influenciará apenas na definição do

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência”.

⁶ “Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

⁷ “Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos”.

⁸ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

benefício a ser concedido, vale dizer, se fará jus à extinção total ou parcial da punibilidade administrativa⁹.

Além disso, como visto, com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, o cumprimento do acordo de leniência implica, expressamente, na extinção da punibilidade criminal também para a prática do crime de formação de quadrilha previsto no art. 288 do Código Penal Brasileiro.

Devido à importância do acordo de leniência no combate aos cartéis, a União Europeia conferiu algumas importantes proteções aos lenientes, as quais foram consolidadas com a entrada em vigor da Diretiva 2014/104/UE, para estimulá-los à colaborar com as autoridades da concorrência. Isto porque, caso suas declarações autoincriminadoras pudessem ser igual e amplamente

⁹ “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência”.

divulgadas, poderiam se sujeitar a uma exposição desarrazoada, ficando em situação de desvantagem perante os demais infratores que, inclusive, não haviam contribuído com as autoridades da concorrência. Vale lembrar, inclusive, que dentre outras condições para fazer jus ao benefício (e.g. apresentar provas suficientes da irregularidade denunciada), o leniente renuncia ao direito de recorrer da decisão da autoridade da concorrência que reconhece a existência da infração. Com efeito, poderia se transformar no principal alvo e.g. das ações de reparação de danos antitruste, pois a decisão se tornaria definitiva contra ele, o mesmo não se dando em relação aos demais partícipes que porventura recorressem desta decisão.

Contudo, embora o Acordo de Leniência Antitruste adotado no Brasil tenha recebido forte influência europeia, ao importá-lo, o legislador brasileiro não teve o cuidado de adequá-lo ao sistema interno, enfraquecendo, portanto, a eficácia deste programa. Explica-se.

2. Garantias conferidas ao leniente na União Europeia: Diretiva 2014/104/UE

2.1. Confidencialidade e responsabilidade subsidiária

As empresas que cooperam com as autoridades europeias de concorrência no âmbito de um programa de leniência desempenham um papel fundamental para a obtenção de evidências sobre as práticas contrárias à livre concorrência e para a cessação dessas condutas, atenuando, frequentemente, os danos que poderiam ter sido causados se a infração continuasse.

Como apontam HARDING e JOSHUA¹⁰, para investigar essas condutas, a Comissão Europeia vale-se de duas técnicas: (i) o programa de leniência e (ii) o denominado método “dawn raids” (ou investigação surpresa), inspirado no sucesso de um programa da Divisão Antitruste do DOJ. Para os autores, este método consiste em uma visita não anunciada, repentina, no primeiro momento do dia, para, com base nesse elemento surpresa, explorar a inevitável propensão do ser humano ao descuido. A leniência, por sua vez, envolveria o recurso à incerteza, explorando o natural nervosismo e desconfiança que existe na maior parte dos cartéis.

O novo Programa de Leniência da União Europeia (2012)¹¹ assegura aos interessados que colaborarem com as autoridades na apuração dos fatos

¹⁰ Op. cit.

¹¹ ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME (As revised in November 2012)

uma imunidade total ou uma redução parcial das penalidades aplicáveis¹², contribuindo para o sucesso desse programa, juntamente com os procedimentos de transação, como eficiente ferramenta de detecção das práticas e imposições das sanções. Além disso, a Comissão Europeia passou a sistematicamente aumentar o valor das penalidades impostas para a prática de cartel.¹³

No entanto, para assegurar que as empresas continuem dispostas a aderir aos programas de leniência e/ou às propostas de transação, a União Europeia editou a Diretiva 2014/104/UE que prevê algumas proteções aos lenientes contra estas exposições indevidas. O item 6 do artigo 6^o¹⁴ da Diretiva 2014/104/UE assegura o sigilo das declarações de leniência e das propostas de transação, excluindo-as das hipóteses de divulgação obrigatória prevista no artigo 5^o¹⁵, não podendo, inclusive, serem transcritas em quaisquer outros

¹² Nos termos da “EC Leniency Policy”, uma empresa que tomou parte de um cartel, para receber imunidade total a partir da apresentação de um pedido de leniência, deve ser a primeira a informar à União Europeia sobre a existência de um cartel até então desconhecido, fornecendo informações suficientes para a Comissão Europeia realizar inspeção nas instalações das outras empresas envolvidas na prática. Caso a Comissão Europeia esteja de posse dessas informações ou tenha realizado tal inspeção, a empresa interessada deverá fornecer evidências em nível suficiente para a Comissão Europeia provar a prática de cartel, devendo ainda cooperar com a autoridade durante toda a investigação e encerrar sua participação na conduta ilegal imediatamente; por fim, a empresa não poderá se beneficiar da imunidade total se tiver adotado qualquer medida para coagir outros agentes a participar do cartel em questão. Interessados que não possam se beneficiar da imunidade total podem obter redução das multas cabíveis se fornecerem evidências reforçando aquelas que estejam em poder da Comissão Europeia; a primeira empresa a submeter tais evidências receberia uma redução de 30 a 50% da multa, a segunda empresa uma redução de 20 a 30% e, as empresas que se seguirem, de uma redução de até 20%.

¹³ O guia da Comissão Europeia para aplicação de penalidades, emitido em 2006 de acordo com os termos do artigo 23(2)(a) do Regulamento 1/2003, pode ser consultado em <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/fines.html>. Acesso em 10.12.2007.

¹⁴ “Artigo 6^o, 6. Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indenização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação:

- a) As declarações de leniência; e
- b) As propostas de transação”.

¹⁵ “Artigo 5^o, 1. Os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indenização na União e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indenização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova

materiais do processo. Essas proteções, contudo, não impedem que as autoridades da concorrência tornem públicas suas decisões e limitam-se ao conteúdo das declarações.

Além disso, o leniente também é exonerado da responsabilidade solidária em relação aos demais partícipes, restringindo-se a sua obrigação ao montante dos danos causados aos seus adquirentes diretos ou indiretos ou, no caso de um cartel de compradores, aos seus fornecedores diretos ou indiretos. Se o cartel tiver causado danos a outrem, que não os clientes ou os fornecedores das empresas infratoras, a participação do leniente não deverá exceder a sua responsabilidade pelos danos causados. Todavia, a responsabilidade do leniente é subsidiária perante os demais lesados, ou, em outras palavras, o leniente poderá ser acionado caso esses não consigam obter a reparação integral junto aos demais infratores¹⁶.

No caso Pfleiderer¹⁷, essa empresa, cliente de outras que foram condenadas em um cartel no setor de papéis decorativos, apresentou um pedido ao Tribunal de Justiça da União Europeia (o TJUE) de acesso aos documentos, inclusive os relativos aos acordos de leniência, a fim de instruir a sua ação de indenização. O TJUE considerou que, àquela época, na ausência de regras da União Europeia sobre o tema, caberia aos tribunais, com base na legislação interna e em uma análise casuística, determinar as condições nas quais tal acesso deveria ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União, para fins de instrução das ações de indenização¹⁸.

relevantes que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo. Os Estados-Membros asseguram que os tribunais nacionais possam, a pedido do demandado, ordenar ao demandante ou a terceiros a divulgação de elementos de prova relevantes”.

¹⁶ “Artigo 11, 5. Os Estados-Membros asseguram que um infrator possa recuperar, de qualquer outro infrator, uma participação num montante determinado em função da responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. O montante da participação de um infrator ao qual foi concedida dispensa de coima no âmbito de um programa de leniência não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

¹⁷ Pfleiderer, C-360/09. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85144&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=559928>. Acesso em 14.06.2016.

¹⁸ “[...] 25 Ora, como sustentaram a Comissão e os Estados-Membros que apresentaram observações, os programas de leniência constituem ferramentas úteis na luta eficaz para

detectar e pôr cobro às violações das regras de concorrência e servem, assim, o objetivo da aplicação efetiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE.

26 A eficácia destes programas poderia, todavia, ser afetada pela comunicação dos documentos relativos a um procedimento de leniência às pessoas que pretendam intentar uma ação de indenização, ainda que as autoridades nacionais de concorrência concedam ao requerente de leniência uma isenção total ou parcial da coima que teriam podido aplicar.

27 Com efeito, é razoável considerar que uma pessoa implicada numa violação do direito da concorrência, em face da eventualidade de tal comunicação, seria dissuadida de utilizar a possibilidade oferecida por tais programas de leniência, nomeadamente, visto que as informações voluntariamente fornecidas por esta pessoa podem ser objeto de intercâmbios entre a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência por força dos artigos 11.º e 12.º do Regulamento n.º 1/2003.

28 É, no entanto, jurisprudência assente que qualquer pessoa tem o direito de reclamar reparação do prejuízo que lhe tenha sido causado por um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência (v. acórdãos de 20 de Setembro de 2001, Courage e Crehan, C-453/99, Colect., p. I-6297, n.ºs 24 e 26, e de 13 de Julho de 2006, Manfredi e o., C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n. os 59 e 61).

29 Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias de concorrência e é susceptível de desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as ações de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia (v. acórdão Courage e Crehan, já referido, n.º 27).

30 Assim, no exame de um pedido de acesso aos documentos relativos a um programa de leniência apresentado por uma pessoa que procura obter uma indemnização por perdas e danos de outra pessoa que beneficiou de um programa de leniência, é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação (v., neste sentido, acórdão Courage e Crehan, já referido, n.º 29) e ponderar os interesses que justificam a comunicação das informações relativamente à proteção daquelas que foram voluntariamente fornecidas pelo requerente de leniência.

31 Tal ponderação só pode ser realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais numa base casuística, no quadro do direito nacional e tomando em conta todos os elementos pertinentes do caso em apreço.

32 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que as disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento n.º 1/2003, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infração ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indenização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de

Antes da Diretiva 2014/104/UE, o Tribunal poderia ponderar entre o direito das vítimas à indenização e o interesse público na eficácia das normas de concorrência. Com a publicação da referida Diretiva, essa questão encontra-se superada, pois agora há expressa previsão de sigilo das declarações previamente divulgadas pelas empresas que tiverem cooperado com as autoridades de concorrência no âmbito de um programa de leniência.

A Diretiva 2014/104/UE também introduziu regras para proteger as investigações em curso, estabelecendo que documentos produzidos pelas partes ou pelas autoridades de concorrência no âmbito da investigação só poderão se tornar públicos, para fins de instrução de ações de indenização, após a conclusão do processo.

Essas proteções, embora garantam a integridade desses programas, preservam o direito das vítimas de amplo acesso às demais evidências necessárias para provar suas alegações nos pedidos de reparação civil.

Por outro lado, a Diretiva 2014/104/UE reconhece que toda informação preexistente, vale dizer, que já existia independentemente das investigações das autoridades de concorrência, podem ser divulgadas a qualquer momento. Na prática, o que se pretende com esta medida é assegurar que as vítimas de uma prática anticompetitiva tenham mais acesso aos elementos probatórios para instruir seus pedidos de indenização.

2.2. Condenação das Autoridades Nacionais de Concorrência Europeias (ANC): prova irrefutável (presunção absoluta, para o mesmo Estado-Membro) ou prova prima facie (presunção relativa, para outro Estado-Membro)

Outra questão importante e que justifica o caráter sigiloso do acordo de leniência na União Europeia é o fato de haver na Diretiva 2014/104/UE previsão expressa de que a decisão final proferida por uma autoridade europeia de concorrência (as chamadas autoridades nacionais de concorrência ou ANC) que declara a existência de uma infração à concorrência constitui prova irrefutável (presunção absoluta, para o mesmo Estado-Membro) ou prova prima facie (presunção relativa, para outro Estado-Membro) para fins de instrução nas ações de indenização:

leniência respeitante ao autor da referida infração. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União”.

“Artigo 9º Efeito das Decisões Nacionais

1. Os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indenização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101.o ou do artigo 102.o do TFUE ou do direito nacional da concorrência.

2. Os Estados-Membros asseguram que, caso as decisões definitivas a que se refere o n.º 1 sejam proferidas noutro Estado-Membro, essas decisões possam ser apresentadas nos seus tribunais nacionais, de acordo com o seu direito nacional, pelo menos como elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência e, conforme apropriado, possam ser avaliadas juntamente com quaisquer outros elementos aduzidos pelas partes”.

É, portanto, uma presunção absoluta da infração concorrencial, não podendo ser ilidida por prova em contrário na ação de indenização. Todavia, se a ação de indenização é proposta em outro Estado-Membro, as decisões servem, nos termos da Diretiva, como prova *prima facie*, podendo, neste caso, ser ilididas por prova em contrário ou reforçadas com outros elementos colhidos pelas partes.

Essa previsão, que passou a vigorar com a entrada em vigor da Diretiva 2014/104/UE, pois até a sua publicação este tratamento não era adotado por muitos dos Estados-Membros, estabelece uma espécie de freios e contrapesos (*checks and balances*), pois ao mesmo tempo que protege o leniente, assegurando-lhe a confidencialidade do acordo até o término do processo administrativo e a sua responsabilidade subsidiária, confere, também, às vítimas do ilícito antitruste uma espécie de título executivo. Alivia, desta forma, a carga probatória dos lesados, sendo indiferente a existência do acordo de leniência como meio de prova do ilícito nas ações de indenização.

Embora inovadora, no Reino Unido, o “Quick Guide for Private Litigation in Competition Cases”, elaborado em março de 2010 pelo “Office of Faire Trade (OFT 1520)”, já previa a natureza probatória das condenações proferidas por uma autoridade competente da concorrência para fins de instrução da ação particular indenizatória (a private action)¹⁹.

¹⁹ De acordo com o guia: “If a relevant competition authority such as the OFT or European Commission has made a decision that competition law has been infringed, a

Nos Estados Unidos, desde a Clayton Act (1914) e reiterado no julgamento do caso “Emich Motors Corp vs General Motors Corp”²⁰, as condenações em processos decididos pelas autoridades concorrenciais são consideradas provas bastante para instruir as ações privadas de indenização²¹.

Em nenhuma dessas Cortes, todavia, é imprescindível a condenação prévia, mas uma vez reconhecida a infração pela autoridade antitruste competente, a parte não terá que provar em juízo o ilícito, apenas os prejuízos e o nexo de causalidade.

3. Importação “parcial” do Programa de Leniência no Brasil: fragilidades para o leniente e os possíveis prejudicados

Como já mencionado, o Programa de Leniência brasileiro foi importado da União Europeia, mas ao assim fazer, o legislador brasileiro não tomou o cuidado de adequá-lo ao sistema interno, colocando ora o leniente ora os possíveis prejudicados por um ilícito antitruste em situação de fragilidade, enfraquecendo a eficácia deste programa.

Explica-se.

Primeiramente, a Lei Antitruste Brasileira não exonera o leniente da responsabilidade solidária, pois, embora a solidariedade de todos os agentes envolvidos no ilícito antitruste não esteja prevista na Lei nº 12.529/2011, decorre do Código Civil. E tal se deve porque, ao contrário do que muitos sustentam, para a Lei Antitruste Brasileira, somente respondem solidariamente: (i) a empresas e os seus administradores ou dirigentes²²; (ii) as empresas ou

claimant can rely on the decision as proof of the breach. If there is no such decision, the claimant will have to obtain and submit evidence to prove the breach itself. This is dealt with in more detail in section 3 below”.

²⁰ 340 U.S. 558 (1951).

²¹ WILSHER, Dan. *The Public Aspects of Private enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture*, CLR 3 (1), 2006.

²² “Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.”.

entidades integrantes do mesmo grupo econômico²³; e (iii) as empresas estrangeiras com a filial nacional²⁴;

Como se pode ver, a Lei Antitruste não estabelece a responsabilidade solidária dos agentes econômicos que tiverem cometido um ilícito antitruste. No entanto, como será demonstrado adiante, a responsabilidade civil antitruste é aquiliana e objetiva, pois decorre de um ato ilícito (CC, art. 187). Em se tratando de responsabilidade aquiliana, os agentes econômicos que tiverem cometido o ato ilícito antitruste, respondem solidariamente, pois de acordo com a segunda parte do caput do artigo 942 do Código Civil: “[...] se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Contudo, o legislador nacional, ao contrário do europeu, não exonerou o leniente da responsabilidade solidária em relação aos demais partícipes, não restringindo, assim, sua obrigação ao montante dos danos causados. Como visto, de acordo com a Diretiva 2014/104/UE, o leniente apenas responde subsidiariamente perante os lesados por um ilícito antitruste e na exata proporção de sua responsabilidade, ou, em outras palavras, o leniente somente poderá ser acionado, na medida do dano causado, e caso os prejudicados não consigam obter a reparação integral junto aos demais infratores²⁵.

Essa garantia é de suma importância para assegurar a efetividade deste instituto, pois, se o leniente não for exonerado da solidariedade, pode não ter interesse em colaborar com as investigações já que no âmbito privado responderá solidariamente com os demais infratores²⁶. Nesse sentido, os

²³ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”.

²⁴ “Art. 40, § 3º Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País”.

²⁵ “Artigo 11, 5. Os Estados-Membros asseguram que um infrator possa recuperar, de qualquer outro infrator, uma participação num montante determinado em função da responsabilidade relativa pelos danos causados pela infração ao direito da concorrência. O montante da participação de um infrator ao qual foi concedida dispensa de coima no âmbito de um programa de leniência não pode exceder o montante dos danos que causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

²⁶ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”.

estudos do Professor Caroline Cauffman (2011)²⁷, da Universidade de Maastricht, e de Marisa Meli²⁸, na Itália, apontam que o temor das condenações

²⁷ CAUFFMAN, C. The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. Estados Unidos, 10 out. 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692. Acessado em 28/02/2013: “Although leniency and damages actions thus, at least to a certain extent, serve the same purpose of increasing compliance with the competition rules, it has been argued that an increasing number of damages actions may undermine leniency programmes.¹³ Indeed, a leniency application is a confession by an undertaking of having participated in an alleged cartel, which may result in immunity or reduction of fines, but will, at present, normally not protect the leniency applicant from the civil law consequences of his participation in an infringement of Article 101 TFEU.¹⁴ If the fact that a leniency application is made or the content thereof is communicated to cartel victims, this will enable them to more easily prove the cartel infringement by the leniency applicant and it will encourage them to actually bring claims for damages against the leniency applicant. Often, even those who suffered loss as a result of overpricing by other cartel members may successfully claim damages from the leniency applicant. Until recently the risk of damages claims against a leniency applicant was limited, given the ‘total underdevelopment’¹⁵ of damages claims for infringements of competition law in Europe. However, since the recognition by the Court of Justice of the right of any individual to obtain compensation for damage suffered as a result of an infringement of the EU competition rules¹⁶ and the active promotion of private enforcement of competition law by the European Commission, this risk is increasing continuously.¹⁷ This may discourage cartel participants from applying for leniency, which would significantly impede the discovery and punishment of cartels, which would in turn lead to a lower degree of compensation of cartel damage. The question arises as to whether

and if so, what kind of measures should be taken to prevent the increasing number of damages claims from undermining the leniency policy.

To prevent damages actions from having a discouraging effect on potential leniency applicants (or at least minimise the risk of damages actions having such effect) the law can, it seems, intervene at two stages. It can prevent disclosure of leniency applications to (potential) cartel victims and/or it can reduce the amount of damages to be paid by leniency applicants”.

²⁸ MELI, Marisa. I programmi di clemenza (leniency) e l’azione privata. s/d. Disponível em: [http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20\(leniency\)%20e%20l’azione%20privata.pdf](http://www.fscpo.unict.it/Bacheca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20(leniency)%20e%20l’azione%20privata.pdf). Acesso em 30/05/2014: “Maggiori complessità presenta un diverso, possibile, momento di contatto: le informazioni fornite dall’impresa che collabora possono rendere più facile la prova del comportamento anticoncorrenziale in un giudizio civile. Per partecipare al programma, infatti, l’impresa deve rendere all’autorità di controllo una dichiarazione ufficiale, che entra a far parte del fascicolo istruttorio e che potrebbe essere utilizzata

nas ações de reparação civil pode ser um limitador da eficácia dos programas de leniência.

3.1. Responsabilidade civil antitruste

Considerando que não há na Lei nº 12.529/2011 previsão de responsabilidade solidária entre os agentes econômicos que tiverem cometido um ilícito antitruste, faz-se necessária a seguinte construção hermenêutica para que se possa concluir que a responsabilidade civil antitruste é objetiva e aquiliana.

3.1.1. Objetiva

A Lei Antitruste, em seu artigo 47, assegura à coletividade o direito de, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, ingressar em juízo para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, como também para requerer indenização pelas perdas e danos sofridos:

“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, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

A possibilidade de demandar a reparação civil como decorrência de um ato ilícito encontra-se genericamente prevista nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro. Com efeito, o legislador antitruste, ampliando, de certa maneira, a matéria do Código Civil, assegurou também a todos os prejudicados por um ilícito antitruste – a coletividade como um todo ou aqueles individualmente considerados - o direito de recebimento de indenização pelas perdas e danos sofridos (artigo 47 da Lei nº 12.529/2011).

come prova qualora le informazioni in esso contenute venissero divulgate o fossero accessibili a terzi che intentano azioni di danno”.

In particolare, la possibilità di usare i documenti presentati dall’impresa come prova nei giudizi civili diventa una regola per quegli ordinamenti (quali quello statunitense) che, sul piano processuale, dispongono di una discovery rule, ovvero della possibilità che il giudice faccia ricorso all’ordine di esibizione della documentazione fornita all’autorità di controllo”.

Uma determinada infração à ordem econômica (e.g. a formação de cartel) pode dar ensejo, em tese, a um processo criminal, a uma ação de reparação civil, a uma ação civil pública e a um processo administrativo no CADE. A dificuldade enfrentada pelas autoridades antitruste brasileiras a esse título é assegurar a efetividade da norma, de modo que as penalidades cumpram o seu objetivo: prevenir e reprimir estas práticas espúrias.

O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que “constituem infração da ordem econômica (ou ato ilícito antitruste), independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante”.

A infração à ordem econômica, além de poder ser meramente formal, pois não exige o resultado (material), mas apenas a potencialidade de seus efeitos, também prescinde do elemento subjetivo (culpa). Em outras palavras, é irrelevante perquirir a intenção do agente, pois os tipos descritos na norma consomem-se independentemente de sua vontade, bastando para tanto que o seu comportamento antijurídico se enquadre em uma das hipóteses previstas no caput ou no parágrafo terceiro do artigo 36 ou, ainda, no conceito jurídico indeterminado de abuso do poder econômico, tendo em vista que o rol de condutas anticompetitivas enumeradas no parágrafo terceiro do artigo 36 é meramente exemplificativo.

O dever de reparação civil surge de um ato ilícito, que pode ser caracterizado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, de uma determinada pessoa que, ao assim agir, viola direito de outrem, causando-lhe prejuízos, ainda que exclusivamente moral (CC, art. 186); ou, ainda, quando um titular de um determinado direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187).

Nesse sentido, não é difícil perceber que o ilícito antitruste é gênero da modalidade de abuso de direito prevista no artigo 187 do Código Civil, e cuja espécie, abuso de poder econômico ou abuso de posição dominante, encontra-se prevista no artigo 36, caput, da Lei nº 12.529/2011 e artigo 173, parágrafo quarto, da CR/88²⁹. Explica-se.

A expressão “que tenham por objeto” contida no caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 é fruto de uma construção normativa contraditória, pois

²⁹ Art. 173, § 4º *A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

o legislador expressamente descarta o elemento subjetivo (culpa) ao afirmar categoricamente que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados (...)”.

De acordo com a doutrina tradicional, culpa, utilizada em sentido amplo como o fez o legislador antitruste, inclui tanto o dolo, quanto a culpa em sentido estrito (imprudência, imperícia ou negligência). No momento seguinte, o legislador induz o intérprete à equivocada ideia de intenção (dolo), já de plano descartada no início da redação do artigo, ao afirmar “que tenham por objeto”, quando o que realmente importa é a potencialidade dos efeitos (“possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”).

Embora a lei não contenha (ou não deva conter) palavras inúteis, a inexigibilidade de culpa na constituição da infração reforça a interpretação de que a intenção, dolo ou culpa em sentido lato, não é requisito para configuração de uma infração à ordem econômica e o mens legis, ao excluir o elemento subjetivo de seu núcleo, foi justamente para lhe conferir a feição objetiva, preocupando-se apenas com a possibilidade, ainda que potencial, de produção de efeitos.

A conclusão que se pode chegar, então, é que a expressão “que tenham por objeto” contradiz com a finalidade do legislador (interpretação teleológica) e com todo o sistema de defesa da concorrência brasileiro (interpretação sistemática), e sua inclusão no caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, como observa MARTINEZ³⁰, foi fruto da tradução literal do artigo 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)³¹ que utiliza as expressões “object or effect”, daí os termos “objeto” ou “efeito”

³⁰ MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 136. Nas palavras da autora: “O artigo 36 da nova lei, assim como era o antigo artigo 20 da revogada Lei 8.884/94, emprestou sua redação do artigo 101(1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Este prevê que serão tidas como ilegais todas as condutas que “tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno” – a versão original em inglês refere-se a ‘object or effect’, daí nossa lei falar em ‘objeto ou efeito’. Ainda que se permita igualmente a condenação de prática de forma independente de seus efeitos, a interpretação da Comissão Europeia e dos tribunais comunitários afasta a ilicitude da prática apenas com base na intenção das partes, sendo necessária complexa análise sobre a natureza da conduta a fim de determinar sua adequação às normas do tratado”.

³¹ Article 101 “1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their **object or effect** the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:”

utilizados pelo legislador nacional. Muito embora essas expressões estejam contidas no TFUE (artigo 101, 1), a Comissão Europeia e os tribunais comunitários afastam a ilicitude da prática apenas com base na intenção das partes, pugnando por uma complexa análise sobre a natureza da conduta a fim de determinar sua adequação às normas do tratado.

A doutrina estrangeira adota a mesma linha. RICHARD WHISH³², ao comentar o termo “object” do antigo Artigo 81(1) do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), atual Artigo 101(1) do TFUE, destaca que, embora existam algumas práticas cuja anticompetitividade só possa ser determinada a partir de seu “objeto”, esta expressão, neste contexto, não significa a intenção subjetiva das partes ao realizarem a conduta, mas o seu propósito no contexto econômico aplicado, senão veja-se:

“Existem alguns tipos de acordos que a anticompetitividade pode ser determinada apenas a partir de seu objeto; a palavra "objeto" neste contexto não significa a intenção subjetiva das partes quando

³² WHISH, Richard. *Competition law*. Fifth Edition. London: Butterworths, 2005, p. 194. Texto original, em inglês: *There are some types of anti-competitive agreements of which can be determined only from its object; the word "object" in this context means not the Subjective intention of the parties when concluding the agreement, but the meaning objective and purpose of the agreement considered in the economic context in which it is being applied. When an agreement has the object of restricting competition, it is not necessary to prove that the agreement would have a anti-competitive effect in order to find an infringement of Article 81(1).*

[...] At this stage is necessary to acknowledge that some analysis of the impact of an agreement on the market is needed, even in the case of agreements that are held to have as their object the restriction of competition.

[...] The classification of an agreement as having as its object the restriction of competition means that the parties, for example to a price-fixing agreement, cannot argue that the fixing of prices does not restrict competition: the law has decided, as a matter of policy, that it does; given that, generically, price fixing is considered to have as its object the restriction of competition, the parties can defend the practice only by proving, in a particular case, that it satisfies the criteria of Article 81(3). However it is open to them to argue that, in a quantitative sense, their agreement does not appreciably affect competition or affect trade between members States, because their position on the market is so weak; conceptually this is a different matter from arguing that the practice of price fixing is not restrictive of competition. The Community Courts themselves have not explicitly stated the law in these terms, but this would seem to offer a workable explanation of how different aspects of article 81 that appear to pull in opposite directions can be reconciled. a separate point is that the effect that an agreement may have on the market is relevant to the gravity of the infringement and therefore to the amount of any fine.

concluíram o acordo, mas o significado objetivo e o propósito do acordo considerado no contexto econômico em que está sendo aplicado. Quando um acordo tem por objeto restringir a concorrência, não é necessário provar que este acordo teria um efeito anticoncorrencial, a fim de encontrar uma infração ao Artigo 81(1).

[...] Nesta fase, é necessário reconhecer que é necessária uma análise do impacto de um acordo no mercado, mesmo no caso de acordos que são mantidos e têm por objeto a restrição da concorrência.

[...] A classificação de um acordo como tendo por objeto a restrição da concorrência significa que as partes, por exemplo, para um acordo de fixação de preços, não podem argumentar que a fixação de preços não restringe a concorrência: a lei decidiu, por uma questão de política, que sim; dado que, genericamente, a fixação de preços é considerada como tendo por objeto a restrição da concorrência, as partes podem defender a prática só se provarem, no caso particular, que cumpre os critérios estabelecidos no Artigo 81(3). No entanto, é-lhes facultado argumentar que, em um sentido quantitativo, o seu acordo não afetou sensivelmente a concorrência ou o comércio entre Estados-Membros, porque a sua posição no mercado era muito fraca; conceitualmente esta é uma questão diferente de argumentar que a prática de fixação de preços não é restritiva da concorrência. Os próprios Tribunais Comunitários não têm claramente mencionado a lei nesses termos, mas esta pode parecer oferecer uma explicação viável de como diferentes aspectos do Artigo 81(1) que, aparentemente caminham em sentidos opostos, podem ser reconciliados. Um outro ponto é que o efeito que um acordo pode ter no mercado é relevante para a gravidade da infração e, portanto, ao montante da multa”.

Mais recentemente, ao interpretar o Artigo 101 do TFUE, a Comissão Europeia observou que, se um acordo horizontal não restringir a “concorrência por objeto”, devem ser examinados os seus efeitos reais e potenciais³³:

“Se, no entanto, um acordo de cooperação horizontal não restringir a concorrência por objeto, os efeitos reais e potenciais devem ser examinados para verificar se o acordo tem efeitos

³³ In *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, Jornal Oficial C 11 de 14.1.2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A126062>, acesso em 25.04.2016.

restritivos apreciáveis da concorrência. Para que um acordo tenha efeitos restritivos da concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, deve ter ou ser suscetível de ter um impacto negativo significativo, pelo menos num dos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, a produção, a qualidade ou diversidade do produto ou a inovação. Essa determinação dos efeitos restritivos deve ser feita em comparação com o contexto jurídico e econômico efetivo em que a concorrência se verificaria na ausência do acordo”.

Destarte, como se extrai da mens legis do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, para a caracterização de uma infração à ordem econômica é despidianda a análise da intenção dos agentes, se agiu com falta de cautela ou desvio de um dever de cuidado, imprudência ou negligência, apenas se devendo levar em consideração a possibilidade, potencial ou real, de produção de efeitos. Ao exercer de forma abusiva a sua posição dominante (inciso IV do art. 36 da Lei nº 12.529/2011), o agente produz, ou pode produzir, ainda que potencialmente, um ou mais dos efeitos deletérios ao mercado previstos nos incisos I a III do artigo 36 da Lei Antitruste, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; e (iii) aumentar arbitrariamente os lucros. Nem o legislador antitruste, tampouco o constituinte (parágrafo quarto do artigo 173 da CR/88), pune, per se, a posição dominante, pois o poder econômico em si não é reprovável, mas sim o abuso em seu exercício.

A detenção de poder econômico e o exercício de posição dominante estão implicitamente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja visto que a CR/88 consagra, no inciso IV do seu artigo 1º, a livre iniciativa como um dos fundamentos da República. Mais adiante, no inciso IV e no caput do artigo 170, ao tratar da ordem econômica, o legislador constituinte novamente reitera que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da livre concorrência, da propriedade privada e da função social da propriedade.

Nessa linha, prescreve o parágrafo primeiro do artigo 36 que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”, qual seja, a dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

VARELLA BRUNA³⁴ define o abuso de posição dominante correspondente à figura do abuso de direito, como a prática de um ato com desvio de finalidade. Há, assim, abuso de poder econômico quando o titular de posição dominante exerce a sua atividade empresarial em contrariedade à sua função social, limitando, falseando ou de qualquer forma prejudicando a livre concorrência ou a livre iniciativa; apropriando (efetiva ou potencialmente) de parcela de renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial. Por outro lado, não é abusiva a restrição quando ela se justificar por razões de eficiência econômica e desde que realizada nos limites estritamente necessários à sua obtenção e quando não sacrificar indevidamente outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica. Nas palavras do autor:

“Como se vê, a noção nuclear do conceito de abuso de direito é o exercício de um direito subjetivo contrariamente à sua finalidade social. O direito subjetivo, em sua acepção tradicional (absoluta), dá lugar a um direito “direito-função”, concebido ao cidadão para obter os proventos que lhe são conferidos pela lei, respeitados os interesses da comunhão social. Trata-se, pois, de um desvio de finalidade do direito, que deve ser apreciado do ponto de vista social. Caracteriza-se o exercício abusivo de um direito quando este colide com outro que, à luz do interesse social, merecer maior proteção.

[...] Como se vê, o instituto do abuso do direito, enquanto categoria jurídica operacional, bem serve à tarefa de conceituar o abuso do poder econômico.

Outro conceito que também se presta a tal mister é o de desvio de finalidade ou desvio de poder, oriundo do Direito Administrativo, cujo desenvolvimento deveu-se ao Conselho de Estado da França [...].

[...] Tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente à sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela de renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente

³⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso no seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177.

necessários à obtenção de tal eficiência e quando a prática represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica”.

Nessa mesma linha caminha a doutrina comparada. RICHARD WHISH³⁵ lembra que o conceito de abuso é objetivo, não sendo a intenção um componente chave de sua definição. A posição dominante não é punida por si só, mas a empresa dela detentora é, por sua vez, possuidora de uma responsabilidade especial de assegurar que seu comportamento não falseie a concorrência no mercado comum. Os Tribunais europeus também têm alertado a respeito dessa objetividade do abuso, lembrando que o comportamento pode ser abusivo ainda que não tenha sido a intenção da empresa violar o artigo 101 do TFUE. O fato de existirem certos abusos (e.g. preços predatórios - os quais constituem, a grosso modo, na venda abaixo do custo variável médio), cuja intenção é parte integrante da infração, não contrapõe à ideia de que a intenção não é um componente chave para a conceituação do abuso. Confira-se:

“[...] Não é uma ofensa para uma empresa ter posição dominante, mas, como já nos referimos, uma empresa em posição dominante tem uma responsabilidade especial de não permitir que o seu comportamento impeça uma concorrência não falseada no mercado comum; e parece que essa responsabilidade se torna maior, de modo que a qualificação de abuso torna-se mais provável quando a empresa sob investigação não é meramente dominante, mas super-dominante. O TJE tem dito muitas vezes que o conceito de abuso é um conceito objetivo, o que significa que o comportamento pode ser abusivo, mesmo quando a empresa dominante não tinha intenção de violar o artigo 82. A conduta pode ser prejudicial para a estrutura do mercado se ela foi destinada a ser prejudicial ou não. O fato de que existem

³⁵ Op. cit, p. 194. Redação original em inglês: *[...] It is not an offence for a firm to have a dominant position, but, as already noted, a firm in a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition on the common market; and it would appear that this responsibility becomes greater, so that a finding of abuse becomes more likely where the firm under investigation is not merely dominant, but super-dominant. The ECJ has often said that the concept of abuse is an objective one, meaning that behavior can be abusive even where the dominant undertaking had no intention of infringing Article 82. Conduct may be harmful to the structure of the market whether it was intended to be harmful or not. The fact that there are certain abuses – for example predatory pricing above average variable cost and selective price cutting – where evidence of intention is an integral part of establishing an infringement does not contradict this idea: intention is not a key component of the concept of abuse.*

certos abusos - por exemplo, preços predatórios acima do custo variável médio e redução selectiva de preços - onde a evidência da intenção é parte integrante de estabelecer uma infração não contradiz esta ideia: a intenção não é um componente-chave do conceito de abuso”.³⁶

Em síntese, usar, gozar e dispor de poder de mercado livremente conquistado pelo agente econômico em razão de sua maior eficiência é um direito assegurado pelo ordenamento vigente, cujo limite é justamente o seu exercício irregular, punindo-se o abuso. Cabe novamente a observação de VARELLA BRUNA³⁷, para quem o titular deste poder não apenas tem um dever negativo, de não lhe fazer mal uso, mas também um comportamento positivo de dar-lhe o destino socialmente útil. O poder econômico, enquanto função que é, se não é passível de ser exercido por todos, deve sê-lo em benefício comum. O entendimento do autor pode, inclusive, ser extraído do inciso III do artigo 170 da CR/88, diante da preocupação do legislador constituinte com a função social da propriedade projetada para o âmbito da empresa, por meio da qual o agente exerce atividade econômica.

Estes argumentos conduzem à conclusão da natureza objetiva da responsabilidade antitruste, sendo o ilícito antitruste gênero da modalidade de

³⁶ Op. cit., p. 194. Redação original em inglês: “[...] It is not an offence for a firm to have a dominant position, but, as already noted, a firm in a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition on the common market; and it would appear that this responsibility becomes greater, so that a finding of abuse becomes more likely where the firm under investigation is not merely dominant, but super-dominant. The ECJ has often said that the concept of abuse is an objective one, meaning that behavior can be abusive even where the dominant undertaking had no intention of infringing Article 82. Conduct may be harmful to the structure of the market whether it was intended to be harmful or not. The fact that there are certain abuses – for example predatory pricing above average variable cost and selective price cutting – where evidence of intention is an integral part of establishing an infringement does not contradict this idea: intention is not a key component of the concept of abuse”.

³⁷ Op. cit., p. 172. Nas palavras do autor: “Mas o que se exige do titular do poder econômico não é somente um comportamento negativo, uma abstenção de fato, de não fazer mau uso de tal poder, mas sim um comportamento positivo, de dar-lhe destino socialmente útil. Há, portanto, não só o dever de não exercitar esse poder em prejuízo de outrem, mas também, e principalmente, o dever de exercitá-lo em benefício dos demais. Aqui, o poder econômico, enquanto função que é, denota um poder que não se exerce por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas também por interesse de outrem ou por interesse objetivo. Se esse poder não é passível de ser exercido por todos, deve ser exercido em benefício comum”.

abuso de direito (CC, artigo 187) e, o abuso de poder econômico, sua espécie. Ademais, o caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 igualmente dispensa a culpa lato sensu para que um ato possa ser considerado uma infração à ordem econômica, bastando a possibilidade, potencial ou real, de produção dos efeitos previstos em um de seus incisos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

3.1.2. *Aquiliana (extracontratual ou delitual)*

Historicamente, a obrigação de indenizar é atribuída a danos contratuais (responsabilidade contratual, negocial ou obrigacional) ou derivados de um ato ilícito (delitual ou aquiliana). A responsabilidade contratual encontra-se disposta nos artigos 389 a 420 do Código Civil, os quais tratam do “Inadimplemento das Obrigações”, vale dizer, da inobservância de uma das partes de qualquer dever emanado de um processo obrigacional (e.g. de uma cláusula do contrato) (Título IV, do Livro I, da Parte Especial). Já a responsabilidade civil em sentido restrito (extracontratual ou aquiliana), está prevista nos artigos 927 a 954 do Código Civil e se refere ao descumprimento de um dever geral de cuidado imposto a todos os membros da sociedade de não causarem dano (o *neminem laedere*), ou seja, de se portarem de forma a não violar bens alheios ou a órbita pessoal de uma ou várias pessoas. O dever de indenizar, portanto, não decorre da violação de deveres oriundos de uma relação contratual, da autonomia da vontade de determinados indivíduos, mas sim dos danos causados em virtude de ofensa a situações existenciais e patrimoniais alheias.

Assim, como bem esclarece FERNANDO NORONHA³⁸, em sentido lato, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar dano e este é, por sua vez, o elemento comum e indissociável de ambas responsabilidades (contratual e aquiliana). O dano é, portanto, o elemento central da teoria da responsabilidade civil, a base a partir da qual será construído o dever de indenizar, pois, embora possa haver responsabilidade sem culpa, se não houver prejuízo, ainda que exclusivamente moral, não nascerá a obrigação de reparação. O mesmo não se pode dizer com relação ao ato ilícito, pois nem sempre o inadimplemento obrigacional corresponderá a uma conduta ilegal da parte, sendo suficiente que os interesses do credor não sejam atendidos – seja

³⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. V.1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 432.

por um ato do devedor (inadimplemento subjetivo) ou fato da natureza (inadimplemento objetivo).

Por essas razões, é imperioso concluir que, em regra, a responsabilidade civil antitruste (artigo 47 da Lei nº 12.529/2011) é aquiliana, pois decorre de um ato ilícito (CC, art. 187), salvo se o cometimento deste ato ilícito tiver sido expressamente previsto como um descumprimento contratual (o que dificilmente será). Em se tratando de responsabilidade aquiliana, os agentes econômicos que tiverem cometido o ato ilícito antitruste, nos termos do caput do artigo 942 do Código Civil, respondem solidariamente, não havendo no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) regra semelhante à prevista no item 6 do artigo 6º da Diretiva 2014/104/UE que atribui ao leniente responsabilidade subsidiária e não solidária.

3.2. Confidencialidade assegurada pela Lei Antitruste Brasileira à proposta de acordo e não ao acordo propriamente dito

Ademais, confidencialidade das informações prestadas pelo leniente durante o curso do processo administrativo embora não esteja prevista na Lei Antitruste, está no Regimento Interno do CADE, sendo esta, inclusive, a posição adotada pelo CADE. Isto porque, o artigo 86, § 9º, da Lei Antitruste dispõe que apenas a proposta de acordo de leniência será considerada sigilosa, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo, mas não o acordo propriamente dito, senão veja-se:

“Art. 86, § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”. (sem destaques no original)

Já o artigo 207, § 2º, do Regimento Interno do CADE, inovando em relação à Lei Antitruste, em aparente ilegalidade, assegura a confidencialidade das informações apresentadas pela parte leniente, confira-se:

“Art. 207. A identidade do signatário do acordo de leniência será mantida como de acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do processo pelo Cade.

§ 1º O Cade concederá tratamento de acesso restrito aos documentos e informações comercialmente sensíveis do signatário do acordo de leniência, observados os requisitos deste Regimento Interno e o direito de defesa dos demais representados no processo administrativo”. (sem destaques no original)

A ilegalidade do 207, § 2º, do Regimento Interno do CADE já foi inclusive reconhecida pelo Poder Judiciário, por meio da decisão de lavra do juízo da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo ao acolher o pedido formulado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para que fosse assegurado o acesso ao acordo de leniência, como se pode inferir do trecho extraído da referida decisão e abaixo colacionado³⁹ :

“Decerto que a sociedade e, mais especificamente, o Estado de São Paulo e o Ministério Público Estadual, por exemplo, têm justificado interesse de ter acesso aos termos do acordo de leniência e demais documentos que acompanharam a petição inicial da medida cautelar, para aprofundamento das investigações e apurações cabíveis por parte dos competentes órgãos estaduais”.

No direito interno, a garantia de confidencialidade destas informações durante todo o curso do processo administrativo pode, inclusive, representar um obstáculo aos possíveis prejudicados de requerer a reparação civil dos danos prevista no artigo 47 da Lei Antitruste. Explica-se.

No Brasil, ao contrário da União Europeia, não há previsão de suspensão ou interrupção da contagem do prazo prescricional para ações previstas no artigo 47 da Lei no 12.529/2011 enquanto pendente de decisão em processo administrativo, vale dizer: após a instauração de inquérito ou processo administrativo sancionador. Destarte, considerando que as hipóteses de suspensão ou interrupção de prazo prescricional são taxativas e que não há na Lei Antitruste, ao contrário da Diretiva 2014/104/UE⁴⁰, previsão expressa nesse sentido, se a decisão administrativa demorar mais de cinco anos⁴¹ para ser proferida e a parte já tiver ciência da infração, por exemplo, por meio da divulgação do acordo de leniência nos meios de comunicação (como foi o caso do suposto Cartel dos Metrô de SP, do acordo de leniência da Siemens), a

³⁹ Decisão proferida nos autos do processo 0004196-28.2013.4.03.6114, em trâmite perante a 3ª Vara Federal em São Bernardo do Campo.

⁴⁰ Senão veja-se o disposto no item 4 do artigo 10º da Diretiva 2014/104/UE: “Os Estados-Membros asseguram que o prazo de prescrição seja suspenso ou, consoante o direito nacional, interrompido, se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indenização esteja relacionada. A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído”.

⁴¹ Haja visto que o prazo máximo é de cinco anos, pois, se os prejudicados não forem consumidores, prescreve em três anos, nos termos do artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil, e, se consumidores, o em cinco anos, de acordo com o artigo 27 do CDC.

pretensão do direito de requerer a reparação civil poderá ser prejudicada, haja vista que o acordo de leniência poderia ser utilizado na ação civil como forte indício de prova do ilícito antitruste.

Na União Europeia, a confidencialidade do acordo de leniência enquanto pendente decisão administrativa justifica-se: a uma, porque a instauração de processo administrativo suspende o prazo prescricional para propositura das ações de reparação de danos; a duas, porque a decisão administrativa é presunção absoluta (prova irrefutável) da infração, sendo, portanto, desnecessária a utilização do acordo de leniência como indício de prova da prática; a três, porque o leniente é subsidiariamente responsável e não solidariamente.

No entanto, assegurar, de um lado, a confidencialidade do acordo de leniência durante todo o curso do processo administrativo, e, de outro, não garantir a suspensão do prazo prescricional da ação de reparação civil, configura uma proteção espúria do leniente em detrimento dos prejudicados, que não terão acesso a este meio de prova.

3.3. Decisão administrativa brasileira: não é constitutiva

Como visto, outra questão importante e que justifica o caráter sigiloso do acordo de leniência na União Europeia é o fato de haver na Diretiva 2014/104/UE previsão expressa de que a decisão final proferida por uma autoridade europeia de concorrência (as chamadas autoridades nacionais de concorrência ou ANC) que declara a existência de uma infração à concorrência constitui prova irrefutável (presunção absoluta, para o mesmo Estado-Membro) ou prova prima facie (presunção relativa, para outro Estado-Membro) para fins de instrução nas ações de indenização.

Não há regra semelhante na Lei Antitruste Brasileira, e nem poderia, sob pena de estar maculada por vício de inconstitucionalidade, por não ser procedente do Poder Judiciário, não integrando formalmente a justiça estatal (art. 92 da CR/88). Como é cediço, no Brasil vigora o modelo da autonomia das instâncias (administrativa e judicial) e a importação literal desta previsão, para o direito interno, a princípio, poderia ser questionada como um impedimento de cunho constitucional⁴², por atribuir “efeito vinculante” às decisões administrativas, especialmente as proferidas em processo administrativo sancionador.

⁴² Haja visto o artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88 garantir a livre apreciação pelo Poder Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça de direito.

O Brasil adota o sistema da unicidade de jurisdição, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CR/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e, muito embora existam entes administrativos com funções judicantes, isto não exonera o Poder Judiciário de, se acionado pelos interessados, proferir a última palavra na matéria discutida. Neste ponto, merece cuidadosa leitura do voto do Ministro-Relator, José Arnaldo da Fonseca, no HC 20.555/MG:

“De início, é preciso admitir o acerto da decisão combatida quando assevera a independência das esferas administrativa e penal. Realmente, em nosso sistema jurídico-constitucional não se há oportunidade para contestar a supremacia da atividade jurisdicional em relação aos julgamentos e decisões provenientes da Administração, eis que os efeitos da coisa julgada só dimanam dos

Além disso, o administrado ainda poderia correr o risco de ter-lhe negado do direito de desconstituir aquela decisão (administrativa) técnica, pois, em sendo o juiz o destinatário final da prova, nos termos do artigo 370⁴³ do Código de Processo Civil vigente, poderá negar, por uma questão de economia processual, a produção de nova perícia para desconstituir aquela produzida na seara administrativa, reconhecendo, assim, a sua validade. E isto se justifica pelo fato de o magistrado deter a prerrogativa de indeferir “em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (artigo 370 do CPC/15).

Por esse motivo, andou bem o legislador em não prever, na Lei Antitruste, regra semelhante à contida no artigo 9º da Diretiva 2014/104/UE, mas que funciona muito bem naquele sistema. Pecou, por outro lado, em não fazer o esforço hermenêutico de compreender a sua *ratio legis*. Esta regra, que confere às vítimas do ilícito antitruste um título executivo, aliviando, com isto, a sua carga probatória, deve ser interpretada juntamente com as outras três: (i) a de suspensão do prazo prescricional para propositura das ações de reparação de danos com a instauração de processo administrativo; (ii) aquela que assegura a confidencialidade do acordo de leniência até o término do processo administrativo; e, ainda, (iii) aquela que exonera o leniente

⁴³ Art. 370. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

da responsabilidade solidária, atribuindo-lhe responsabilidade subsidiária e nos limites dos danos causados. Estas quatro previsões caminham juntas e asseguram a efetividade do programa de leniência, não colocando o leniente em situação de desvantagem em relação aos demais partícipes.”

4. Conclusão

Pelo exposto, pode-se concluir que - mais uma vez - o legislador antitruste brasileiro importou uma regra do direito comparado sem tomar as devidas cautelas para adaptá-las ao direito interno, criando, com isto, fragilidades e ineficácias ao Programa de Leniência.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro, para resguardar os interesses tanto do leniente quanto dos prejudicados no Brasil, deveria: (i) manter a confidencialidade do acordo durante o curso do processo administrativo, mas (ii) garantir a suspensão do prazo prescricional para a reparação civil durante o curso do processo administrativo; e, ainda, (iii) exonerar o leniente da responsabilidade solidária, ficando este apenas subsidiariamente responsável e no limite dos danos causados.

Referências

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso no seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Brasil. Programa de Leniência da Secretaria de Direito Econômico do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, 2008.

Brasil. Lei de Defesa da Concorrência, n. 8884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 13 de junho, 1994.

Brasil. Medida Provisória n. 2055, de 11 de agosto de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei de Defesa da Concorrência, n. 8884 de 11 de junho de 1994. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/MPV/2055.htm>

Brasil. Lei de Defesa da Concorrência, n. 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.

CAUFFMAN, C. The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. Estados Unidos, 10 de outubro de 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941692. Acesso em 06/11/2016.

CHIAVENATO, Idalberto. Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
ECN MODEL LENIENCY PROGRAMME (As revised in November 2012).

MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

MARVÃO, Catarina M. P. The EU Leniency Programme and Recidivism (2014). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2491172>. Acesso em 24/06/2016.

MEGGINSON, Leon C. et al. Administração: conceitos e aplicações. 4.ed. São Paulo: Harbra, 1998.

MELI, Marisa. I programmi di clemenza (leniency) e l'azione privata. s/d. Disponível em: [http://www.fscpo.unict.it/Biblioteca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20\(leniency\)%20e%20l'azione%20privata.pdf](http://www.fscpo.unict.it/Biblioteca/archivio_eventi/Eventi/Meli_I%20programmi%20di%20clemenza%20(leniency)%20e%20l'azione%20privata.pdf). Acesso em 06/11/2016

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization, Elsevier, vol. 21(3), p. 347-379, Março de 2003. Disponível em: <http://ideas.repec.org/s/eee/indorg.html>. Acessado em 30.05.2014.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. V.1, São Paulo: Saraiva, 2003.

Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, Jornal Oficial C 11 de 14.1.2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A126062>, acesso em 25.04.2016.

PFLEIDERER, C-360/09. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=85144&pag>

[eIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=559928.](http://www.ibrac.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=559928)

Acesso em 06.11.2016.

SMUDA, Florian. Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law. Publicado em 29 de maio de 21013. Disponível em <http://jcle.oxfordjournals.org/content/early/2013/05/28/joclec.nht012>. Acesso em 02.11.2016.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

WHISH, Richard. Competition law. Fifth Edition. London: Butterworths, 2005.

WILSHER, Dan. The Public Aspects of Private enforcement in EC Law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture, CLR 3 (1), 2006.

Apresentação	5
Sobre os autores.....	9
Cláusula de raio em contratos de locação por shopping centers como conduta anticompetitiva: metodologias de análise no contexto brasileiro	13
Patrícia Serson Deluca	13
The approach of antitrust law toward excessive pricing: a matter of policy or fairness?.....	33
Ricardo Villela Mafra Alves da Silva.....	33
Fixação e sugestão de preços de revenda: principais efeitos concorrenciais e distribuição do ônus de prova.....	51
Ana Paula Paschoalini.....	51
O problema concorrencial do bid-rigging no Brasil e o exemplo da Coreia do Sul: uma alternativa ao modelo brasileiro?	69
Allan Fuezi de Moura Barbosa.....	69
Discovery, Leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?	89
Amanda Athayde e Andressa Lin Fidelis.....	89
Gun jumping: uma análise crítica da norma e das sanções aplicadas pelo CADE	117
Ananda Portes Souza.....	117
Arbitragem e direito da concorrência: a contribuição da arbitragem na resolução de litígios antitrust.....	139
André Luís Quintas Monteiro	139
O Caso do Cartel de Capacitores e as Divergências sobre a Base de Cálculo das Contribuições Pecuniárias nos Termos de Compromisso de Cessaçã..	159
Bruno Polonio Renzetti.....	159
Análise antitruste para além do market share: a política de defesa da concorrência como protagonista da experimentação regulatória no mercado de mídia brasileiro.....	177
Giovana Felix Teodoro.....	177

Estratégias da utilização de eficiências nos atos de concentração submetidos ao CADE	199
Kenys Menezes Machado	199
Acesso a informações e provas relacionadas a acordos de leniência no âmbito de ações indenizatórias privadas à luz do Recurso Especial nº 1.554.986: uma ameaça aos cartéis ou ao programa de leniência brasileiro?	219
Lucas Griebeler da Motta	219
Associações para exportação: uma ameaça oculta?.....	239
Ludmilla Martins da Silva	239
Implementação de Políticas Públicas: A Supervalorização do Antitruste? ..	261
Luiz Antonio Galvão.....	261
Além dos fundamentos jurídicos e microeconômicos: um modelo de análise estrutural de julgamentos de atos de concentração.....	281
Márcio Roberto Moran e Anju Seth	281
Defesa da Concorrência e Arbitragem Internacional.....	307
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	307
Mariana Binder.....	307
As fragilidades do Programa de Leniência brasileiro em comparação ao adotado na União Europeia.....	343
Cláudia Gama Gondim.....	343