

**REVISÕES POR PARES DA
OCDE SOBRE LEGISLAÇÃO
E POLÍTICA DE
CONCORRÊNCIA: BRASIL**

2019



Favor citar esta publicação como:

OCDE (2019), Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil

www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm

Este trabalho é publicado sob a responsabilidade do Secretariado-Geral da OCDE. As opiniões expressas e os argumentos utilizados nesta publicação não refletem necessariamente a posição oficial da OCDE ou dos governos de seus países-membros ou da União Europeia.

Este documento, bem como quaisquer mapas aqui incluídos, devem ser considerados sem prejuízo ao status ou soberania sobre qualquer território, à delimitação de fronteiras e de limites internacionais e ao nome de qualquer território, cidade ou área.

Prefácio

O presente relatório da OCDE serviu como base para a revisão por pares (*peer review*) sobre o Brasil conduzida pelo Comitê de Concorrência da OCDE em 27 de novembro de 2018. A revisão por pares foi solicitada pelo Brasil como parte do processo de se tornar um membro Associado do Comitê de Concorrência da OCDE. Os revisores principais foram: Sra. Alejandra Palacios, México, Sra. Jill Walker, Nova Zelândia, Sra. Bitten Thorgaard Sørensen, Dinamarca e Sr. Tembinkosi Bonakele, África do Sul. A Delegação do Brasil encarregada de responder aos questionamentos apresentados durante a sessão de revisão por pares foi composta por: Sr. Alexandre Barreto, Presidente do Cade, Sr. Paulo Burnier, Conselheiro do Cade, Sra. Paula Farani, Conselheira do Cade, Sr. Guilherme Mendes Resende, Economista Chefe do Cade, Sr. Diogo Thomson de Andrade, Superintendente-Geral Adjunto do Cade e Sr. João Manoel Pinho de Mello, Secretário da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) do Ministério da Fazenda.

Este é o terceiro relatório preparado pela OCDE sobre política de concorrência no Brasil no âmbito de um processo de revisão por pares. O relatório tem como foco avaliar em que medida as leis, instituições, políticas e práticas de aplicação da legislação concorrencial no Brasil estão em conformidade com os instrumentos de política concorrencial da OCDE. O presente relatório conclui que o regime concorrencial no Brasil conta com fortes competências e instrumentos de persecução concorrencial.

Os principais grupos de recomendações neste relatório dizem respeito aos seguintes temas:

- No plano institucional, a separação entre o Tribunal (o órgão decisório) e a Superintendência-Geral (SG, a autoridade investigadora) deve ser reforçada a fim de garantir que o Tribunal não cumpra a função de um segundo órgão de investigação.
- Houve relativamente poucas investigações envolvendo abuso de posição dominante no Cade desde a nova Lei de Defesa da Concorrência e um número ainda menor de decisões por parte do Tribunal. Como parte das ações voltadas para fortalecer as práticas de intervenção contra casos de abuso de posição dominante, o Cade deveria considerar o estabelecimento de coordenações-gerais separadas dentro da SG para investigar esse tipo de conduta. Ademais, o Cade deveria dar maior prioridade para as investigações de abuso de posição dominante e recorrer menos às negociações de acordos para concluir casos, a fim de criar jurisprudência nesse tema.
- O Cade deveria reavaliar seu regime de acordos em casos de conduta. O Cade deveria negociar acordos durante a fase de investigação na SG e antes de o caso ser discutido no Tribunal, com o fim de garantir que haja ganhos de eficiência administrativa e economia de recursos. O nível de desconto concedido deveria refletir as eficiências administrativas obtidas com a utilização dos acordos. De modo geral, os descontos disponibilizados nos acordos envolvendo cartéis deveria refletir os níveis observados em outras jurisdições. O Cade deveria aceitar acordos somente em casos simples, que não envolvam questões inéditas ou jurídicas complexas.
- O Cade deveria esclarecer a metodologia para o cálculo de multas. Por exemplo, estabelecendo uma abordagem que se baseie em dados prontamente identificáveis e que evite cálculos complexos em relação à vantagem auferida pela empresa como resultado da infração concorrencial.

O presente relatório foi preparado pela consultora Hilary Jennings, com contribuições de Pedro Caro de Sousa, Antonio Capobianco, James Mancini, Iratxe Gurpegui e Sabine Zigelski,

da Divisão de Concorrência da OCDE. Iratxe Gurpegui coordenou o processo e a sessão no Comitê de Concorrência, sob a supervisão de Antonio Capobianco (Chefe Adjunto da Divisão de Concorrência). O relatório foi traduzido para o português por Christine Park. A Sra. Sofia Pavlidou e a Sra. Tanya Dyhin prestaram assistência e formataram o relatório. O processo de revisão por pares contou com extenso apoio de Noemy Melo Coline Fabio Lopes de Sousa, da Assessoria Internacional do Cade, e de Christine Park, consultora externa para o Cade.

Sumário

Resumo.....	11
1. Introdução	19
2. Contexto.....	21
2.1. Histórico da legislação e da política de concorrência no Brasil	21
2.2. A Reforma da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência em 2011.....	23
3. Desenho e arranjos institucionais	27
3.1. As instituições da política de concorrência	27
4. Questões substantivas: conteúdo e aplicação da legislação concorrencial	49
4.1. Casos de conduta.....	50
4.2. Atos de Concentração.....	93
5. Procedimentos de persecução concorrencial	109
5.1. Visão geral dos procedimentos em casos de conduta.....	109
5.2. Separação das funções de investigação e de tomada de decisão ...	114
5.3. Poderes de investigação.....	115
6. Sanções e remédios.....	123
6.1. Sanções.....	123
7. Persecução concorrencial privada.....	137
7.1. O quadro para persecução concorrencial privada.....	137
7.2. Persecução concorrencial privada na prática.....	140
7.3. Desafios na obtenção de provas	140
7.4. Desafios decorrentes da prescrição	145
7.5. A coordenação das sanções administrativas e da reparação de danos privados	146

8. Advocacia da concorrência	149
8.1. A configuração institucional da advocacia da concorrência	149
8.2. Avaliação de impactos concorrenciais em processos legislativos e administrativos	152
8.3. Advocacia da concorrência em contratos públicos.....	156
8.4. Estudos de mercado.....	158
8.5. Guias.....	160
8.6. Interação com a academia e o público em geral	162
8.7. Relação com setores regulados e outros órgãos públicos.....	163
9. Cooperação internacional	169
9.1. Instrumentos de cooperação disponíveis no Brasil	169
9.2. Cooperação internacional na prática	175
10. Conclusões e recomendações.....	179
10.1. Questões institucionais e administrativas.....	180
10.2. Persecução concorrencial	186
10.3. Controle de concentração	190
10.4. Multas e sanções civis	192
10.5. Sanções penais.....	195
10.6. Outras sanções.....	197
10.7. Questões de política geral.....	198
10.8. Melhorar o quadro regulatório referente à cooperação internacional	201
Bibliografia.....	203

Tabelas

Tabela 1. Objetivos do Cade	45
Tabela 2. Atividades de combate a cartéis no Brasil: 2010-2018	55
Tabela 3. Termos de Compromisso de Cessação em casos de cartel.....	76
Tabela 4. Casos de abuso de posição dominante (números) 2012-2018	87
Tabela 5. Multas 2013-2017	130
Tabela 6. Exemplos de multas e contribuições pecuniárias impostas pelo Cade	131

Figuras

Figura 1. Organograma do Cade	28
Figura 2. Organograma da Superintendência-Geral.....	31
Figura 3. Objetivos do Cade	43
Figura 4. Acordos de Leniência 2003 – 2017	68
Figura 5. Propostas de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) julgadas pelo Tribunal Administrativo (2010-2016)	120
Figura 6. Propostas de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) julgadas pelo Tribunal Administrativo em 2017 (75).....	120
Figura 7. Contribuições pecuniárias resultantes de Termos de Compromisso de Cessação	121

Quadros

Quadro 1. Caso do Cimento.....	54
Quadro 2. Casos recentes e significativos de cartel	57
Quadro 3. Casos de cartel em licitações da Operação Lava Jato	63
Quadro 4. Casos de restrição vertical	81
Quadro 5. Casos de abuso de posição dominante	89
Quadro 6. Discussão judicial sobre o uso de documentos resultantes de leniência em procedimentos cíveis	144
Quadro 7. Resumo de Prós e Contras do compartilhamento de competências em advocacia da concorrência no Brasil	151
Quadro 8. Efeitos positivos das atividades de avaliação concorrencial ...	155
Quadro 9. Cooperação entre o Cade e o Banco Central.....	167
Quadro 10. Cooperação no caso Bayer/Monsanto.....	171
Quadro 11. Cooperação nas operações de busca e apreensão.....	176

Resumo

O regime concorrencial brasileiro passou por uma reforma bem-sucedida em 2011, com a aprovação da nova Lei de Defesa da Concorrência. As reformas trouxeram melhoras significativas para a legislação e a política de concorrência no Brasil. As mudanças tornaram o quadro institucional mais eficiente, ao promover a criação de um único órgão autônomo da concorrência, e estabeleceram um sistema de notificação prévia. A nova Lei modernizou de forma efetiva a persecução concorrencial no Brasil e aprimorou diversas áreas importantes que haviam sido identificadas anteriormente como sendo passíveis de melhoria, inclusive pelas Revisões por Pares da OCDE em 2005 e 2010. A maioria das reformas simplificou a legislação e a política da concorrência no Brasil, em conformidade com as melhores práticas internacionais.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é hoje uma instituição integrada e mais enxuta, tendo-se removido as ineficiências do sistema anterior, que contava com três órgãos distintos de aplicação da legislação concorrencial. O Cade é bem-conceituado, tanto nacional quanto internacionalmente, no âmbito da comunidade de profissionais, das agências governamentais e da Administração Pública brasileira. O Cade integra as funções de investigação e de tomada de decisão em um único órgão, mas separa a atribuição destas competências em duas entidades diferentes. A Superintendência-Geral (SG) tem a atribuição de iniciar e conduzir investigações, enquanto o Tribunal Administrativo é responsável por julgar os casos investigados pela SG.

As funções de advocacia da concorrência são conduzidas pelo Cade e pelas secretarias do Ministério da Fazenda – Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e a Secretaria de Acompanhamento

Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL), que substituíram a antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico.

O Cade conta com uma equipe exclusiva e profissional, a despeito das restrições de recursos que foram herdadas do antigo sistema. A necessidade de ampliar o número de servidores foi identificada como uma prioridade ao longo do processo de reforma, uma vez que o Brasil foi considerado um dos regimes concorrenciais com maior escassez de pessoal, bem como em razão do novo sistema de notificação prévia, que demandaria decisões emitidas em prazos obrigatórios rigorosos. As 200 vagas criadas no âmbito das reformas não se concretizaram imediatamente em virtude de cortes orçamentários no governo como um todo. Desta forma, o Cade continua a lidar com a escassez em seu quadro de servidores. Ademais, o Cade não possui uma carreira própria de servidor público e depende de requisições de servidores de outros órgãos governamentais, o que impacta na sua capacidade de recrutamento e de retenção de pessoas. Não obstante, o Cade tem conseguido aumentar os níveis de recrutamento nos últimos anos, ainda que não da forma antecipada pelas reformas de 2011. Isso tem dificultado a redução do acúmulo de investigações e da duração dos casos, alguns dos quais já atingiram uma década. Os desafios de recrutamento e de número de servidores também afetam a capacidade do Cade de recrutar economistas com nível de doutorado a fim de desenvolver a *expertise* dos servidores responsáveis pela apuração de casos e o conhecimento da economia da concorrência.

Nos primeiros anos após a introdução da nova Lei de Defesa da Concorrência, o Cade focou suas atividades na implementação do novo regime de notificação prévia. O combate a cartéis foi lançado como prioridade subsequentemente, em 2014. O Cade modernizou seu programa de combate a cartéis por meio do desenvolvimento e da expansão de seu programa de leniência, por meio da melhoria da cooperação interinstitucional com outras autoridades brasileiras e por meio do desenvolvimento de instrumentos de inteligência e de técnicas investigativas. De fato, o Cade impôs sua maior multa em 2014 em uma investigação envolvendo a prática de cartel. O Cade também tem tido avanços na redução dos longos atrasos em suas investigações de cartel, mas a duração das investigações continua representando um desafio.

O combate a cartéis em licitações públicas tem sido prioridade para a autoridade concorrencial no Brasil há bastante tempo, de forma que o Cade possui, em sua Superintendência-Geral, uma coordenação-geral dedicada a lidar com o tema. Esta linha de persecução concorrencial se intensificou com a alteração no programa de leniência, que estende a imunidade para casos de cartel em licitação investigados sob a Lei de Licitações, e com a assinatura de acordos de cooperação com diversas autoridades responsáveis pela persecução penal e promotorias a nível Federal e Estadual. Desde 2015, diversas atividades do Cade destinadas ao combate à fraude em licitações têm sido direcionadas à “Operação Lava Jato”, em que a instituição tem tido papel importante na investigação do maior esquema de corrupção e cartel já visto no Brasil.

Desde a introdução da nova Lei de Defesa da Concorrência, houve relativamente poucas investigações envolvendo abuso de posição dominante no Cade, e ainda menos decisões por parte do Tribunal. Isso se deve, em parte, à prioridade dada, nos últimos anos, ao novo regime de notificação prévia e ao combate a cartéis, bem como à falta de equipes especializadas no âmbito da Superintendência-Geral e a restrições de recursos de forma geral. Todavia, o Cade tem começado a priorizar investigações envolvendo abuso de posição dominante e tem destinado mais recursos, incluindo equipes especializadas, tanto para concluir questões pendentes envolvendo o tema quanto para iniciar novos casos na área. Também se espera que o Departamento de Estudos Econômicos conduza mais análises econômicas e quantitativas no tema, a fim de subsidiar as investigações realizadas pela SG e as decisões do Tribunal.

O Cade tem implementado de forma bem-sucedida o novo sistema de notificação prévia e tem endereçado uma série de desafios apresentados pelo novo sistema, por meio da publicação de guias e do treinamento de suas equipes, a fim de aumentar sua capacidade de conduzir avaliações econômicas em atos de concentração complexos. Contudo, o número bastante elevado de notificações, combinado com o alto número de operações aprovadas sob o rito sumário, sugere que os critérios de notificação possam ser alterados.

O Cade possui ampla atribuição de poderes de investigação e de imposição de remédios. A separação entre a função investigativa da Superintendência-Geral e a função decisória do Tribunal foi projetada para endereçar as ineficiências da estrutura do sistema anterior, que contava com três órgãos distintos que conduziam, de forma independente, três análises diferentes sobre o mesmo tema. Na nova estrutura, duas entidades estão separadas no âmbito do Cade, tanto de forma física quanto por meio de *Chinese walls* (barreiras internas estabelecidas para segregar e impedir a circulação de informações). Todavia, na prática, a linha entre a investigação e a tomada de decisão acaba ficando mais tênue. O Tribunal pode exercer um papel mais ativo ao analisar a decisão da Superintendência-Geral, conduzindo o que se assemelha a uma instrução adicional por meio da produção de provas. O Tribunal pode também negociar acordos diretamente com as partes envolvidas em uma investigação. Além disso, seu papel em atos de concentração que foram impugnados pela Superintendência-Geral do Cade confere ao Tribunal um papel mais substantivo nesta segunda etapa da análise.

Os acordos, também referidos como Termos de Compromisso de Cessação (TCC), são amplamente utilizados para concluir casos de cartel e de conduta. De forma atípica quando comparado com práticas internacionais, os acordos podem ser negociados até o momento da decisão final por parte do Tribunal. Isso compromete os ganhos de eficiência que decorreriam da celebração de acordo firmado antes de a autoridade finalizar a investigação. No caso de cartéis, o Cade considera os acordos como um importante complemento ao seu programa de leniência, o qual fornece imunidade apenas ao primeiro proponente. Nos últimos anos, houve um aumento no número de TCCs firmados em casos de cartel. De fato, o Cade modificou seus procedimentos relacionados a acordos para aumentar os incentivos das empresas a cooperarem, o que se provou bastante eficaz. São fornecidos descontos de até 50% do valor da multa para as partes que firmam acordo em casos de cartel, a depender do momento da propositura e de sua posição na fila. Estes descontos são altos quando comparados com a experiência internacional.

Já nos acordos firmados em casos que não envolvem cartel, não há constatação de infração e o valor das contribuições

pecuniárias tem sido tradicionalmente baixo. Isso, aliado ao fato de que a maior parte dos casos de abuso de posição dominante terminam em acordo, resulta em uma falta de precedentes e, portanto, de segurança jurídica em uma área de persecução concorrencial em que o número de investigações já é baixo.

Além do uso de acordos, o Cade tem aplicado um número significativo de multas por infrações à Lei de Defesa da Concorrência. O valor das multas parece, contudo, ser baixo. Há um debate em curso, tanto em âmbito interno quanto externo da instituição, acerca da metodologia utilizada para o cálculo da multa. Isso inclui a discussão sobre como determinar o ramo de atividade empresarial em relação ao faturamento da empresa, e sobre como o valor da multa deve levar em consideração a vantagem auferida em decorrência da infração. Outro problema reside no fato de que a multa somente pode ser imposta em relação ao último exercício anterior à instauração do processo administrativo. As divergências acerca da metodologia do cálculo das multas têm sido bastante públicas dentro do Cade, tanto no âmbito do Tribunal quanto entre uma minoria do Tribunal e a SG. Isso tem gerado insegurança sobre a política de aplicação de multa e suas implicações nas negociações de acordos. A adoção de guias sobre o tema é aguardada com expectativa, tanto por profissionais da área quanto pela equipe do Cade.

O Cade utiliza uma diversidade de sanções e remédios além das multas. Isso inclui medidas como a proibição de participar de licitações públicas. É interessante notar que o Cade tem ordenado desinvestimentos como sanção em alguns casos concorrenciais, incluindo cartéis.

O número de persecuções criminais de casos envolvendo cartéis parece estar crescendo, apesar de muitos casos envolverem também corrupção ou outros crimes econômicos ao invés de constituírem casos “puros” de cartel. Alguns desses casos resultaram em sanções penais e penas de prisão. Contudo, o cálculo do prazo prescricional em ações penais, conjugado com a lentidão das investigações e dos processos, resulta em que a maioria dos réus condenados por tais crimes acaba por não cumprir a pena que lhes é imposta.

O número de ações de iniciativa privada na esfera cível para a reparação de danos concorrenciais bem-sucedidas é limitado, apesar de os elementos fundamentais para a persecução concorrenciais privada estarem presentes. Os desafios na obtenção de provas são um obstáculo central, juntamente com a longa duração e os custos dos processos. Ademais, a prescrição trienal é interpretada como tendo início a partir de quando as partes prejudicadas tomam ciência do ilícito. O Cade adotou diversas medidas com o fim de facilitar e encorajar o ajuizamento de ações de iniciativa privada para reparação civil de danos concorrenciais. Em dois casos importantes envolvendo a prática de cartel, o Cade enviou suas decisões para as partes prejudicadas. O Cade também adotou uma Resolução sobre sua política de divulgação de informações, com o fim de definir regras de acesso aos documentos e às informações oriundas de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação. Há, também, projetos de lei em tramitação que preveem medidas de incentivo para as ações de reparação por danos concorrenciais na esfera cível.

O Brasil possui um histórico louvável em advocacia da concorrência. As funções são compartilhadas entre o Cade, a SEPRAC e a SEFEL. As citadas entidades desempenham, entre si, uma gama impressionante de atividades, que incluem: avaliação de impacto concorrenciais de atos normativos (tanto os já existentes quanto minutas, bem como propostas de alteração), estudos e avaliações setoriais para insumo no debate sobre formulação de políticas públicas, estudos de mercado, publicação de revistas e trabalhos acadêmicos e treinamentos voltados especificamente para lidar com fraude em licitações públicas. Apesar de haver diferença de opiniões acerca de onde a competência para o exercício da advocacia da concorrência estaria melhor alocada, o Cade, a SEPRAC e a SEFEL estão comprometidos a promover uma estreita cooperação técnica e a identificar assuntos relevantes para uma agenda comum em advocacia da concorrência.

Além de outras atividades de advocacia da concorrência, o Cade também desenvolveu e atualizou diversos guias, que têm sido bem recebidos por profissionais do setor privado. Contudo, atualmente, o foco dos guias parece estar mais em aspectos procedimentais do que em questões jurídicas substantivas.

O Brasil está amplamente engajado em instituições internacionais de política de concorrência, como o Comitê de Concorrência da OCDE e a *International Competition Network* (ICN - “Rede Internacional de Concorrência”), bem como com fóruns regionais. O Cade está comprometido com a cooperação proativa com outras autoridades da concorrência e tem firmado diversos acordos de cooperação. A cooperação internacional do Cade tem sido bem-sucedida, especialmente em atos de concentração, nos quais o órgão utiliza, com frequência, termos de renúncia de confidencialidade (*waivers*). Também há ativa cooperação em investigações transfronteiriças envolvendo a prática de cartel. Não há, na Lei de Defesa da Concorrência ou em quaisquer acordos bilaterais de cooperação do Cade com outras autoridades de concorrência, autorização para que o Cade troque informações confidenciais com outras autoridades sem o consentimento prévio das partes envolvidas, nem autorização para que o Cade ofereça assistência à investigação caso uma autoridade estrangeira o requeira.

Apesar de haver áreas que necessitam de melhoria, o Brasil demonstrou que conseguiu não apenas implementar o novo e aprimorado regime da concorrência com sucesso, mas que, ao fazê-lo, consolidou sua posição dentre as principais jurisdições antitruste ao redor do mundo.

1. Introdução

Por meio de carta datada de 07 de dezembro de 2017 endereçada ao Secretário Geral da OCDE, Angel Gurría, o Brasil expressou seu interesse em se tornar um membro Associado do Comitê de Concorrência. O Brasil, particularmente por meio do Cade, tem sido um Participante exemplar no Comitê de Concorrência no qual, por muitos anos, tem compartilhado de vasta experiência e conhecimento com outros membros do Comitê.

Este é o terceiro relatório preparado pela OCDE sobre política de concorrência no Brasil no âmbito de um processo de revisão por pares. O relatório tem como foco avaliar em que medida as leis, instituições, políticas e práticas de aplicação da legislação concorrencial no Brasil estão em conformidade com os instrumentos de política concorrencial da OCDE¹.

¹ Recomendação de 2014 sobre Cooperação Internacional em Investigações e Processos Concorrenciais (*2014 Recommendation concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings*); Recomendação de 2012 sobre Combate a Cartel em Licitações Públicas (*2012 Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*); Recomendação de 2011 sobre Separação Estrutural em Indústrias Reguladas (*2011 Recommendation concerning Structural Separation in Regulated Industries*); Recomendação de 2009 sobre Avaliação de Impacto Concorrencial (*2009 Recommendation on Competition Assessment*); Recomendação de 2005 sobre Princípios Norteadores para Qualidade e Performance Regulatória (*2005 Guiding principles for Regulatory Quality and Performance*); Melhores práticas sobre Troca de Informações 2005 (*2005 Best practices on Information Exchange*); Recomendação de 2005 sobre Análise de Ato de Concentração Econômica (*2005 Recommendation concerning Merger Review*); Recomendação de 1998 sobre Atuação Efetiva contra Cartéis Clássicos (*1998 Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels*); Recomendação de 1979 sobre Política Concorrencial e Setores Isentos ou Regulados (*1979 Recommendation on Competition Policy and Exempted or Regulated Sectors*), disponíveis em: www.oecd.org/daf/competition/recommendations.htm.

2. Contexto

2.1. Histórico da legislação e da política de concorrência no Brasil

O Brasil conta com um longo histórico de aplicação da legislação e da política de concorrência, que culminaram nas recentes reformas de 2011. As tentativas de adoção de uma legislação concorrencial no Brasil tiveram início em 1930, durante o processo de industrialização e, subsequentemente, com a promulgação de uma legislação concorrencial em 1962. A Lei de 1962 (Lei 4.137/62) criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). O Cade tinha competência para, dentre outras coisas, reprimir “...o abuso do poder econômico, manifestado por meio da... eliminação total ou parcial da concorrência”. Contudo, as políticas econômicas do Brasil à época eram caracterizadas por profunda intervenção governamental no mercado. A maioria das grandes empresas do país nas áreas de indústria, transporte e finanças era de propriedade do Estado e as políticas industriais focavam no controle de preços e em subsídios. Consequentemente, a lei era pouco aplicada e pouco eficaz.

A promulgação da Constituição de 1988 sinalizou uma mudança, por parte do governo, em direção a políticas mais orientadas para o mercado. Em 1990, sobreveio o processo de liberalização econômica com uma série de reformas, incluindo a privatização, a liberalização de preços e a desregulamentação. Novas agências reguladoras independentes para os setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo e gás natural, transporte terrestre e aviação civil foram criadas. Contudo, a privatização não ocorreu em todas as áreas. O governo permanece ativo em alguns setores, notadamente em petróleo e gás, por meio do controle da Petrobrás, empresa que detém posição dominante nesse setor, na geração e transmissão de eletricidade e no sistema financeiro.

Em 1994, uma nova lei de defesa da concorrência (Lei 8.884/1994) foi implementada como parte desse pacote de reformas econômicas. Essa lei implementou o controle de atos de concentração *a posteriori* e criou o Sistema Brasileiro de Defesa

da Concorrência (SBDC), formado por três órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), localizada no Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Cade, que se tornou uma autarquia independente vinculada ao Ministério da Justiça, com competência decisória. A SDE era responsável por iniciar as investigações de conduta (acordos anticompetitivos e abuso de posição dominante) e enviar pareceres e recomendações ao Cade, responsável por decidir sobre o caso. A SEAE também detinha competência investigativa em casos de conduta iniciadas pela SDE, e ambas poderiam analisar e enviar pareceres ao Cade sobre atos de concentração. O Cade poderia, ainda, complementar as investigações conduzidas pela SDE e pela SEAE, tanto em casos envolvendo condutas quanto em atos de concentração.

Enquanto os regimes de concorrência de diversas economias emergentes ainda enfrentam dificuldades para atingir os objetivos relacionados à aplicação de suas leis, o regime brasileiro tem sido considerado, em grande medida, um sucesso. A prática de cartel foi criminalizada no país desde 1990, e alterações à Lei 8.884/1994 inseriram dispositivos relacionados à leniência e a poderes para conduzir busca e apreensões em 2000. Uma alteração realizada em 2007 esclareceu os procedimentos para a celebração de acordos em casos de conduta e para autorizá-los em casos envolvendo cartel. O programa de combate a cartéis é amplamente respeitado, tanto no Brasil quanto internacionalmente. Outras melhorias também buscaram reduzir a sobreposição institucional, com a SDE concentrando-se em investigações de condutas anticompetitivas, com foco especial em combate a cartéis, e a SEAE concentrando-se na análise de atos de concentração. As medidas para aprimorar a análise de atos de concentração incluíram a implementação de um procedimento sumário para atos de concentração mais simples, a possibilidade de adoção de medidas preventivas para impedir que operações complexas sejam concretizadas antes da decisão do Cade, e a adoção de súmulas pelo Cade, que consistem em um compêndio de decisões em casos semelhantes com o mesmo entendimento, com o propósito de fornecer às empresas segurança jurídica e encurtar o processo de decisão.

Apesar de tais medidas terem aprimorado de forma considerável o sucesso do regime brasileiro de defesa da concorrência, e a despeito da imposição de algumas multas altas especialmente em casos envolvendo a prática de cartel, ainda havia ineficiências inerentes ao sistema. A maioria delas dizia respeito ao regime posterior de notificação obrigatória de atos de concentração, à sobreposição de função entre os três órgãos, à impossibilidade de o Cade iniciar investigações independentes e à falta de recursos. As Revisões por Pares da OCDE de 2005 e de 2010 sobre a Legislação e a Política de Concorrência no Brasil identificaram diversas recomendações para aprimorar a concorrência no país, sobretudo por meio de reformas legislativas, bem como por meio de propostas que independiam de uma nova lei.

2.2. A Reforma da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência em 2011

As reformas levadas à cabo em 2011 com a promulgação da Lei 12.529/11, que entrou em vigor em maio de 2012, endereçaram uma série de dificuldades procedimentais e de competências sobrepostas contidas na legislação anterior.

A mudança mais profunda foi a reforma institucional do SBDC. A maioria das funções conduzidas pelos três órgãos foram consolidadas no Cade. A SDE já não existe mais como entidade separada e suas funções foram transferidas para a nova Superintendência-Geral do Cade (SG), composta por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes Adjuntos. As funções de análise de conduta e atos de concentração da SEAE também foram transferidas para a SG. As responsabilidades da SEAE (hoje substituída pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC e pela Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria - SEFEL) em advocacia da concorrência e na promoção de políticas de concorrência em outros órgãos governamentais, todavia, permaneceram. Hoje, o Cade conta com responsabilidade exclusiva para a aplicação da legislação concorrencial, para iniciar e decidir procedimentos administrativos relacionados a violações da concorrência, bem como para analisar atos de concentração.

A nova estrutura do Cade consiste de um Tribunal Administrativo, do braço investigativo da Superintendência-Geral e do Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal detém competência para decidir sobre os casos. A Superintendência-Geral é dotada de competência para iniciar e conduzir investigações, com responsabilidade por todas as funções anteriormente detidas pela SDE e pela SEAE quanto à análise de condutas e atos de concentração. O Departamento de Estudos Econômicos é responsável por conduzir análises econômicas e fornecer maior segurança econômica quanto aos efeitos concorrenciais das decisões do Cade no mercado.

Em linha com as Recomendações apresentadas pela OCDE em sua Revisão por Pares de 2010 sobre a Legislação e Política de Concorrência no Brasil, a nova Lei ampliou os mandatos dos Conselheiros do Cade, a fim de aprimorar aspectos relacionados à independência e autonomia. Assim, a nova lei estabeleceu um mandato de 4 (quatro) anos (vedada a recondução) para o Presidente e Conselheiros do Cade. Ademais, os mandatos são intercalados, de forma a evitar que todos ou a maioria dos conselheiros sejam substituídos de forma simultânea, bem como que não haja quórum suficiente para julgamento.

A nova Lei também instituiu um regime de notificação prévia para lidar com os problemas decorrentes do regime de notificação posterior do antigo regime, que trouxe desdobramentos procedimentais e substantivos. Como exemplo de desdobramento procedimental, cita-se o aumento da duração da análise do ato de concentração. Já como exemplo de consequência substantiva, cita-se os efeitos sobre a gama de remédios disponíveis para o Cade caso concluísse que o ato de concentração implicava em violação à lei de defesa da concorrência. De forma específica, a capacidade do Cade de proibir uma operação em sua totalidade era dificultada em razão da necessidade de desfazer uma operação já consumada, tarefa notoriamente difícil – o que possivelmente foi responsável pelo baixíssimo número de operações vetadas. Além disso, o próprio sistema enfraquecia a efetividade dos remédios impostos pelo Cade. Em razão da relutância das partes de desinvestirem parte dos ativos adquiridos uma vez consumada a operação, o Cade geralmente optava por remédios comportamentais ao invés de estruturais. Com o advento

da nova Lei, o Brasil se juntou à maioria das jurisdições nas quais a aprovação da autoridade concorrencial é mandatária antes da consumação de operações de notificação obrigatória. A Lei também trouxe importantes mudanças em relação aos critérios para notificação obrigatória e definiu com maior clareza os prazos legais para a análise das operações.

Quanto ao combate a práticas anticompetitivas, a nova Lei apresentou mudanças significativas em relação ao critério para definição de multas e ao programa de leniência. A lei anterior fornecia multas de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto no seu último exercício. Como resultado, as multas estavam escalando para centenas de milhões de dólares. A nova lei alterou esse dispositivo para estabelecer multas entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração. A intenção claramente foi estabelecer certa proporcionalidade entre o valor da multa e a violação cometida, ao reduzir a base de cálculo da pena, que passou do faturamento total para o faturamento obtido no ramo de atividade em que ocorreu a infração. Isso também reduz, evidentemente, a variação das possíveis multas no âmbito desta nova base.

A nova Lei também modificou o programa de leniência no Brasil. Eliminou-se a regra de que a leniência não estaria disponível para o “líder” do cartel. Ademais, a proteção da leniência foi estendida de forma explícita para a conduta criminal relacionada à prática. A lei anterior fazia menção apenas ao crime de cartelização, enquanto os crimes relacionados, como conspiração e fraude à licitação também estão, agora, expressamente cobertos pelo acordo de leniência. Em relação à persecução penal de pessoas físicas, a nova Lei estabelece que os responsáveis pelas violações estarão, agora, sujeitos tanto à multa quanto à prisão (e não mais alternativamente), o que, na prática, aumenta a sanção mínima prevista pela lei anterior, que englobava apenas multa.

A necessidade de ampliar o seu quadro de servidores era um aspecto fundamental da reforma. O Brasil vinha sendo considerado um dos regimes concorrenciais com maior déficit de

pessoal – considerando o corpo técnico por PIB ou por população – em todo o mundo. De fato, o número reduzido de pessoal era, possivelmente, o problema mais sério do SBDC, agravado por uma alta rotatividade de seus servidores, resultando em um acúmulo de investigações. As disposições da nova Lei estabelecem prazos mais restritos, o que gera a necessidade de um número maior de servidores para lidar com os casos. Como resultado, a nova Lei previu a criação de 200 cargos, o que mais que dobraria o número de servidores que lidavam com atos de concentração em relação ao regime anterior. Contudo, em razão de cortes de orçamento no governo, o aumento no quadro de servidores determinado pela nova Lei não se materializou de imediato.

A nova Lei modernizou a persecução concorrencial no Brasil e reformou diversas áreas importantes, anteriormente identificadas também pelas Revisões por Pares da OCDE de 2005 e 2010 como sendo passíveis de melhoria. A maioria das reformas simplificou a legislação e a política da concorrência no Brasil e estavam em linha com as melhores práticas internacionais.

Ao mesmo tempo, a nova Lei apresentou alguns desafios. Junto com uma grande mudança institucional, a nova Lei também trouxe outras mudanças importantes que deveriam ser implementadas e aplicadas. Adicionalmente, ela também trouxe alguns dispositivos legais problemáticos, que foram herdados da Lei anterior ou foram instituídos na nova Lei, trazendo desafios tanto para autoridades reguladoras quanto para os profissionais da área. Não obstante, com as reformas de 2011, o Brasil instituiu um novo e aprimorado que lhe permitiria consolidar sua posição dentre as principais jurisdições em todo o mundo.

3. Desenho e arranjos institucionais

3.1. As instituições da política de concorrência

A presente seção do relatório descreve as instituições envolvidas na aplicação da lei de defesa da concorrência e na advocacia da concorrência. A nova lei de defesa da concorrência tornou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) mais eficiente e consolidou as funções de investigação, acusação e decisão dos diferentes órgãos envolvidos na defesa da concorrência no Brasil em uma única agência autônoma – o Cade. A SEAE (hoje substituída pela SEPRAC e pela SEFEL) permaneceu no Ministério da Fazenda, atuando como uma secretaria de advocacia da concorrência, papel que já detinha no antigo regime, e que hoje é enfatizado com um mandato legal aprimorado.

3.1.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

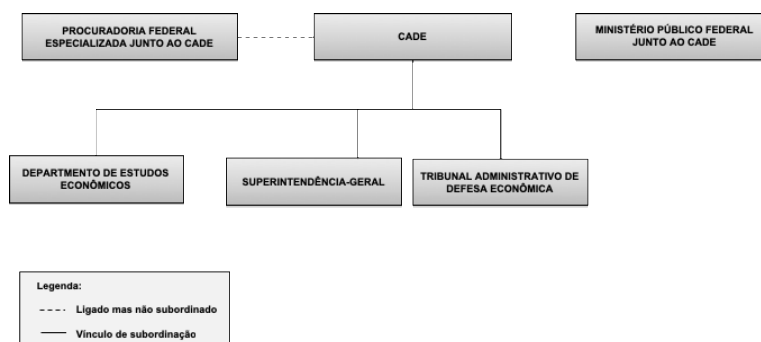
A Lei 12.529/11, que entrou em vigor em maio de 2012, consolidou as funções investigativas da SDE e da SEAE em uma única autoridade, o novo Cade. As funções de investigação, acusação e decisão estão, agora, consolidadas em uma autoridade independente. Sob esse novo desenho institucional, o Cade é responsável por aplicar a lei de defesa da concorrência no âmbito administrativo e é organizado em três diferentes órgãos: a Superintendência-Geral (SG), o Tribunal Administrativo e o Departamento de Estudos Econômicos.

A Lei anterior (8.884/1994) instituiu o Cade como uma “autarquia federal com autonomia administrativa”, estruturalmente vinculada ao Ministério da Justiça para questões orçamentárias e de supervisão. O Ministério da Justiça, no entanto, não está envolvido com a administração cotidiana do Cade, que é autônomo quanto às suas funções de aplicação e de decisão envolvendo a lei de defesa da concorrência.

O Cade detém, atualmente, competência para iniciar e conduzir investigações, sendo também responsável pela tomada de decisões. Essa estrutura conjuga investigação e decisão em uma única autarquia, mas separa esses poderes em dois órgãos distintos: uma nova Superintendência-Geral, responsável por iniciar e conduzir investigações; e o novo Tribunal Administrativo (equivalente ao Conselho do antigo Cade), responsável por decidir sobre os casos instruídos pela SG. Todos os casos estão sujeitos à revisão judicial. Também há duas unidades independentes que fornecem suporte ao Cade: a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, que o representa em processos judiciais e pode emitir pareceres em todos os casos em análise no Cade; e o Ministério Público Federal junto ao Cade, que também pode emitir pareceres ao Tribunal Administrativo em relação a todos os casos em curso no Cade, sendo também a autoridade responsável pela persecução penal.

O Cade é bem-conceituado no âmbito da comunidade de profissionais que atuam com concorrência, tanto nacional quanto internacionalmente, no âmbito da comunidade empresarial e na Administração Pública brasileira em razão de sua competência técnica. O Cade é considerado uma das entidades públicas mais eficientes no Brasil e seu posicionamento como uma das principais autoridades de concorrência, tanto regionalmente quanto a nível global, reforça a perspectiva nacional de que se trata de uma autoridade pública modelo.

Figura 1. Organograma do Cade



A Superintendência-Geral

A Superintendência-Geral é chefiada pelo Superintendente-Geral, que conta com dois Superintendentes Adjuntos – um responsável por atos de concentração e conduta unilateral e outro responsável por investigações de cartel. O Superintendente-Geral, à semelhança do Presidente do Cade, Conselheiros e Procurador-Geral, é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado. Sua nomeação é para um mandato de dois anos, com possibilidade de recondução². O Superintendente-Geral tem competência para aprovar operações que não trazem preocupações à concorrência e para encaminhar parecer não-vinculante ao Tribunal do Cade³, oferecendo impugnação aos atos de concentração quando considere: (i) que devam ser rejeitados, (ii) que devam ser aprovados com restrições ou (iii) não haver elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado. Ademais, a Superintendência-Geral também conduz investigações relacionadas a práticas anticompetitivas⁴.

A competência da Superintendência-Geral para aprovar atos de concentração foi um elemento central para fornecer maior eficiência ao sistema. Casos simples, que não suscitam preocupações concorrenciais, podem agora ser decididos por uma única autoridade (a SG) ao invés de ter que passar por três diferentes órgãos como ocorria sob a Lei anterior (e às vezes mais), dado que a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade e o Ministério Público também poderiam dar seus pareceres sobre os atos de concentração.

A Superintendência-Geral é composta por nove coordenações-gerais de análise antitruste. O quadro organizacional da SG é baseado na Teoria da Contingência Estrutural (TCE)⁵. Isso significa que a SG detém certa

² Artigo 12 da Lei 12.529/2011.

³ Artigo 161 do Regimento Interno do Cade (RICADE).

⁴ Artigo 13 da Lei 12.529/2011.

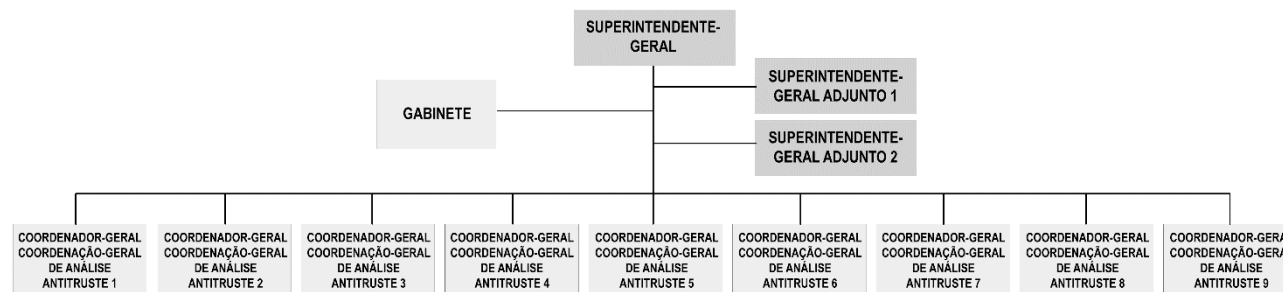
⁵ A Teoria da Contingência Estrutural (TCE) concebe as organizações como sistemas abertos que interagem no contexto em que

flexibilidade sobre como diferentes tarefas são alocadas em suas coordenações-gerais e pode reorganizá-las de forma a se adaptar a novas cargas de trabalho e demandas. Atualmente, cinco coordenações-gerais são responsáveis pela análise de atos de concentração e condutas unilaterais, três são responsáveis pela instrução de processos administrativos que apuram infrações à ordem econômica, especialmente cartéis (incluindo cartel em licitações públicas), e uma unidade é responsável pela triagem de cartéis e por atuar como uma unidade de inteligência. A maioria do quadro de servidores possui formação em Direito e é integrada por servidores públicos recrutados de outros órgãos da Administração brasileira (o Cade não possui uma carreira própria de servidores públicos como outros órgãos – ver adiante). O Gabinete do Superintendente-Geral possui uma coordenação responsável pela análise de pedidos de leniência. Ademais, há uma coordenação no Gabinete responsável por triar todas as denúncias apresentadas, a fim de determinar se irá prosseguir ou não para um procedimento de investigação. Isso proporciona a separação entre a decisão de prosseguir ou não com uma investigação e a equipe que de fato conduzirá a investigação.

Dentre as cinco coordenações-gerais responsáveis pela análise de atos de concentração e condutas unilaterais, há uma coordenação-geral responsável por receber e triar todos os atos de concentração, a fim de verificar quais operações se enquadram no rito sumário. Caso determinada operação não se qualifique para o procedimento sumário, ela será encaminhada para uma das quatro coordenações-gerais de análise de atos de concentração e conduta unilateral. Estas coordenações estão divididas nos seguintes setores: (i) varejo e serviços em geral, educação, saúde e mercado financeiro; (ii) produtos diferenciados, medicamentos, agronegócio e tecnologia; (iii) indústria de base, química, petroquímica e demais produtos primários; e (iv) mercados regulados.

funcionam e espera-se que suas estruturas variem a depender do contexto específico.

Figura 2. Organograma da Superintendência-Geral



Uma percepção geral foi a de que reunir a análise de atos de concentração com a de condutas unilaterais nas mesmas coordenações-gerais invariavelmente significaria que, na prática, mais recursos seriam dedicados para a análise de atos de concentração em razão dos prazos legais. Conseqüentemente, há menos recursos sendo empregados nas investigações de conduta unilateral. Na ausência de um quadro maior de servidores, e como uma solução paliativa, um servidor de cada coordenação-geral foi alocado para tratar somente de casos envolvendo conduta unilateral. Contudo, é improvável que tal medida reestabeleça o equilíbrio no sentido de aumentar o número investigações de conduta unilateral.

Das três coordenações-gerais da SG que lidam com cartel, uma trabalha predominantemente com cartel em licitações públicas, outra com cartéis nacionais e outra com a apuração de cartéis internacionais, muito embora haja uma crescente mistura de casos nacionais e internacionais. A coordenação responsável pela triagem de cartéis envolvendo licitações públicas também coordena as atividades do Projeto Cérebro – um instrumento de coleta de dados instituído na esteira de crescente interesse internacional e discussões sobre o uso de filtros como um instrumento para detectar cartéis. O Projeto Cérebro também tem sido utilizado para averiguar o comportamento de preços em casos de cartel, mas há, atualmente, limitações quanto à qualidade dos dados. O Projeto Cérebro também foi criado para identificar potenciais casos de conduta unilateral. A unidade de triagem também organiza busca e apreensões e realiza o processamento de provas eletrônicas colhidas durante as buscas.

O Cade estabeleceu um *Chinese-wall* entre o Tribunal Administrativo e a SG com o fim de preservar a independência de cada instituição. Nesse sentido, o Tribunal Administrativo somente toma ciência de um caso uma vez que a investigação na SG foi concluída. Esse modelo institucional tem por objetivo garantir que a investigação levada a cabo pela SG seja confidencial, embasada em aspectos técnicos e não seja influenciada por quaisquer interesses, sejam eles políticos, econômicos ou de qualquer outra natureza.

O Tribunal Administrativo

O Tribunal é composto por sete Conselheiros: seis Conselheiros e o Presidente. A Presidência conta com uma equipe de assessoria técnica, bem como com unidades específicas responsáveis pelas relações internacionais, relações públicas, planejamento estratégico e por projetos especiais e auditoria. Os Conselheiros também contam com dois assessores cada para prestar-lhes assistência.

Os Conselheiros contam com um mandato não prorrogável de quatro anos, e seus mandatos devem ser escalonados de forma a evitar vacâncias simultâneas e a possibilidade de que não se configure o quórum mínimo⁶. Os Conselheiros e o Presidente do Cade são nomeados pelo Presidente da República depois de aprovados pelo Senado Federal, após sabatina conduzida pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado.⁷

Antes da promulgação da nova Lei, o cargo de um Conselheiro poderia permanecer vago por um período significativo enquanto o Presidente da República e o Senado consideravam possíveis nomeações. A nova Lei autoriza a condução de um novo Conselheiro para terminar o mandato inicialmente previsto para o Conselheiro anterior, a fim de evitar que o quórum não seja atingido. O quórum mínimo para o Tribunal é de três Conselheiros para deliberação, com a presença mínima de quatro membros do Tribunal.

No passado, os Conselheiros do Cade tinham, tradicionalmente, formação em Direito ou Economia. De fato, a Lei estabelece que os Conselheiros devam ter notório saber jurídico ou econômico (artigo 6). Nomeações recentes se afastaram dessa exigência procedimental. O atual Presidente do Cade, por exemplo, possui formação em gestão e administração pública e é bem versado em lidar com a administração pública federal e com a burocracia estatal. Também é reconhecido pelo aumento significativo do orçamento do Cade para 2018 e por ter

⁶ Artigo 6 da Lei 12.529/2011.

⁷ *ibid.* O mesmo processo se aplica ao Superintendente-Geral e ao Procurador-Chefe da Procuradora Federal Especializada junto ao Cade.

atuado na negociação do acordo entre o Cade e o Banco Central sobre suas respectivas competências.

Algumas preocupações foram manifestadas sobre a forma como as nomeações são realizadas e a possibilidade de influência política, dado que os Conselheiros e o Presidente são identificados e selecionados pelo governo ao invés de haver um sistema de candidatura aberta. Há a percepção de que o sistema de nomeação se tornou mais politizado nos últimos anos, devido ao fato, ao menos em parte, da maior influência que o Cade tem tido no país desde a entrada em vigor da nova Lei, chamando a atenção de políticos. Contudo, a performance do Cade, seu corpo técnico e as práticas institucionais já consolidadas parecem ter eliminado a maioria das preocupações em relação à última rodada de nomeações do Tribunal, que foram menos técnicas do que as anteriores. Em uma época em que as nomeações políticas se tornaram comuns no Brasil, o Cade é considerado um dos órgãos públicos menos politizados no país.

A previsão das datas de início e fim não coincidentes para os mandatos dos Conselheiros foi uma solução sensata para o perigo de haverem tantas vacâncias no Tribunal a ponto de não se atingir o quórum. Na prática, contudo, o Governo tem atrasado a nomeação de alguns Conselheiros, de forma que, em 2019, deverá haver quatro nomeações. Isso tem suscitado certa inquietação sobre a possibilidade de politização das novas nomeações, bem como levantado preocupações quanto à manutenção do conhecimento técnico e do valor dos precedentes de casos decididos pelo Tribunal, com tantos Conselheiros sendo substituídos de uma só vez.

O Tribunal Administrativo é o órgão decisório Cade, responsável por emitir uma decisão final e vinculante na esfera administrativa, tanto em análise de atos de concentração quanto em casos de conduta. Isso inclui a aprovação de acordos em Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e a análise de medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral. O Tribunal também é responsável por elaborar e aprovar o Regimento Interno do Cade (RICADE), que organiza o funcionamento do Cade, a forma das deliberações, as regras procedimentais e a organização dos serviços internos do

Cade. O Brasil lista as principais atividades do Tribunal da seguinte forma:

- Decidir os processos administrativos por infrações à ordem econômica
- Decidir os atos de concentração econômica encaminhados com parecer da Superintendência-Geral pela aprovação com restrições ou pela sua reprovação
- Avocar e decidir os atos de concentração econômica aprovados sem restrições pela Superintendência-Geral
- Analisar e decidir os atos de concentração nos quais houve recurso por terceiro interessado contra decisão emitida pela Superintendência-Geral
- Aprovar Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e Acordo em Controle de Concentração (ACC) e determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento
- Apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral
- Elaborar e aprovar o Regimento Interno do Cade (RICADE), que dispõe sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos

O Presidente representa a autoridade e é responsável por sua gestão administrativa. O Presidente também preside o Tribunal e as sessões de julgamento e determina a organização da pauta do Tribunal. Ademais, o Presidente também preside as sessões de distribuição, durante as quais os processos são distribuídos, por sorteio, aos Conselheiros.

Departamento de Estudos Econômicos

O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) é responsável por assessorar o Tribunal e a Superintendência-Geral por meio da elaboração de análises e estudos econômicos. A nova Lei dispõe de forma expressa que o DEE, dirigido por um Economista-Chefe, é órgão integrante do Cade, juntamente com o

Tribunal e a SG.⁸ Isso o eleva de sua função anterior como um órgão consultivo da Presidência e do Plenário desde sua criação em 2009. A nova Lei fornece maior autonomia ao DEE, que agora tem duas principais atividades: (i) assessorar a SG e o Tribunal na instrução e na análise econômica de procedimentos administrativos relacionados a atos de concentração e condutas anticompetitivas; e (ii) elaborar estudos econômicos para garantir a atualização técnica e científica das decisões do Cade. O Brasil lista as atividades do DEE da seguinte forma:

- Elaborar e analisar pareceres econômicos;
- Monitorar a instrução de procedimentos;
- Conduzir estudos setoriais com o fim de manter o Cade atualizado quanto à evolução de determinados mercados;
- Elaborar estudos sobre os efeitos das decisões do Cade em determinados mercados;
- Propor e elaborar guias de análise para os diferentes procedimentos analisados pelo Cade;
- Elaborar publicações técnicas próprias como artigos, documentos de trabalho, etc.;
- Disseminar o conhecimento econômico teórico e sua aplicação na defesa da concorrência para o quadro técnico do Cade.

A capacidade do DEE de conduzir análises econômicas aprofundadas tem sido limitada pelo déficit de pessoal e pela necessidade de mais economistas altamente qualificados a nível de doutorado. Contudo, o número de pessoas na equipe tem melhorado nos últimos anos. O Departamento conta hoje com um quadro de 25 funcionários, comparado a 12 em 2016 e 8 em 2013. A maioria são servidores públicos oriundos de outros órgãos, outros são estagiários e outros, ainda, consultores financiados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)

⁸ Artigos 17 e 18 da Lei 12.529/2011.

para atuarem em projetos de pesquisa, bem como uma equipe administrativa.

O DEE é chefiado por um Economista-Chefe Doutor e conta com equipes lideradas pela Economista-Chefe Adjunta, divididas por função e distribuídas de maneira uniforme de acordo com as atividades do Cade (atos de concentração econômica, casos de conduta e atividades de advocacia da concorrência, elaboração de estudos de mercado e de documentos de trabalho).

A ênfase do DEE tem sido em aumentar o número de funcionários e conduzir análises técnicas mais detalhadas nos casos, bem como em aprimorar sua capacidade de realizar análises *ex post*. O DEE também tem emitido um número crescente de pareceres econômicos não vinculantes nos atos de concentração e em investigações de conduta no Cade nos anos recentes: de 23 em 2015 para 27 em 2016 e 36 em 2017, todos disponíveis online. Também há, atualmente, mais análises econométricas e simulações em atos de concentração complexos. Ademais, o DEE tem elaborado um número crescente de documentos de trabalho para fornecer recomendações de advocacia da concorrência ao governo. O DEE também produz análises de decisões do Cade, que sistematizam e consolidam a jurisprudência do Cade em mercados específicos, com o objetivo de aumentar a transparência e trazer maior conscientização pública sobre as decisões da autoridade. O DEE também organiza seminários com palestrantes acadêmicos externos a fim de se engajar em discussões sobre ferramentas econômicas e familiarizar a equipe do Cade com teorias e conceitos econômicos.

As contribuições do DEE na análise dos casos realizada pelo Cade ocorrem sobretudo em torno de suas interações com a SG e o Tribunal. O DEE participa de reuniões mensais com ambos para discutir quais casos requerem análise econômica, e equipes são alocadas de acordo com tais necessidades. Em geral, o Departamento se debruça sobre todos os aspectos do caso, mas pode concentrar-se em um aspecto em particular. Elabora-se, então, o parecer para a SG. Na maioria dos casos, quando um caso chega ao Tribunal, o DEE já forneceu suas contribuições. O Tribunal pode, no entanto, requisitar análises adicionais, como teste de remédios.

Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade

A Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade está ligada ao Tribunal, mas não integra parte da equipe do Cade. É parte da Advocacia Geral da União e fornece assessoria jurídica para órgãos federais e os representa em juízo. Algumas autarquias, incluindo o Cade, têm um Procurador-Geral designado especificamente para atuarem em sua estrutura. O Procurador-Geral é nomeado pelo Presidente da República após aprovação do Senado⁹. O Procurador-Geral atua por um mandato de dois anos, permitida a recondução para um único período. As atribuições legais do Procurador-Geral consistem em fornecer assessoria jurídica ao Cade, elaborar pareceres em casos a serem julgados pelo Tribunal acerca de aspectos procedimentais e materiais, defender a autarquia em juízo, promover a execução judicial das decisões do Cade, monitorar remédios comportamentais e promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações à ordem econômica (mediante aprovação do Tribunal).¹⁰ A Procuradoria Federal especializada junto ao Cade não analisa investigações a não ser que haja pedido específico por parte do Cade.

Hoje, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade conta com um quadro de 20 funcionários (12 procuradores, 5 servidores públicos e 3 funcionários).

Representante do Ministério Público Federal junto ao Cade

O Ministério Público Federal (MPF) foi criado pela Constituição Federal Brasileira (artigo 128) como um braço independente do governo. Um membro do Ministério Público é nomeado para fornecer pareceres em investigações de conduta no Cade.¹¹ Trata-se, portanto, de um órgão externo junto ao Cade. Há inúmeras garantias constitucionais que tornam o Ministério Público Federal independente e não sujeito ao governo.

⁹ Artigo 16 da Lei 12.529/2011.

¹⁰ Artigo 15 da Lei 12.529/2011.

¹¹ Artigo 20 da Lei 12.529/2011.

O Procurador-Geral da República nomeia um membro do Ministério Público Federal para emitir pareceres sobre investigações de conduta no Cade. Antes do julgamento pelo Tribunal (e antes de o Conselheiro-Relator emitir seu voto), o procedimento é encaminhado para o representante do MPF junto ao Cade para emissão de parecer. O parecer não vinculante do MPF trata tanto de aspectos procedimentais quanto materiais e é disponibilizado às partes envolvidas bem como ao público em geral. Durante as sessões de julgamento do Tribunal, o representante do MPF junto ao Cade apresenta seu parecer após as alegações das partes. Ademais, ao entender que sejam necessárias diligências adicionais à instrução do processo, o MPF pode recomendar ao Conselheiro-Relator, em seu parecer, que os autos sejam enviados à SG para realização de instrução adicional. Em todos os casos envolvendo algum aspecto criminal, o representante do MPF junto ao Cade recomenda ao Tribunal que encaminhe os autos para o MPF para persecução penal.

O representante do MPF junto ao Cade também pode recomendar que o Tribunal encaminhe os autos ao MPF para o ajuizamento de ação civil pública (i.e., ações de tutela coletiva).

A representação do Ministério Público Federal junto ao Cade é formada por um membro do MPF e seu substituto (ambos Procuradores Federais) e, atualmente, 5 assessores técnicos (com formação em Direito) para assessora-los. Os Procuradores Federais junto ao Cade, contudo, não atuam em regime de dedicação exclusiva nos casos relacionados ao Cade.

Recursos humanos e financeiros da autarquia

Quadro de funcionários de apoio às funções do Cade

Em 2018, o Cade contava com um quadro de 385 funcionários, dos quais 293 eram servidores públicos de carreira, 40 funcionários não-concursados designados para cargos comissionados, e o restante formado por funcionários terceirizados ou estagiários. O Cade conta com 137 funcionários não-administrativos atuando com a aplicação da legislação de defesa da concorrência e 86 pessoas atuando em funções de gestão. Desses, 70 têm formação em Direito e 29 são economistas. Quanto

ao quadro não administrativo, 87 pessoas trabalham em atos de concentração e 86 com investigações de condutas anticompetitivas (com 5 servidores dedicados a condutas unilaterais). O Cade havia recebido 200 cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) sob a nova Lei para refletir a ampliação de suas competências, mas devido a limitações orçamentárias do governo federal, elas permanecem vacantes.

O Cade não possui uma carreira própria no serviço público, razão pela qual depende de servidores de outras carreiras, bem como de funcionários não-concursados nomeados para cargos em comissão. Em 2016, a Câmara aprovou um Projeto de Lei (nº 33/2016) que estabelecia um plano de carreira específico para o Cade, de Analistas Administrativos e Analistas em Defesa Econômica, mas foi vetado pelo Presidente da República devido a cortes gerais no orçamento impostos pelo governo e à preferência por atuar com a requisição de servidores públicos de carreiras já existentes, ao invés de se criar uma nova.

No entanto, apesar de as requisições de servidores por parte do Cade serem vinculantes para o órgão que as recebe, muitas instituições relutam em ceder servidores em razão de suas próprias dificuldades com déficit de pessoal. Além disso, há a dificuldade de os servidores públicos de outras carreiras não considerarem as vagas no Cade suficientemente atrativas em razão da falta de incentivos financeiros para a mudança, quando já foram aprovados em outros processos seletivos com maiores remunerações. Apesar dessas dificuldades, o Cade teve um aumento de 11% no seu quadro de pessoal por meio dessa via de requisição de servidores. Durante o ano de 2018, o Cade centrou esforços em três principais formas de aumentar o seu quadro de funcionários. Primeiro, por meio do recrutamento de servidores públicos em alinhamento com a Casa Civil da Presidência da República; segundo, por meio do recrutamento de servidores públicos de outros órgãos governamentais; terceiro, por meio do recrutamento de novos postos de EPPGG.

O Cade possui uma rotatividade relativamente alta, de 13,3%, que parece estar, contudo, em redução ao longo do tempo, com o maior número de recrutamentos que vem ocorrendo. Os funcionários do Cade são otimistas quanto às mudanças

institucionais trazidas pela nova Lei e as melhorias que elas têm trazido à estrutura do Cade e à gestão de recursos humanos. Alguns funcionários estão no Cade há mais de cinco anos, desde a antiga SDE e SEAE, mas o tempo médio de permanência no novo Cade é de apenas quatro anos.

Recursos orçamentários e financeiros do Cade

Conforme previsto no artigo 29 da Lei de Defesa da Concorrência, o Cade apresenta anualmente, ao Ministério da Justiça, sua proposta de orçamento, que é então encaminhada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para inclusão na lei orçamentária anual, a fim de ser submetida à aprovação do Congresso Nacional. O orçamento anual em 2017 foi de R\$ 36.390.757,00 (aproximadamente US\$ 18 milhões* em dólar americano). O orçamento manteve-se relativamente estável desde a entrada em vigor da nova Lei. Isso era considerado uma restrição de natureza orçamentária, dada a pressão nas atividades do Cade considerando as dimensões de um país como o Brasil, e em comparação com outros órgãos governamentais no Brasil. Em 2018, foi concedido um aumento considerável de R\$ 20 milhões (aproximadamente US\$ 9,9 milhões), resultado de discussões com o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e com o Congresso Nacional, para demonstrar que, para cada dólar investido em atividades de persecução concorrencial, havia um retorno de mais de 20 vezes o valor em multas e contribuições pecuniárias oriundas de acordos.¹² O orçamento adicional será investido no financiamento de 80 vagas para um programa novo de MBA em direito e economia da concorrência (20 vagas serão

* Todos os valores originais em reais convertidos para dólares (US\$) utilizando a taxa de paridade do poder de compra do ano em questão ou dados de 2017 ((*OECD (2019), Purchasing power parities (PPP) (indicator)*). doi: 10.1787/1290ee5a-en (Acesso em 22 de janeiro de 2019)

¹² *Interview with Alexandre Barreto, President of Brazil's Cade* (“Entrevista com Alexandre Barreto, Presidente do Cade do Brasil”) pp 3-4, *The Antitrust Source*, Junho de 2018, www.antitrustsource.com.

alocadas para servidores de outros órgãos da Administração Pública), na contratação de mais consultores e assessores para casos específicos, em treinamentos e em projetos para tornar o Cade mais responsivo, como equipamentos e *software* novos.¹³ O Cade pretende tornar esse aumento no orçamento permanente de agora em diante.

A impressão geral foi que a autonomia do Cade seria reforçada com uma maior independência em relação à supervisão orçamentária exercida pelo Ministério da Justiça. De forma específica, a necessidade de autorização prévia por parte desse Ministério para viagens internacionais não condiz com a autonomia exercida pelo Cade em suas atividades e gestão. Essa necessidade também constitui limitação da participação do Cade em reuniões e conferências internacionais, nas quais seus funcionários se beneficiariam das discussões e interações com seus pares. Alguns Conselheiros e funcionários, anteriormente, já arcaram pessoalmente com os custos das viagens para contornar o sistema de aprovação de viagens do Ministério da Justiça, que avalia se há fundos suficientes no orçamento para cobrir despesas de viagens. Não está claro por que razão o sistema de freios e contrapesos exercido pelo Ministério da Justiça seria necessário para viagens internacionais, considerando-se as outras funções de gestão exercidas pelo Cade que estão inteiramente sob sua alçada. Há um projeto de Lei perante o Congresso Nacional sobre agências reguladoras, que alteraria o sistema e transformaria o Cade e autoridades regulatórias em unidades orçamentárias, dando-lhes muito mais autonomia administrativa, tanto na gestão dos recursos quanto nas decisões orçamentárias, de forma que não seria mais necessário obter autorização do Ministério para despesas com viagens. Todavia, não há previsão para a apreciação e eventual aprovação desse projeto de Lei.

¹³ *ibid*, p 4.

Planejamento estratégico e priorização de casos

Planejamento estratégico

O Cade instituiu um processo de planejamento estratégico em 2017. A missão do Cade é “zelar pela manutenção de um ambiente concorrencial saudável no Brasil”. Sua visão é “ser reconhecido como instituição essencial ao bom funcionamento da economia brasileira.” O Cade publicou seu Planejamento Estratégico 2017-2020 depois de três rodadas de consultas e discussões internas. São 11 objetivos estratégicos e 31 indicadores. Os objetivos são relativamente amplos e abrangem a quase totalidade das atividades do Cade. Os objetivos publicados são:

Figura 3. Objetivos do Cade



Fonte: Cade

Esses objetivos gerais são esmiuçados em iniciativas estratégicas que, por sua vez, são divididas em projetos específicos. Dentre eles, vale mencionar os projetos de:

(i) monitoramento de atos de concentração, que inclui um projeto para avaliação da efetividade das decisões do Cade em atos de concentração; e (ii) desenvolvimento de avaliação *ex post* contínua das atividades de aplicação da legislação concorrencial pelo Cade.

Outras prioridades organizacionais incluem a ampliação da força de trabalho, um aumento permanente no orçamento e melhorias no relacionamento com outros órgãos governamentais. A última inclui a celebração de acordos com o Ministério Público Federal e Estadual para estabelecer comunicação mais próxima e aprimorar a troca de informações, técnicas e procedimentos com o Cade, para a prevenção e detecção de cartéis. Tais iniciativas se somariam ao já notório número de acordos de cooperação e Memorandos de Entendimento celebrados pelo Cade até o momento, incluindo os recentemente celebrados com o Banco Central e com a SEPRAC e a SEFEL, consolidando o sucesso do acordo firmado com o Banco Central.

O Cade também integra o Plano Plurianual (PPA) do Governo Brasileiro, que determina políticas públicas para um período de quatro anos e as medidas para concretizá-las, que são descritas em uma série de objetivos. As contribuições do Cade para o PPA 2016-2019 estão descritas no Objetivo 1046: “Fortalecer a defesa da concorrência e do consumidor por meio da ampliação da escala e da efetividade das políticas públicas.” Esse objetivo é dividido em objetivos específicos, que giram em torno da tempestividade das atividades de persecução concorrencial do Cade, conforme descrito abaixo:

Tabela 1. Objetivos do Cade

Objetivo	Indicador
Analisar Atos de Concentração com celeridade, mantendo o tempo médio de instrução pelo rito sumário abaixo de 30 dias, priorizando a solução de problemas concorrenciais por meio de acordos	Tempo médio de análise de Ato de Concentração sumário e porcentagem de aprovação de atos de concentração econômica por meio de Acordos em Controle de Concentração (ACCs) pelo Tribunal
Investigar infrações contra a ordem econômica com mais celeridade de modo que o número de casos em investigação há mais de 5 anos não ultrapasse 20% do estoque	Percentual de procedimentos administrativos referentes a infrações contra a ordem econômica em investigação na Superintendência-Geral do Cade há mais de 5 anos
Elevar a efetividade do combate a condutas anticompetitivas, por meio de uso crescente de técnicas de investigação e de gestão de processos.	Percentual de investigações de infrações contra a ordem econômica arquivadas pela Superintendência-Geral do Cade

Fonte: www.planejamento.gov.br/assuntos/planeja/plano-plurianual

Priorização de caso

A SG possui autonomia para iniciar investigações em quaisquer setores ou mercados que tenham o potencial de causar à concorrência. Dito isso, o combate a cartéis, em particular em compras públicas, tem sido uma clara prioridade desde a adoção da nova Lei. Essa foi a prioridade também sob o antigo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quando a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça estava centrada tanto em investigar cartéis em licitações públicas quanto em criar conhecimento institucional para auxiliar autoridades de compras públicas a identificar e evitar fraudes em licitações.

Outra prioridade era eliminar o acúmulo de casos presente desde a SDE, alguns dos quais estavam em andamento há 15 anos e não eram particularmente robustos. O Cade também prioriza denúncias e investigações nos setores de infraestrutura, no setor de serviços financeiros e envolvendo produtos e serviços importantes aos consumidores (como combustíveis fósseis, gás de cozinha, saúde e certos produtos agrícolas). Ademais, a economia digital emergiu como outro setor de prioridade, em razão de diversos casos de alto nível envolvendo empresas de tecnologia, inovações disruptivas e plataformas online. Casos de conduta unilateral também foram identificadas como uma área em que o Cade provavelmente tomará esforços adicionais para lançar novas

investigações, bem como para concluir questões pendentes de abuso de posição dominante.

Em termos práticos, como observado acima, há uma coordenação-geral junto ao Gabinete da SG que realiza a triagem de investigações e atua como um receptor de todas as denúncias. Esta coordenação-geral trabalha junto com as equipes de inteligência, leniência e coordenação setorial no Gabinete, com o fim de determinar se e como irá prosseguir para a fase instrutória, situação em que o caso será atribuído a uma das coordenações-gerais que lidam com investigações. A separação entre o Tribunal e a SG significa que as decisões sobre a utilização de recursos são, na prática, feitas pela SG.

A competência do Cade para definir suas próprias prioridades significa que ele possui discricionariedade para centrar esforços em casos de acordo com os mercados e práticas anticompetitivas definidas como prioritárias. Contudo, o elevado número de TCCs firmados em casos envolvendo investigações de conduta indica, possivelmente, que não há precedentes suficientes por parte do Tribunal que possam orientar a SG em sua priorização de casos na prática.

3.1.2. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL)

A nova Lei de Defesa da Concorrência removeu a competência relacionada à análise de atos de concentração da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEAE), mas manteve seu papel em advocacia da concorrência.¹⁴ Em linha com a recomendação da Revisão por Pares da OCDE de 2010 sobre instituir um mecanismo de participação da SEAE no processo de reforma legislativa de setores regulados, a nova Lei dispõe, de forma específica, que a SEAE poderá participar do processo legislativo ao opinar sobre alterações de atos normativos em setores regulados. A Lei 12.529/2011 também autoriza a SEAE a emitir pareceres em

¹⁴ Artigo 19 da Lei 12.529/2011.

propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional. Tal função é normalmente exercida a partir de convite do Ministério da Fazenda. A referida Lei também forneceu à SEAE o papel de propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal. Dessa forma, as principais funções da SEAE sob a Lei 12.529/2011 são:

- Opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alteração de atos normativos em casos de setores regulados.
- Opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional.
- Elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor ou pelo Ministério da Justiça.
- Elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais.
- Manifestar-se a respeito do impacto concorrencial de medidas comerciais.
- Propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal.
- Encaminhar ao órgão competente representação para que esse, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que identificar ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

A SEAE tem tido, historicamente, um papel importante na advocacia da concorrência devido à sua posição dentro do Ministério da Fazenda que, até meados da década de 90, era um ator central na regulação da economia brasileira. A SEAE era responsável por monitorar preços de serviços públicos antes de os setores regulados serem estabelecidos, e por emitir pareceres sobre

decisões regulatórias e a privatização de empresas estatais.¹⁵ O envolvimento do Ministério da Fazenda na elaboração de políticas públicas em diversos setores de economia forneceu à SEAE uma posição proeminente, a partir da qual poderia exercer sua atividade de advocacia dentro do governo. A localização da SEAE dentro do Ministério da Fazenda – um Ministério influente no governo – e o fortalecimento de suas competências de advocacia da concorrência pela nova Lei colocam a SEAE em uma posição privilegiada para atuar diante de restrições anticompetitivas oriundas do governo.

Em janeiro de 2018, um Decreto do Ministério da Fazenda (nº 9.266/2018) substituiu a SEAE por dois órgãos mais especializados: a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (SEFEL). A SEPRAC ficou responsável pelas funções de advocacia da concorrência conforme definido pelo artigo 19 da Lei 12.529/2011. A SEFEL, por sua vez, ficou responsável por:

- elaborar e promover políticas fiscais
- fiscalizar a regulação de loterias
- avaliar o impacto regulatório de políticas públicas no setor de energia
- promover a concorrência dentro da Administração Pública Federal direta.

O Decreto não altera a competência da antiga SEAE (agora SEPRAC) no tocante à advocacia da concorrência; as mudanças são de caráter estrutural.

A SEPRAC conta hoje com um quadro de 40 funcionários. Desse total, 32 atuam na área técnica. Desses, 19 são economistas, 2 são advogados e 11 têm formação em outras áreas. A SEFEL conta com um quadro de 77 funcionários, dos quais 7 atuam com advocacia da concorrência. Desses, 4 são economistas e 3 têm formação em outras áreas. A SEPRAC e a SEFEL dividem o mesmo espaço administrativo, de forma que contam com 8 funcionários administrativos para ambas as estruturas.

¹⁵ Decreto n.º 1.849/1996 / Decreto n.º 6531/2008, artigo 12.

4. Questões substantivas: conteúdo e aplicação da legislação concorrencial

A presente seção do relatório tem por objetivo discutir o conteúdo e a aplicação da lei de defesa da concorrência a acordos horizontais e verticais, abuso de posição dominante e atos de concentração econômica.

O quadro jurídico da legislação concorrencial no Brasil é composto, sobretudo, pela Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, a Lei de Defesa da Concorrência, enquanto que a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666 de 21 de junho de 1993) tipifica os crimes correspondentes a determinadas violações antitruste no Brasil.

As regras definidas pela Lei de Defesa da Concorrência são complementadas pelas Resoluções emitidas pelo Cade. As mais relevantes, que se encontram atualmente em vigor, são: (i) Resolução nº 1, que aprova o Regimento Interno do Cade e define regras procedimentais aplicáveis à análise de atos de concentração econômica e a investigações de conduta; (ii) Resolução nº 2, que disciplina a notificação de atos de concentração; (iii) Resolução nº 17, que determina as hipóteses de notificação de “contratos associativos”; (iv) Resolução nº 12, que disciplina o procedimento de consultas ao Cade, que permite às partes consultarem o Cade sobre seu posicionamento acerca da aplicação da legislação concorrencial; e (v) Resolução nº 13, que estabelece procedimento administrativo para apurações referentes a atos de concentração, aplicável à investigação da consumação prévia de atos de concentração de notificação obrigatória bem como aos atos de concentração que não se enquadram nos critérios de notificação obrigatória, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade. Recentemente, o Cade publicou guia sobre assuntos específicos, como remédios, atos de concentração horizontal, *gun jumping* (consumação prévia de atos de concentração econômica), leniência antitruste e *compliance*.

Em princípio, a Lei de Defesa da Concorrência, bem como as Leis de nº 8.137/1990 e 8.666/1993, as Resoluções e os guias do Cade aplicam-se a todos os setores, apesar de haver debates significativos sobre a competência do Cade no setor financeiro brasileiro (ver seção 8.7 adiante).

4.1. Casos de conduta

Os dispositivos materiais da Lei de Defesa da Concorrência relacionados a condutas anticompetitivas não sofreram grandes alterações em relação à lei anterior. Os artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 foram transformados no artigo 36 da nova Lei de Defesa da Concorrência. Esse dispositivo lida com todos os tipos de conduta anticompetitiva que não envolvam atos de concentração econômica. Diferentemente de outros países, a lei brasileira não contém dispositivos distintos para tratar de acordos anticompetitivos e conduta unilateral. O artigo 36 dispõe que, independentemente de culpa, quaisquer atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticompetitivos, ainda que não sejam alcançados, serão considerados como infração. Os potenciais efeitos a que a lei faz referência são:

- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- aumentar arbitrariamente os lucros; e
- exercer de forma abusiva posição dominante

O artigo 36, contudo, exclui de forma expressa a conquista de mercado resultante de “eficiência competitiva” como ilícito. Sob o artigo 2 da Lei 12.529/2011, o Cade possui jurisdição sobre as práticas cometidas fora do território nacional, desde que nele produzam ou possam produzir efeitos.

O novo Cade não publicou regulação complementar estabelecendo critérios formais para a análise de condutas alegadamente anticompetitivas, de forma que tem utilizado as regulações emitidas sob a lei anterior, sobretudo a Resolução do Cade nº 20/1999. O Anexo I dessa Resolução contém definições e classificações relacionadas a práticas anticompetitivas. Referido

anexo diferencia “cartéis” de “outros acordos (horizontais)”. O texto não aplica a regra “*per se*” para cartéis, mas do texto decorre que se aplica um padrão mais rigoroso à conduta de cartel. O texto dispõe que acordos horizontais que não envolvam cartel podem produzir eventuais eficiências econômicas, o que requer “uma aplicação mais ponderada do princípio da razoabilidade”. A abordagem do Cade, portanto, é de que a Lei de Defesa da Concorrência permite duas abordagens distintas em relação a práticas anticompetitivas: uma abordagem formalista e uma abordagem baseada em efeitos.

O Cade tem aplicado a abordagem formalista em relação a determinadas condutas, como acordos horizontais para fixação de preços e fixação de preço de revenda, por considerar que a prática sob investigação poderia constituir uma infração a despeito de qualquer análise específica do caso sobre efeitos reais ou potenciais. Enquanto que esta abordagem não pode ser interpretada como uma clara aplicação da “regra *per se*”, o Cade inverte o ônus da prova para a parte, que deve justificar a conduta investigada e demonstrar que a conduta não produziria os alegados efeitos anticompetitivos. A abordagem do Cade é ainda mais rigorosa em se tratando de cartéis clássicos (*hard-core cartel*), que considera como uma violação *per se* à Lei de Defesa da Concorrência.

Quanto à conduta unilateral, o Cade tem interpretado a Lei 12.529/2011 de forma que as condutas unilaterais devam ser analisadas quanto aos seus efeitos reais ou potenciais. Consequentemente, uma conduta é considerada anticompetitiva somente se seus efeitos negativos não forem compensados por suas eficiências. Nesse caso, o ônus recai sobre o Cade, que deverá estabelecer os efeitos anticompetitivos da conduta investigada, enquanto as partes apresentam seus argumentos de eficiência econômica.

4.1.1. Cartéis

A nova Lei de Defesa da Concorrência refere-se a acordos horizontais como quaisquer acordos entre concorrentes para combinar preços e/ou quantidades, alocar mercados e fraudar

licitações, atividades que constituem práticas de cartel.¹⁶ A conduta de cartel também está prevista como crime, seja sob a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/1990) ou sob a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), com sentenças de prisão de até cinco anos. Há crescente persecução penal contra cartéis no Brasil por parte do Ministério Público Estadual e Federal, geralmente em cooperação com o Cade.

A defesa da concorrência no Brasil conquistou sua reputação por meio da persecução de cartéis clássicos, sendo um dos países mais ativos no combate a cartéis. O Cade começou a se concentrar na persecução de cartéis em 2003, depois de uma década focado na análise de atos de concentração. Em 2003, a autoridade antitruste brasileira priorizou o combate a cartéis clássicos, utilizando-se de instrumentos de investigação como buscas e apreensões e pedidos de leniência. Em 2007, a SDE estabeleceu uma equipe especial para concentrar-se em cartéis em licitações e para promover a concorrência em compras públicas. Essa ênfase foi reafirmada por um decreto presidencial que, em 2008, instituiu o Dia Nacional do Combate a Cartéis, celebrado anualmente em 08 de outubro, data da celebração do primeiro acordo de leniência em 2003. Ademais, em 2009, a SDE criou seu próprio laboratório de informática, para analisar as informações obtidas nas operações de buscas e apreensões e por outros meios. Além disso, diversos acordos foram firmados com Promotorias na esfera Federal e Estadual. Como resultado, o programa de combate a cartéis no Brasil tem crescido de forma contínua ao longo dos anos.

A persecução contra cartéis intensificou-se desde 2014, depois de um período de transição da entrada em vigor da nova Lei, quando o Cade compreensivelmente priorizou a implementação do novo regime de notificação prévia. Diversas investigações de cartel foram instauradas pela SG e atenção especial tem sido dada ao combate a cartel em licitações devido ao papel exercido pelo Cade na operação “Lava Jato” – investigação

¹⁶ Artigo 36, parágrafo 3º, inciso I da Lei 12.529/2011.

do maior esquema de corrupção e cartel já vistos no Brasil (ver abaixo).

Como resultado do uso mais agressivo de instrumentos de investigação e com mais de 45 mandados de busca e apreensão cumpridos desde 2003, o Cade tem imposto multas extremamente altas tanto para empresas quanto para pessoas físicas condenadas pela prática de cartéis clássicos. De fato, o Tribunal impôs sua maior multa a empresas como resultado de uma investigação de cartel no mercado de cimento em 2014 – totalizando R\$ 3,1 bilhões (aproximadamente US\$ 1,7 bilhões), junto com a aplicação inédita de remédios estruturais envolvendo desinvestimentos.¹⁷ Além disso, o Tribunal concluiu duas importantes investigações de cartel: o cartel internacional de cargas aéreas¹⁸ e o cartel internacional de mangueiras marítimas¹⁹.

¹⁷ Processo Administrativo 08012.011142/2006-79

¹⁸ Ver notícia do Cade “Cade multa em R\$ 300 milhões cartel internacional de cargas aéreas”, disponível em: www.cade.gov.br/noticias/cade-multa-em-r-300-milhoes-cartel-internacional-de-cargas-aereas.

¹⁹ Ver notícia do Cade “Cade condena empresas e pessoa física por cartel internacional de mangueiras marítimas” disponível em: www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresas-e-pessoa-fisica-por-cartel-internacional-de-mangueiras-maritimas.

Quadro 1. Caso do Cimento

Em 2014, o Tribunal do Cade emitiu decisão final sobre a investigação envolvendo a prática de cartel no mercado de cimento, que estava em andamento desde 2006. O Cade aplicou multa a seis empresas, seis pessoas físicas e três associações por envolvimento em cartel, que teve duração de 2002 a 2006. A investigação foi instaurada a partir do pedido de leniência de um ex-funcionário de uma das empresas de cimento. A partir das provas coletadas, o Cade concluiu que o cartel agiu no mercado brasileiro de cimento e concreto por meio: (i) da fixação de preços e quantidades vendidas e da divisão regional do mercado brasileiro de cimento e concreto; (ii) da divisão de clientes e por meio de acordos de não concorrência; (iii) da criação de barreiras à entrada para novos entrantes no mercado; (iv) da divisão do mercado de concreto ao estabelecer troca de ativos entre si para manter a participação de mercado acordada; e (v) da coordenação do controle das fontes de insumo necessárias à produção do cimento. Além disso, a associação comercial envolvida também atuou para que a Associação Brasileira de Normas Técnicas instituisse novos padrões para o mercado de cimento. As mudanças propostas não tinham o objetivo de melhorar a qualidade do produto, mas o de criar restrições às atividades de concorrentes menores, que passavam a estar fora dos padrões exigidos.

O Tribunal do Cade impôs uma multa recorde de R\$ 3,1 bilhões (aprox. US\$ 1,8 bilhões). O Tribunal também impôs, pela primeira vez, medidas estruturais em um caso de cartel, o que é relativamente incomum nesses casos. O Tribunal impôs o desinvestimento de plantas e a proibição de realizar operações nos ramos de cimento e de concreto até 2019.

A racionalidade do Cade era de que o cartel foi possível devido a uma série de fusões e aquisições nos anos anteriores que não foram escrutinizadas, alterando a estrutura do mercado. O Cade ordenou, assim, a venda de ativos nos mercados de cimento e concreto por quatro empresas: a Votorantim e a InterCement teriam que vender, respectivamente, 35% e 25% de sua capacidade produtiva; a Itabita e a Holcim teriam que vender, cada uma, 22% de sua capacidade produtiva. O Cade também ordenou à Votorantim a venda de sua participação minoritária em empresas concorrentes com atuação no setor de cimento.

Além disso, novos entrantes no mercado de cimento estão sujeitos a um “compromisso de transparência”, que permite ao Cade solicitar documentos e informações a qualquer tempo sem autorização prévia, para garantir que não integrem a estrutura cartelizada do mercado.

O caso está atualmente em discussão no Judiciário brasileiro.

Tabela 2. Atividades de combate a cartéis no Brasil: 2010-2018

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018***
Investigações de cartel iniciadas*								19	6
Busca e apreensões**			5	2	5	2	2	3	4
Sanções impostas			1	9	14	16	13	5	8
Acordos aprovados			2	9	23	40	50	61	28
Multas impostas (R\$ e valor equivalente em US\$)			R\$ 147.87 4.282,00 (US\$ 94.850.792 ,00)	R\$ 493.41 0.179,00 (US\$ 299.164.65 9,00)	R\$ 3.279.1 48.821,00 (US\$ 1.876.721. 650,00)	R\$ 210.02 3.143,00 (US\$ 112.952.65 1,00)	R\$ 142.52 7.469,00 (US\$ 71.784.315 ,00)	R\$ 123.933 .189,00 (US\$ 61.221.347 ,00)	R\$ 453.14 6.331,00 (US\$ 223.848.2 61,00)
Contribuições pecuniárias de acordos (R\$ e valor equivalente em US\$)			R\$ 50.000, 00 (US\$ 32.071,00)	R\$ 38.893, 044,00 (US\$ 23.581.646 ,00)	R\$ 153.43 2.075,00 (US\$ 87.812.208 ,00)	R\$ 409.65 0.188,00 (US\$ 220.314.17 1,00)	R\$ 748.98 6.289,00 (US\$ 377.228.80 8,00)	R\$ 844.285 .543,00 (US\$ 417.065.82 9,00)	R\$ 212.01 7.177,00 (US\$ 104.733.6 66,00)

Notas: *Investigações aprofundadas ou procedimentos administrativos instaurados; **Mandados emitidos; *** Janeiro a outubro

O Cade tem se concentrado em modernizar a persecução contra cartéis no Brasil, por meio de atividades como o desenvolvimento e a expansão do programa de leniência, a cooperação interinstitucional com outras autoridades brasileiras e o desenvolvimento de instrumentos de inteligência e técnicas investigativas. A autoridade também tem tomado medidas para esclarecer seus procedimentos internos e processos decisórios. Em 2017, o Cade atualizou diversos guias (Guia sobre Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel e Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade), bem como seu regimento interno (RICADE). O Cade também publicou documento sobre a operacionalização de diligências de busca e apreensão cíveis.

O Cade realizou avanços consideráveis na redução dos longos atrasos que afetavam seu programa de combate a cartéis, observando que: “estes casos não melhoram com o tempo”.²⁰ O Cade arquivou diversos casos que estavam drenando recursos. O Cade também deu seguimento a procedimentos em que havia maior facilidade de citar os representados, ainda que nem todos os membros do cartel fossem citados, e priorizou investigações mais promissoras de cartel que envolviam pedidos de leniência e prova direta da infração.

Contudo, a duração das investigações de cartel continua sendo um desafio para o Cade. Casos envolvendo cartel permanecem em curso por diversos anos (alguns chegando a quase uma década) devido à falta de recursos humanos, formalidades burocráticas (como autenticações e legalização de documentos), dificuldades de citar réus com domicílio no exterior e o volume de investigações que não contam com pedido de leniência e, portanto, têm menor probabilidade de conter evidência de infração.

²⁰ Global Competition Review, *Ragazzo: Brazil to issue guidance on fines and settlements* (“Ragazzo: Brasil emitirá diretrizes sobre multas e acordos”) Global Competition Review, 23 de julho de 2012, www.globalcompetitionreview.com/news/article/32119/ragazzobrazil-issue-guidance-fines-settlements/.

Quadro 2. Casos recentes e significativos de cartel

2018: Tubos de raios catódicos (*Cathode Ray Tubes – CRTs*)

O Tribunal condenou duas empresas por atuação no cartel internacional de fabricação e venda de componentes para imagem colorida de televisores ao pagamento de multa de R\$ 4,9 milhões no total (US\$ 2,4 milhões). Outras oito fabricantes de CRT e cinco pessoas físicas firmaram TCCs com o Cade, resultando em contribuições pecuniárias no valor total de R\$ 57,4 milhões (US\$ 28 milhões).

2017: Serviços de manutenção predial

O Tribunal condenou cinco empresas por formação de cartel em compras públicas no mercado de prestação de serviços de manutenção predial. A investigação foi resultado de acordo de leniência firmado com uma das empresas envolvidas e foi instaurada após o cumprimento de mandados de busca e apreensão nos escritórios das empresas envolvidas. As multas aplicadas somam o valor total de R\$ 11,9 milhões (US\$ 5,9 milhões). O Cade também proibiu a empresa considerada uma das líderes do cartel de participar em licitações públicas por um período de cinco anos. Quatro outras empresas assinaram TCCs com o Cade, comprometendo-se a recolher contribuição pecuniária no valor total de R\$ 33,1 milhões (US\$ 16 milhões).

2017: Revenda de combustíveis no Distrito Federal

Investigações relacionadas a um suposto cartel no mercado de combustíveis em Brasília, capital do país, resultaram no trabalho conjunto entre o Cade, a Polícia Federal e o Ministério Público do Distrito Federal na chamada “Operação Dubai”, com o cumprimento de 42 mandados de busca e apreensão em residências e escritórios dos suspeitos de envolvimento no cartel em Brasília e no Rio de Janeiro, em novembro de 2015.

As escutas telefônicas levadas a cabo pela Polícia Federal e as provas obtidas com as buscas e apreensões confirmaram os estudos que apontavam para indícios de cartel no mercado de combustíveis. O monitoramento e a análise realizados pelo Cade depois das operações de busca e apreensão demonstraram que os preços continuavam a subir. A SG também constatou que o grupo Cascol era o líder do mercado, com aproximadamente 30% dos postos de gasolina do Distrito Federal, e que havia prova direta tanto de sua participação no suposto cartel quanto de

sua posição de liderança na prática, por meio da qual compelia os postos concorrentes a seguirem suas instruções e aumentos de preço.

Com base nisso, na crescente perda causada aos consumidores e nos preços estabelecidos muito acima do nível competitivo, a SG concluiu que havia indícios suficientes de violação à ordem econômica e danos irreparáveis à concorrência e aos consumidores para justificar a adoção de medida preventiva no mercado até decisão final pelo Tribunal do Cade. Como resultado, em janeiro de 2016, a SG adotou medida preventiva por meio da nomeação de Administrador Provisório para gerenciar, de forma independente, os postos de bandeira BR detidos pela Cascol, o que correspondia a aproximadamente dois terços dos postos detidos pelo grupo. O Administrador Provisório deveria administrar os postos de forma independente em relação ao suposto cartel e estabelecer preços sem qualquer coordenação com seus concorrentes. A SG também instruiu o Administrador Provisório a diminuir os preços praticados nos postos de gasolina sob sua administração na medida do possível, respeitando o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do negócio e considerando que as margens de lucro estavam artificialmente acima do nível competitivo. O objetivo da medida era de fornecer aos consumidores do Distrito Federal uma variedade maior de postos de gasolina que não estivessem alinhados com o suposto cartel, gerando uma resposta competitiva de outros revendedores e, portanto, reestabelecendo níveis razoáveis de competição no mercado envolvido.

A medida provisória foi renovada por 180 dias adicionais em outubro de 2016, antes de o Tribunal aprovar a celebração de TCC com a Cascol. A empresa comprometeu-se ao pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 90 milhões (US\$ 45 milhões); reconheceu participação na conduta investigada e concordou em fornecer documentos e cooperar plenamente com a autoridade até o final das investigações, bem como a implementar um programa de *compliance*. O acordo também previu o desinvestimento de uma série de postos de combustíveis sob a gestão da Cascol localizados em pontos chave do Distrito Federal, com o objetivo de reduzir a concentração de mercado e permitir a entrada e o desenvolvimento de concorrentes no setor, mitigando os riscos de futura colusão no mercado.

Cartéis em licitações

O combate a cartéis em licitações públicas e os esforços para reduzir a sua incidência têm sido, há muito tempo, uma prioridade para as autoridades da concorrência no Brasil. A

primeira leniência foi firmada em um caso de cartel em licitações em 2003. Em 2007, o Ministro da Justiça emitiu uma portaria criando uma coordenação específica na SDE com competência para investigar cartéis em licitações públicas e para elaborar estudos com o objetivo de auxiliar autoridades responsáveis por compras públicas a identificar e evitar colusão nas licitações. A SDE também foi incumbida de firmar acordos de cooperação com outras autoridades como a Controladoria-Geral da União, a Polícia Federal, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União.

O Cade realizou diversos programas de treinamento para detecção e persecução de cartéis em licitações. Ademais, a autoridade está preparando um curso de formação à distância em parceria com a Escola Nacional de Administração Pública (Enap), com o objetivo de replicar as lições relacionadas à prevenção e detecção de cartéis para pregoeiros, comissões de licitações e órgãos de controle em todo o país.

Em 2008, a SDE lançou uma cartilha baseada em documentos produzidos pela OCDE sobre prevenção e combate a cartéis em licitações. Elaborada especialmente aos pregoeiros e autoridades de licitações públicas, a cartilha foi disseminada em diversos estados para pregoeiros, órgãos de controle, Tribunais, Ministérios Públicos Federais e consumidores. A cartilha está sendo atualizada e espera-se que seja lançada em 2018. Ademais, em 2017, a SG lançou a publicação “Medidas para estimular o ambiente concorrencial dos processos licitatórios”, elaborada a pedido da Secretaria-Executiva do Programa de Parceria de Investimentos – PPI do Governo Federal, que atua sobretudo com grandes projetos de infraestrutura no país. Essa publicação destacou medidas para que o governo estimule a concorrência, elabore licitações mais competitivas e evite oportunidades de comunicação entre licitantes. O documento lista as recomendações da OCDE no tocante ao combate à fraude em licitações e, com base nestas recomendações, fornece uma lista geral e uma lista específica de recomendações a serem observadas em procedimentos licitatórios no setor de infraestrutura.

Em 2009, a pedido da SDE, o Ministério do Planejamento emitiu regulação exigindo que os participantes de licitações públicas federais apresentem o Certificado de Determinação de

Lances Independentes (*Certificate of Independent Bid Determination* - CIBD), atestando que não houve conluio. O CIBD foi baseado em um modelo produzido pela SDE com assessoria da OCDE.

A alteração ao Programa de Leniência sob a nova Lei de Defesa da Concorrência esclareceu que a imunidade fornecida ao proponente da leniência estende-se aos “demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel”, com menção específica à Lei de Licitações e Contratos. Isso esclareceu a dúvida anteriormente existente sobre se um proponente de acordo de leniência poderia obter imunidade relacionada ao crime de “frustrar ou fraudar (...) o caráter competitivo do procedimento licitatório”, tipificado no artigo 90 da Lei 8.666/93, uma vez que as regras de leniência da lei anterior não continham menção expressa a essa infração. Essa alteração, promovida pela nova Lei de Defesa da Concorrência, foi provavelmente fator essencial para encorajar diversas empresas e pessoas físicas a se apresentarem perante a SG para admitir participação em esquemas de fraude a licitações em troca da imunidade penal mais abrangente, além da administrativa. Os casos mais notáveis são os relacionados à Operação Lava Jato. Até o presente momento, 23 acordos de leniência foram celebrados no âmbito dessa extensa investigação, que resultou na abertura de diversos inquéritos administrativos e procedimentos formais junto à SG. Ademais, o Cade tem investigado cartéis em licitações em projetos de infraestrutura pública, produtos e serviços relacionados ao mercado de saúde e serviços terceirizados.

O combate a cartéis se intensificou com um enfoque especial no combate a cartéis em licitações. O Cade conta com uma coordenação-geral dedicada a lidar apenas com o tema na SG. Sua origem decorre da coordenação criada na SDE para atuar especificamente com o tema, após o projeto de dois anos entre o Brasil e a OCDE com o objetivo de tratar de cartéis em licitações na América Latina.²¹ Essa coordenação-geral da SG destacou a

²¹ Projeto da OCDE-Brasil para Reduzir a Prática de Cartel em Licitações na América Latina 2007-2009 (*OECD-Brazil Project to Reduce Bid Rigging in Latin America 2007-2009*).

atuação do Cade na utilização de instrumentos tanto ativos quanto reativos de investigação e de persecução contra cartéis em licitação.

O Cade também desenvolveu um projeto de monitoramento chamado Cérebro. Trata-se de uma plataforma que permite a integração de grandes bases de dados de compras públicas por meio da aplicação de um instrumento de mineração de dados (*data mining*) e filtros econômicos capazes de identificar e mensurar a probabilidade de conluio em compras públicas. O projeto faz parte da forte ênfase dada pelo Cade, nos últimos anos, ao desenvolvimento de ferramentas e técnicas de investigação capazes de detectar cartéis sem depender exclusivamente de técnicas de leniência.

Os instrumentos de mineração de dados do Projeto Cérebro permitem a automação de análises anteriormente realizadas pelos servidores responsáveis pelas investigações. O objetivo é identificar indícios de cartel em licitações, como fatos suspeitos ou implausíveis e padrões de comportamentos, bem como disponibilizar informações relevantes para a instrução dos casos. Os filtros econômicos na plataforma são baseados em literatura especializada e econometria. Seu objetivo é fornecer indícios gerais sobre a existência de cartéis com base em dados relacionados a preços, custos, margens de lucro, participação de mercado e econometria espacial. A partir da identificação do comportamento das empresas descrito em artigos acadêmicos, o Cade derivou modelos matemáticos para testes estatísticos de uso geral, em uma espécie de processo de engenharia reversa. Algumas investigações foram iniciadas com base nos resultados da ferramenta do Projeto Cérebro. Contudo, a sua utilização ainda é recente e o Judiciário ainda deve decidir se a informação fornecida pelo Projeto Cérebro atinge os critérios necessários para embasar uma autorização de busca e apreensão.

Desde 2015, grande parte das atividades do Cade no combate a cartéis em licitação tem sido centradas na Operação Lava Jato, em que a Instituição tem tido papel importante na investigação do maior esquema de corrupção e cartel já visto no país. O coordenador da força-tarefa da Operação Lava Jato ressaltou a importância da cooperação entre o Cade e o Ministério Público

para o avanço destas investigações.²² Nesse contexto, desde 2015, o Cade instaurou procedimentos administrativos para investigar supostos cartéis em compras públicas e projetos públicos de infraestrutura.

O envolvimento do Cade nessa extensa investigação tem impactado o seu volume de trabalho e absorvido recursos da área de cartel, sobretudo de investigações que começam de ofício. Dado que a falta crônica de funcionários é frequentemente tida como a causa do acúmulo de casos nas investigações antitruste, o aumento da carga de trabalho oriunda da Operação Lava Jato deverá ser tratado. Isso evitará que recursos sejam redirecionados de outras investigações potencialmente promissoras e que se agrave o acúmulo de investigações que estão atualmente em curso.

²² Disponível em: www.cade.gov.br/noticias/procurador-da-lava-jato-defende-parceria-entre-cade-e-mpf.

Quadro 3. Casos de cartel em licitações da Operação Lava Jato

As investigações da chamada “Operação Lava Jato” iniciaram-se no Brasil em 2013 e auxiliaram na descoberta de um dos casos mais nocivos da América Latina envolvendo corrupção, colusão e lavagem de dinheiro.

A origem da operação foi a investigação de um esquema menor de lavagem de dinheiro envolvendo uma casa de câmbio e operações financeiras localizada dentro de um posto de gasolina com lava jato. A investigação inicial levantou suspeitas de um possível esquema de corrupção envolvendo um diretor sênior da Petrobrás. Esse foi um momento decisivo da investigação, que levou a delações premiadas em 2014. As delações permitiram a investigação de um esquema maior de corrupção envolvendo políticos, funcionários do alto escalão da Petrobrás e grandes empreiteiras. O esquema de corrupção e cartel seguia o seguinte padrão: políticos indicavam diretores de alto escalão na Petrobrás que, por sua vez, aceitavam propina em forma de “comissão” como resultado da contratação de determinadas empresas. Tais “comissões” eram utilizadas também no financiamento de campanhas políticas. As empreiteiras envolvidas no esquema de corrupção também atuavam na divisão de mercados e fixação de preços relacionados a licitações públicas.

A Operação Lava Jato teve impacto importante na quantidade de acordos de leniência e leniência *plus* firmados pelo Cade entre 2015 e 2017. Durante esse período, o Cade quase que dobrou o número total de acordos de leniência celebrados desde 2003. As leniências firmadas no contexto das investigações envolvendo a Lava Jato foram firmadas em conjunto com o Cade e o Ministério Público Federal ou Estadual, em relação a cartel e crimes de corrupção. Isso ressaltou a importância da cooperação e da coordenação de investigações pelo Cade envolvendo outras práticas que não apenas cartéis com as demais instituições públicas como o Ministério Público, a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas.

O Cade instaurou cerca de 20 investigações, atualmente em curso, envolvendo conluio em licitações como resultado da Operação Lava Jato. De início, as investigações tinham como alvo a colusão em licitações públicas por parte de empresas de construção, no contexto dos contratos da Petrobrás nos mercados de gás e petróleo, como a construção de usinas de energia. A investigação da Petrobrás desvendou outras práticas de cartel em licitações envolvendo projetos de construção,

como a construção de estádios de futebol (em relação à Copa do Mundo da FIFA sediada pelo Brasil em 2014 e aos Jogos Olímpicos sediados em 2016 pelo Rio de Janeiro) e de linhas ferroviárias.

Os seguintes casos ilustram algumas das investigações envolvendo cartel em licitações que o Cade instaurou no contexto da Operação Lava Jato.

Cartel em licitações públicas da Petrobras. (Processo Administrativo n. 08700.002086/2015-14)

O procedimento administrativo foi instaurado em 22 de dezembro de 2015, após a assinatura de acordo de leniência pela Superintendência-Geral do Cade, o Ministério Público Federal do Paraná e duas empresas de construção e funcionários do grupo. Como resultado do acordo de leniência, foram obtidas informações sobre cartel em licitações realizadas pela Petrobras envolvendo diversas empresas de construção.

Com o desenrolar das investigações, o Cade também assinou acordos de compromisso de cessação (TCCs) com outras três empresas.

- A UTC Engenharia S.A. (UTC) celebrou TCC, por meio do qual comprometeu-se ao pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 129,2 milhões (aproximadamente US\$ 65 milhões) – a maior contribuição pecuniária já negociada pelo Cade com uma empresa. A UTC está sendo investigada por não haver cumprido com as condições previstas em seu TCC.
- A Andrade Gutierrez comprometeu-se ao pagamento de R\$ 49,8 milhões (aproximadamente US\$ 25 milhões). A empresa obteve redução adicional ao firmar acordo de leniência *plus* com o Cade em relação ao suposto cartel no mercado de construção, modernização e/ou renovação de instalações de esporte no contexto da Copa do Mundo de 2014 no Brasil.
- A Camargo Corrêa comprometeu-se a pagar contribuição pecuniária de R\$ 104 milhões (aproximadamente US\$ 52 milhões).

A investigação continua em relação às demais partes investigadas.

Licitações da Eletronuclear (Processo Administrativo 08700.007351/2015-51)

A Superintendência-Geral do Cade e o Ministério Público Federal do Paraná firmaram acordo de leniência com a empresa Camargo Correa, que resultou na instauração dessa investigação, envolvendo suposto

esquema de fraude a licitações conduzidas pela Eletronuclear para contratação de obras na usina nuclear Angra 3.

O Cade também celebrou TCCs com:

- Andrade Gutierrez: Os documentos fornecidos pela empresa no âmbito de seu TCC sugerem que a conduta teve início três anos antes do que previamente assumido. A empresa comprometeu-se ao pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 6,1 milhões (aproximadamente US\$ 3 milhões). A empresa também firmou acordo de leniência *plus* em relação a suposto cartel no mercado de construção nacional da usina hidrelétrica de Belo Monte.
- A UTC comprometeu-se ao pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 9,9 milhões (aproximadamente US\$ 4,9 milhões). A empresa confirmou informações já contidas nos autos e forneceu provas que ampliavam a duração da conduta por cinco anos adicionais.

A investigação continua em relação às demais partes investigadas.

Há também ênfase em incorporar e ampliar os esforços de cooperação entre o Cade e outras autoridades responsáveis por sancionar ilícitos relacionados a compras públicas. Investigações de fraude em licitações públicas podem envolver diversas autoridades, como: (i) a Controladoria-Geral da União, que pode aplicar sanções em função da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13) e da Lei de Licitações e Contratos, incluindo a proibição de participar de licitações públicas; (ii) o Tribunal de Contas da União, que também pode impor multas e proibição de contratação com o poder público; e (iii) o Ministério Público (tanto na esfera Federal quanto Estadual), que pode iniciar investigações criminais contra pessoas físicas bem como apresentar ações cíveis contra empresas. Dessa forma, é essencial que haja uma abordagem mais integrada entre o Cade e esses diferentes órgãos na celebração de acordos de leniência e de cessação de conduta com empresas e indivíduos dispostos a cooperar nas investigações.

O Guia do Cade sobre seu Programa de Leniência Antitruste dispõe que a SG busca cooperar com a Controladoria-Geral da União e o Ministério Público durante suas negociações de leniência. Contudo, o Guia nota que não há regra geral para esse

tipo de cooperação. Não obstante, o Guia destaca o Memorando de Entendimentos firmado em março de 2016 com o Grupo de Combate a Cartéis do Ministério Público Federal em São Paulo como exemplo de cooperação interinstitucional. O Cade também celebrou acordos técnicos com Ministérios Públicos de diferentes Estados no Brasil, visando a uma comunicação mais próxima entre as instituições, a troca de dados e documentos e a melhoria das técnicas e procedimentos investigatórios. Ademais, no contexto da cooperação técnica entre o Cade e a Controladoria-Geral da União, a autoridade concorrencial obteve acesso, desde 2010, aos dados contidos no Observatório da Despesa Pública. Esse dado pode ser analisado por meio do “Projeto Cérebro” para detecção de condutas de fraude à licitação. Esse tipo de acordo que o Cade tem buscado ativamente com outros órgãos do governo fornece maior segurança jurídica às partes interessadas em cooperar com as autoridades competentes em investigações de cartel em compras públicas.

O Programa de Leniência

O Brasil possui um programa ativo e eficaz de leniência. De fato, grande parte do nível de combate a cartéis no Brasil pode ser atribuído ao sucesso de seu programa de leniência. Apesar do ceticismo inicial de alguns profissionais no país, a SDE foi capaz de instituir um sistema que forneceu as garantias necessárias às pessoas físicas e jurídicas. Isso resultou em um número cada vez maior de propostas de acordo de leniência.

O sucesso da primeira operação de busca e apreensão da SDE em 2003, que resultou em fortes indícios sobre a existência de infração relacionada à conduta de cartel clássico (Cartel das Britas)²³ e o uso de outras ferramentas de investigação pela SDE (e.g. escutas telefônicas) em cooperação com as autoridades criminais levaram a dois pedidos de leniência naquele ano. As investigações basearam-se em provas diretas da existência de acordos anticompetitivos, ao invés de indícios circunstanciais e, como resultado, os casos foram mais robustos e as multas impostas às empresas e pessoas físicas foram cada vez mais altas. Essa é

²³ Processo Administrativo n.º 08012.002127/2002-14.

provavelmente uma das razões que encorajaram empresas a fazerem uso do Programa de Leniência, a despeito das dúvidas iniciais.

Esses primeiros acordos envolveram cartéis nacionais. Depois disso, houve uma onda significativa de acordos relacionados a investigações de cartéis internacionais, incluindo o cartel de aparelhos eletroeletrônicos de direcionamento de fluxo de energia elétrica com isolamento a gás (em inglês, *gas-insulated switchgear* – GIS), o cartel de cargas aéreas, o cartel internacional de mangueiras marítimas, cartel no mercado de agenciamento de frete aéreo e marítimo, o cartel dos compressores e o cartel no mercado de componentes de vidro para tubos de raios catódicos (CRT). Essa tendência passou a se inverter e, em 2016, todos os acordos de leniência foram relacionados a cartéis nacionais – apesar de isso ter sido efeito também dos casos de cartel relacionados à Operação Lava Jato.

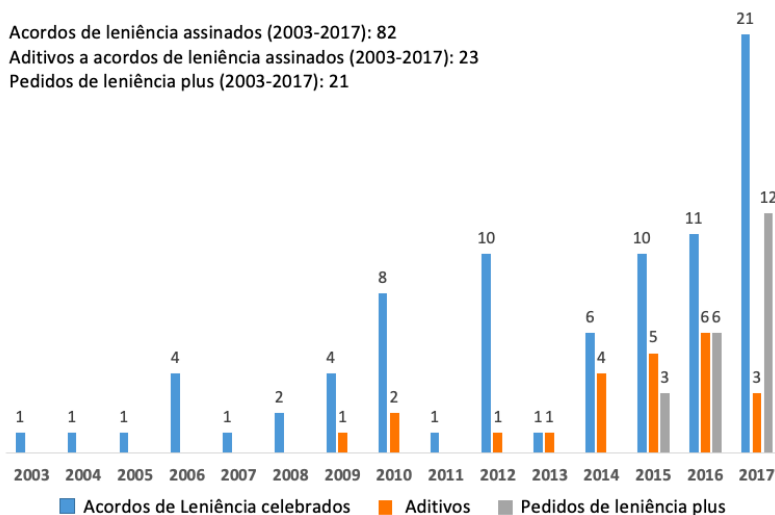
Em 2016, houve um aumento de 510% dos pedidos de leniência comparado com os pedidos de senha (*marker*) no ano anterior. A autoridade celebrou 11 novas leniências e 6 leniências *plus*, recorde anual. Grande parte dos acordos estava relacionada a um único caso, com a estatal Petrobrás. Esse recorde foi ultrapassado em 2017, com 21 acordos de leniência firmados. Novamente, resultado, em parte, do número significativo de cartéis relacionados à Operação Lava Jato.

Figura 4. Acordos de Leniência 2003 – 2017**Acordos de leniência assinados, Aditivos e Pedidos de leniência plus**

Acordos de leniência assinados (2003-2017): 82

Aditivos a acordos de leniência assinados (2003-2017): 23

Pedidos de leniência plus (2003-2017): 21

*Fonte:* Cade

O Programa de Leniência foi inicialmente instituído pela Medida Provisória nº 2.055 de 11 de agosto de 2000, que foi posteriormente alterado e convertido na Lei nº 10.149 de 21 de dezembro de 2000. Diversos dispositivos relacionados aos pedidos de leniência foram incorporados na nova Lei de Defesa da Concorrência.

O artigo 86 da Lei 12.529/2011 autoriza a Superintendência-Geral do Cade a celebrar acordos de leniência por meio dos quais pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica se beneficiam com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução da penalidade aplicável, desde que colaborem efetivamente com as investigações. Apesar de o programa não se restringir a condutas envolvendo apenas cartel, até a presente data, todos os acordos de leniência firmados envolviam investigação de cartel.

Em uma alteração importante, o artigo 87 da nova Lei dispõe que a celebração de acordo de leniência também determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o

oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência em relação a crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e em relação aos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como os tipificados na Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666 de 21 de junho de 1993). Com isso, tornou-se mais claro que a imunidade criminal fornecida a um proponente de leniência também se estenderá a outros possíveis crimes relacionados à prática de cartel. No início, houve críticas de que o Cade, como autoridade administrativa, não poderia fornecer imunidade criminal. Com o fim de minimizar a insegurança, apesar de não ser uma exigência legal, o Cade tem envolvido regularmente o Ministério Público (Federal e/ou Estadual, a depender do caso) na assinatura de acordos de leniência. Na prática, a cooperação entre as autoridades administrativa e criminal tem funcionado bem na maioria dos casos de leniência. Contudo, ainda existe preocupação quanto à falta de clareza de como autoridades que atuam na esfera criminal e com práticas de corrupção trabalham com o Cade em termos de imunidade criminal, e de que as empresas possam acabar em uma posição potencialmente desfavorável em um acordo de leniência. Será um desafio melhorar a segurança jurídica para proponentes de leniência em investigações criminais envolvendo cartel.

Para se beneficiar do Programa de Leniência, o proponente deve atender aos seguintes critérios:

- Que o proponente seja o primeiro (empresa ou pessoa física) a se qualificar com respeito à infração e confessar participação no ilícito.
- Que o proponente cesse sua participação na infração.
- Que o proponente concorde em fornecer cooperação total, contínua e completa ao Cade durante toda a investigação.
- Que da cooperação resulte a identificação de outros envolvidos na infração e a obtenção de documentos que comprovem a violação antitruste.

- Que, no momento da propositura do acordo, o Cade não disponha de provas suficientes acerca da infração para assegurar a condenação do proponente.

O Brasil trabalha com abordagem do “vencedor leva tudo” em seu Programa de Leniência – i.e., a imunidade administrativa e criminal está disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial ao Cade.²⁴ A imunidade administrativa para empresas e pessoas físicas pode ser total ou parcial, a depender do conhecimento prévio da SG a respeito da conduta reportada. Se a SG não tinha conhecimento prévio da infração, o proponente poderá ter o benefício da extinção da ação punitiva da Administração Pública em relação à infração noticiada. Se a SG já tinha conhecimento prévio da conduta, a sanção aplicável poderá ser reduzida de um a dois terços, conforme determinado pelo Tribunal, a depender da efetividade da colaboração prestada e da boa-fé do infrator no cumprimento do Acordo de Leniência.²⁵ Nos acordos de leniência, a SG usualmente declara se detinha conhecimento prévio ou não da infração reportada.

Também há outras duas alterações significativas no Programa de Leniência sob a nova Lei de Defesa da Concorrência. Sob o regime anterior, a leniência não estava disponível ao “líder” do cartel. Essa regra foi suprimida por duas razões: primeiro, em razão da dificuldade de determinar qual dos participantes do cartel seria o líder; segundo, porque como resultado de negar o benefício da leniência ao líder, o Cade acabava por não ter acesso (ao menos de início) à parte que provavelmente deteria mais informações sobre o cartel. Adicionalmente, e em consonância com as melhores práticas e recomendações da OCDE, a nova Lei estende o benefício da leniência à responsabilização penal – não apenas sob a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as

²⁴ As empresas e pessoas físicas que chegarem depois do primeiro proponente podem celebrar acordos (TCCs) com o Cade e conseguir obter redução na multa administrativa.

²⁵ Artigo 86, parágrafo 4º da Lei 12.529/2011; e artigo 249 (incisos I e II) do RICADE.

Relações de Consumo, mas também a outros crimes como fraude a licitações públicas.

Todavia, a exigência de que o proponente, enquanto pessoa jurídica, identifique todas as pessoas físicas, ainda que funcionários de baixo escalão, a fim de que todas elas assinem o acordo de leniência para estarem protegidas, e também identifique todos os funcionários trabalhando para os demais membros do cartel para serem incluídos como representantes nas investigações, resulta em um número elevado de representantes em qualquer caso (houve ocasião em que havia mais de 70 representados em um único caso de cartel). Isso aumenta consideravelmente a duração dos procedimentos administrativos e também pode causar atrasos em investigações internacionais conjuntas. Ademais, considerando que há um número crescente de estrangeiros sendo investigados no Brasil, o Cade precisa localizá-los (sendo que possivelmente não trabalham mais na mesma empresa) e citá-los por meio de uma autoridade central (o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI) ou por meio de canais consulares ou diplomáticos. Esse pode ser um processo longo por si só, agravando o problema da duração das investigações.

O Programa de Leniência também conta com uma “leniência *plus*”, por meio da qual qualquer coparticipante de um cartel, que forneça informações acerca de um novo cartel sobre o qual o Cade ainda não tinha conhecimento prévio, será beneficiado com redução em um terço da penalidade aplicável na investigação original. Ademais, tal empresa/pessoa-física obterá todos os benefícios do acordo de leniência em relação ao novo cartel (para o qual ele foi o primeiro proponente). O Cade forneceu maior clareza sobre o seu programa de leniência *plus* em 2017, de forma que o primeiro proponente de TCC com leniência *plus* receba desconto que varia de 53,3% a 66,67% sobre a multa esperada. O segundo proponente de TCC com leniência *plus* receberá redução de 50% a 60% no TCC da primeira investigação, além dos benefícios da leniência *plus* da segunda investigação. Os demais proponentes com leniência *plus* receberão descontos de até 50% na primeira investigação.

O grau de cooperação exigido pelo Cade é usualmente mais alto do que o esperado em investigações nos Estados Unidos da América ou na Europa. Esse fato foi ressaltado como sendo excessivamente oneroso por alguns profissionais do setor privado. Não há clareza sobre se as exigências do Cade são resultado da tendência de os demais representados contestarem as investigações instauradas pelo Cade. Com o aumento no número de casos baseados em propostas de leniência e a confirmação do Programa de Leniência nos tribunais brasileiros, esse é um ponto que poderá mudar no futuro.

Ademais, o Cade tem sido cada vez mais cauteloso para celebrar um acordo de leniência. A autoridade tem exigido mais evidências de práticas ilícitas e, para condutas internacionais, o Cade tem exigido fortes indícios dos efeitos no mercado brasileiro. Diante de pedidos de leniência baseados em material considerado insuficiente para comprovar a comunicação entre concorrentes e os efeitos no mercado nacional, o Cade tem optado por rejeitar a assinatura do acordo e a instauração da investigação da violação noticiada. O objetivo da SG, ao ser mais rigorosa e seletiva, parece ser o de conseguir instaurar casos mais fortes, com uma probabilidade alta de sucesso em termos de condenação no Tribunal e de revisão no Judiciário. Contudo, isso tem afetado o tempo gasto para celebrar acordos de leniência – em alguns casos até um ano – criando insegurança para as empresas.

O Programa de Leniência tem claramente amadurecido ao longo dos anos, e é hoje considerado elemento central da política de concorrência no Brasil, atraindo maior interesse tanto de proponentes nacionais quanto internacionais. Ao longo dos últimos anos, diversas investigações foram iniciadas como consequência direta do sucesso do programa.

Acordos em casos de cartel (Termos de Compromisso de Cessação de Conduta)

O Brasil possui um procedimento de celebração de acordos para empresas envolvidas em práticas de cartel que não se qualificaram para a celebração do acordo de leniência, que está disponível apenas para o primeiro proponente. O Brasil instituiu o programa de acordos em casos envolvendo a prática de cartel em

2007, por meio da alteração à Lei 8.884/94²⁶ e de alterações a suas Resoluções. A nova Lei de Defesa da Concorrência de 2011 trouxe poucas alterações às regras referentes a investigações antitruste e celebração de acordos contidas na lei anterior, de 1994, alterada em 2007, delegando ao Cade poderes para estabelecer regras complementares sobre acordos por meio de Resoluções.

O artigo 85 da Lei 12.529/2011 e os artigos 219 e 220 do RICADE permitem ao Cade firmar termos de compromisso de cessação (TCC) com empresas e/ou pessoas físicas em casos de conduta. Em março de 2013, o Cade apresentou alterações às exigências para a celebração de TCCs, com o fim de promover transparência e criar incentivos para a celebração de acordos por aqueles que não conseguiram se habilitar para a leniência.²⁷ Sob as novas regras, os proponentes devem:

- Reconhecer participação no cartel (sob o regime anterior, apenas o proponente da leniência deveria admitir participação).
- Cessar a prática da conduta investigada.
- Recolher contribuição pecuniária.
- Fornecer colaboração significativa para a SG.

As propostas de TCC podem ser aceitas em qualquer momento da investigação, mesmo após a conclusão da instrução pela SG e enquanto o Tribunal analisa o caso antes do julgamento. O valor da redução da pena, contudo, é menor se o TCC foi proposto após o fim da instrução pela SG e o caso já se encontra no Tribunal. O requerimento de termo de compromisso somente pode ser apresentado uma única vez. O Cade pode concordar em manter a negociação do TCC confidencial a pedido do proponente. Contudo, o inteiro teor do termo é disponibilizado no site do Cade após sua celebração. Apenas seus anexos e documentos serão mantidos em confidencialidade (incluindo o histórico da conduta

²⁶ Lei 11482/07.

²⁷ Resolução n.º 5 de 6 de março de 2013.

contendo descrição detalhada da prática) e serão acessados apenas pela parte envolvida no acordo e pelo Cade.

Caso a proposta de TCC seja aceita e o acordo firmado, suspende-se o prosseguimento das investigações em relação ao(s) compromissário(s) do TCC enquanto os termos do compromisso estiverem sendo cumpridos, e o caso é arquivado ao término do prazo fixado se todas as condições estabelecidas no termo forem observadas.²⁸ A avaliação de que as partes atenderam ou não às condições estabelecidas no termo ocorrerá somente quando o Cade emitir sua decisão final no caso e, assim como no caso do proponente da leniência, o compromissário do TCC deverá cooperar com as autoridades até o fim da investigação.

Aplica-se uma escala de descontos ao valor que os proponentes do TCC devem pagar. Esses descontos variam entre:

- 30%-50% para o primeiro proponente
- 25%-40% para o segundo proponente
- até 25% para os demais proponentes (até o fim da investigação)

Para a proposta de TCCs apresentados após a instrução processual na SG e depois de os autos serem remetidos ao Tribunal, as reduções não serão maiores que 15%.

Tais descontos baseiam-se, em teoria, na multa que seria aplicada às partes investigadas pelo cartel, e devem variar de acordo com (i) a ordem de propositura e (ii) o grau e a utilidade da cooperação, bem como com o quanto a colaboração contribuiu para o progresso do caso.

O Cade publicou Guia sobre Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel em 2016, atualizado em 2017. Seu objetivo é promover maior transparência e previsibilidade ao delinear a prática e os parâmetros que já vinham sendo utilizados pelo Cade na negociação de TCCs nos últimos anos. O Guia também detalha o método utilizado para avaliar o grau da colaboração para estabelecer o percentual de desconto aplicável,

²⁸ Artigo 85, parágrafos 8 e 9 da Lei 12.529/2011.

bem como critério utilizado para calcular a “multa esperada”. O Guia também aumenta a transparência em questões como a aplicação de desconto em determinado caso, mas não em outro. De fato, o Guia foi eleito como o melhor instrumento de *soft law* (“*Best Soft Law Instrument*”) na Categoria de Práticas Concertadas da *Concurrences – Institute of Competition Law*.

A despeito desses avanços nos procedimentos aplicáveis aos TCCs do Cade, alguns desafios permanecem. Uma dificuldade em particular é a de alcançar um entendimento mútuo acerca do que seria a “multa esperada” em caso de condenação. Isso decorre da falta de diretrizes à aplicação de multa sob a nova Lei. A estimação da multa esperada requer a definição: (i) do faturamento relevante a ser considerado como a base de cálculo da multa, o que, segundo a nova Lei, deveria ser o faturamento bruto obtido pela empresa, grupo ou conglomerado “no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”; e (ii) o percentual da multa a ser aplicado, que, segundo a Lei 12.529/2011, deve variar de 0,1% a 20% do faturamento relevante.

Há considerável debate dentro do Cade, entre os advogados atuantes na área e a comunidade acadêmica acerca da definição de “ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração”. Esse é claramente um dos temas mais controversos atualmente em relação à aplicação de multas e negociação de acordos no Brasil. Alguns defendem que esse conceito jurídico deva ser interpretado para abranger somente os produtos e serviços afetados pelas condutas investigadas ou os mercados relevantes afetados, enquanto que outros, incluindo o Cade, defendem uma interpretação mais ampla, a fim de incluir outros produtos e serviços que possam ser considerados como parte da mesma atividade econômica (ver seção 6.1.1 abaixo).

A exigência do reconhecimento de participação na conduta investigada por parte de representados em investigações de cartel para a celebração de TCCs tem o condão de preservar o programa de leniência e o elemento dissuasório. Contudo, essa obrigatoriedade pode desempenhar um papel importante na decisão de um representado firmar um acordo, considerando que os TCCs não fornecem imunidade a possíveis ações de reparação por danos concorrenciais ou para quaisquer indivíduos que estão

sendo investigados na seara criminal, dado que os cartéis também constituem crime no Brasil. Essa ausência de imunidade penal para pessoas físicas que decidem celebrar TCCs tem sido considerada como uma barreira que pode impedi-las de se engajar em negociações de TCCs, e pode resultar em um conflito de interesses entre a empresa e seus funcionários, caso a empresa opte por firmar um TCC com o Cade, ainda que seus funcionários decidam não fazê-lo. Isso é particularmente pertinente no momento atual, em que há uma crescente tendência de perseguição penal de práticas anticompetitivas.

Todavia, o procedimento relacionado à celebração de TCC é visto como um importante complemento ao programa de leniência do Cade, e a quantidade de TCCs aprovados em investigações de cartel nos anos recentes destaca o uso significativo desse procedimento.

Tabela 3. Termos de Compromisso de Cessação em casos de cartel

	Número total de TCCs aprovados	Número de TCCs aprovados em casos envolvendo cartel	Contribuições pecuniárias de TCCs em casos envolvendo cartel
2012	5	2	R\$ 50.000,00 (US\$ 32.071,00)
2013	53**	9	R\$ 38.893.044,00 (US\$ 23.581.646,00)
2014	36	23	R\$ 153.432.075,00 (US\$ 87.812.208,00)
2015	58	40	R\$ 409.650.186,00 (US\$ 220.314.171,00)
2016	54	50	R\$ 748.986.289,00 (US\$ 377.228.813,00)
2017	70	61	R\$ 844.285.544,00 (US\$ 417.065.829,00)
2018*	32	28	R\$ 212.017.177,00 (US\$ 104.733.666,00)

Nota: *Janeiro a outubro; ** 42 desses foram celebrados com a Unimed (cooperativa de serviços médicos) na mesma sessão de julgamento do Tribunal, para concluir casos relacionados à exigência de exclusividade na prestação de serviços médicos.

O desenvolvimento do procedimento relacionado à celebração de TCCs no Cade tem buscado proteger o valor de seu programa de leniência. A celebração de TCCs tem sido considerada um instrumento para tornar a persecução concorrencial mais eficiente e rápida na resolução de problemas no mercado, bem como um instrumento para detectar outros potenciais casos envolvendo cartel. Isso depende, sem dúvida, da consistência ao longo das equipes da SG responsáveis pelas negociações individuais de acordos, bem como no âmbito do Tribunal em suas negociações de TCC.

Persecução penal de práticas de cartel

A despeito de ser uma infração administrativa, o cartel também é tipificado como crime no Brasil, sob a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/1990). O artigo 4, inciso II da referida lei estabelece que constitui crime formar “acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços ou quantidades, o controle regionalizado do mercado ou o controle, em detrimento da concorrência, da rede de distribuição ou de fornecedores.” A lei não se aplica a empresas, apenas a pessoas físicas. As violações são sancionadas por meio de multa e prisão de dois a cinco anos. Ademais, a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) trata especificamente de práticas de fraude a licitações, estabelecendo sanções de multa e prisão de dois a quatro anos.

O Cade não possui competência para aplicar a legislação penal, que fica a cargo do Ministério Público Federal e Estadual (são 26 estados e o Distrito Federal no Brasil). Ademais, a polícia (local ou federal) poderá iniciar investigações de cartel e apresentar os resultados de suas investigações para os promotores, que têm discricionariedade para iniciar ação penal contra as pessoas físicas em questão.

A antiga SDE, e hoje o Cade, tem investido em estabelecer cooperação interinstitucional com as autoridades responsáveis pela persecução penal, com as quais possui estreita cooperação. Ao iniciar investigação de cartel, o Cade habitualmente solicita ao Ministério Público que inicie investigação criminal em paralelo. O Ministério Público também é convidado para a celebração de

acordos de leniência, garantindo assim que o proponente não estará sujeito à persecução criminal em paralelo. Em 2008, o Ministério Público Estadual de São Paulo criou uma unidade especial para investigar cartéis e para cooperar com a então SDE em investigações administrativas e criminais conjuntas. Esse arranjo transformou-se em um modelo para a cooperação com outras promotorias estaduais.

Em dezembro de 2007, a Polícia Federal estabeleceu um “Centro de Inteligência para Investigações de Cartel” para promover esforços de cooperação em investigações conjuntas na seara administrativa e criminal de cartéis. Os acordos de cooperação com promotorias estaduais levaram à criação, em 2009, de uma “Estratégia Nacional Anticartel”, fórum permanente constituído por autoridades antitruste da seara penal e administrativa para discutir a implementação de leis de combate ao crime de cartel no país. Em novembro de 2013, o Cade celebrou acordo de cooperação com a Polícia Federal, estabelecendo a estrutura para a cooperação sob a nova lei antitruste.

Até a presente data, o Cade possui 20 acordos de cooperação técnica com autoridades responsáveis pela persecução penal, como os Ministérios Públicos e a Polícia Federal, que têm o objetivo de integrar e aprimorar investigações que envolvam tanto questões anticorrupção quanto antitruste. Isso tem facilitado a cooperação nos casos envolvendo a Operação Lava Jato. Acordos assinados com promotorias estaduais também levaram à cooperação que resultou na descoberta de outros casos envolvendo cartel.²⁹

Não há dados completos sobre investigações criminais de cartéis. De acordo com trabalhos acadêmicos, há atualmente mais de 350 executivos enfrentando acusações criminais no país por supostas condutas de cartel, e há decisão criminal transitada em

²⁹ Cita-se, como exemplo, a colaboração do Cade com o Ministério Público Estadual do Paraná em relação à celebração de acordo de leniência no contexto da operação Lava Jato, que resultou na descoberta de um cartel na licitação para a concessão da operação da usina hidrelétrica de Belo Monte.

julgado condenando 19 executivos à pena de multa por violações envolvendo a prática de cartel.³⁰ Diversos casos estão em fase de recurso. Contudo, alguns casos resultaram em condenações criminais e até sentenças de prisão.³¹ Em 2014, o juízo criminal condenou um réu envolvido em cartel internacional a 10 anos e 3 meses de prisão, e estabeleceu indenização de aproximadamente US\$ 130 milhões. Apesar de a pena máxima prevista para cartéis ser de 5 anos, o magistrado considerou o réu culpado por diversas acusações (cartel e formação de quadrilha). Outros 21 executivos foram condenados a penas de prisão de dois anos e meio a cinco anos e três meses por crimes relacionados a cartel.³² Tais decisões enfatizam que o juízo criminal considera o cartel como uma violação grave que justifica a imposição de penas de prisão.

4.1.2. Acordos verticais

O quadro para analisar restrições verticais no Brasil é estabelecido pelo artigo 36 da Lei 12.529/2011, conforme descrito acima, que trata de todos os tipos de conduta anticompetitiva à exceção de atos de concentração. O parágrafo 3º do artigo 36 contém uma lista longa, porém não exaustiva, de atividades que podem ser consideradas como infrações concorrenciais, desde que tenham por objeto ou efeito a distorção da concorrência. Práticas verticais potencialmente anticompetitivas incluem fixação dos preços de revenda, discriminação de preços, venda casada, exclusividade e recusa de contratar.

A Lei de Defesa da Concorrência não define o conceito de restrições verticais. Contudo, o Anexo I da Resolução do Cade nº 20/99 estabelece que práticas restritivas verticais consistem em “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços

³⁰ Ver <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2013/03/Volume-47-Relat%C3%B3rio-Final.pdf> p. 26.

³¹ Sobre o cartel no município de Vitória/Espírito Santo, ver: Ação Penal n.º 024.08.009660-5.

³² Martinez, AP e Araujo, MT “Anti-Cartel Enforcement in Brazil: Status Quo & Trends”, in Zarzur C, Katona K e Villela, M (ed.) *Overview of Competition Law in Brazil* (2015, IBRAC/Editora Singular, São Paulo) p. 266.

em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado-alvo).” O referido documento também observa que “as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem”. O documento também afirma que tais práticas devem ser analisadas sob o princípio da razoabilidade (regra da razão), uma vez que as autoridades devem ponderar as eficiências econômicas da conduta com seus efeitos anticompetitivos.

O Anexo II também da referida Resolução determina os “critérios básicos na análise de práticas restritivas”, que incluem:

- A definição do mercado relevante
- A estimativa da participação conjunta dos representados no mercado relevante
- A análise da estrutura de mercado, incluindo barreiras à entrada e outros fatores que possam afetar a rivalidade
- O exame de possíveis ganhos de eficiência gerados pela conduta e sua ponderação em relação a efeitos anticompetitivos de fato ou potenciais.

As restrições verticais são analisadas por meio da regra da razão, que se baseia: na análise do poder de mercado; nos potenciais efeitos negativos da alegada conduta anticompetitiva; e nas eficiências econômicas geradas. Na prática, não se concluiu em nenhum caso até o presente momento que a conduta anticompetitiva estaria justificada por eficiências econômicas.

O artigo 36 da Lei 12.529/2011 estabelece a presunção de posição dominante para empresa ou grupo que controle 20% ou mais do mercado relevante. Esse parâmetro pode fornecer alguma orientação para o setor privado, em razão de ser improvável que o Cade conclua por uma violação na ausência de poder de mercado.

Como resultado, o Cade instaura poucas investigações envolvendo práticas restritivas verticais que também não sejam consideradas como abuso de posição dominante. Os principais tipos de restrição vertical que foram analisados pelo Cade são descontos condicionados, práticas de exclusividade, fixação dos preços de revenda e venda casada.

A prática de fixação dos preços de revenda (*resale price maintenance* - RPM) é tratada de forma diferente depois da decisão do Cade em 2013 de condenar a fabricante de autopeças SKF por determinar preço mínimo de revenda³³. Como resultado dessa decisão, a prática de RPM é hoje considerada ilícita, a não ser que os representados sejam capazes de provar suas eficiências econômicas. Assim, a prática será considerada infração independentemente da duração (no caso mencionado, os distribuidores seguiram ordens por apenas sete meses) e de os distribuidores terem efetivamente seguido os preços mínimos. Essa posição, tomada pela maioria dos Conselheiros, se distancia das decisões anteriores, que adotaram uma abordagem baseada na regra da razão envolvendo práticas de fixação de preços de revenda.

Quadro 4. Casos de restrição vertical

2018 – Anfape – autopeças

Investigação instaurada em 2009, após representação apresentada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (Anfape) em face de três fabricantes de automóveis, alegando exercício abusivo do direito de propriedade intelectual por meio de ações judiciais e medidas extrajudiciais no mercado secundário (*aftermarket*). A Anfape afirmou que esses direitos somente poderiam ser exigidos no mercado primário, ou seja, no mercado de comercialização de veículos e, portanto, não poderiam ser exercidos pelos fabricantes no mercado secundário de peças de reposição no mercado automobilístico. O exercício desses direitos constituiria exercício abusivo de posição dominante por parte dos fabricantes de automóveis, levando ao fechamento de mercado. Em votação acirrada, a maioria dos Conselheiros do Cade votaram pelo arquivamento do procedimento administrativo, afirmando que não haveria razão para diferenciar o mercado primário e o mercado secundário em termos de aplicação do direito de propriedade intelectual. O Tribunal também afirmou que não havia indícios suficientes para concluir pelo exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual por parte dos fabricantes automotivos.

³³

Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

2018 – Agências de viagem online

A Superintendência-Geral investigou cláusulas de paridade de preços utilizadas pelas empresas Booking.com, Decolar.com e Expedia em contratos firmados com redes hoteleiras, com o fim de garantir que seus sites ofereçam condições mais vantajosas aos consumidores em comparação àquelas ofertadas nos canais de venda dos hotéis ou em plataformas de empresas concorrentes. As três empresas firmaram TCCs com o Cade após negociação com a SG. Como resultado, a investigação foi suspensa. Os TCCs preveem que as três empresas devem cessar o uso de cláusulas de paridade de preço em relação ao canal de vendas off-line dos hotéis e em relação a plataformas concorrentes. Contudo, a SG reconheceu que o uso de tais cláusulas em relação aos sites do próprio hotel seria justificável para evitar o “efeito carona” (*free rider effect*).

2009 – AmBev

A investigação envolvia um programa de fidelidade desenvolvido pela AmBev, a maior produtora de cerveja do país, que contava com uma participação de 70% no mercado. O programa fornecia pontuações aos pontos de vendas pela comercialização de produtos da AmBev, que poderiam ser trocadas por prêmios. O Cade concluiu (com base em documentos obtidos durante inspeção nas instalações da AmBev) que o programa era implementado de uma forma que criavam incentivos para exclusividade de contratação, fechando o mercado para concorrentes. O Cade impôs multa de R\$ 352 milhões (aproximadamente US\$ 272 milhões). Essa é a multa mais alta imposta pelo Cade para restrições verticais anticompetitivas. A decisão foi questionada no Judiciário e, em 2015, foi firmado termo de acordo judicial entre a AmBev e o Cade, por meio do qual a empresa se comprometeu a encerrar seu programa de fidelidade e a recolher contribuição pecuniária no valor de R\$ 229,1 milhões (aproximadamente US\$ 177 milhões).

4.1.3. Abuso de posição dominante

A nova Lei de Defesa da Concorrência proíbe, em seu artigo 36, inciso IV, o exercício abusivo de posição dominante por empresa no mercado. O parágrafo 3º do mesmo artigo contém uma longa lista não exaustiva de práticas que podem ser consideradas infrações antitruste, dado que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de distorcer a concorrência. As práticas listadas incluem práticas tanto abusivas quanto exclusionárias, incluindo

recusa de contratação e restrições ao acesso de concorrente às fontes de insumo ou aos canais de distribuição, e a prática de preço predatório.

O parágrafo 2º do artigo 36 da referida lei também estabelece a presunção de posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante.³⁴ Essa “presunção de dominância”, contudo, não é absoluta, uma vez que o Cade deve levar em consideração condições de mercado (como barreiras à entrada, rivalidade, poder de compra dos consumidores, dentre outros elementos) para concluir se a empresa ou o grupo de empresas detêm posição dominante em um mercado específico. O artigo 36 também estabelece que o Cade poderá alterar o percentual de 20% “para setores específicos da economia”, o que ainda não foi formalmente feito pela autoridade.

O parâmetro de 20% estabelecido na Lei não apenas é baixo, mas também dissonante com a prática na maioria das jurisdições em que a participação de mercado não é considerada uma boa referência para auferir poder de mercado. De toda forma, o Cade tem tipicamente analisado abuso de posição dominante a partir de uma abordagem caso a caso. Ademais, o Cade também tem, normalmente, considerado o parâmetro de 20% de participação de mercado como uma “zona de segurança” não vinculante (“*soft safe harbour*”) – ou seja, uma presunção relativa, refutável, de que a empresa investigada não possui posição dominante se sua participação de mercado estiver abaixo de 20%. Apesar de o Cade reconhecer que o critério da participação de mercado não é suficiente para determinar se uma empresa possui posição dominante, há uma tendência, na prática, de basear a análise na participação de mercado em razão da presunção legal estabelecida pelo artigo 36. Por exemplo, no caso da suposta prática de preço predatório praticado pela Siemens em

³⁴ O Anexo II da Resolução do Cade n.º 20/99 estabelece critérios para a definição do mercado relevante tanto na dimensão produto quanto geográfica.

licitação pública para fornecimento de equipamentos técnicos, a posição de dominância da Siemens foi presumida exclusivamente em decorrência de sua participação de mercado (33,8%).³⁵ O Cade concluiu não haver violação após avaliação dos efeitos competitivos da alegada conduta, que concluiu haver baixas barreiras à entrada no mercado investigado. Provavelmente, caso tivesse considerado a existência de poucas barreiras à entrada como parte de sua avaliação de poder de mercado, o Cade teria concluído que a empresa não detém posição dominante, e teria arquivado o caso em um estágio anterior. De maneira semelhante, em outros casos envolvendo cooperativas médicas, por exemplo, presumiu-se haver posição dominante por parte dos representados por sua participação de mercado, de 24%³⁶ em um caso e de 32,32%³⁷ em outro.

Enquanto o baixo valor mínimo não parece estar causando problemas, a abordagem do Cade levanta certo grau de insegurança para as empresas. Além disso, uma definição jurídica de posição dominante baseada em participação de mercado não reflete a melhor prática internacional.

Até o momento, o Cade não emitiu ato normativo interno ou guia estabelecendo o critério de análise em casos de abuso de posição dominante sob o novo regime concorrencial. Assim, a autoridade tem se baseado nas normas emitidas sob a lei anterior (a Resolução 20/1999) e em sua jurisprudência. Não há, contudo, conceito de precedente jurídico vinculante. Os Conselheiros do Cade não estão, portanto, obrigados a seguir entendimentos firmados em decisões anteriores ao decidirem os seus casos. De acordo com o Regimento Interno do Cade (RICADE), alcança-se segurança jurídica somente se o Cade tiver 10 precedentes concordantes, que poderão então ser compendiados em súmula. Há, atualmente, nove súmulas, oito das quais referem-se à análise de ato de concentração. Segundo a Súmula nº 7, constitui infração concorrencial a criação de impedimentos ou dificuldades, por

³⁵ Processo Administrativo n.º 08012.000478/1998-62.

³⁶ Processo Administrativo nº 08012.007205/2009-35.

³⁷ Processo Administrativo nº 08012.001503/2006-79.

parte de cooperativa com posição dominante, a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa.

O Anexo II da Resolução do Cade nº 20/1999 estabelece uma abordagem baseada em efeitos para a análise de conduta unilateral. Um abuso de posição dominante sob o artigo 36, portanto, somente ocorrerá quando as alegadas eficiências não forem capazes de compensar os efeitos negativos da prática. A estrutura geral da análise feita pelo Cade é, portanto: (i) analisar se a empresa investigada detém posição dominante no mercado relevante; (ii) avaliar os efeitos negativos (potenciais ou de fato) da conduta à concorrência; e (iii) analisar eventuais eficiências. Até a presente data, contudo, o Cade não aceitou argumentos relacionados a eficiências em nenhum de seus casos.

Desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas. Há diversas razões para isso. Nos anos iniciais da vigência da Lei 12.529/2011, o Cade concentrou seus esforços na implementação do novo sistema de notificação prévia. Posteriormente, a ênfase alterou-se para o programa de combate a cartéis em 2014. O envolvimento do Cade na Operação Lava Jato também consumiu recursos significativos e tem sido prioridade em razão da importância nacional da investigação. Como resultado, houve poucos casos e decisões de conduta unilateral.

Ademais, reunir a análise de atos de concentração econômica e de casos de conduta unilateral na mesma coordenação-geral tem inevitavelmente limitado o número de investigações envolvendo abuso de posição dominante. Tradicionalmente, os servidores responsáveis por investigar tais condutas veem-se obrigados a pausar suas investigações para priorizar análises de atos de concentração, que contam com prazos estritos a serem cumpridos. A duração das investigações de abuso de posição dominante também tem tido efeito sobre a predisposição de denunciadores em trazer possíveis casos ao Cade.

Para além das limitações de recurso, também tem faltado no Cade a *expertise* analítica necessária para conduzir a rigorosa análise quantitativa exigida em casos complexos de conduta unilateral. O Cade raramente conduziu análise quantitativa para

mensurar os efeitos líquidos à concorrência ou definiu testes econométricos objetivos para determinar se houve infração às regras relacionadas ao abuso de posição dominante. O Cade reconhece a necessidade de desenvolver a *expertise* de seus servidores e o conhecimento em economia da concorrência. Apesar do número crescente de funcionários no Departamento de Estudos Econômicos, há preocupação de que há poucos economistas com nível de Doutorado que possam atuar nos casos complexos de conduta unilateral. Ademais, também se pode afirmar que, apesar de a análise de conduta unilateral estar alocada junto com a análise de atos de concentração nas coordenações-gerais da SG, não é possível atingir os ganhos de escala que são atingidos em análises de atos de concentração, nas quais mesmo as análises econômicas complexas podem ser padronizadas.

A questão relacionada à *expertise* econômica não é restrita somente aos servidores da SG, mas também tem impacto no Tribunal. As investigações da SG são distribuídas por sorteio a um Conselheiro-Relator. Assim, um caso econômico complexo pode ser distribuído a um não-economista, que é encarregado de preparar o Voto-Relator para o Tribunal, com recurso limitado à *expertise* adicional. Apesar de o Voto do Conselheiro Relator não ser vinculante para o resto do Plenário, ele pode não conter a análise econômica profunda necessária para subsidiar as deliberações do Tribunal nesses casos.

Essa tendência, contudo, parece estar mudando, à medida que o Cade direciona mais recursos para concluir investigações relacionadas a abuso de posição dominante e, ocasionalmente, lança novas investigações na área. Alocar um servidor dentro de cada uma das cinco coordenações-gerais de análise antitruste responsáveis pela análise de atos de concentração e condutas unilaterais para conduzir casos de conduta unilateral pode impulsionar a declaração de compromisso do Cade em direção à abertura de mais casos de abuso de posição dominante, ainda que seja insuficiente para resolver a questão de forma estrutural. De fato, o Cade instaurou, recentemente, quatro investigações relacionadas a abuso de posição dominante contra a empresa Google, o que reforça que a autoridade tem colocado maior ênfase nesses tipos de conduta, bem como a necessidade de mais recursos alocados a casos envolvendo abuso de posição dominante.

Além disso, tanto a SG quanto o Tribunal têm solicitado ao Departamento de Estudos Econômicos que conduza mais análises econômicas detalhadas em diversas questões para embasar seus pareceres. O Departamento também tem conduzido uma série de estudos sobre política concorrencial, bem como estudos de mercado em setores específicos. O objetivo é utilizar esses estudos para complementar as evidências na análise de definições de mercado, efeitos concorrenciais, eficiências e o desenho e a aplicação de remédios. Por exemplo, em um dos dois casos envolvendo abuso de posição dominante instaurados em 2015 em face da empresa Uber, aplicativo de chamada de carros, o parecer do DEE sobre o impacto da Uber no transporte individual de passageiros concluiu que a entrada da Uber no mercado teve efeitos positivos sobre os consumidores e foi usado como uma das justificativas para arquivar a Investigação Preliminar que havia sido instaurada em face da empresa.³⁸

Tabela 4. Casos de abuso de posição dominante (números) 2012-2018

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018**
Investigações envolvendo exercício abusivo de dominante iniciadas*						1	3
Sanções impostas pelo Tribunal	1	5	2	2	3	nenhuma	2
TCCs aprovados	3	43	5	8	3	6	5
Multas impostas (R\$ e equivalente em US\$)	N/A	R\$ 5.920.214,00 (US\$ 3.589.547,00)	R\$ 3.037.608,00 (US\$ 1.738.483,00)	R\$ 41.056.255,00 (US\$ 22.080.485,00)	R\$ 32.214.530,00 (US\$ 16.224.928,00)	NA	R\$ 5.761.411,00 (US\$ 2.846.060,00)
Contribuições pecuniárias de TCCs (R\$ e equivalente em US\$)	R\$ 101.621.132,00 (US\$ 65.182.700,00)	R\$ 3.021.025,00 (US\$ 1.831.710,00)	R\$ 9.450.000,00 (US\$ 5.408.422,00)	R\$ 7.690.024,00 (US\$ 4.135.775,00)	R\$ 2.774.216,00 (US\$ 1.397.241,00)	R\$ 271.346,00 (US\$ 134.041,00)	R\$ 30.463.236,00 (US\$ 15.048.433,00)

Nota: *Investigações aprofundadas ou procedimentos administrativos instaurados; ** Janeiro a outubro

³⁸

Inquérito Administrativo n.º 08700.019060/2015-97.

Em termos de setores envolvidos, o Cade tem atuado na análise de exercício abusivo de posição dominante em setores regulados, com enfoque especial em setores financeiros, saúde, serviços portuários, petróleo e gás natural (o último em decorrência do monopólio da Petrobrás). A economia digital e os casos envolvendo novas tecnologias também estão em alta (ver menção à investigação envolvendo agências de viagens online na seção anterior, que foi suspensa em razão dos TCCs firmados). A Superintendência-Geral observou que, a despeito do foco do Cade nessa área, o desafio é avaliar a evolução do mercado e o quanto a autoridade deve interferir.³⁹

³⁹ MLex Market Insight, 11 de abril 2018, *Unilateral conduct probes to get boost in Brazil; digital economy a priority, Cade official says*, <https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/antitrust/latin-america/unilateral-conduct-probes-to-get-boost-in-brazil-digital-economy-a-priority,-cade-official-says>.

Quadro 5. Casos de abuso de posição dominante

Serviços financeiros

Em março de 2016, o Cade instaurou diversos inquéritos administrativos para investigar se grandes instituições financeiras, empresas emissoras de cartão e credenciadoras restringiram a concorrência por meio de acordos de exclusividade e recusa de contratar com concorrentes. Considerou-se que os acordos reforçavam a posição dominante das empresas provedoras de cartão Cielo e Rede, em benefício dos bancos que as controlavam.

- O primeiro inquérito administrativo foi instaurado para analisar se as redes de cartão de crédito Elo, Alelo, American Express (Amex), Hipercard e Ticket tinham relação de exclusividade com as credenciadoras Rede, Cielo ou com as emissoras de cartão Banco do Brasil, Bradesco e Itaú.
- O segundo inquérito tinha por objetivo investigar os bancos Banco do Brasil, Bradesco e Itaú-Unibanco, acusados de se recusarem a processar a agenda de recebíveis de credenciadoras concorrentes da Rede e da Cielo, suas controladas.
- O terceiro inquérito visava a investigar se a Rede e a Cielo discriminavam concorrentes ao utilizar tecnologia relacionada à inserção de chaves criptográficas em seus equipamentos Pinpad, dificultando o acesso ao mercado por credenciadoras concorrentes de menor porte.

Em 5 de abril de 2017, o Cade assinou TCCs em duas das investigações:

- O Itaú-Unibanco e a Hipercard firmaram TCCs no primeiro inquérito, comprometendo-se a habilitar novas credenciadoras para a captura de transações com cartões de débito e crédito de sua bandeira, bem como a atingir determinadas metas durante o período de dois anos.
- A Rede firmou acordo no terceiro inquérito, comprometendo-se a fornecer acesso a seus Pinpads para concorrentes, de forma indiscriminada, desde que a Rede recebesse tratamento recíproco. Em 28 de junho de 2017, a Cielo e a Elo também firmaram TCCs em condições similares.

O Cade arquivou a investigação em face da Alelo, Amex e Ticket em julho de 2017, ao concluir que essas redes de cartão de crédito tinham, de iniciativa própria, aberto suas redes de processamento para outras

credenciadoras, cessando voluntariamente todos os arranjos de exclusividade contratuais e de fato com as credenciadoras.

Gás natural

Em 2013, o Cade instaurou investigação para averiguar se o Consórcio Gemini, uma *joint venture* envolvendo a Petrobrás, a White Martins e a GNL Gemini se beneficiaram de subsídios cruzados ou preços mais baixos de gás fornecidos pela sua acionista Petrobrás, gerando aumento do custo da rival. Apesar de a criação do Consórcio Gemini ter sido aprovada pelo Cade em 2006, algumas das restrições impostas foram anuladas por um juízo federal.

Em abril de 2015, a SG considerou que o acordo de fornecimento de gás entre a Petrobrás e o Consórcio Gemini gerava o risco de fornecer ao consórcio vantagem ilícita em relação a concorrentes e determinou medida preventiva, confirmada pelo Tribunal, para determinar a cessação de possível tratamento discriminatório no fornecimento de gás pela Petrobras ao Consórcio Gemini. Em sede de recurso, a medida preventiva foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal concluiu, por maioria, que a Petrobrás e a White Martins forneceram ao consórcio tratamento preferencial injustificado nos preços praticados para o fornecimento de gás natural, permitindo ao consórcio praticar preços inferiores aos praticados pelos seus concorrentes, gerando fechamento de mercado.

Os membros do Consórcio Gemini foram condenados ao pagamento de multa no valor total de R\$ 21 milhões (US\$ 11,6 milhões). O Tribunal também impôs sanções de natureza comportamental, exigindo que as empresas deem cumprimento à medida preventiva ou, alternativamente, que a Petrobrás opere o Consórcio Gemini a preços não subsidiados, em consonância com a Nova Política de Preços da Petrobrás, incluindo condições comerciais análogas às praticadas entre a Petrobrás e a Comgás, como descontos e ajustes contratuais, em linha com o princípio de não-discriminação.

Área de Saúde

O Cade investigou e impôs sanções a diversos acordos de exclusividade, muitos dos quais envolveram a Unimed, cooperativa de médicos com atividades em 75% do país. A Unimed credenciava médicos e hospitais para o fornecimento de serviços de saúde e, geralmente, tais fornecedores eram proibidos de se credenciar com qualquer outro plano de saúde.

O Cade proibiu a exigência de exclusividade de credenciamento e impôs sanções à Unimed em todos os casos em que a empresa detinha participação de mercado alta (geralmente em torno dos 50%). O Cade decidiu pela condenação em mais de 70 desses casos – incluindo a imposição de multa de R\$ 2,9 milhões (US\$ 1,8 milhões) em 2013 contra uma cooperativa da Unimed no sul do país, por reincidência.

O Cade firmou acordos em outras 39 investigações, sob a condição de que a Unimed encerrasse as práticas de unimilitância (exigência de exclusividade das cooperativas de plano de saúde aos médicos e elas cooperados). A condenação mais recente envolveu a Unimed na região de Missões, no sul do país, que também impunha exclusividade. Em fevereiro de 2016, o Cade também firmou TCC com a Unimed Catanduva, que apenas credenciava empresas como seus provedores de serviço se fossem controladas por médicos cooperados da Unimed.

TCCs em casos de abuso de posição dominante

O procedimento relativo à celebração de acordos previsto no artigo 85 da Lei 12.529/2011 e no Regimento Interno do Cade (RICADE, artigos 219 a 223) permite às empresas ou pessoas físicas a celebração de acordos (Termos de Compromisso de Cessação ou TCCs) com o Cade em relação a qualquer tipo de violação antitruste. Dessa forma, o procedimento relativo ao compromisso de cessação aplica-se também a casos de abuso de posição dominante, além de cartéis.

O procedimento de negociação do TCC descrito no RICADE é, em grande parte, o mesmo para ambos os casos envolvendo exercício abusivo de posição dominante e cartéis, com algumas notáveis diferenças. Em primeiro lugar, diferentemente de TCCs em cartéis, em que há reconhecimento obrigatório de participação na conduta investigada, a propositura de TCC em casos envolvendo conduta unilateral não implica o reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário, nem de ilicitude da conduta investigada. Isso também traz implicações para potenciais ações de reparação de danos, uma vez que não se poderá utilizar as decisões de celebração de TCC para comprovar a prática anticoncorrencial no Judiciário. Segundo, em contraste com as negociações de TCC em cartéis, não é necessário apresentar contribuição pecuniária ao

Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Quando há exigência de contribuição pecuniária, surgem dúvidas similares às apresentadas em TCCs envolvendo cartéis, relativas à multa esperada e ao grau da contribuição pecuniária.

Como demonstrado na Tabela 4 acima, a maioria dos casos envolvendo exercício abusivo de posição dominante são concluídos por meio de TCCs, de forma que há poucas decisões emitidas pelo Tribunal.

Os representados em casos de conduta unilateral têm os mesmos incentivos para celebrar TCCs que os representados em casos de cartel. Em casos de conduta unilateral, há o incentivo adicional de que os acordos não têm envolvido contribuições pecuniárias particularmente altas.

A política do Cade é de encorajar a celebração de TCCs para concluir investigações em conduta unilateral, assim como ocorre em casos envolvendo a prática de cartel. A opinião da SG é a de que os acordos têm se mostrado uma solução célere para um problema no mercado, especialmente quando a informação e a análise não estão facilmente disponíveis. Isso é considerado preferível a continuar com a investigação por outros três a quatro anos, ou mais. O Tribunal também ressaltou a importância que ele dá a TCCs em casos de conduta unilateral. Por exemplo, em fevereiro de 2017, o Tribunal aprovou a celebração de TCC entre o Cade e o Instituto Aço Brasil no contexto de uma investigação de *sham litigation*⁴⁰ - exercício abusivo do direito de petição, com a intenção de prejudicar concorrente. Alegação similar foi feita em junho de 2016, quando o Tribunal Administrativo aprovou a celebração de TCC com a Ediouro Publicações, também pela prática de *sham litigation*.⁴¹

A desvantagem do recurso extensivo à utilização de TCCs como forma de concluir casos de conduta unilateral reside na falta de precedentes e, portanto, de segurança jurídica em uma área de persecução concorrencial na qual já há poucas investigações. Ademais, caso haja divergência entre os Conselheiros, é difícil ter,

⁴⁰ Procedimento Administrativo nº 08012.001594/2011-18.

⁴¹ Procedimento Administrativo nº 08012.005335/2002-67.

nos poucos casos que chegam de fato ao Tribunal, uma posição clara sobre as questões apresentadas. A preferência por acordos agrava consideravelmente a ausência de padrões rigorosos necessários à análise de efeitos, seja em forma de guias ou de precedentes, e tem levado a inconsistências na aplicação das regras relativas ao exercício abusivo de posição dominante.

A Superintendência-Geral está otimista de que, com mais *expertise* e recursos, haverá menos acordos celebrados em casos de conduta unilateral e mais decisões substantivas emitidas pelo Tribunal.

4.2. Atos de Concentração

4.2.1. Visão Geral

Quadro geral

Uma das razões para a adoção da nova Lei de Defesa da Concorrência no Brasil, que entrou em vigor em 2012, foi a inadequação do regime de controle de concentrações *a posteriori*, baseada em um sistema de notificação com critérios demasiadamente amplos e sob os quais as fusões e aquisições poderiam ser notificadas ao Cade após sua implementação.⁴²

A nova Lei de Defesa da Concorrência tinha por objetivo endereçar estas questões ao introduzir alterações estruturais e técnicas, incluindo um sistema de notificação prévia e novos critérios para notificação obrigatória. De acordo com o artigo 88 da nova Lei de Defesa da Concorrência e a Portaria Interministerial 994 de 30 de maio de 2012, os critérios atuais de notificação obrigatória são:

- Faturamento bruto anual ou volume total de negócios no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior

⁴² A Exposição de Motivos está disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=65A779D7E33E7AF394E9D7CA64DF3B95.proposicoesWeb2?codteor=339118&filename=PL+5877/2005.

a R\$ 750 milhões (aproximadamente US\$ 370 milhões) de pelo menos um dos grupos envolvidos na operação.

- Faturamento bruto anual ou volume total de negócios no Brasil equivalente ou superior a R\$ 75 milhões (aproximadamente US\$ 37 milhões) no mesmo período, de pelo menos um outro grupo envolvido na operação.

O Cade também é competente para analisar atos de concentração que não se enquadram nesses critérios, conforme tratado na subseção abaixo sobre competência residual. Essa competência deve ser exercida dentro de um ano a contar da data da consumação da operação.

Em linha com a preocupação do Cade com a qualidade técnica e a precisão de suas decisões, a autoridade tem investido no treinamento técnico de sua equipe, com a finalidade de aumentar sua capacidade de realizar análises econômicas em atos de concentração complexos. O Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) é responsável, dentre outras coisas, por assessorar a Superintendência-Geral e o Tribunal em sua análise de processos administrativos, no tocante aos aspectos econômicos dos atos de concentração.⁴³

O Cade também publicou diversos guias sobre análise de atos de concentração, incluindo o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia H”) (2016); o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica – *Gun Jumping* (2015); e, mais recentemente, o Guia de Remédios Antitruste, que tem por objetivo reunir as melhores práticas relacionadas ao desenho, aplicação e monitoramento de remédios pelo Cade.⁴⁴

⁴³ Os Pareceres elaborados pelo Departamento de Estudos Econômicos nesse tópico estão disponíveis em Português em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/pareceres-do-dee-em-atos-de-concentracao-e-conduta.

⁴⁴ Esse Guia foi publicado em 16 outubro de 2018, disponível na versão em Português em: www.cade.gov.br/aceso-a-

Competência Residual

A Resolução nº 13 de 23 de junho de 2015 estabelece o procedimento do Cade para análise de atos de concentração de notificação não-obrigatória.⁴⁵ Não há critérios específicos para o Cade em relação à escolha dos atos de concentração que a autoridade entenda devam ser analisados a despeito de não se enquadrarem nos critérios de notificação obrigatória.

Até o presente momento, três casos foram analisados em razão da jurisdição residual do Cade. Em todos eles, a autoridade decidiu analisar o caso em função das elevadas participações de mercado detidas pelas partes, apesar de os critérios de notificação obrigatórios não terem sido observados: (i) o ato de concentração envolvendo as empresas Greca Distribuidora, Betunel e Centro Oeste Asfaltos⁴⁶; (ii) a aquisição do Grupo *Mallinckrodt* pela *Guerbe*⁴⁷; e (iii) a aquisição da *All Chemistry* pela SM Empreendimentos⁴⁸. Os dois primeiros casos foram aprovados sem restrições. O último caso ainda está sob análise.

Nexo local

De acordo com os critérios de notificação de atos de concentração econômica no Brasil, seria possível, em teoria, que os atos de concentração ou *joint ventures* sem efeitos diretos no Brasil estivessem sujeitos ao controle de atos de concentração no país. Por exemplo, os critérios de notificação obrigatória poderiam ser atingidos se duas empresas multinacionais com operações no Brasil adquirissem controle compartilhado de empresa que possui

informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view.

⁴⁵ Disponível em português em: www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucaondeg-132015.pdf/@download/file/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%B02013-2015.pdf.

⁴⁶ Ato de Concentração nº 08700.006497/2014-06.

⁴⁷ Ato de Concentração nº 08700.005959/2016-21.

⁴⁸ Ato de Concentração nº 08700.005972/2018-42.

atividades limitadas em outro país, independentemente da distância em relação ao Brasil.

Contudo, o controle brasileiro de atos de concentração aplica-se somente a operações que produzam ou possam produzir efeitos significativos no mercado local. Ou seja: (i) quando a empresa adquirida tenha faturamento no país, seja por meio de vendas locais ou exportações; ou (ii) o mercado relevante geográfico da operação possa ser classificado como mundial e a empresa adquirente ou seu grupo econômico tenha a oportunidade de comercializar seus produtos ou serviços no Brasil.

Como resultado, operações internacionais de empresas que não detêm ativos substantivos no Brasil podem, mesmo assim, estar sujeitas à notificação obrigatória no país, caso tais operações envolvam grupos econômicos com negócio de volume significativo no Brasil e haja possibilidade efetiva de comercialização dos produtos da empresa resultante da operação no país.

Consumação prévia de atos de concentração (Gun jumping)

Os atos de concentração de notificação obrigatória não podem ser consumados antes de serem aprovados por decisão da autoridade. Dessa forma, as partes da operação devem permanecer independentes, sem qualquer interferência nas atividades um do outro e sem qualquer troca de informações concorrencialmente sensíveis entre si.

A Lei de Defesa da Concorrência permite às partes da operação solicitarem autorização precária e liminar para a consumação de ato de concentração econômica enquanto a aprovação definitiva ainda está pendente, em circunstâncias excepcionais. Para solicitar tal autorização, os requerentes de aprovação de ato de concentração econômica devem provar que: (i) a operação não gera risco à concorrência nos mercados relevantes; (ii) as medidas para as quais foi solicitada a autorização com vistas à consumação sejam totalmente reversíveis; e (iii) a empresa adquirida sofreria prejuízos financeiros severos e irreversíveis caso a consumação tomasse mais tempo (por exemplo, se a empresa adquirida estiver em crise financeira).

O Cade tem sido extremamente relutante em autorizar tais pedidos. Até outubro de 2018, houve apenas uma autorização no caso envolvendo as empresas Excelente B.V. e a Rio de Janeiro Aeroportos. A operação, aprovada em dezembro de 2017, consistiu na aquisição de controle de uma concessão aeroportuária na qual, em função do quadro regulatório aplicável, a espera pela decisão de aprovação do Cade poderia significar o descumprimento de obrigações financeiras para operar um aeroporto no Rio de Janeiro, causando interrupção às atividades desse aeroporto.

A prática de *gun jumping* pode levar a multas que vão de R\$ 60.000,00 a R\$ 60 milhões (aproximadamente de US\$ 29.639,00 a 30 milhões) e à declaração de nulidade da operação, bem como à abertura de processo administrativo para investigar potenciais infrações antitruste.⁴⁹

Caso o Cade suspeite da prática de *gun jumping*, a autoridade conduzirá investigação para avaliar eventual consumação prévia da operação sob o procedimento para Apuração de Ato de Concentração (APAC). O APAC é instruído pela SG e posteriormente enviado ao Tribunal para julgamento.

Não há dispositivos na Lei de Defesa da Concorrência que permitam a utilização de instrumentos contratuais com o fim de separar determinados ativos para blindá-los dos efeitos do fechamento de uma operação global (*carve-out agreements*) como instrumento de não configuração de *gun jumping*. Autoridades do Cade já se pronunciaram no sentido de não aceitarem a prática de *carve-out*. Em 2016, o Cade condenou a *Cisco Systems Inc.* e a *Technicolor S/A* pelo fechamento da operação sem a aprovação final do Cade, considerando que o *carve-out agreement* configurou a consumação prévia. As partes recolheram R\$ 30 milhões (aproximadamente US\$ 15 milhões) como resultado de negociação de contribuição pecuniária.

⁴⁹ Artigo 88, parágrafo 3º da Lei 12.529/2011.

4.2.2. Análise de atos de concentração na prática

Entre 2012 (entrada em vigor da atual Lei de Defesa da Concorrência) e 2017, o Cade analisou 2.588 atos de concentração. Desses, 46 casos foram objeto de impugnação pela SG e foram encaminhados para análise aprofundada do Tribunal.

Apenas em 2017, o Cade analisou 378 atos de concentração. Desse total, 355 casos foram aprovados sem restrições, 5 foram aprovados com restrições, 9 casos não foram conhecidos, 6 foram arquivados e 3 casos foram rejeitados.

Tempo de análise e procedimentos

O Cade conta com o máximo de 330 dias para analisar uma operação. Caso a autoridade não conclua sua análise nesse período, a operação será considerada aprovada. Desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, menos de 1% das operações chegaram ao prazo limite e nenhuma foi aprovada em função da não observância do prazo.

A nova Lei de Defesa da Concorrência e o Regimento Interno do Cade (RICADE) estabelecem processos bem definidos e prazos estritos para a análise de atos de concentração. O período máximo de análise sob o artigo 88 da Lei 12.529/2011 é de 240 dias. Esse período pode ser prorrogado por até 60 dias a pedido das partes e por não mais que 90 dias mediante decisão fundamentada do Tribunal.

A Resolução nº 16/2016 estabelece o prazo para a análise de atos de concentração pela Superintendência-Geral sob o procedimento sumário em 30 dias a partir da data do protocolo da petição ou de sua emenda. Além disso, há o período de 15 dias de espera após a publicação da decisão de aprovação da SG no Diário Oficial da União, durante o qual a decisão de aprovação pode ser objeto de recurso por partes interessadas ou pela agência reguladora respectiva em se tratando de mercado regulado. O Tribunal também pode avocar o processo dentro desse prazo, tanto em casos sob o procedimento sumário quanto ordinário. Em casos analisados sob o rito ordinário, as requerentes devem também levar em consideração o tempo necessário para a apresentação de versões preliminares do formulário de notificação à SG antes que

a notificação seja considerada como válida. Ao considerar que o formulário contém as informações e documentos indispensáveis para a análise, a SG fará publicar edital no Diário Oficial da União e iniciará a análise do caso.

A decisão final para os atos de concentração tanto em procedimento sumário quanto ordinário, bem como em atos considerados complexos, é dada pelo Superintendente-Geral, que pode aprovar a operação imediatamente, situação que se aplica normalmente para casos sob o procedimento sumário ou sob o procedimento ordinário de menor potencial lesivo à concorrência. Casos complexos seguramente tomarão mais tempo, e serão analisados pelo Tribunal caso sejam impugnados pela SG ou avocados por algum de seus Conselheiros.

Caso a SG decida impugnar uma operação, ela deve demonstrar detalhadamente suas preocupações e recomendar ao Tribunal que aprove a operação com restrições ou a rejeite. O caso será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator. As requerentes terão 30 dias para apresentar ao Tribunal oposição à impugnação do ato de concentração pela SG. Em sequência, o Conselheiro-Relator ao qual o caso foi distribuído por sorteio pode solicitar informações adicionais que considere relevante, incluindo pareceres não vinculantes do Departamento de Estudos Econômicos ou da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade. O Conselheiro Relator preparará seu relatório e voto, que serão submetidos a todos os demais membros do Tribunal durante sessão de julgamento pública. A decisão final é tomada no Tribunal por maioria.

A substituição dos procedimentos referentes à análise *a posteriori* do antigo sistema resultou em melhorias significativas na apreciação de atos de concentração econômica pela autoridade. Desde a implementação do novo regime, os casos sob o procedimento sumário são decididos, em média, dentro de 15 dias, e os casos sob o procedimento ordinário são analisados, em média, dentro de 96 dias. Em 2017, o tempo médio de análise de ato de concentração foi de 30 dias, significativamente melhor que a média de 154 dias em 2011, ano anterior à entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência.

Em 2017, o tempo médio de decisão em ato de concentração foi de 30 dias, apesar do número alto de operações complexas que estavam sob análise. Os casos sob o procedimento sumário (aproximadamente 83% do total) foram analisados em uma média de 15 dias⁵⁰. A média do ano anterior foi mantida e obteve-se um equilíbrio constante entre o número de novas notificações e a conclusão de análises das operações em curso.

Procedimento sumário

A Resolução nº 02/2012 do Cade estabelece regras e procedimentos relacionados à análise de ato de concentração econômica.⁵¹ Em consonância com as Recomendações da OCDE, essa Resolução estabelece um rito sumário para a análise de operações com menor potencial ofensivo à concorrência.

O artigo 8 da mencionada Resolução lista todos os casos que podem ser analisados sob o rito sumário: *joint ventures* clássicas que não resultem em sobreposição horizontal, substituição de agente econômico, sobreposição horizontal com baixa participação de mercado (abaixo de 20%), integração vertical com baixa participação de mercado (menos de 30% tanto nos mercados a jusante quanto a montante), ausência de nexo causal (variação do HHI inferior a 200 pontos) quando a participação de mercado conjunto esteja abaixo de 50% e outros casos simples não mencionados acima. A Resolução também estabelece o prazo de 30 dias para a análise de atos de concentração sob o rito sumário.

O procedimento sumário representa cerca de 85% de todas as aprovações de atos de concentração econômica desde a entrada

⁵⁰ DAF/COMP/AR(2018)20. Relatório Anual sobre Avanços na Política da Concorrência no Brasil (*Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil*), apresentada pelo Brasil ao Comitê de Concorrência da OCDE para a reunião de 06 a 08 de junho de 2018.

⁵¹ Disponível em Português em: www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view.

em vigor da atual Lei de Defesa da Concorrência, em 29 de maio de 2012.

Informações necessárias

Ao notificar uma operação, as partes devem fornecer ampla quantidade de informações ao Cade, a menos que o caso se qualifique para a análise sob o rito sumário. A notificação inclui informação sobre as partes e seus respectivos grupos econômicos, principais clientes e fornecedores, faturamento, linha de negócios, participação dos membros de órgãos de gestão em concorrentes e informações detalhadas do mercado para os últimos cinco anos, em relação a todos os mercados relevantes horizontal ou verticalmente relacionados à operação, incluindo proposta de definição de mercado relevante, estimativa de participação de mercado das requerentes e de concorrentes relevantes, resumo da dinâmica concorrencial dos mercados afetados, incluindo condições de entrada e de saída do mercado, rivalidade, etc. A quantidade de informações iniciais assemelha-se ao procedimento de instrução da fase de análise aprofundada (*second request*) nos Estados Unidos.

Caso a operação se qualifique para o rito sumário, a informação solicitada sobre o mercado é muito mais limitada e o formulário de notificação é mais fácil e rápido de ser elaborado.

Análise aprofundada

Após a publicação do edital de notificação, a SG pode conhecer diretamente o pedido e proferir decisão terminativa, caso entenda que o processo dispensa diligências adicionais ou sempre que o procedimento sumário for aplicável.

A SG também pode declarar a operação como complexa por meio de decisão fundamentada e determinar a realização de instrução complementar. Ao adotar esta decisão, a SG poderá solicitar ao Tribunal prorrogação do prazo inicial de 240 dias para a análise do ato de concentração.

Após a conclusão da instrução complementar, a SG poderá decidir pela aprovação sem restrições da operação ou oferecer impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato de

concentração deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não há elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.

O Tribunal do Cade analisará o ato de concentração de forma independente, sem estar obrigado a seguir a recomendação da SG. Desde 2012, apenas 46 dos 2.588 atos de concentração notificados ao Cade foram impugnados pela SG e encaminhados ao Tribunal para análise aprofundada.

Compromissos assumidos em atos de concentração

O Cade aplicou diversos remédios comportamentais e estruturais em operações que apresentavam dano à concorrência, especialmente em atos de concentração horizontal. Como exemplo, cita-se o desinvestimento de ativos produtivos, direitos de propriedade intelectual relacionados à tecnologia e marcas, dentre outros.

Caso a SG considere necessário aplicar restrições para aprovar o ato de concentração, as requerentes serão informadas das preocupações que a operação suscita. Nesse caso, a SG poderá estabelecer diálogo com as requerentes para avaliar seu interesse em apresentar proposta de remédios a serem adotados por meio de um Acordo em Controle de Concentração (ACC).

Propostas de ACCs podem ser submetidas ao Cade desde a notificação do ato de concentração até 30 dias após a publicação da decisão de impugnação da SG que encaminha os autos ao Tribunal. Caso o ACC seja proposto pelas requerentes antes da decisão da SG, o acordo é negociado com a SG e será encaminhado posteriormente ao Tribunal para análise, com o qual as partes poderão discutir e negociar a proposta e que terá a palavra final. Depois de emitido o parecer da SG, o ACC é negociado diretamente com o Tribunal.

As propostas passam por uma análise de proporcionalidade, tempestividade e viabilidade. Dá-se preferência a remédios estruturais que se enquadrem nesses critérios, porque abordam diretamente o problema concorrencial causado pela alteração na estrutura de mercado, resultado de concentrações horizontais ou verticais. Remédios estruturais também geram menores custos de monitoramento e um risco

menor de distorção do mercado. Nesse contexto, um remédio estrutural como um desinvestimento será provavelmente mais eficaz do que um remédio comportamental, uma vez que aborda diretamente a causa do dano concorrencial e levará a menores custos de monitoramento.

Caso não seja possível adotar um remédio estrutural, o Cade considerará remédios comportamentais que cumpram com os critérios mencionados acima, quais sejam, proporcionalidade, tempestividade e viabilidade. Remédios estruturais têm sido utilizados em alguns casos, especialmente aqueles envolvendo cooperação entre concorrentes ou questões verticais.

Os atos de concentração para os quais não se identifiquem remédios capazes de mitigar os efeitos negativos à concorrência poderão ser rejeitados. O Cade também pode rejeitar proposta de ACC caso não haja informações suficientes para avaliar a proporcionalidade, tempestividade e viabilidade das obrigações contidas na proposta.

Apresentam-se, a seguir, exemplos de operações que foram aprovadas mediante compromissos assumidos por meio de ACCs.

Ato de concentração Dow/DuPont⁵²

Esse caso foi decidido no contexto da necessária notificação em diversas jurisdições da operação entre Dow Chemical (Dow) e DuPont de Nemours (DuPont). As requerentes negociaram um ACC com o Cade, que previa obrigações alinhadas com os remédios impostos em outras jurisdições nas quais a operação foi analisada. O caso foi objeto de intensa cooperação internacional com autoridades estrangeiras de concorrência, o que permitiu a adoção de um conjunto consistente de remédios e a indicação de um *trustee* de monitoramento comum.

A fim de endereçar as preocupações relacionadas à sobreposição nos mercados de ciência material, as empresas se comprometeram a desinvestir o negócio global de copolímeros de ácido da Dow (que consiste em um conjunto de ativos tangíveis e

⁵² Ato de Concentração nº 08700.005937/2016-61.

intangíveis e um quadro de funcionários necessário para assegurar a viabilidade e competitividade do negócio) e de ionômeros. Em relação ao mercado de defensivos agrícolas, as empresas também propuseram o desinvestimento dos ativos relacionados ao negócio de herbicidas e inseticidas da DuPont. Para endereçar as preocupações relacionadas ao mercado de sementes, a Dow comprometeu-se a desinvestir determinados ativos relacionados ao seu negócio de sementes de milho no Brasil.

O ACC proposto também estabeleceu exigências mínimas para os potenciais compradores, com o objetivo de garantir que sejam capazes de rivalizar de forma efetiva com a nova empresa resultante da fusão global. As formas e os prazos dos desinvestimentos são confidenciais.

Ato de concentração Itaú/XP⁵³

A operação consistiu na proposta de aquisição, pelo Itaú Unibanco, o maior banco do Brasil, de parte do capital social da XP Investimentos, empresa de serviços financeiros. As empresas se comprometeram a fortalecer seus mecanismos de governança a fim de garantir a independência da atual administração da XP e manter os incentivos das empresas como no cenário anterior à operação. Isso eliminou as preocupações do Cade em relação à possível redução da pressão competitiva exercida pela XP no mercado.

Outras obrigações assumidas pelas empresas têm o objetivo de mitigar riscos de discriminação ou de fechamento do mercado resultantes do reforço da integração vertical existente entre a XP e o Itaú. A XP comprometeu-se a não discriminar produtos de investimento oferecidos pelos concorrentes do Itaú e está proibida de adotar cláusulas de exclusividade com outros ofertantes de produtos de investimento, a fim de não dificultar o acesso de outras plataformas abertas a esses produtos e ao canal de distribuição da XP. O Itaú, por sua vez, comprometeu-se a não discriminar plataformas concorrentes da XP caso o banco decida distribuir seus produtos de investimento por meio de plataformas abertas. O acordo também proíbe o direcionamento de clientes do

⁵³ Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16.

Itaú para a XP, com o fim de evitar o reforço da posição dominante que a empresa detém atualmente.

Ambas as empresas se comprometeram a manter um canal de reclamação online, administrado por um auditor externo, que permite a terceiros reportarem possíveis denúncias de descumprimento do ACC e de outras práticas exclusionárias. O cumprimento das obrigações será monitorado por meio de um *Trustee*, que terá acesso a informações fornecidas pelas empresas.

Essa foi a primeira operação no setor financeiro proferida pelo Cade após a assinatura do Memorando de Entendimentos com o Banco Central do Brasil. As duas autoridades cooperaram ao longo da análise dessa operação.

Atos de concentração não autorizados

O Cade vetou cinco atos de concentração desde 2015: Tigres/Condor⁵⁴ em 2015; Alesat/Ipiranga⁵⁵, JBS/Mata Boi⁵⁶ e Kroton/Estácio⁵⁷ em 2017; e Ultragaz/Liquigás⁵⁸ em 2018. Abaixo, fornece-se breve visão geral sobre algumas dessas decisões.

⁵⁴ Ato de Concentração nº 08700.009988/2014-09.

⁵⁵ Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49.

⁵⁶ Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83. A operação consistia na proposta de aquisição da totalidade do capital da Fratelli Dorazio Investimentos Ltda. (atual Mataboi Participações Ltda.) e de sua subsidiária integral Mataboi Alimentos Ltda. pela JBJ Agropecuária Ltda. O Tribunal do Cade decidiu, de forma unânime, vetar a operação proposta. O Tribunal concluiu que a operação resultaria em riscos significativos à concorrência no mercado de criação de gado para abate e de abate de gado, e no mercado de comercialização de carne bovina *in natura*, e que não foram identificados remédios comportamentais ou estruturais para mitiga-los.

⁵⁷ Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, que consistiu na proposta de aquisição da Estácio Participações S/A pela Kroton Educacional S/A. O caso será detalhado adiante.

⁵⁸ Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51.

Ato de Concentração Tigres/Condor⁵⁹

A operação consistiu na proposta de aquisição de todo o capital social da Condor Pincéis Ltda. pela Tigre S/A – Tubos e Conexões, sobre a qual o Cade considerou haver preocupações no mercado de escovas da Linha Imobiliária. As empresas negociaram um ACC com o Cade, mas consideraram não ser possível cumprir com as medidas estruturais exigidas pela autoridade concorrencial.

Ato de Concentração Alesat/Ipiranga⁶⁰

A operação consistiu na proposta de aquisição da distribuidora de combustíveis Alesat Combustíveis S/A por sua concorrente, a Ipiranga Produtos de Petróleo S/A. A Alesat era a maior distribuidora de combustíveis nos mercados geográficos relevantes e tinha a capacidade de rivalizar com a Ipiranga, Petrobrás e Raízen, as três empresas que atuam a nível nacional.

O Cade concluiu que os mercados regionais seriam negativamente afetados pela operação. Uma vez que a estrutura do mercado de distribuição afeta o mercado de revenda de combustíveis, a aquisição da Alesat pela Ipiranga geraria impacto significativo na capacidade dos distribuidores de combustíveis de competir nos mercados geográficos relevantes da operação. O Cade também concluiu que a participação de mercado da Ipiranga em um cenário posterior à operação aumentava a probabilidade de abuso de poder de mercado em 11 estados e no Distrito Federal (o que corresponderia a aproximadamente 65% da operação).

O Tribunal requereu o desinvestimento da totalidade dos ativos da Alesat nos mercados problemáticos, o que não foi aceito pelas partes. O ACC apresentado pelas requerentes foi, por sua vez, rejeitado pela maioria do Tribunal, por não apresentar remédios suficientes para endereçar as preocupações identificadas. A operação foi conseqüentemente vetada.

⁵⁹ Ato de Concentração nº 08700.009988/2014-09.

⁶⁰ Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49.

Ato de Concentração Kroton/Estácio⁶¹

Essa operação consistiu na proposta de fusão das duas maiores instituições de ensino superior do Brasil – Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A.

O Cade concluiu que a operação causava preocupações concorrenciais nos mercados de educação presencial, devido à ausência de rivalidade suficiente em oito municípios brasileiros: Macapá, Campo Grande, Niterói, São José, Santo André, São Luís, Belo Horizonte e Brasília.

Ademais, uma das partes da operação (a Kroton) já detinha 37% do mercado de ensino à distância (EAD), participação que aumentaria para 46% após a operação. O Tribunal considerou que a Kroton detinha marcas fortes na modalidade presencial, como a Anhanguera e a Pitágoras, que alavancam sua atuação no EAD. Desta forma, a operação suscitava preocupações em função do aumento do poder de mercado das requerentes. O Cade também considerou que os remédios apresentados pelas partes não endereçavam, de forma satisfatória, as preocupações identificadas.

Ato de Concentração Ultragaz/Liquigás⁶²

Em 28 de fevereiro de 2018, o Tribunal vetou a venda da Liquigás, detida pela Petrobrás, para seu concorrente, a Ultragaz. O Tribunal considerou que a aquisição proposta aumentaria a capacidade da Ultragaz de exercer abuso do seu poder de mercado no mercado de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP).

O parecer da Superintendência-Geral do Cade, emitido em 2017, destacou que a operação poderia resultar em alta concentração de mercado. A Ultragaz e a Liquigás detêm, respectivamente, a maior e a segunda maior participação de mercado nacional de GLP. Em um cenário pós-transação, a nova empresa deteria mais de 40% das vendas em diversos estados

⁶¹ Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, que consistiu na proposta de aquisição da Estácio Participações S/A pela Kroton Educacional S/A. O caso será detalhado adiante.

⁶² Ato de Concentração nº 08700.002155/2017-51.

brasileiros. A operação poderia eliminar um forte concorrente em um mercado em que quatro empresas já detinham mais de 85% da oferta em um cenário anterior à operação.

5. Procedimentos de persecução concorrencial

Esta seção descreve os procedimentos utilizados na investigação e persecução de violações à Lei de Defesa da Concorrência e detalha o processo e o cronograma seguidos pelo Cade em casos antitruste. O procedimento aplicável ao controle de atos de concentração encontra-se descrito na Seção 4.2 acima.

5.1. Visão geral dos procedimentos em casos de conduta

A nova Lei de Defesa da Concorrência fornece descrição mais detalhada das regras procedimentais relacionadas a investigações, estabelecendo distinção mais clara entre os diferentes tipos de procedimento que podem ser instaurados pela SG, quais sejam: (i) “Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo” (Procedimento Preparatório); (ii) “Inquérito Administrativo”; e (iii) “Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica”.⁶³ O Regimento Interno do Cade (RICADE) traz regras específicas aplicáveis a cada um dos procedimentos. A escolha de qual procedimento será utilizado depende do grau de prova que a SG detém sobre a potencial infração à Lei de Defesa da Concorrência.

Os procedimentos podem ser iniciados: (i) *ex officio*; (ii) como resultado de representação fundamentada de qualquer interessado; (iii) como resultado de “peças de informação”; (iv) após a realização de procedimento preparatório ou da conclusão de inquérito administrativo; ou (v) em face de representação advinda de Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas, da SEPRAC e da SEFEL, das agências reguladoras ou da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade. Na última hipótese, a SG poderá instaurar diretamente Inquérito Administrativo ou Processo Administrativo.⁶⁴

⁶³ Artigo 175 e seguintes do RICADE.

⁶⁴ Artigo 176 do RICADE.

5.1.1. Procedimento preparatório

A SG poderá instaurar Procedimento Preparatório para determinar, no prazo de 30 dias, se a conduta sob análise envolve matéria de competência do Cade e, caso positivo, se deve ser objeto de análise aprofundada por parte do Cade. Da decisão de arquivamento do Procedimento Preparatório cabe recurso à SG no prazo de cinco dias a contar da decisão. O Tribunal, a pedido de um de seus Conselheiros, pode avocar o Procedimento Preparatório, caso em que poderá confirmar a decisão de arquivamento ou determinar seu retorno à SG para instauração de Inquérito Administrativo.⁶⁵

5.1.2. Inquérito Administrativo

O Inquérito Administrativo é instaurado pela SG quando não há indícios suficientes da conduta anticompetitiva para a abertura de Processo Administrativo. A SG possui 180 dias para conduzir o Inquérito Administrativo e, dentro de dez dias de seu encerramento, deve decidir se irá arquivar o Inquérito ou instaurar Processo Administrativo em face das empresas e pessoas físicas investigadas. Esse período de 180 dias poderá ser prorrogado por 60 dias por meio de despacho fundamentado da SG. A decisão de arquivamento pode ser objeto de recurso da mesma forma aplicável ao Procedimento Preparatório. No caso de avocação pelo Tribunal, a autoridade poderá: (i) confirmar a decisão de arquivamento; (ii) determinar o retorno dos autos à SG para instauração de Inquérito Administrativo ou de Processo Administrativo; ou (iii) sortear Conselheiro-Relator⁶⁶ para decidir, dentro de 30 dias, se confirmará a decisão de arquivamento ou se decidirá pela instauração de Processo Administrativo e produção de instrução complementar, que poderá ser conduzido pela SG. Caso o Conselheiro-Relator decida pela instauração de Procedimento Administrativo após a conclusão da instrução pela SG, o Conselheiro-Relator poderá decidir pela realização de

⁶⁵ Artigo 180 do RICADE.

⁶⁶ Artigo 185 § 2 do RICADE.

instrução complementar, que poderá ser conduzida pela SG.⁶⁷ O Processo Administrativo perante o Tribunal segue o mesmo procedimento formal observado perante a SG.

5.1.3. Processo Administrativo

Quando o Processo Administrativo é instaurado como resultado de Inquérito Administrativo, a nota técnica deste constitui a representação, contendo as denúncias em face dos representados. Os representados terão 30 dias para apresentar defesa e especificar as provas que pretendem produzir, incluindo a qualificação completa de testemunhas. Os representados poderão solicitar prorrogação de prazo de 10 dias para apresentar sua defesa com base na complexidade do caso⁶⁸. A SG terá 30 dias a contar do decurso do prazo de apresentação da defesa para determinar a produção de provas que julgar pertinente. A SG também poderá exercer poderes instrutórios de acordo com a Lei de Defesa da Concorrência. Dentro de 5 dias da data de conclusão desta fase de instrução processual, a SG notificará os representantes para apresentarem alegações em até cinco dias. Dentro de 15 dias do decurso desse prazo, a SG remeterá os autos ao Presidente do Tribunal, apresentando, por meio de documento detalhado, seu parecer pelo arquivamento do caso ou pela configuração da infração.⁶⁹

O Presidente do Tribunal distribuirá o processo por meio de sorteio a um Conselheiro-Relator. O Conselheiro-Relator será responsável pela análise do caso e elaboração do voto-relator, que será submetido a julgamento perante o Plenário do Tribunal. O Conselheiro-Relator pode solicitar informações adicionais dos representantes, bem como parecer não-vinculante da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade no tocante aos aspectos jurídicos do caso, bem como do Ministério Público Federal, tanto sobre questões procedimentais quanto substantivas. O Conselheiro-Relator também poderá solicitar informações,

⁶⁷ Artigos 181-185 do RICADE.

⁶⁸ Artigos 191-192 do RICADE.

⁶⁹ Artigos 186-196 do RICADE.

esclarecimentos e documentos a quaisquer pessoas físicas ou empresas, entidades ou agências públicas antes de emitir seu voto.

Quando o procedimento estiver pronto para julgamento perante o Tribunal, os representados serão notificados para apresentar alegações finais no prazo de 15 dias, ao Conselheiro-Relator.

Antes de o caso ser discutido no plenário, os membros do Tribunal discutem o mérito do caso e as possíveis soluções disponíveis. O objetivo é garantir que todos os membros do Tribunal estejam plenamente informados, permitindo o manejo mais rápido e eficiente dos casos pelo Tribunal, bem como discussões e decisões colegiadas mais aprofundadas. Caso a opinião do Conselheiro-Relator esteja em dissonância em relação à dos demais membros do Tribunal, outro Conselheiro pode solicitar a apresentação de voto-vista. Nesse caso, os Conselheiros decidirão dentre os votos apresentados ao Plenário.

O caso é então trazido perante o Plenário do Tribunal em sessão pública, durante a qual os representados poderão apresentar sustentação oral por meio de seus representantes legais. Os Conselheiros e o Presidente têm direito, cada qual, a um voto, incluindo o Conselheiro-Relator. As decisões são tomadas por maioria ou por consenso. O Cade pode decidir:

- Pelo arquivamento do caso, caso não encontre evidências de violação antitruste; ou
- Pela imposição de sanções e/ou a cessação da conduta por parte dos representados.

As sessões de julgamento são públicas. Ademais, elas podem ser acompanhadas ao vivo por áudio e estão disponíveis em arquivos online. A premissa por trás desta prática é a garantia da transparência no processo decisório do Cade, o que é importante para o dever de prestação de contas do órgão público, especialmente em face das recentes investigações envolvendo corrupção no governo. Contudo, isso também significa que, quando há discordâncias entre os Conselheiros, elas ocorrem em público, além de haver a preocupação de que um Tribunal heterogêneo dificulta a criação de precedentes claros e a criação de segurança jurídica.

Havia a impressão entre os *stakeholders* entrevistados de que há consideravelmente menos consenso hoje entre os membros do Tribunal. Enquanto que, anteriormente, era mais provável haver opiniões consensuais, o Tribunal hoje parece se assemelhar mais ao Judiciário, no sentido de que há mais opiniões dissidentes. Isso tem gerado incerteza na negociação de TCCs, uma vez que a negociação de um acordo com um Conselheiro-Relator pode não refletir a opinião do Tribunal como ocorria antes. Preocupações semelhantes foram aventadas em relação a atos de concentração, em que opiniões divergentes do Tribunal resultaram na falta de clareza na abordagem e acabaram por aumentar o tempo da análise. A continuidade das opiniões no Tribunal foi destacada como um desafio.

Durante a sessão de julgamento, o Tribunal chega a uma decisão final, que é publicada no Diário Oficial da União em cinco dias da data do julgamento. O inteiro teor da decisão também é disponibilizado ao público por meio de uma versão pública do voto do Conselheiro-Relator, que é juntada aos autos públicos. Votos-vista apresentados durante a sessão de julgamento por outros membros do Tribunal também são disponibilizados nos autos públicos. O não cumprimento das decisões do tribunal levará à execução judicial da decisão pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.

Tanto o Procedimento Preparatório quanto o Inquérito Administrativo poderão tramitar sob sigilo caso seja do interesse da investigação, a critério da SG. No caso de acordos horizontais, é comum que a investigação tramite sob sigilo até que a SG tenha indícios suficientes para instaurar um Processo Administrativo. Em casos de abuso de posição dominante iniciada por representação, a SG informará as partes envolvidas na representação das alegações e solicitará comentários e informações relevantes. Os investigados serão, portanto, informados imediatamente sobre a existência de Procedimento Preparatório ou de Inquérito Administrativo.

Os representados são notificados assim que o Procedimento Administrativo é instaurado. Caso as partes investigadas não sejam devidamente notificadas, as conclusões da

investigação são invalidadas com base na violação do devido processo legal.

No caso de investigações públicas, o despacho de instauração da investigação é tornado público quando disponibilizado no sistema oficial de gestão de documentos do Cade – o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) – que disponibiliza para consulta online por parte do público em geral todos os autos não confidenciais. A instauração de um Processo Administrativo, por sua vez, é tornada oficialmente pública por meio da publicação do despacho de instauração no Diário Oficial da União.

O Cade pode ter reuniões sobre o caso com os representados, bem como com terceiros interessados. As reuniões podem ocorrer a pedido da autoridade, dos representados ou dos terceiros interessados. Uma lista de presença, com indicação do tema tratado em reunião, será disponibilizada nos autos públicos do processo.

Em 2014, o Cade realizou uma reforma organizacional de tecnologia da informação (TI) com a implementação do SEI, o Sistema Eletrônico de Informações, tornando os procedimentos do Cade “sem papel”. Esse passo importante aumenta a eficiência e a produtividade interna e fornece acesso online a todas as decisões do Cade.

5.2. Separação das funções de investigação e de tomada de decisão

A estrutura institucional do Cade estabelece separação entre o seu braço de investigação – a Superintendência-Geral – e o Tribunal, responsável pelos julgamentos. Há um *Chinese wall* entre a SG e o Tribunal. A SG é responsável por conduzir a investigação e o Tribunal somente será informado sobre as conclusões da investigação e possíveis acordos assinados no âmbito da investigação uma vez que a SG tenha concluído sua análise.

Não obstante, o sistema fornece ao Tribunal um envolvimento mais substantivo na análise de casos advindos da SG, bem como na negociação de acordos, tanto em sede de

conduta (TCCs) quanto de atos de concentração (ACCs). Ao receber um caso da SG, seja um ato de concentração impugnado ou um procedimento de conduta, o Tribunal pode realizar sua própria análise aprofundada do caso, instrução e análise provas. Também há a possibilidade de o Tribunal avocar a decisão de arquivamento de Inquérito Administrativo da SG, bem como a possibilidade de um Conselheiro-Relator transformar o Inquérito Administrativo em um Processo Administrativo, determinando realização de instrução complementar.

O Tribunal também pode negociar acordos em casos de cartel ou conduta unilateral. Diferentemente da SG, que define o período de negociação, o RICADE estabelece um prazo de 30 dias para o processo de negociação com o Conselheiro-Relator, prorrogáveis por mais 30 dias. Esse prazo pode ser suspenso caso sejam necessárias diligências adicionais. É comum, contudo, que haja diversas suspensões do período de negociação, de forma que algumas negociações no Tribunal podem levar anos. Isso significa, novamente, que o Tribunal detém um papel mais ativo do que o normalmente associado a um órgão decisório.

Diversos profissionais do setor privado entrevistados durante o processo de revisão por pares apontaram a tendência do Tribunal de revisar ACCs concluídos pela SG, afetando o período de análise do ato de concentração.

Houve uma impressão geral de que há uma confusão entre as funções da SG e do Tribunal no tocante às atribuições de investigação e instrução.

5.3. Poderes de investigação

O Cade considera deter poderes suficientes e efetivos para conduzir investigações. A autoridade conta com uma combinação de instrumentos “brandos” e “fortes” (“*soft*” and “*hard*” tools). Na ponta branda da escala, a SG e o Tribunal podem solicitar cópia de documentos e objetos anexos em processo administrativo concluído ou em andamento instaurados por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal que possam estar relacionados

a condutas potencialmente anticompetitivas, como prova em sua investigação.⁷⁰

Já os instrumentos mais fortes variam de pedidos de informação a buscas e apreensões. Ambos SG e Tribunal podem emitir ofícios requerendo informações, que podem incluir pedidos de esclarecimento e questionários a terceiras partes. A SG também pode solicitar esclarecimentos orais de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, bem como audiências com testemunhas. Caso a pessoa física ou jurídica se recuse a cumprir com o pedido, o Cade poderá impor multa.

A SG também pode conduzir inspeção na sede ou em qualquer escritório ou filial de empresa investigada, nos quais estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, bem como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos podem ser vasculhados. A inspeção depende do consentimento da empresa. O consentimento é necessário em razão da garantia prevista na Constituição Federal da inviolabilidade do domicílio, que se estende ao estabelecimento ou escritório de empresa. Essa barreira legal somente pode ser removida pelo consentimento com a inspeção ou por meio de uma ordem judicial (ver parágrafo abaixo). Os poderes de inspeção são raramente utilizados.

A SG também pode solicitar ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, mandado de busca e apreensão para buscar objetos, papéis de qualquer natureza, bem como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos no interesse de investigação administrativa. Essa situação difere da inspeção, uma vez que a empresa não pode impedir a busca caso haja um mandado judicial. Na prática, em razão de dificuldades no sistema Judiciário para a concessão de mandados de busca e apreensão, a SG geralmente depende de provas produzidas no âmbito de acordo de leniência para convencer juízes federais a autorizar a emissão do mandado. Até o momento, todos os pedidos da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade para o Judiciário por mandados de busca e apreensão sob a atual Lei de Defesa da Concorrência

⁷⁰ Lei 12.529/2011, artigo 9, incisos VIII e XVIII (para o Tribunal), e artigo 13, inciso VI, alíneas a e b (para a SG).

foram concedidos. O Cade publicou o Manual sobre Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização em 2017. De 2013 a 2017, o Cade realizou 14 buscas e apreensões.

A SG não tem o poder de executar ou solicitar escutas telefônicas ou monitoramento de e-mails. Tais procedimentos são permitidos somente em investigações criminais, mediante autorização específica do Poder Judiciário.

Esses poderes são reforçados por meio dos artigos 40 a 42 da Lei 12.529/2011. O Cade está provido, portanto, de uma ampla gama de poderes investigativos e está pronto para garantir seu cumprimento por meio da imposição de penalidades por descumprimento.

5.3.1. Termos de Compromisso de Cessação (TCCs)

A Lei 12.529/2011 e o Regimento Interno do Cade (RICADE) (artigos 224 a 236) preveem a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas firmarem termos de compromisso de cessação de conduta com o Cade em relação a qualquer tipo de violação antitruste. As propostas de TCC podem ser aceitas em qualquer fase da investigação, até que o Cade chegue à decisão final. Por meio desses acordos, o Cade compromete-se a suspender as investigações em face de seus signatários até que tais signatários cumpram os termos contidos no acordo e se comprometam com todas as obrigações contidas no TCC.

Os procedimentos aplicáveis para a proposta, negociação e celebração de TCCs foram descritos na seção acima sobre acordos em cartéis e acordos em casos de abuso de posição dominante.

Os acordos permitem que autoridades concorrenciais e as partes envolvidas na investigação economizem tempo e recursos. Do ponto de vista da autoridade: os acordos poupam tempo e recursos que seriam necessários para investigar e punir condutas em um procedimento completo, para produzir decisões de mérito fundamentadas e/ou defender os casos em eventual litígio judicial. Para os representados, os principais benefícios incluem multa reduzida, maior possibilidade de se chegar uma solução aceitável

em um período de tempo definido e a possibilidade de evitar uma investigação demorada e custosa e um litígio que pode tirar o foco da gestão e gerar publicidade negativa da investigação.

A política de acordos do Cade é considerada um sucesso em relação a condutas anticompetitivas no Brasil, especialmente em investigações envolvendo práticas de cartel. Também é considerada um importante complemento ao programa de leniência, que está disponível somente para o primeiro proponente. Contudo, a possibilidade de se firmar acordos tanto em casos envolvendo cartel quanto conduta unilateral após a conclusão da investigação pela SG, e enquanto o Tribunal decide sobre o caso antes de seu julgamento, é incomum em comparação a outras jurisdições. Essa possibilidade levanta questionamentos sobre os ganhos de eficiência que normalmente são o pilar de um programa de acordos. Não haveria qualquer economia de custos para a investigação conduzida pela SG se um acordo é firmado depois que o caso foi remetido ao Tribunal para julgamento. O sistema potencialmente presume que há economia de recursos para a análise feita pelo Conselheiro-Relator. Isso, contudo, sugere que o Tribunal possa conduzir o que se aproxima mais de uma segunda investigação, além de exercer sua função decisória.

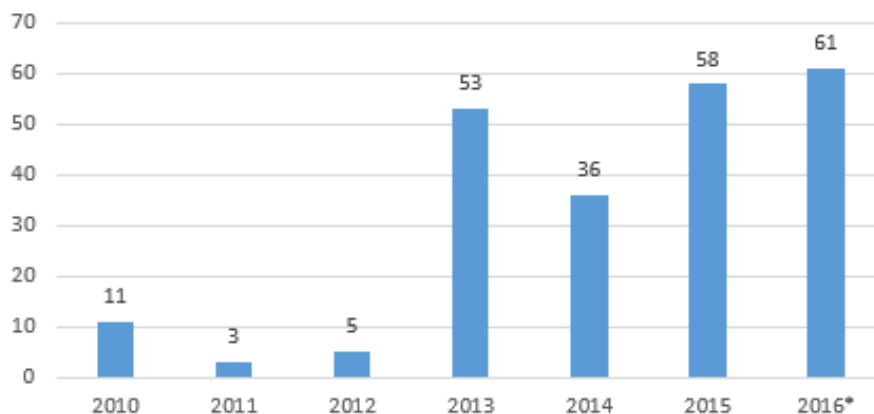
Há algumas diferenças importantes entre a política de TCCs do Cade aplicável a casos envolvendo cartéis e casos envolvendo posição dominante. Acordos em casos envolvendo cartel exigem reconhecimento de participação na conduta. Isso não se aplica a acordos em condutas unilaterais, de forma que não há decisão pela ocorrência da infração. O procedimento do Cade aplicável a casos de abuso de posição dominante, portanto, assemelha-se mais a uma decisão de autorização (*commitment decision*) do que a um procedimento de acordo de outras jurisdições. Em alguns casos, contudo, os casos mais graves de exercício abusivo de posição dominante são excluídos *a priori* do escopo de *commitment decisions* em diversas jurisdições. Nesses casos, considera-se, de maneira geral, que a natureza da infração exige a imposição de sanção. Além disso, o valor das contribuições pecuniárias não tem sido muito alto em acordos envolvendo condutas unilaterais.

Os descontos aplicáveis aos TCCs envolvendo cartéis são altos comparados com os valores aplicáveis em diversas outras jurisdições. Caso a proposta de acordo seja apresentada enquanto o caso ainda está na SG, há quatro faixas predeterminadas de desconto para as contribuições pecuniárias. O primeiro representado em uma investigação de cartel a assinar o acordo terá um desconto entre 30% a 50% da multa aplicável; o segundo, de 25%-40%; e a partir do terceiro proponente, o desconto não será superior a 25% da multa aplicável. O valor exato do desconto depende de uma série de fatores, em especial o grau de colaboração do representado à investigação, em termos de provas e informações fornecidas. Caso a proposta seja feita perante o Tribunal, o desconto máximo aplicável é de 15%. Em contraste, o desconto máximo aplicável em diversas jurisdições é de 10%, para refletir a gravidade de uma violação de cartel.

O Cade tem enfatizado o uso de TCCs como um instrumento de produção de prova, para permitir que a autoridade identifique e condene um número maior de empresas envolvidas nas condutas anticompetitivas, especialmente cartel. A exigência da cooperação para a celebração de acordo, em um sistema em que nem todos os representados firmam acordos na prática, tem sido um instrumento para agilizar a fase instrutória em face dos demais representados em casos de cartel.

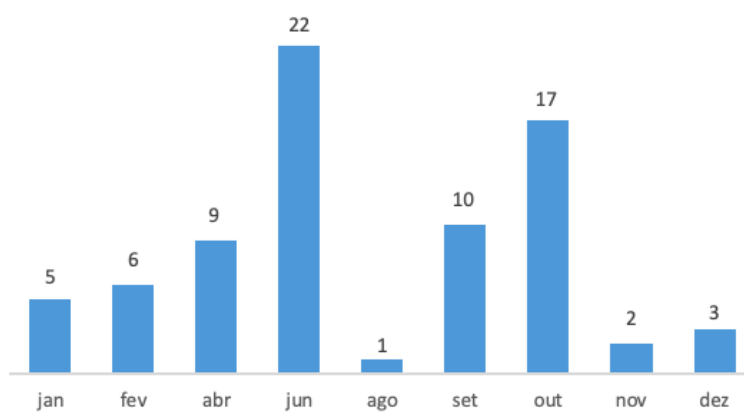
O número de TCCs tem aumentado nos últimos anos. Em 2012, o Cade havia firmado 5 TCCs. Em 2017, esse número aumentou para 69. Em 2016, o Cade recolheu quase R\$ 800 milhões (aproximadamente US\$ 403 milhões) em contribuições pecuniárias resultantes de TCCs. Em 2017, esse valor chegou a quase R\$ 850 milhões (aproximadamente US\$ 420 milhões).

Figura 5. Propostas de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) julgadas pelo Tribunal Administrativo (2010-2016)



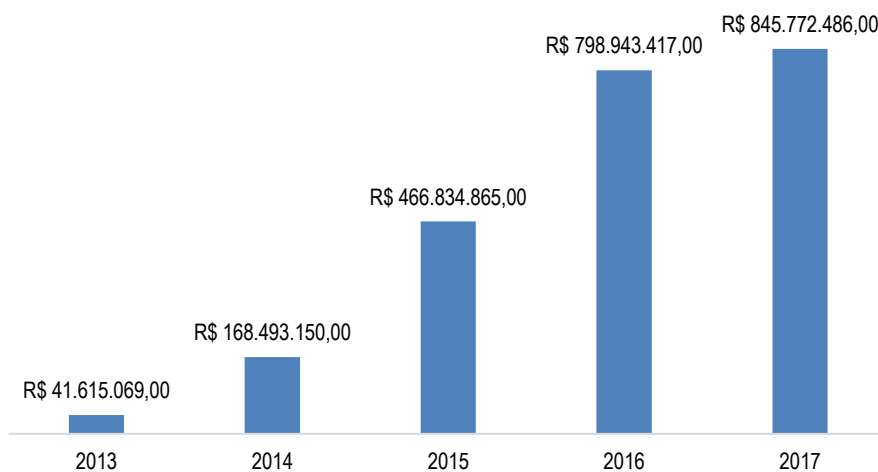
Fonte: Superintendência-Geral do Cade

Figura 6. Propostas de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) julgadas pelo Tribunal Administrativo em 2017 (75)



Fonte: Superintendência-Geral do Cade

Figura 7. Contribuições pecuniárias resultantes de Termos de Compromisso de Cessação



Fonte: Superintendência-Geral do Cade

6. Sanções e remédios

6.1. Sanções

A Lei 12.529/2011 dispõe, por meio dos artigos 37 e 38, sobre as sanções aplicáveis à infração da ordem econômica.

O artigo 45 da Lei 12.529/2011, por sua vez, lista os fatores a serem levados em consideração na aplicação das sanções à violação concorrencial. Elas incluem: (i) a gravidade da infração; (ii) a boa-fé do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a consumação ou não da infração; (v) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; (vi) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (vii) a situação econômica do infrator; e (viii) a reincidência, que levará à aplicação da multa em dobro.⁷¹ ⁷²

As seguintes penalidades poderão ser impostas, de acordo com a Lei 12.529/2011:

6.1.1. Multas

O Brasil aplica sanções a pessoas físicas e jurídicas pela prática de infrações concorrenciais, tanto de natureza substantiva quanto procedimental. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos, gerido pelo Ministério da Justiça, recolhe multas e contribuições pecuniárias para a Defesa dos Direitos Difusos. O valor recolhido é redirecionado para a sociedade brasileira por meio de ações que buscam a reparação dos danos ao meio ambiente, consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e econômico, bem como outros interesses difusos e coletivos.

⁷¹ Artigo 37, parágrafo 1º da Lei 12.529/2011.

⁷² Artigo 45 da Lei 12.529/2011.

Infrações substantivas

As empresas podem ser multadas de 0,1% a 20% de seu faturamento bruto no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração. O valor da multa nunca será inferior à vantagem auferida pela empresa com a conduta, quando seja possível estimá-la. Caso o faturamento da empresa no ramo de atividade empresarial em que a infração ocorreu não esteja disponível, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou do grupo de empresas em questão.

No caso de pessoas físicas ou pessoas jurídicas em relação às quais não seja possível utilizar o faturamento bruto como base da multa, será aplicada multa entre R\$ 50.000,00 (aproximadamente US\$ 24.700,00) e R\$ 2 bilhões (aproximadamente US\$ 988 milhões). Ademais, caso o administrador seja responsável pela conduta, seja por culpa ou dolo, estará sujeito à multa de 1% a 20% da multa aplicada à empresa. Sob a nova Lei de Defesa da Concorrência, a responsabilidade individual do administrador depende de prova de culpa ou dolo, o que dificulta a conclusão de infração pelo Cade em relação aos administradores da empresa. Esse dispositivo relacionando a multa da empresa à multa de seu administrador é incomum, notadamente em razão de não haver, necessariamente, relação entre o faturamento da empresa e o salário ou bens de seu administrador na prática.

Em casos de consumação prévia de atos de concentração, a operação poderá ser declarada nula e as requerentes estão sujeitas a multas de valor não inferior a R\$ 60.000,00 nem superior a R\$ 60 milhões (aproximadamente, de US\$ 30.000,00 a US\$ 30 milhões), conforme prevê o artigo 88, parágrafo 3º da Lei 12.529/2011. O valor da pena dependerá da condição econômica, intencionalidade e má fé das partes envolvidas, bem como os potenciais efeitos anticompetitivos da operação, dentre outros fatores.

Infrações procedimentais

A Lei de Defesa da Concorrência prevê uma série de penas para infrações procedimentais. Dentre elas:

- Multas de R\$ 20.000,00 a R\$ 400.000,00 (aproximadamente US\$ 9.900,00 a US\$198.000,00) por impedir, obstruir ou dificultar a realização de inspeção devidamente autorizada pelo Cade no curso de um procedimento preparatório, inquérito administrativo, processo administrativo ou qualquer outro procedimento.⁷³
- Multas diárias de R\$ 5.000,00 (aproximadamente US\$ 2.500,00) pela recusa, omissão ou retardamento injustificado em fornecer informações ou documentos solicitados pelo Cade. Essa multa pode ser aumentada em até 20 vezes se necessário, para garantir sua eficácia. No caso de empresa estrangeira, a Lei 12.529/2011 estabelece que sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no país será solidariamente responsável pelo pagamento dessa multa.⁷⁴
- Multas de R\$ 5.000,00 a R\$ 5.000.000,00 (aproximadamente US\$ 2.500,00 a US\$ 2,5 milhões) por enganosidade ou falsidade de informações, documentos ou declarações prestadas ao Cade.
- Multas de R\$ 500,00 a R\$ 15.000,00 (aproximadamente US\$ 250,00 a US\$ 7.410,00) para cada falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos no curso de inquérito ou processo administrativo.

Observações adicionais

Diversos observadores notaram, durante a missão de verificação da OCDE, que há, tanto dentro quanto fora do Cade, um debate em curso sobre a adequação dos diversos fundamentos para determinar o valor da multa (por exemplo, como estabelecer o ramo de atividade empresarial no qual ocorreu a infração ou a vantagem auferida com a prática da infração concorrencial). Uma preocupação manifestada de forma frequente foi a necessidade de

⁷³ Artigo 42 da Lei 12.529/2011.

⁷⁴ Artigo 40, parágrafo 3º da Lei 12.529/2011.

uma metodologia mais objetiva para calcular multas, bem como diretrizes mais claras.

Como resposta à incerteza sobre o que constituiria “ramo de atividade empresarial”, o Cade adotou a Resolução nº 3/2012, que estabelece 144 ramos de atividade baseados na classificação industrial utilizada por outras autoridades públicas e no trabalho realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos. A classificação é tão ampla que pode incluir o faturamento total de uma empresa. Ademais, caso dois ou mais ramos de atividade listados na Resolução sejam afetados, os faturamentos serão somados para o cálculo do valor que servirá como base da multa. O Cade poderá também utilizar-se do faturamento total sempre que a receita derivada do “ramo de atividade empresarial” relevante não esteja disponível. Esse sistema de classificação tem sido, portanto, de difícil aplicação na prática.

Um problema apontado por diversas vezes foi que a multa somente pode ser imposta em referência ao último exercício anterior à instauração do processo. Isso leva a multas geralmente muito baixas, uma vez que a maior parte das condutas duram mais do que apenas aquele período – às vezes, consideravelmente mais. O Cade afirma que há uma garantia prevista em lei contra isso – em forma de um “pisso” baseado na vantagem auferida pela empresa em virtude de sua conduta – mas os efeitos de tal garantia parecem limitados em razão das dificuldades para determinar a vantagem auferida, e das dúvidas acerca de o cálculo da vantagem obtida com a infração ser obrigatória ou apenas opcional.

A discordância de opiniões no Cade sobre a metodologia para o cálculo de multas tem sido bastante pública, tanto em relação às opiniões no âmbito do Tribunal quanto entre a minoria do Tribunal e a SG. A visão minoritária no Tribunal é que a prática da autoridade de basear as multas no percentual do faturamento relativo ao ano anterior à instauração do processo administrativo não permite a contabilização dos ganhos obtidos pela empresa e os danos que a conduta pode ter causado ao mercado. Isso resultaria em multas menores para empresas que se envolveram em condutas anticompetitivas por anos, em comparação a empresas cuja conduta anticompetitiva durou apenas meses.

Também há divergência em relação a se as multas deveriam levar em consideração a vantagem auferida com a violação. Apesar de representarem uma minoria, os Conselheiros firmemente a favor desse método argumentam que quantificar o impacto da conduta da empresa no mercado é mais importante do que o tamanho da empresa. Também afirmam que os TCCs do Cade carecem de uma metodologia padrão para o cálculo de contribuição pecuniária, o que gera insegurança jurídica. A maioria do Tribunal e da Superintendência-Geral defende que o cálculo dos ganhos obtidos com a prática ilícita é de difícil aferição e poderia resultar em casos sendo discutidos no Poder Judiciário com resultados imprevisíveis.⁷⁵ Também há discordâncias, dentro da minoria dos Conselheiros, sobre como exatamente a multa deve ser calculada.

As divergências têm ocorrido durante as sessões públicas de julgamento do Tribunal e têm criado insegurança quanto à política de aplicação de multa e suas repercussões na negociação de TCCs. Há também insegurança sobre o que isso representará para o desenvolvimento do guia sobre a aplicação de multas pelo Cade, previsto para 2019. Em princípio, espera-se que as diretrizes reflitam a prática atual. Contudo, com o conjunto de novas nomeações para Conselheiros em 2019, o equilíbrio das diferentes opiniões no Tribunal poderia ser afetado.

6.1.2. Reputação e Publicidade

O Tribunal pode determinar a publicação de extrato da decisão condenatória envolvendo práticas anticompetitivas em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, por dois dias seguidos, durante o período de uma a três

⁷⁵ Os Superintendentes-Gerais atual e anterior publicaram um relatório em favor da atual metodologia utilizada para o cálculo da multa, que se coaduna com a opinião majoritária do Tribunal. Foram mencionadas diversas dificuldades para calcular a vantagem auferida da infração, incluindo a dificuldade do cálculo e se isso teria um efeito dissuasório maior do que a política existente ao invés de criar mais insegurança jurídica. (Conforme a MLex, 5 de novembro de 2018, “*Cade Superintendent, predecessor sceptical of cartel fins calculated by gauging ill-gotten gains*”).

semanas consecutivas. Essa sanção pode ser imposta de forma independente ou cumulada com outras.

6.1.3. Proibição de participar em licitação

Outra penalidade potencial para infrações concorrenciais consiste na proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar em licitações promovidas pela Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como com entidades da Administração Indireta, por um período mínimo de cinco anos.

6.1.4. Outras sanções

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira também prevê a possibilidade de aplicação de outras sanções, incluindo qualquer ato ou providência necessários para eliminar os efeitos prejudiciais da conduta anticompetitiva. Tais sanções incluem, de forma não exaustiva:

- A inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.
- A recomendação aos órgãos públicos competentes para: (i) a concessão de licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a violação estiver relacionada ao uso desse direito; (ii) a não concessão, ao infrator, de parcelamento de tributos federais por ele devidos ou o cancelamento, no todo ou em parte, de incentivos fiscais ou subsídios públicos.
- A proibição do infrator de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por um período de cinco anos.

Ademais, a empresa infratora pode ser obrigada a transferir controle societário, vender ativos ou a implementar cessação parcial de atividade.

6.1.5. Multas civis

Desde a entrada em vigor da Lei 12.529/2011 em maio de 2012, foram impostas multas a pessoas físicas, empresas e outras

entidades no valor total de quase R\$ 4,6 bilhões (aproximadamente US\$ 3 bilhões). Essas multas endereçaram uma série de práticas, incluindo acordos horizontais, verticais e práticas de exercício abusivo de posição dominante.

Tabela 5. Multas 2013-2017

	Acordos horizontais	Acordos verticais	Abuso de posição dominante
2017: casos instaurados	32	4	9
• sanções ou medidas almeçadas	12	0	1
• medidas ou sanções impostas	5	-	4
• total de sanções impostas	R\$ 123.933.189,00 (US\$ 61.221.347,00)	-	R\$ 3.049.285,00 (US\$ 1.506.306,00)
2016: casos instaurados	25	5	8
• sanções ou medidas almeçadas	11	1	8
• medidas ou sanções impostas	13	0	6
• total de sanções impostas	R\$ 142.527.469,00 (US\$ 71.784.315,00)	-	R\$ 54.110.142,00 (US\$ 27.252.708,00)
2015: casos instaurados	28	9	17
• sanções ou medidas almeçadas	12	2	10
• medidas ou sanções impostas	16	0	23
• total de sanções impostas	R\$ 210.023.143,00 (US\$ 112.952.651,00)	-	R\$ 55.043.152,00 (US\$ 29.602.785,00)
2014: casos instaurados	35	3	5
• sanções ou medidas almeçadas	10	6	14
• medidas ou sanções impostas	14	0	24
• total de sanções impostas	R\$ 3.279.148.821,00 (US\$ 1.876.721.650,00)	-	R\$ 36.420.199,00 (US\$ 20.843.999,00)
2013: casos instaurados	11	3	6
• sanções ou medidas almeçadas	14	1	33
• medidas ou sanções impostas	9	5	8
• total de sanções impostas	R\$ 493.410.179,00 (US\$ 299.164.659,00)	R\$ 5.920.214,00 (US\$ 3.589.547,00)	R\$ 22.409.542,00 (US\$ 13.587.363,00)

Nota: “Sanções ou medidas almeçadas” significa o número de pareceres emitidos pela SG que recomendou sanções ou medidas. “Medidas ou sanções impostas” significa o número de decisões do Tribunal Administrativo que resultaram em sanções ou medidas.

Fonte: Superintendência-Geral do Cade

Tabela 6. Exemplos de multas e contribuições pecuniárias impostas pelo Cade

		Multa	Acordos – contribuição pecuniária	Outras sanções
Práticas horizontais	<i>Serviços de manutenção predial</i>	R\$ 11,9M (aprox. US\$ 5,9M)	R\$ 33,1M (aprox. US\$ 16,3M)	Líder do cartel proibido de participar de licitações públicas por 5 anos
	<i>Petrobrás (investigação continua para os demais representados)</i>		R\$ 129,2M (aprox. US\$ 64M) (para uma empresa) R\$ 49,8M (aprox. US\$ 24M) (para uma empresa – posteriormente reduzida devido à leniência <i>plus</i>) R\$ 104M (aprox. US\$ 51M) (para uma empresa)	
	<i>Licitações da Eletronuclear (investigação continua para os demais representados)</i>		R\$ 6,1M (aprox. US\$ 3M) (para uma empresa com redução devido à leniência <i>plus</i>) R\$ 9,9M (aprox. US\$ 5M)	
Exercício de posição dominante	<i>Distribuição de gás liquefeito natural</i>	R\$ 21,5M (aprox. US\$ 10,6M)	(Tribunal rejeitou as propostas de acordo das empresas)	A empresa dominante deverá assinar contrato de fornecimento com os membros do consórcio, para facilitar a identificação de práticas potencialmente discriminatórias no futuro. O Cade propôs, alternativamente, que as empresas operem o consórcio em conformidade com a nova política de preços da empresa dominante, baseada no princípio da não-discriminação e sujeito a monitoramento por auditores independentes previamente aprovados pelo Cade.
Atos de concentração	<i>Casos de Sham Litigation</i>	R\$ 36,6M (aprox. US\$ 18M)	R\$ 1,69M (aprox. US\$ 834.837,00)	
	<i>JBS/RODOPA</i>	R\$ 3,5M (aprox. US\$ 1,7M) por enganiosidade durante a análise do ato de concentração		

6.1.6. Sanções penais

Conforme descrito na seção 4.1.1, infrações concorrenciais como cartéis (incluindo cartéis em licitações) são também considerados crimes pela Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo e a Lei de Licitações e Contratos e podem ser punidos com penas de prisão de dois a cinco anos e/ou multas. Sob a Lei 8.137/90, o valor da multa é fixado com base em dias-multa. As multas criminais serão fixadas entre 10 a 360 dias-multa e o valor do dia-multa pode variar de 1/30 a 5 vezes o salário mínimo mais alto vigente à época do crime. O valor pode, ainda, ser aumentado em até 10 vezes em razão dos ganhos ilícitos e da situação econômica do réu. Multas criminais por cartel em licitações são calculadas com base na vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pela conduta e não serão inferiores a 2% do valor da licitação ou superior a 5% desse valor.

Até o momento, houve pouquíssimas persecuções de cartel puro, dado que muitos casos também parecem envolver outros crimes como corrupção. Alguns exemplos de investigações criminais envolvendo cartel puro são as ações penais de nº 2003.71.00.007397-5 e nº 0115992-93.2005.8.21.0027, relacionadas a cartéis, que foram investigados e punidos.

Outra questão é a aplicação da prescrição. A prescrição é calculada com base na (i) sentença máxima prevista pela legislação; e na (ii) pena imposta pela sentença no momento do julgamento, no caso concreto. No primeiro cenário, até que haja condenação, utiliza-se a pena máxima prevista. Já no segundo cenário, a sentença proferida servirá de base para calcular a prescrição. A morosidade no processo judicial devido ao grande número de casos e ao tempo gasto com recursos significa que, na prática, a prescrição acaba incidindo sobre a pretensão punitiva do Estado, de forma que as sentenças acabam não sendo executadas.

6.1.7. Remédios

Além de sanções pecuniárias, a Lei 12.529/2011 prevê que o Cade poderá impor outras medidas e determinações.

Práticas Horizontais

Conforme descrito acima, medidas como a proibição de engajar em licitações públicas foram impostas em investigações envolvendo acordos horizontais. O Cade também determinou desinvestimentos como sanção por infração concorrencial. Apresenta-se a seguir casos que constituem bons exemplos no tema.

No caso do *Cartel do Cimento*, o Cade concluiu que a integração entre as fábricas de cimento e concreto foi crucial para o funcionamento do cartel e para impedir a entrada no mercado de empresas não participantes do cartel. Dessa forma, as cimenteiras foram ordenadas a desinvestirem completamente de qualquer participação acionária e participação cruzada entre si. O Cade também ordenou o desinvestimento de 20% da capacidade produtiva de concreto em regiões nas quais as empresas condenadas detinham mais de uma fábrica de concreto.⁷⁶ Por fim, as empresas condenadas foram impedidas de realizar operações conjuntas no mercado de cimento e de adquirir quaisquer ativos no mercado de concreto por cinco anos.

No caso da *Revenda de Combustíveis no Distrito Federal*, o TCC previa o desinvestimento de diversos postos de gasolina sob a administração da Cascol localizados em pontos chave do Distrito Federal. O objetivo dessa obrigação era reduzir a concentração de mercado e permitir a entrada de concorrentes e o desenvolvimento da concorrência, mitigando os riscos de futura colusão no setor. O Cade também adotou medidas preventivas ao longo da investigação, incluindo a nomeação de um administrador provisório para gerir, de forma independente, os postos de gasolina da bandeira BR detidos pela Cascol, que correspondiam a aproximadamente dois terços dos postos da empresa.

⁷⁶ O valor de 20% foi definido com base em análise técnica e é considerada a participação mínima que permitirá a um concorrente o exercício de efetiva rivalidade no mercado.

Práticas Verticais

O Cade ainda não aplicou em nenhum caso remédios estruturais como resultado de acordos verticais.

Contudo, além das multas pecuniárias, o Cade geralmente impõe ou negocia obrigações comportamentais em seus TCCs, como: (i) cessação e proibição de acordos de exclusividade; (ii) obrigação de contratação; (iii) deveres de não-discriminação; (iv) dever de compartilhamento de infraestrutura; (v) proibição de imposição ou sugestão de preços ou condições para revendedores ou distribuidores; (vi) proibição/limitação à imposição de cláusulas de paridade, como cláusulas da Nação Mais Favorecida (*Most-Favoured-Nation – MFN*).

Abaixo, citam-se alguns exemplos.

No caso de *Pagamento de Cartões*⁷⁷, o termo de compromisso de cessação celebrado teve por objetivo garantir que a relação entre a bandeira de cartão Hipercard e a credenciadora Rede – ambas parte do mesmo grupo econômico – não seria exclusiva. O TCC requer que a Hipercard habilite credenciadoras concorrentes da Rede para a captura de transações de crédito e débito de sua bandeira por um período de dois anos. Durante esse período, a Hipercard também deverá cumprir com metas específicas relacionadas ao uso de outros credenciadores que não a Rede.

No caso de *Chaves Criptográficas em Equipamentos Pinpad*⁷⁸, foi firmado TCC por meio do qual a Rede compromete-se a dar acesso, em seus Pinpads, a todas as credenciadoras de forma indiscriminada, desde que tais empresas concedam o acesso recíproco à Rede em seus equipamentos. A Cielo, por sua vez, comprometeu-se a exigir de seus fabricantes que todos os equipamentos Pinpad fornecidos ao mercado contenham o mapa de chaves mais atualizado disponível no mercado, conforme disponibilizado pela associação do setor (Associação Brasileira de Empresas de Cartão de Crédito e Serviços - ABECS), e a inserir

⁷⁷ Inquérito Administrativo 08700.000018/2015-11.

⁷⁸ Inquérito Administrativo 08700.001861/2016-03.

as chaves criptográficas de qualquer credenciador concorrente que lhe confira tratamento recíproco. A Cielo também se comprometeu a atualizar o mapa de chaves sempre que coletar um Pinpad de um estabelecimento comercial e envia-lo para manutenção, antes de retorná-lo ao mercado.

Sob os termos dos TCCs do recente caso das *Agências de Viagens Online*⁷⁹, as empresas investigadas comprometeram-se a cessar a utilização da cláusula de paridade ampla. Por outro lado, reconhecendo o “efeito carona” no mercado de reserva online de hotéis, as agências de viagens online foram autorizadas a exigir paridade em relação à oferta de acomodações nos sites dos próprios hotéis.

Abuso de Posição Dominante

Até o momento, não foram aplicados remédios estruturais em casos envolvendo práticas unilaterais. Casos de abuso de posição dominante foram punidos sobretudo por meio de multas e/ou remédios comportamentais.

Além da multa, no caso de *Distribuição de Gás Liquefeito Natural*⁸⁰, o Cade exigiu da empresa dominante a assinatura de contrato de fornecimento com os membros do consórcio a fim de facilitar a identificação de práticas potencialmente discriminatórias no futuro. Contudo, a empresa tem apresentado dificuldades na implementação dessa medida. Como alternativa, o Cade ofereceu a possibilidade de os membros do consórcio adotarem a Nova Política de Preços (NPP) da empresa dominante, em conformidade com o princípio de não-discriminação e sujeito ao monitoramento de terceiro independente a ser previamente aprovado pelo Cade.

⁷⁹ Inquérito Administrativo 08700.005679/2016-13.

⁸⁰ Processo Administrativo 08012.011881/2007-41.

7. Persecução concorrencial privada

A presente seção examina o quadro da persecução concorrencial privada no Brasil, no contexto de medidas tomadas para desenvolver as ações privadas de reparação por danos como um complemento à persecução pública de condutas anticompetitivas.

7.1. O quadro para persecução concorrencial privada

A Lei de Defesa da Concorrência permite o ajuizamento de ações na esfera cível contra as partes que tenham praticado infrações concorrenciais. Nesse sentido, o artigo 47 da Lei 12.529/2011 dispõe que:

“Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

O Brasil permite o ajuizamento de ações independentes. Isso significa que não é necessário obter uma decisão do Cade pela ocorrência da conduta anticompetitiva para o ajuizamento de ação na esfera cível, ainda que, em outras jurisdições, uma decisão da autoridade concorrencial possa ser a causa e a fonte de prova de procedimentos cíveis. De forma específica, de acordo com o artigo 93 da Lei 12.529/2011, as decisões do Cade concluindo pela existência de violação constituem título executivo extrajudicial, permitindo que as vítimas de infrações concorrenciais utilizem a decisão do Cade como prova de dano em casos judiciais. A possibilidade de ajuizamento de ações por particulares é especificamente destinada a servir como complemento efetivo da persecução pública.

O Brasil também permite ações coletivas apresentadas por grupos de empresas ou consumidores, conforme dispõe o artigo 47 da Lei 12.529/2011. De forma específica, o mencionado artigo remete ao dispositivo legal referente aos mecanismos de defesa coletiva previstos no artigo 82 do Código de Defesa do consumidor, que permite que certas entidades⁸¹ representem coletivamente as partes prejudicadas e coordenem o cálculo dos danos individuais no caso de um julgamento favorável. O Ministério Público Federal desempenha função em qualquer ação coletiva, seja por meio do ajuizamento da ação coletiva em nome das partes prejudicadas ou na fiscalização dos esforços de outra entidade legitimada a fazê-lo. As únicas entidades privadas legitimadas a ingressarem com ações em nome de um grupo coletivo são associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, com mandato específico para a defesa de interesses coletivos.⁸²

A identificação dos indivíduos que compõem a coletividade lesada é permitida somente durante a fase processual de liquidação e execução, com o fim de impedir que os requeridos em ação coletiva pressionem indivíduos a desistirem da ação coletiva. A negociação de acordo é permitida quando supervisionada pelo Poder Judiciário ou por meio de um processo arbitral (sob a Lei 9.307/1996).

Notadamente, o quadro jurídico aplicável à ação coletiva no Brasil não requer uma relação de consumo direta entre as partes prejudicadas e os requeridos. Desta forma, não há empecilhos para que compradores indiretos ingressem com ação coletiva, por exemplo, ações apresentadas por consumidores finais em face de

⁸¹ Ações coletivas somente podem ser ajuizadas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, entidades públicas e autarquias ou associações que representem os direitos de seus membros e esteja constituída a pelo menos um ano (de Magalhães et al (2016), “Private antitrust litigation in Brazil: overview”, *Thomson Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-633-8888?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-633-8888?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)))

⁸² Ferrer Haddad et al (2017), “Class Actions: Brazil”, *Getting the Deal Through*, <https://gettingthedealthrough.com/area/82/jurisdiction/6/class-actions-brazil/>.

fornecedor de bens intermediários envolvido em conduta anticompetitiva. Do mesmo modo, os requeridos podem alegar que os requerentes transferiram, total ou parcialmente, os custos adicionais resultante do cartel ao longo da cadeia da produção e, portanto, não sofreram qualquer dano, ou que o dano foi mitigado pela transmissão dos custos ao longo da cadeia.

A Lei de Defesa da Concorrência no Brasil não define de forma específica o prazo prescricional aplicável às ações de iniciativa privada para a reparação civil de danos concorrenciais. Como resultado, aplica-se a prescrição geral de 3 anos prevista no Código Civil (artigo 206, parágrafo 3, inciso V). Não há definição expressa da data de início da contagem da prescrição, que está, portanto, sujeita à interpretação caso a caso – por exemplo, a partir da data da primeira prática da suposta conduta anticompetitiva ou após decisão de infração pelo Cade.

Além do quadro legal descrito acima para a reparação de danos por iniciativa privada, o Ministério Público Federal brasileiro tem competência para, segundo o artigo 129, inciso III da Constituição Federal, promover ação civil pública em defesa de consumidores ou empresas lesadas pela conduta anticompetitiva. Estas ações são motivadas por razões de interesse público, como a proteção de direitos coletivos, e são similares a ações civis públicas ajuizadas em face de violação a outras leis, como leis de proteção ambiental. Ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal não fazem parte do enquadramento comumente aplicável às ações de iniciativa privada para reparação civil de danos concorrenciais, e qualquer ressarcimento pago será recebido pelo Estado em nome da coletividade das partes prejudicadas. Contudo, elas têm o objetivo de sanar ou endereçar o mesmo suposto dano que o buscado pelas ações de iniciativa privada para a reparação de danos concorrenciais.

O Ministério Público, tanto na esfera estadual quanto federal, tem sido responsável pela maioria das ações civis públicas buscando reparação coletiva, a maioria das quais estão relacionadas a casos envolvendo direitos do consumidor.

7.2. Perseguição concorrencial privada na prática

Apesar de o Brasil contar com os elementos fundamentais de um quadro normativo bem-sucedido para a perseguição privada, as ações de iniciativa privada não são uma consequência garantida da perseguição pública. Por exemplo, em 2017, foram iniciados procedimentos para reparação coletiva para apenas 7 dos 15 casos antitruste resultantes em condenações, TCCs ou acordos de leniência.

A razão se deve, em parte, porque o Brasil não possui uma cultura forte de reinvidicação de danos em geral.⁸³ Os requerentes podem ser desencorajados também pela natureza prolongada dos procedimentos judiciais e pelos potenciais custos, bem como pelo fato de que as cortes geralmente não estão familiarizadas com a legislação concorrencial e sua complexa análise jurídica e econômica. Diversos *stakeholders* indicaram que as ações de iniciativa privada para a reparação de danos concorrenciais em âmbito cível têm baixa probabilidade de sucesso no Judiciário, sobretudo em razão dos desafios relacionados à obtenção de provas – especialmente envolvendo pedidos de leniência, e à prescrição para o ajuizamento de ações de iniciativa privada para a reparação civil por danos concorrenciais.

7.3. Desafios na obtenção de provas

Ao ajuizar uma ação de reparação de danos no Poder Judiciário no Brasil, os requerentes precisam demonstrar que sofreram dano em decorrência da infração, bem como a duração da conduta. *Stakeholders* indicaram que o ônus da prova pode ser considerável e, portanto, as ações de reparação de danos independentes têm baixa probabilidade de sucesso sem a existência de um processo correspondente no Cade ou a assistência do Ministério Público Federal.

⁸³ Ver documento enviado pelo Brasil para a OCDE em 2015, *Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement* (“A Relação entre a Perseguição Concorrencial Pública e Privada”).

Apesar de não ser um pré-requisito para a persecução privada, a existência de uma investigação antitruste pode resultar na produção de provas que poderiam ser custosas e de difícil obtenção para o particular. Nesse sentido, a pré-existência de uma investigação antitruste pode auxiliar não apenas na conclusão pela existência de infração concorrencial, em linha com o artigo 93 da Lei 12.529/2011, como também na quantificação da indenização para a reparação do dano decorrente da violação.

Nesse contexto, o Cade promoveu esforços notáveis para fomentar o ajuizamento de um maior número de ações privadas, através da publicação de decisões mais detalhadas, além dos esforços para informar, de forma proativa, as partes prejudicadas pela infração, para reivindicarem seus direitos em face das empresas responsáveis pela infração. Em sua decisão sobre o caso do cartel de gases industriais de 2010, por exemplo, o Cade incluiu, pela primeira vez, determinação para que cópia da decisão fosse enviada às partes potencialmente prejudicadas para a busca de reparação de danos. Em sequência a esta iniciativa, diversas partes supostamente afetadas pelo cartel ingressaram em juízo para obter reparação de danos em todo o país.⁸⁴ Desde então, o Cade tem continuado a encorajar vítimas a ajuizarem ações subsequentes para a reparação de danos concorrenciais provocados por cartéis, resultando em maior efeito dissuasivo da persecução concorrencial.⁸⁵

Quando há ações para a reparação civil de danos concorrenciais em paralelo a procedimentos administrativos, a capacidade de se obter provas produzidas perante o Cade tem sido objeto de discussão. Atualmente, as requerentes da ação no âmbito cível somente têm acesso aos documentos do caso administrativo com a disponibilização da decisão final, e estão sujeitas às

⁸⁴ Ver *Background Paper* da OCDE em: *OECD 2015, Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement* e Martinez Ana Paula e Tavares de Araujo Levy Mariana, *Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency*, CPI chronicle de 16 de abril de 2013.

⁸⁵ Ver: <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-private-competition-enforcement-review-edition-11/1166414/brazil>.

limitações padrões de acesso à informação em relação a, por exemplo, acordos de leniência. Os particulares responsáveis pelas ações de reparação na esfera cível não podem acessar qualquer documento provisório ou informações que corroborem pedidos de leniência antes da decisão final.

Com respeito aos pedidos de leniência, há diversas restrições na disponibilização de provas para a reparação de danos. Há boas razões para isso, preservando-se assim os incentivos para apresentar pedido de leniência. O Guia do Cade estabelece que nenhum documento apresentado no âmbito de acordo de leniência será divulgado, exceto em virtude de ordem judicial ou expressa autorização do proponente da leniência. Ademais, a identidade dos proponentes da leniência será mantida em estrita confidencialidade, até que o acordo seja concluído. Caso haja ordem judicial para que um proponente de leniência disponibilize documentos relacionados ao seu pedido de leniência em um procedimento cível relacionado, o Cade indicou que pode intervir em favor da proteção da confidencialidade desses documentos enquanto a investigação estiver em andamento. Ademais, uma vez concluída a investigação, o Cade pode também intervir nos procedimentos cíveis para garantir que a publicação dos documentos relacionados à leniência seja razoável, proporcional e legitimamente relacionada ao pedido dos requerentes. Por fim, os proponentes de leniência que tenham acesso a documentos de outros proponentes, incluindo sua identidade, não podem fornecer esta informação em ações de reparação de danos na esfera cível (salvo, novamente, em caso de decisão judicial).

O CadE manifestou-se no sentido de que os documentos da decisão final e as informações contidas no voto do Conselheiro-Relator são suficientes para o ingresso, por particulares, de ação de reparação por danos concorrenciais na esfera cível. Contudo, as decisões do Cade não possuem caráter vinculante sobre os juízes, que são a autoridade competente para analisar e decidir quais informações são suficientes para o ajuizamento de uma ação na esfera cível.

Com o objetivo de fornecer mais apoio às ações de iniciativa privada para reparação por danos concorrenciais na esfera cível, o Cade emitiu Resolução sobre sua política de acesso

aos documentos e às informações constantes em processos administrativos⁸⁶, que tem por objetivo promover um equilíbrio na preservação dos incentivos para pedidos de leniência enquanto permite aos particulares ingressarem em juízo com pedido de reparação por danos concorrenciais em decorrência de conduta anticompetitiva.

⁸⁶

Resolução nº 21, de 12 setembro de 2018.

Quadro 6. Discussão judicial sobre o uso de documentos resultantes de leniência em procedimentos cíveis

No caso envolvendo, de um lado, a Electrolux do Brasil S.A. e, de outro, a Whirlpool S.A. e a Brasmotors S.A (2016) (que posteriormente foi até o Supremo Tribunal Federal mas foi arquivado em função de acordo entre as partes), o Superior Tribunal de Justiça brasileiro decidiu sobre a possibilidade de as partes de procedimento cível acessarem documentos resultantes de acordo de leniência no Cade. Nesse caso, as requeridas argumentaram que, em razão da assinatura de acordo de leniência em caso envolvendo cartel com uma terceira parte, o acordo e as provas apresentadas no âmbito do acordo não poderiam ser utilizadas em um caso de reparação privada no âmbito cível.

Não obstante o Tribunal Superior ter considerado a importância da confidencialidade em um procedimento de leniência para preservar os incentivos a possíveis proponentes, o Tribunal entendeu haver limites. De forma específica, o STJ decidiu que a confidencialidade deveria ser mantida após o cumprimento do acordo de leniência somente de forma temporária e justificada. Ademais, a corte entendeu que os programas de leniência fornecem imunidade e redução em penalidades administrativas e penais, mas não em relação à reparação por danos na esfera cível. Desta forma, na opinião do STJ, a proteção indefinida da confidencialidade em acordos de leniência já cumpridos poderia dificultar procedimentos cíveis e limitar a possibilidade de as partes prejudicadas obterem indenização. A política atual do Cade na divulgação de informações resultantes de acordos de leniência busca abordar estas questões.

Fonte: Brazil: STJ Restricts the Confidentiality Extension Granted to Leniency Agreement Provisions Entered into by Cade”, Tauil & Chequer Legal Update, 16 de maio de 2016, www.mayerbrown.com/brazil-stj-restricts-the-confidentiality-extension-granted-to-leniency-agreement-provisions-entered-into-by-cade-05-16-2016/.

A Resolução formaliza as práticas do Cade com respeito à divulgação de informações de seus casos e baseia-se em uma revisão das melhores práticas internacionais. O documento estabelece que toda informação contida em um caso é pública e pode ser divulgada, salvo certas exceções relacionadas a pedidos de leniência, negociações de acordo e informações comercialmente sensíveis.

7.4. Desafios decorrentes da prescrição

Para além das questões gerais relacionadas à obtenção de provas, particulares podem não conseguir utilizar as informações obtidas no Cade se estas não estiverem disponíveis dentro do período da prescrição de três anos aplicável às ações privadas para a reparação de danos concorrenciais⁸⁷ - especialmente se o prazo prescricional é interpretado como tendo início a partir do momento em que as partes prejudicadas tiveram ciência da conduta. O prazo prescricional, nesse caso, poderia ser considerado como tendo início, por exemplo, a partir da data de uma notícia sobre um pedido de leniência, obrigando os potenciais requerentes da ação de reparação a se perguntarem se haverá decisão final disponível para uso na reparação cível dentro de três anos.

Ademais, quando as investigações do Cade ou as negociações de leniência são demasiadamente longas, os potenciais requerentes das ações de reparação podem se ver limitados a utilizarem apenas as próprias informações ou qualquer outro dado que seja público, o que pode ser insuficiente para preencher os requisitos mínimos para o ajuizamento de uma ação. Dado que os requerentes cujos pedidos forem indeferidos podem se ver obrigados a arcar com as custas judiciais da contraparte caso não forneçam provas suficientes desde o início do processo civil, a prescrição pode servir como um desincentivo considerável para o ingresso de ações por particulares para a reparação de danos concorrenciais.

Há, atualmente, duas propostas perante o Senado brasileiro para endereçar os desafios relacionados à prescrição. Em primeiro lugar, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado está analisando uma alteração que aumenta o período prescricional para cinco anos e define que a contagem do prazo prescricional ocorre a partir do momento em que está disponível conhecimento inequívoco da conduta (o Cade propôs-se a interpretar esse critério

⁸⁷ Ver, por exemplo, Russo, R. e A. Candil (2016), “Comment: Cade resolution on confidentiality of leniency documents does little to aid civil suits in Brazil” Cade, *MLex*.

como sendo o momento da publicação da decisão administrativa ou penal final).

A segunda proposta é o Projeto de Lei do Senado 283/2016 (PL 283/2016), sob análise na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, que propõe alterações ao artigo 47 da Lei 12.529/2011 para suspender o prazo prescricional para reparação de danos no Judiciário quando houver em curso uma investigação do Cade ou processo administrativo.

7.5. A coordenação das sanções administrativas e da reparação de danos privados

Atualmente, ao estabelecer multas, o Cade não leva em consideração a existência de quaisquer acordos entre os representados do processo administrativo e as partes prejudicadas. Tampouco o arcabouço jurídico (sob a Lei 12.529/2011) obriga os proponentes de leniência a indenizarem os consumidores prejudicados. Contudo, proponentes de leniência bem-sucedidos não estão isentos da responsabilização em ações cíveis (não obstante as dificuldades apontadas acima sobre a obtenção de provas para as ações iniciadas por particulares em casos envolvendo leniência). Como mencionado acima, além de processo administrativo e ações de reparação de iniciativa privada no âmbito cível, os representados que foram considerados responsáveis por violação à Lei de Defesa da Concorrência podem estar sujeitos também a ações civis públicas (i.e., ação para reparação de danos coletivos) por parte do Ministério Público Federal. Há, portanto, três fontes de responsabilização jurídica para partes acusadas de ato ilícito no Brasil. Diversas propostas foram feitas com o fim de aprimorar a coordenação das sanções do Cade e da reparação de danos privados, bem como para melhorar o efeito dissuasório das ações de iniciativa privada para reparação civil por danos concorrenciais.

Uma proposta nesse sentido está contida na Resolução do Cade sobre confidencialidade da informação, descrita acima. A Resolução também sugere que o Cade leve em consideração qualquer acordo de ressarcimento feito com as partes prejudicadas ao calcular as multas ou outras sanções a serem aplicadas pela

prática de infrações concorrenciais.⁸⁸ A Resolução do Cade também fornece à autoridade discricionabilidade significativa no tocante à forma de aplicação do fator atenuante para a redução da multa, com o fim de refletir eventuais acordos, e demonstra um esforço em manter os incentivos para a propositura de acordos de leniência ainda que se possa esperar o ajuizamento de ações de iniciativa privada para reparação de danos concorrenciais.⁸⁹

Outro conjunto de potenciais medidas está contido no Projeto de Lei do Senado 283/2016 que, como mencionado acima, encontra-se atualmente sob análise na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado. A proposta prevê o ressarcimento em dobro para as ações de iniciativa privada de reparação por danos concorrenciais, com o fim de aumentar o efeito dissuasório da prática de condutas anticompetitivas e para incentivar particulares prejudicados pela conduta a buscarem reparação civil. A proposta estipula que a previsão de danos em dobro não se aplica às partes que firmaram leniência ou TCCs. Ademais, esclarece que estas partes são responsáveis apenas pelos danos que efetivamente causaram às partes prejudicadas, não sendo solidariamente responsáveis pelos danos causados por todas as partes envolvidas na conduta. Estas previsões têm por objetivo evitar o desincentivo à propositura de acordos de leniência, que poderia ser causado pela estipulação de danos em dobro ou pela imposição da responsabilização solidária.

⁸⁸ Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018, artigo 12.

⁸⁹ *Ibid.*

8. Advocacia da concorrência

A presente seção examina as respectivas regras e atividades das diferentes instituições brasileiras de advocacia da concorrência, especialmente em termos de *advocacy* intragovernamental.

O *advocacy* é um dos principais objetivos da Lei brasileira de Defesa da Concorrência. Como ocorre em outras economias com vasta tradição de empresas estatais e profunda regulação, é crucial que o Brasil gere e aprimore o entendimento e a aceitação ampla dos princípios concorrenciais. Espera-se que uma cultura concorrencial vigorosa facilite a fiscalização *ex-post* e tenha função de prevenção geral.

8.1. A configuração institucional da advocacia da concorrência

No Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, três instituições compartilham do mandato para o exercício da advocacia da concorrência: o Cade, a Seprac⁹⁰ e a Sefel⁹¹. A Seprac e a Sefel fazem parte, ambas, do Ministério da Fazenda.

Os mandatos⁹² da Seprac e da Sefel incluem a elaboração de estudos que analisam políticas públicas a partir da perspectiva concorrencial, bem como auto-regulamentações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços, e a análise de impactos regulatórios de políticas públicas setoriais. A Seprac também emite pareceres não-vinculantes sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional e sobre propostas de alteração a atos normativos elaborados por agências reguladoras (o Cade, a

⁹⁰ Seprac é a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência.

⁹¹ Sefel é a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria.

⁹² Estabelecido pelo Decreto nº 9.003/2017 (alterado Decreto nº 9.266/2018).

Câmara de Comércio Exterior, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo ou outro fórum no qual o Ministério da Fazenda tenha assento poderão também solicitar pareceres não-vinculantes e avaliações à SEPRAC). As Secretarias também podem intervir como *amicus curiae* em procedimentos administrativos e judiciais no Brasil. A Sefel tem as mesmas competências em advocacia da concorrência para o setor de energia. Ambas as Secretarias contam com um total de 80 servidores.

O Cade analisa projetos de lei com potencial efeito à concorrência no mercado. Suas atividades em advocacia da concorrência incluem publicações, estudos de mercado, elaboração de guias, avaliações de impacto, elaboração de seminários e estreita cooperação com agências reguladoras e outros órgãos públicos. A advocacia da concorrência é exercida no Cade por meio da equipe do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) e por um grupo de assessores da Presidência do Cade. Atualmente, são 20 servidores trabalhando com advocacia da concorrência.

O Cade, a Seprac e a Sefel celebraram acordo de cooperação técnica em advocacia da concorrência em 2018. O acordo prevê a criação formal de um Comitê de Cooperação em Advocacia da Concorrência (C-CAC), que será responsável por identificar tópicos relevantes para uma agenda comum em advocacia da concorrência.

O fato de que o exercício de advocacia da concorrência é compartilhado por algumas instituições no Brasil traz benefícios e desafios, e os representantes do Cade, da Seprac e da Sefel possuem diferentes opiniões sobre as responsabilidades compartilhadas de *advocacy*. Enquanto todos mencionaram que a cooperação entre as instituições funciona bem, o Cade veria benefícios em deter a totalidade da competência, que deveria vir acompanhada da alocação de servidores e de orçamento que atualmente estão divididos entre os três órgãos. A Seprac destacou que se considera um ator muito eficaz. Como parte do Ministério da Fazenda, possui acesso à informação sobre todos os planejamentos legislativos e regulatórios e pode utilizar-se de seu poder político e orçamentário para provocar alterações.

Quadro 7. Resumo de Prós e Contras do compartilhamento de competências em advocacia da concorrência no Brasil**Prós:**

- Indica maior comprometimento do Brasil a princípios concorrenciais, sem limitação à autoridade concorrencial;
- Aumenta o número de servidores responsáveis pela advocacia da concorrência e o orçamento total disponível para a tarefa;
- O Ministério da Fazenda participa de todas as questões legislativas e políticas e pode reagir prontamente a atos normativos com o potencial de limitar a concorrência
- Maior divulgação do conhecimento concorrencial na estrutura governamental;
- O Ministério da Fazenda possui influência significativa para garantir que suas recomendações sejam observadas;
- O compartilhamento de competências permite a especialização nas respectivas áreas de advocacia da concorrência mais adequadas para o Cade, a Seprac e a Sefel;
- O Cade pode se abster de tomar iniciativas de advocacia da concorrência em áreas politicamente sensíveis, permanecendo um ator neutro;
- Iniciativas conjuntas de advocacia da concorrência podem acrescentar ênfase a questões de alta relevância à concorrência

Contras:

- Risco de ações não-coordenadas e/ou duplicadas;
- Risco de prioridades e opiniões divergentes em questões e abordagem relacionadas à advocacia da concorrência;
- Falta de independência política da Seprac e da Sefel, que integram o Ministério da Fazenda, com riscos de realizar intervenções e assumir prioridades que não se baseiem em perspectivas objetivas, centradas na concorrência;
- Mudanças políticas e mudanças na liderança podem levar a aplicações inconsistentes dos instrumentos de advocacia da concorrência ao longo do tempo;
- A avaliação concorrencial pode sofrer influência do envolvimento em processos de mudança política;
- Atores privados como empresas podem ter dificuldades em compreender o sistema e encontrar o contato apropriado para expressar suas preocupações concorrenciais.

8.2. Avaliação de impactos concorrenciais em processos legislativos e administrativos

A Recomendação da OCDE sobre avaliação de impacto à concorrência⁹³ urge os governos a identificarem políticas públicas em vigor ou em fase de proposição que trazem restrições desnecessárias à concorrência e a revisá-las, adotando alternativas mais pró-competitivas. O documento também recomenda aos governos que estabeleçam mecanismos institucionais para a execução de tais avaliações. O Guia para Avaliação de Concorrência da OCDE⁹⁴ (*Competition Assessment Toolkit - CAT*) explica a racionalidade aos responsáveis pela elaboração de políticas e descreve abordagens e metodologias.

No Brasil, a avaliação dos impactos concorrenciais é predominantemente realizada pela Seprac e Sefel. Ambas têm prerrogativa legal para elaborar pareceres sobre projetos de lei ou políticas públicas que possam ter impactos à concorrência, e para elaborar estudos ou propostas para influenciarem o desenho de políticas públicas.⁹⁵ O Cade também faz referência a estas instituições nas questões relacionadas à avaliação da concorrência. A Seprac e a Sefel fazem uma triagem das propostas de lei por meio de um conjunto de perguntas inspiradas no CAT da OCDE. Os projetos de lei que possam ter um potencial impacto à concorrência são examinados em maiores detalhes e, se necessário, são elaborados pareceres. Estes pareceres não têm caráter vinculante, mas há obrigação dos órgãos governamentais de justificarem a não observância das recomendações emitidas pela Seprac ou Sefel. De fato, o trabalho da Seprac e da Sefel inicia-se em uma fase anterior, vez que já estão envolvidas nas discussões quando da elaboração da política pública. Desta forma, elas podem exercer uma influência em prol da concorrência desde um estágio anterior.

⁹³ www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationoncompetitionassessment.htm.

⁹⁴ www.oecd.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm.

⁹⁵ Artigo 19 da Lei 12.529/2011.

O Cade também considera que a avaliação de impactos concorrenciais constitui parte de seu mandato. A autoridade monitora todos os projetos de lei que possam ter impactos à concorrência, como propostas para modificar a legislação concorrencial, ou que almejem estabelecer política de preço mínimo. Esta avaliação é feita quando o projeto de lei é apresentado e é conduzida pelo grupo de assessores da Presidência do Cade, que mantém um diálogo constante com os órgãos governamentais, parlamentares e assessorias envolvidas no processo de elaboração e discussão das propostas de lei relevantes no Senado e no Congresso Nacional. A estreita cooperação do Cade com diversas agências reguladoras lhe propicia informação adicional sobre alterações normativas pretendidas e obstáculos à concorrência em setores específicos. As recomendações do Cade não têm caráter vinculante. Há projeto de lei atualmente em discussão no Congresso Nacional que institucionalizaria as competências do Cade na avaliação de impactos concorrenciais. A proposta prevê que, sempre que um projeto lide com questões relacionadas à concorrência, o Cade deva ser consultado, ainda que informalmente.

A avaliação de impactos concorrenciais por parte do Cade não está, contudo, limitada à análise de propostas legislativas. O Cade utiliza-se de diversas abordagens para investigar setores da indústria e emitir recomendações de mudanças pró-competitivas, geralmente em cooperação com setores regulados. O Cade desenvolveu uma série de publicações (“Contribuições do Cade”), que fornecem avaliações concorrenciais em setores estratégicos em parceria com órgãos do governo que solicitam a avaliação. Até o momento, foram publicadas três edições: (i) o ambiente concorrencial no setor de refino de petróleo e distribuição de combustíveis líquidos; (ii) medidas para estimular o ambiente concorrencial de processos licitatórios;⁹⁶ e (iii) medidas pró-competitivas para o setor de combustíveis.

O DEE desenvolveu uma série de documentos de trabalho que também avaliam efeitos de novos avanços à concorrência,

⁹⁶ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-cade-ppi.pdf/view.

como a entrada do aplicativo Uber sobre o mercado de aplicativos de táxi e as mudanças regulatórias relacionadas⁹⁷, os efeitos da política *antidumping* à concorrência⁹⁸ e os fatores que podem afetar a concorrência no mercado de cimento.⁹⁹ Os Cadernos do Cade, por sua vez, visam discutir mercados específicos de interesse no contexto brasileiro. Dentre os mercados discutidos até o momento estão o varejo de combustíveis automotivos, com foco no produto gasolina, o mercado de saúde suplementar, o mercado de prestação de serviços de ensino superior, o mercado de serviços portuários e o mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas¹⁰⁰.

Outro exemplo da participação do Cade no debate sobre políticas públicas é sua publicação “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*”, publicado no contexto da recente greve dos caminhoneiros. O documento apresenta recomendações para aprimorar o desenho institucional do setor de combustíveis, aumentar a concorrência e diminuir a possibilidade de colusão tácita ou expressa. O documento também trata de regulações específicas e recomenda, por exemplo, que a proibição existente à integração vertical no setor de combustíveis seja repensada.¹⁰¹

⁹⁷ Documento de trabalho nº 01/2018 – Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?; e Documento de Trabalho nº 03/2017 - Cooperação para inovação: O papel do antitruste e das políticas públicas em diferentes países.

⁹⁸ Documento de Trabalho nº 01/2017 - Antidumping e concorrência no Brasil: uma avaliação empírica.

⁹⁹ Documento de Trabalho nº 02/2015 - Mercado de insumos para cimento: aspectos estruturais e exercício empírico, que descreve a cadeia produtiva do cimento e do concreto e analisa aspectos estruturais que podem ter impacto à livre concorrência no setor.

¹⁰⁰ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf.

¹⁰¹ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf/view.

Quadro 8. Efeitos positivos das atividades de avaliação concorrencial

O Cade, assim como a Seprac e a Sefel, têm realizado intervenções bem-sucedidas de avaliação concorrencial. Os estudos do Cade nos mercados de transporte remunerado de passageiros e dos efeitos disruptivos de inovações, em particular da entrada do Uber, trataram de falhas de mercado no setor e identificaram determinadas regulamentações de serviços de táxi que haviam se tornado desnecessárias. A Lei 13.640/2018, recentemente promulgada, que regula o transporte remunerado individual de passageiros, não restringe a liberdade de determinar tarifas e não impõe barreiras regulatórias significativas à entrada nesse mercado – ambos os quais podem ser considerados resultado positivo dos esforços em advocacia da concorrência.

Outro efeito positivo no mercado privado de transporte individual de passageiros é o diálogo constante entre o Cade e o governo do estado de São Paulo, uma das maiores cidades do mundo, após a publicação de estudo do Cade no setor. Inicialmente, a assembleia legislativa de São Paulo havia aprovado um projeto de lei que, caso sancionado pelo Executivo, teria proibido plataformas de transporte individual de passageiros do mercado municipal. Contudo, inspirado no estudo anterior do Cade, o poder executivo da cidade implementou um grupo de trabalho para avaliar o impacto do Uber no setor. Além disso, o governo local discutiu questões concorrenciais relacionadas ao mercado e sua regulamentação com analistas do Cade. Como resultado desta cooperação, foi elaborado um novo projeto de lei, aprovado em 2015, que não mais proíbe tais plataformas.

A Sefel publicou, recentemente, uma avaliação do papel da advocacia da concorrência na elaboração de um novo quadro jurídico para o setor de gás natural. De acordo com o estudo, a advocacia da concorrência promoveu a elaboração de regras que permitiram maior concorrência no mercado de gás natural. Tais regras têm por objetivo: (i) fornecer acesso universal à infraestrutura básica de fornecimento de gás natural; (ii) criar regras de fornecimento compulsório para gás natural; (iii) impedir participação cruzada entre empresas que são horizontal ou verticalmente relacionadas; (iv) impedir a nomeação de membros de diretoria que exerçam funções em outras empresas na cadeia produtiva do gás natural; e (v) criar uma gestão independente.

8.3. Advocacia da concorrência em contratos públicos

A Recomendação da OCDE sobre Combate a Cartel em Licitações Públicas (*OECD Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*)¹⁰² urge os governos a avaliarem suas leis e práticas relacionadas a licitações públicas em todos os níveis de governo a fim de promover licitações mais eficazes e reduzir o risco de conluio. As compras públicas são atividade essencial do Estado, afetando a economia do país. Os países da OCDE gastam aproximadamente 12% de seu PIB com compras públicas. O Brasil aderiu à Recomendação, e o Cade trabalha de maneira bastante ativa para melhorar os procedimentos relacionados às licitações públicas e auxiliar na prevenção e detecção de cartel em licitações.

Em 2008, a então Secretaria de Defesa Econômica emitiu uma cartilha sobre prevenção e combate a cartéis em licitação,¹⁰³ baseada em documentos da OCDE¹⁰⁴ e direcionada a autoridades e agentes públicos que atuam com licitações. A cartilha foi disseminada em diversos estados para pregoeiros, órgãos de controle, Poder Judiciário, Ministério Público e consumidores. O documento explica no que consiste a prática de cartel em licitações, apresenta a legislação antitruste relevante e descreve comportamentos suspeitos e padrões de conluio na participação em licitações. A cartilha também explica como e quando contatar a autoridade concorrencial. A cartilha está sendo atualizada, com publicação esperada para o fim de 2018.

O Cade também publicou, em 2017, documento intitulado “Medidas para Estimular o Ambiente Concorrencial dos Processos

¹⁰² www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm.

¹⁰³ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view.

¹⁰⁴ *OECD Roundtable Report: Public Procurement – The Role of Competition Authorities in Promoting Competition* (2007).

Licitatórios”,¹⁰⁵ que se concentra em grandes projetos de infraestrutura no Brasil. A publicação indica medidas para o governo estimular a concorrência, desenhar licitações pró-competitivas e evitar oportunidades de comunicação entre licitantes. O documento lista de forma expressa as recomendações da OCDE para o combate a cartel em licitações¹⁰⁶ e apresenta uma lista de recomendações gerais e específicas a serem observadas em licitações públicas no setor de infraestrutura.

Além destas publicações, o Cade tem realizado, desde 2009, inúmeros treinamentos para os agentes responsáveis pelas licitações públicas, com o objetivo específico de prevenir colusão entre os licitantes. Milhares de agentes públicos foram treinados. Isso é considerado pelo Cade, junto com a melhoria da cultura da concorrência no Brasil, um dos principais fatores que contribuíram para o aumento do uso do mecanismo “clique denúncia”, disponível em seu site.

Ademais, o Cade está preparando um curso de ensino à distância em parceria com a Escola Nacional de Administração Pública para fornecer aulas relacionadas à prevenção e detecção de cartéis para leiloeiros, membros de comissões de licitação e órgãos de controle no país todo.

Os esforços do Cade na prevenção e detecção de cartéis em licitações tem sido exemplares e estão em totalmente alinhados com a Recomendação sobre combate a cartel em licitações públicas.

¹⁰⁵ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-cade-ppi.pdf/view.

¹⁰⁶ Combate a Cartel em Licitações Públicas (*Fighting Bid Rigging in Public Procurement*) (2016) OCDE; Parcerias Público-Privadas e Investimentos em Infraestrutura: Lições de países da OCDE (*Public-Private-Partnerships and Investment in Infrastructure: Lessons from OECD countries*) (2014) OCDE; Recomendação da OCDE de 2012 do Conselho da OCDE sobre Combate a Cartéis em Licitações Públicas (*2012 OECD Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*); e Concorrência em Mercados sujeitos à Licitação (*Competition in Bidding Markets*) (2007) OCDE.

8.4. Estudos de mercado

A elaboração de estudos de mercado pode ser um instrumento bastante eficaz no exercício da advocacia da concorrência. Os estudos de mercado avaliam se a concorrência em um determinado mercado está funcionando de forma eficiente e propõem medidas para endereçar quaisquer problemas identificados. Tais medidas podem incluir recomendações como propostas de reforma regulatória ou a melhoria da disseminação de informações entre os consumidores. As medidas também podem incluir a instauração de investigações antitruste.¹⁰⁷

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade publicou um total de 18 documentos nos últimos cinco anos – dez documentos de trabalho, cinco análises das decisões do Cade em mercados de interesse e três avaliações setoriais contendo propostas de melhoria das condições de rivalidade nos setores relevantes.¹⁰⁸

Os documentos de trabalho examinam condições específicas dos mercados analisados e outras questões de interesse para a discussão concorrencial. Cite-se, como exemplo, os documentos de trabalho sobre indicadores da concorrência¹⁰⁹; o mercado de transporte individual de passageiros, incluindo questões sobre regulação, externalidades e equilíbrio urbano¹¹⁰; o mercado de insumos para cimento, incluindo exame dos aspectos

¹⁰⁷ Ver a série de trabalhos da OCDE sobre estudos de mercado em: www.oecd.org/daf/competition/market-studies-and-competition.htm.

¹⁰⁸ Esse material está disponível em Português em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee (documentos de trabalho e análises das decisões do Cade) e em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade (documentos de avaliação setorial).

¹⁰⁹ Documento de trabalho nº 01/2014.

¹¹⁰ Documento de trabalho nº 01/2015.

estruturais e exercício empírico;¹¹¹ os impactos econômicos da entrada do aplicativo Uber em algumas regiões do Brasil;¹¹² a definição do mercado geográfico relevante para os hospitais no Brasil;¹¹³ a capacidade do Cade de prevenir cartéis no Brasil com base em dados coletados do cartel dos peróxidos;¹¹⁴ a aplicação de medidas antidumping a empresas estrangeiras a pedido de empresas nacionais;¹¹⁵ os indicadores de concorrência utilizados para comparar o poder de mercado entre diferentes setores da indústria;¹¹⁶ o impacto da cooperação entre empresas para a inovação e para a realização de atividades conjuntas de pesquisa e desenvolvimento;¹¹⁷ e, finalmente, em 2018, o Cade publicou um estudo sobre os efeitos concorrenciais da economia de compartilhamento no Brasil, com a avaliação dos impactos concorrenciais da entrada do Uber sobre o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016.

A publicação da análise das decisões do Cade são abrangentes e fornecem alto grau de detalhamento sobre sua jurisprudência, bem como sobre o quadro regulatório de setores chave da economia brasileira. As indústrias abordadas foram: varejo da gasolina (2014), o mercado de saúde suplementar (2015), o mercado de prestação de serviços de ensino superior (2016), o mercado de serviços portuários (2017), e o mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas (2017). As análises descrevem a atuação do Cade em relação aos problemas concorrenciais dos setores relevantes e identificam características específicas do mercado que têm o potencial de restringir a concorrência.

¹¹¹ Documento de trabalho nº 02/2015.

¹¹² Documento de trabalho nº 03/2015.

¹¹³ Documento de trabalho nº 01/2016.

¹¹⁴ Documento de trabalho nº 02/2016.

¹¹⁵ Documento de trabalho nº 01/2017.

¹¹⁶ Documento de trabalho nº 02/2017.

¹¹⁷ Documento de trabalho nº 03/2017.

Finalmente, documentos de avaliação setorial descrevem as opiniões e sugestões do Cade no tocante à melhoria das condições de concorrência em mercados de alta relevância econômica. A primeira avaliação setorial teve por objeto a descrição e análise do ambiente concorrencial do setor de refino de petróleo e distribuição de combustíveis líquidos (2017). A segunda apresentou medidas para estimular o ambiente concorrencial em procedimentos licitatórios públicos. O terceiro apresentou um conjunto de sugestões para melhorar o desenho do setor de combustíveis (2018), com o fim de aumentar a concorrência e reduzir as oportunidades de colusão tácita ou expressa.

Alguns dos documentos referidos acima já foram mencionados na seção sobre avaliação de impactos concorrenciais referente à advocacia da concorrência. Isso apenas confirma que a categorização das atividades não é absoluta e que diferentes mecanismos podem servir a diversos fins de *advocacy*. O volume dos documentos publicados pelo Cade nos últimos cinco anos é impressionante. As áreas e indústrias que o Cade escolheu analisar e monitorar demonstram um profundo senso de prioridade e forte interesse em melhorar a situação concorrencial de mercados importantes para a economia e para consumidores. A explicação das diferentes abordagens na aplicação da legislação concorrencial também ajuda a comunidade empresarial e seus assessores jurídicos a terem uma melhor compreensão e previsibilidade dos resultados de procedimentos concorrenciais.

8.5. Guias

As autoridades concorrenciais publicam guias com o fim de promoverem uma melhor compreensão da legislação concorrencial e de suas formas de aplicação pela autoridade. A comunidade empresarial e seus assessores jurídicos se beneficiam de tais medidas de advocacia da concorrência, vez que facilitam a auto avaliação, aumentam a previsibilidade e a transparência na aplicação da legislação concorrencial e melhoram a segurança jurídica para negócios empresariais que geralmente envolvem elevado montante financeiro.

O Cade desenvolveu e atualizou diversos guias, sobretudo: o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia H”, 2016),¹¹⁸ o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica - *Gun Jumping* (2015);¹¹⁹ o Guia sobre Programas de *Compliance* Concorrencial (2016);¹²⁰ o Guia sobre Termos de Compromisso de Cessação (2016);¹²¹ o Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste (2016),¹²² e o Manual de Operações de Busca e Apreensão (2017).¹²³ O Guia de Remédios Antitruste foi lançado recentemente (2018).¹²⁴

O Cade considera a elaboração de guias e as discussões sobre diretrizes atuais e novas como tarefas permanentes, que beneficiam tanto a autoridade quanto a comunidade empresarial. Os guias são também parte importante da memória institucional, e um repositório institucional de melhores práticas e políticas.

Se, por um lado, a disposição do Cade de publicar guias é altamente louvável, por outro, o foco atual de seus guias parece estar em aspectos mais procedimentais do que substantivos. A comunidade empresarial poderia se beneficiar de maneira

¹¹⁸ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf.

¹¹⁹ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna.

¹²⁰ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf.

¹²¹ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/capa-interna.

¹²² Conforme disponível em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf.

¹²³ www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-de-operacoes-de-busca-e-apreensao.pdf/view.

¹²⁴ Versão em Português disponível em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view.

significativa de guias com abordagem substantiva sobre a aplicação da legislação concorrencial, como, por exemplo, sobre atos de concentração vertical, restrições horizontais e verticais à concorrência, definição de mercado e abordagens utilizadas para lidar com práticas abusivas.

8.6. Interação com a academia e o público em geral

O Cade utiliza-se, ainda, de diversos instrumentos de comunicação e de engajamento para aprimorar sua interação com a academia, bem como com o público em geral.

Dentre suas publicações estão os Cadernos do Cade, uma série de estudos publicados no site do Cade com o objetivo de consolidar, sistematizar e disseminar a jurisprudência da autoridade em determinados mercados, considerando tanto aspectos econômicos quanto concorrenciais. Outra publicação que visa melhorar a interação entre teoria e prática é a Revista Brasileira da Concorrência. A Revista apoia pesquisas acadêmicas sobre temas de defesa da concorrência, dissemina conhecimento sobre concorrência e explora as relações com outras áreas de pesquisa. A plataforma permite uma interação próxima entre teoria e prática em relação a temas relevantes de política concorrencial e aplicação da legislação concorrencial no Brasil.¹²⁵

Outra iniciativa de advocacia da concorrência é o programa nacional de intercâmbio do Cade (PinCade), lançado já em 1999. A autoridade, em parceria com alguns de seus *stakeholders*, oferece a estudantes de graduação e pós-graduação a oportunidade de vivenciarem o trabalho cotidiano da autoridade antitruste e fornece aulas sobre matérias relacionadas à concorrência. Desde o início do projeto, mais de 400 estudantes de

¹²⁵ Em 2017, a Revista do Cade foi indexada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) para a categoria B1, o terceiro melhor conceito do ranking nacional em uma escala de oito níveis. Isso coloca a Revista do Cade dentro dos 10% dos periódicos acadêmicos mais bem avaliados no Brasil. O site da Revista está acessível em: www.cade.gov.br/revista.

todo o país participaram da iniciativa. O programa é considerado um instrumento chave na promoção da cultura da concorrência.

Em termos de transparência, o Cade implementou o Sistema Eletrônico de Informação, o sistema oficial de gestão de seus documentos eletrônicos. Por meio dele, todos os autos públicos são disponibilizados para consulta pelo público em geral. De forma bastante singular em relação ao cenário internacional, as sessões semanais de julgamento do Tribunal Administrativo do Cade são transmitidas ao vivo, acessíveis para todos no site do Cade. da autarquia. Isso também auxilia a disseminar o trabalho do Cade para um público mais amplo – a comunidade jurídica e empresarial, mas também o público em geral e a mídia.

8.7. Relação com setores regulados e outros órgãos públicos

As autoridades da concorrência não atuam no vácuo. A legislação e a política concorrencial devem ser aplicadas e explicadas no contexto de um conjunto de políticas relevantes em determinada jurisdição. Certos mercados são regulados *ex-ante*, sob a supervisão de outros órgãos regulatórios; a estabilidade monetária é monitorada pelo banco central; e os interesses particulares, como interesses de consumidores ou empresas, são representados por associações. Esse quadro fornece oportunidades e desafios para as autoridades concorrenciais, de forma que a interação e a cooperação com outras instituições representam uma política adequada. Desta forma, quando aplicável, os princípios concorrenciais podem ser incluídos e garantidos, bem como podem servir como tema orientador para outras instituições que tenham influência em mercados.

O Cade considera que a colaboração que tem buscado com outras autoridades e órgãos públicos, seja formal ou informalmente, tem sido um instrumento chave na proteção e na promoção da concorrência.¹²⁶ O Cade firmou mais de 40 acordos

¹²⁶ DAF/COMP/WD(2014)129. Contribuição escrita do Brasil submetida para o item VIII da 122ª reunião do Comitê de Concorrência da OCDE ocorrida de 17 a 18 de dezembro de 2014. “*Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities*”, texto do Brasil.

de cooperação e memorandos de entendimento com outros órgãos ou autoridades governamentais. Dentre eles, estão os acordos com o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi); a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Os acordos com instituições que não são reguladoras concentram-se em aprimorar a cooperação na persecução de cartéis ou de violações relacionadas ao procedimento licitatório,¹²⁷

¹²⁷ Como exemplo, cita-se: **Controladoria-Geral da União (“CGU”)** – uma portaria conjunta define os procedimentos relacionados à troca de dados e informações entre a Corregedoria-Geral da União do Ministério da Transparência, a CGU e o Cade nas investigações relacionadas a suborno transnacional, à luz da Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Servidores Públicos Estrangeiros em Operações Comerciais Internacionais; **Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (MP/DFT)** – acordo de cooperação para o estreitamento da comunicação entre o Cade e o MPDFT com o objetivo de atingir maior agilidade e efetividade no combate a práticas de cartel e outras infrações à ordem econômica; **Ministério Público Federal de São Paulo (MPF/SP)** – memorando de entendimentos sobre a coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de cessação (TCCs) e acordos de colaboração em investigações envolvendo infrações contra a ordem econômica; **Banco do Brasil (BB)** – acordo de cooperação para a troca de dados e informações destinadas à prevenção e repressão de cartéis em licitações; **Controladoria-Geral dos Estado de Minas Gerais (CGE/MG)** – acordo de cooperação técnica com o objetivo de trocar dados, informações e métodos de trabalho para a repressão e prevenção de cartéis em licitações.

na troca de dados e informações relevantes aos procedimentos antitruste,¹²⁸ ou no trabalho conjunto e na troca de experiências.¹²⁹

Apesar de o Cade não ter função regulatória, a autoridade possui jurisdição independente sobre a defesa da concorrência mesmo em mercados regulados em que as respectivas agências detêm alguma atribuição relacionada à concorrência. Com o objetivo de evitar decisões conflitantes, o Cade possui uma intensa agenda de cooperação com estas agências. Trata-se de um entendimento compartilhado, de forma que as agências reguladoras também consultam Cadea autarquia em matérias relacionadas à concorrência. Por exemplo, o Cade coopera de forma intensa com a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a consulta em relação a atos de concentrações no setor de telecomunicações. Além de suas competências regulatórias, a Anatel também detém a atribuição de avaliar e promover a concorrência no setor de telecomunicações. A cooperação e a troca entre Anatel e Cade auxiliam a criar um denominador comum na avaliação de restrições à concorrência e de possíveis soluções.¹³⁰ A

¹²⁸ Como exemplo, cita-se: **Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH)** – acordo de cooperação técnica para a troca de dados, informações e métodos de trabalho; **Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)** – acordo de cooperação técnica com o objetivo de estabelecer troca de dados, informações e métodos de trabalho.

¹²⁹ Como exemplo, cita-se: **Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM/SP)** – acordo de cooperação técnica com o objetivo de estabelecer troca de dados, informação e métodos de trabalho; **Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)** – acordo de cooperação técnica com o objetivo de disponibilizar o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) para a digitalização dos expedientes administrativos; **Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)** – acordo de cooperação técnica entre o Cade e o CNPq para a prestação de assistência técnico-científica.

¹³⁰ Sob o regime anterior, apesar de a lei da concorrência não prever exceções aos setores ou mercados para os quais ela seria aplicável, as normas aplicáveis ao setor de telecomunicações atribuíam funções investigativas relacionadas à concorrência para a agência reguladora responsável pelo setor (a Anatel). Esta exceção foi suprimida sob a nova lei.

cooperação com o Banco Central é outro notável exemplo de um sistema de cooperação bem desenhado, em um contexto de competência concorrente para análise de ato de concentração.

Quadro 9. Cooperação entre o Cade e o Banco Central

O Cade e o Banco Central brasileiro assinaram um memorando de entendimentos (MoU) em fevereiro de 2018*. O MoU ajuda a harmonizar a análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras e a garantir maior previsibilidade dos resultados. As operações envolvendo instituições financeiras requerem dois “sinais verdes” para serem considerados aprovados – um do Cade e outro do Banco Central. Ambos analisarão o ato de concentração de forma independente e conforme seus respectivos procedimentos. O MoU estabelece dispositivos sobre o compartilhamento de informações e de estudos na condução da análise das operações apresentadas às autoridades, com o objetivo de garantir convergência nos parâmetros técnicos adotados para a análise. Há previsão específica de que, em casos que envolvam potencial risco sistêmico ao setor financeiro, o Banco Central informará o Cade sobre sua conclusão, fundamentando sua avaliação de risco sistêmico. O Cade, então, aprovará a operação com base na conclusão de risco sistêmico do Banco Central.

Um grupo de trabalho foi estabelecido em 21 de maio de 2018 para redefinir os procedimentos paralelos de controle de concentração como, por exemplo, possível alinhamento de prazo e estabelecimento de diferentes formas de cooperação das instituições ao longo do processo. As atividades do grupo de trabalho resultaram em um relatório sugerindo a adoção de tal regulamentação, que foi submetida à consulta pública e será aprovada em 21 de novembro de 2018. Isso trará maior transparência e segurança jurídica.

Em investigações envolvendo condutas anticompetitivas, o acordo prevê que o Cade consultará o Banco Central acerca dos mercados e atores regulados pelo banco antes da imposição de sanções. O Cade utilizará as informações fornecidas pelo Banco Central em sua análise a fim de aumentar a consistência técnica e coordenar decisões. O MoU também inclui o compromisso assumido por ambas as instituições de revisarem suas normas, se necessário. Ademais, em abril de 2018, o Senado Federal aprovou o projeto de Lei 350/2015, que prevê as competências do Cade e do Banco Central brasileiro na defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e, como mencionado acima, visa consolidar o entendimento estabelecido no MoU de 2018.

* www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos.

As relações institucionais bem estabelecidas, bem como os acordos de cooperação e memorandos de entendimento, promovem confiança interinstitucional e consultas informais frequentes entre estas instituições e o Cade. Os reguladores confirmaram que a cooperação com o Cade é tida em alta estima e funciona bem. Isso ajuda o Cade a monitorar os diversos estágios da elaboração da política, seja *ex-officio* ou quando consultado por outros reguladores – da elaboração do projeto de lei até sua aprovação.

Finalmente, o Cade assinou, recentemente, acordos de cooperação técnica com autoridades responsáveis pela persecução de outros objetivos de política pública, como proteção do consumidor e a proteção de direitos de propriedade intelectual, com o objetivo de trocar informações e promover ações conjuntas, bem como buscar uma melhor compreensão dos respectivos objetivos e atuação.¹³¹

O número de acordos de cooperação e memorandos de entendimento que o Cade firmou é impressionante. Ainda mais impressionante é o fato de que tais acordos constituem mais do que mera declaração de intenções e de fato levam a trocas frequentes, tanto a nível formal quanto informal. As instituições com as quais o Cade celebrou tais acordos referiram-se unanimemente à autarquia de forma bastante elogiosa – seu conhecimento técnico, sua disposição em contribuir e compartilhar experiências e sua independência em questões relacionadas à concorrência.

¹³¹ Por exemplo: **Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (Inpi)** – acordo de cooperação técnica para a troca de informações técnicas e melhoria do relacionamento entre as instituições, www.cade.gov.br/noticias/cade-e-inpi-celebram-acordo-de-cooperacao-tecnica; **Senacon** – acordo de cooperação técnica entre o Cade e a Secretaria Nacional do Consumidor, com o objetivo de trocar conhecimento e promover atuação conjunta para melhorar a performance das atividades que garantam efetiva proteção e defesa do consumidor e o fortalecimento da concorrência, www.cade.gov.br/noticias/cade-firma-acordo-de-cooperacao-com-senacon.

9. Cooperação internacional

Segundo o artigo 2º da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, o regime concorrencial brasileiro aplica-se a condutas ou práticas cometidas no território nacional ou que nele produzam efeitos. Isso significa que o Brasil possui competência sobre casos concorrenciais ainda que a conduta não tenha ocorrido no país, mas, como resultado, consumidores brasileiros tenham sido prejudicados pelos efeitos anticompetitivos da conduta. A crescente globalização implica que as empresas têm atividades fora das fronteiras de sua jurisdição de origem e o Cade tem conduzido cada vez mais investigações envolvendo condutas transfronteiriças.

Quanto aos poderes investigativos, o Cade pode aplicar, em investigações transfronteiriças, os mesmos instrumentos aplicados para obter e requisitar informações que os utilizados nos casos envolvendo condutas nacionais. Contudo, há limitações já bem conhecidas ao acesso a informações em casos envolvendo condutas de empresas estrangeiras, que afetam todas as autoridades concorrenciais. A crescente natureza transfronteiriça da persecução concorrencial cria uma série de desafios para as investigações do Cade, como a falta de acesso a informações, provas ou pessoas físicas residentes no estrangeiro, ou a impossibilidade de discutir a investigação com outras autoridades se isso requer troca de informações confidenciais. Tais desafios podem ser enfrentados por meio de uma cooperação internacional efetiva.

9.1. Instrumentos de cooperação disponíveis no Brasil

Para enfrentar tais desafios, o Cade conta com três medidas: (i) cooperação informal com outras agências; (ii) termos de renúncia de confidencialidade (*waivers*) conferidos pelas partes à investigação; e (iii) acordos de cooperação bilateral. De um modo mais geral, o Brasil também está envolvido com a cooperação com outras jurisdições em diversos fóruns multilaterais.

9.1.1. Cooperação informal com outras autoridades

O Cade coopera informalmente de forma regular com outras autoridades concorrenciais. Em investigações de cartel, a autoridade concursal brasileira conta regularmente, em suas investigações, com informações obtidas por meio de contatos e discussões com autoridades estrangeiras. A cooperação internacional possui papel importante na defesa da concorrência pelo Cade, especialmente contra cartéis internacionais. Em sua resposta ao questionário de verificação factual do Secretariado, o Brasil esclareceu que a cooperação em casos de cartel geralmente ocorre por meio de discussões informais realizadas por e-mail ou telefone, com o objetivo de trocar experiências e visão geral sobre as investigações e sobre como tratar de questões práticas que surgem no decorrer da investigação.

Já no contexto de atos de concentração, o Cade se engaja em discussões informais frequentes com suas contrapartes internacionais. A cooperação inicial geralmente envolve a troca de informação procedimental, coordenação do cronograma da investigação e a troca de visões gerais sobre o caso. Em se tratando de atos de concentração complexos, especialmente aqueles que requerem a adoção de remédios, o Cade se engaja regularmente na cooperação com suas contrapartes internacionais em diversas questões, tratando de temas que vão desde teorias do dano até o desenho, a implementação e o monitoramento de remédios. A cooperação nesses casos visa a minimizar os riscos de adoção de remédios contraditórios ou inconsistentes, preservar a soberania dos países afetados e a independência das autoridades concorrenciais envolvidas. A cooperação pode envolver a troca de informações sobre remédios, tanto antes quanto após a decisão sobre a operação.

9.1.2. Termos de renúncia de confidencialidade

O Cade somente pode trocar informações confidenciais com outras autoridades e aprofundar a cooperação internacional se detiver um termo de renúncia de confidencialidade assinado pelas partes de uma investigação antitruste ou ato de concentração.

Em investigações de cartel iniciadas graças a acordo de leniência, não é incomum que o signatário da leniência assine um

termo de renúncia da confidencialidade, permitindo ao Cade trocar documentos e informações detalhadas da conduta com outras autoridades investigativas. No curso de uma investigação de cartel, contudo, o Cade pode também solicitar assistência legal internacional por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça.

De maneira similar, as requerentes de ato de concentração estão geralmente dispostas a fornecerem à autoridade concorrencial autorização para trocar informações detalhadas e/ou sensíveis com suas contrapartes internacionais.

Quadro 10. Cooperação no caso Bayer/Monsanto

Um exemplo recente de cooperação eficaz em um ato de concentração foi a fusão entre a Bayer e a Monsanto, aprovada com restrições pelo Cade em fevereiro de 2018. A análise da operação beneficiou-se de intensa cooperação entre o Cade e as autoridades concorrenciais de outras jurisdições, incluindo os Estados Unidos, a Comissão Europeia, a Índia, a Rússia e a África do Sul. No total, 29 jurisdições foram notificadas da operação.

A cooperação com autoridades concorrenciais somente foi possível graças aos termos de renúncia de confidencialidade que permitiram às agências envolvidas discutirem preocupações comuns no desenho de remédios. A cooperação efetiva permitiu ao Cade firmar um Acordo em Controle de Concentração (ACC) englobando remédios estruturais e remédios complementares de natureza comportamental, com o objetivo de mitigar as preocupações concorrenciais identificadas durante a análise do caso.

Fonte: www.cade.gov.br/noticias/cade-aprova-com-restricoes-a-aquisicao-da-monsanto-pela-bayer.

De acordo com o Cade, os termos de renúncia de confidencialidade são utilizados com frequência, especialmente na análise de atos de concentração. Trata-se de um grande auxílio para autoridades concorrenciais na análise da operação. O sucesso

dos *waivers* no Brasil também se deve ao fato de que o Cade elaborou e publicou uma proposta de versão bilíngue de um termo de renúncia de confidencialidade para servir de modelo, disponibilizado em seu site. O modelo do *waiver* é frequentemente utilizado por empresas e largamente inspirado no trabalho desenvolvido no âmbito da OCDE e da ICN (*International Competition Network* – Rede Internacional de Concorrência).

9.1.3. Acordos de cooperação bilateral

Ao longo dos anos, o Brasil celebrou diversos acordos de cooperação com parceiros próximos. Os primeiros acordos foram celebrados em 2003 pelo antigo SBDC com os governos dos Estados Unidos da América e a Argentina.

Nos anos recentes, o Cade celebrou acordos de cooperação com as seguintes autoridades:

- Autoridade da Concorrência de Portugal (2005)
- *Canadian Competition Bureau* (2008)
- *Fiscalia Nacional Economica* do Chile (2008)
- *Federal Antimonopoly Service* da Rússia (2009)
- Comissão Europeia (2009)
- *Autorité de la Concurrence* da França (2011)
- Ministério da Indústria e Comércio do Governo da República Popular da China (2012)
- *Instituto Nacional de Defensa de La Competencia* do Peru (2012)
- *Superintendencia de Control del Poder de Mercado* do Equador (2013)
- *Superintendencia de Industria Y Comercio* da Colômbia (2014)
- *Fair Trade Commission* da República da Coreia (2014)
- *Fair Trade Commission* do Japão (2014)
- Comissão de Concorrência da República da África do Sul (2016)

- *Comisión Federal de Competencia Económica* do México (2016)
- Comissão de Desenvolvimento Nacional e Reforma da República Popular da China (NDRC) e o Ministério de Comércio da República Popular China (MOFCOM) (2017)
- *Ministerio de Economía, Industria y Comercio* da Costa Rica (2018)
- *Comisión Nacional de Competencia* do Paraguai (2018).

Além das atividades de coordenação da persecução concorrencial, em linha com a Recomendação da OCDE sobre Cooperação Internacional (*OECD Recommendation on International Co-operation*), alguns dos acordos firmados pelo Cade contém dispositivos que tratam de forma expressa da prevenção de conflitos e da consideração dos interesses da autoridade contraparte no acordo (*comity principle*). Cite-se, como exemplo da aplicação destas cláusulas, ocasião em que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos entrou em contato com o Cade para informar que, durante análise preliminar de um ato de concentração, os agentes responsáveis pela análise estavam considerando a possibilidade de contatar uma empresa brasileira que não era parte da análise mencionada, para solicitar informações e documentos de forma voluntária.

No conhecimento do Secretariado, contudo, nenhum dos acordos de cooperação firmados pelo Cade permite que a autoridade compartilhe informação confidencial ou estabeleça um portal de informações (*information gateway*), ou permitem que o Cade ofereça assistência investigativa à autoridade estrangeira durante a investigação. O Cade confirmou que a única possibilidade de ocorrer troca de informação confidencial com outras autoridades é mediante autorização das partes envolvidas.

9.1.4. Participação do Brasil em fóruns multilaterais

Deve-se destacar a ampla participação do Cade em fóruns de concorrência internacional, que tem permitido ao Brasil adquirir conhecimento e *expertise* ao mesmo tempo em que permite aos seus pares beneficiarem-se da experiência do Brasil

por meio de apresentações, discussões de política e debates em mesa redonda.

O Brasil é um Participante ativo no Comitê de Concorrência da OCDE e o tem sido há 20 anos (o país tornou-se Observador em 1997). Por exemplo, em 2016/2017, o Brasil compareceu em todas as reuniões do Comitê de Concorrência da OCDE, dos Grupos de Trabalho (*Working Parties*) e do Fórum Global de Concorrência da OCDE (*OECD Global Forum on Competition*). Em todas estas ocasiões, o Brasil sempre esteve representado pelo Presidente da autoridade concorrencial; apresentou um total de nove contribuições escritas para uma variedade de tópicos substantivos e contribuiu de forma significativa em muitas mesas redondas de política por meio de manifestações orais. Em 2014, quando a OCDE adotou a Recomendação de seu Conselho sobre Cooperação Internacional em Investigações e Procedimentos (*Council Recommendation concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings*), o Brasil participou de forma ativa em sua elaboração e, em novembro de 2014, aderiu à referida Recomendação. O Brasil também aderiu a diversos outros instrumentos da OCDE, incluindo a Recomendação de 1998 sobre Cartéis Clássicos (*1998 Recommendation on Hard Core Cartels*) e a Recomendação de 2012 sobre Combate a Cartel em Licitações Públicas (*2012 Recommendation on Fighting Bid Rigging*).

Além de sua participação no Comitê de Concorrência da OCDE, o Cade está envolvido de forma ativa na ICN como um membro do Grupo Diretor (*Steering Group*) e como Co-Presidente (*Co-Chair*) do Grupo de Trabalho sobre Cartel, e no Fórum das Autoridades de Concorrência dos BRICS. Como exemplo, o Brasil sediará o *Workshop* sobre Cartéis da ICN em 2019 e já sediou diversas outras conferências e *workshops* da ICN (incluindo uma Conferência Anual no Rio de Janeiro em 2012). No âmbito do BRICS, o Brasil sediou a 5ª Conferência Anual e sediará o primeiro encontro do Grupo de Trabalho sobre questões concorrenciais em mercados digitais em 2018. Também no contexto do BRICS, o Brasil negociou a renovação dos acordos de cooperação com as autoridades da República Popular da China e da Rússia, que foram assinados durante a 5ª Conferência

Internacional de Concorrência do BRICS ocorrida em novembro de 2017 em Brasília.

Ademais, o Cade se tornou, recentemente, membro do programa de *Competencia y Proteccion al Consumidor en America Latina* (COMPAL), ligado à Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), cujo objetivo é fortalecer os laços de cooperação entre as autoridades concorrenciais na América Latina. O Cade também é participante ativo nas discussões do grupo *Alianza Estratégica Latinoamericana*, que organiza frequentes reuniões presenciais ou telefônicas de cooperação para discutir tópicos de interesse comum entre as autoridades da concorrência da região. O Cade também possui uma cooperação bastante eficaz de fortalecimento de capacidades com a *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos e o *Competition Bureau* do Canadá. O Brasil ainda participa de forma ativa em uma série de outros fóruns multilaterais que lidam com a legislação e política da concorrência, como o Mercosul, o Banco Mundial e o Banco de Desenvolvimento Interamericano.

9.2. Cooperação internacional na prática

A cooperação internacional foi identificada em discussões com o Cade e outros *stakeholders* no Brasil como uma área em que o Brasil foi extremamente bem-sucedido nos últimos anos. Desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência até 2017, o Cade envolveu-se em atividades de cooperação com 30 autoridades de concorrência de 28 jurisdições distintas. Desde 2012, o Cade conduziu 50 atividades de cooperação internacional com diversos outros países na análise de atos de concentração, na investigação de condutas anticompetitivas e na elaboração de *benchmarks*.

A cooperação é especialmente dinâmica em atos de concentração. Em 2012, o Cade envolveu-se em atividades de cooperação internacional em três atos de concentração. Em 2016, o Cade cooperou na análise de 27 operações. Já em 2017, 20 casos foram objeto de alguma forma de cooperação internacional. De acordo com dados internos do Cade, as equipes responsáveis pela análise de atos de concentração analisam uma média de

55 operações internacionais anualmente, das quais aproximadamente 50% resultam em alguma forma de cooperação com autoridades concorrenciais estrangeiras. Os mesmos dados internos do Cade demonstram que 24% dos atos de concentração analisados Cadesob o rito ordinário resultam em cooperação internacional por parte do Cade com pelo menos uma autoridade estrangeira.

Exemplos recentes de cooperação internacional eficaz são as operações entre a AT&T e a Time Warner e entre a Dow e a DuPont em 2017 e o caso Bayer/Monsanto em 2018. Tais casos demonstram o papel fundamental que a cooperação internacional desempenha, especialmente na definição, no desenho e na implementação de remédios em atos de concentração. Também ocorre ativa cooperação em investigações transfronteiriças de cartel, que busca coordenar o planejamento e a execução da fase inicial da investigação por parte das autoridades envolvidas, para evitar ações descoordenadas por uma autoridade que poderiam colocar em risco a efetividade da investigação de outra autoridade.

Quadro 11. Cooperação nas operações de busca e apreensão

Um dos primeiros exemplos de cooperação eficaz fora da área de atos de concentração é de 2009, quando um acordo de leniência celebrado com a antiga Secretaria de Direito Econômico resultou no aprofundamento de uma investigação internacional de cartel de compressores utilizados em refrigeradores. Com base nas provas resultantes de Acordo de Leniência com o Cade que apontavam para a existência de um cartel, em fevereiro de 2009, foram realizadas operações de busca e apreensão com o objetivo de coletar provas nos escritórios das empresas e nas residências de pessoas físicas localizadas no Brasil, nos Estados Unidos e na Europa. Esse foi o primeiro caso decidido pelo Cade em que houve cooperação internacional na condução de operações de busca e apreensão.

Fonte: www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-no-mercado-internacional-de-compressores-para-refrigeracao.

A cooperação entre o Cade e suas contrapartes estrangeiras geralmente ocorrem por meio de e-mails e chamadas telefônicas. Se as autoridades receberam termos de renúncia de confidencialidade das partes envolvidas permitindo-lhes a troca de

informações confidenciais, apenas os servidores envolvidos na investigação e um representante da assessoria internacional terá conhecimento e acesso às informações confidenciais. Esta informação será utilizada exclusivamente para melhor compreensão do caso e fundamentação da análise, e não será utilizada para outro fim a não ser aquele para o qual foi coletada e compartilhada. Ademais, caso a cooperação exija o compartilhamento de documentos confidenciais, uma série de medidas de segurança são colocadas em prática – i.e., o compartilhamento ocorrerá por meio de documentos criptografados compartilhados por e-mail ou cartas confidenciais enviadas por meio do serviço diplomático.

10. Conclusões e recomendações

O regime concorrencial no Brasil tem se tornado cada vez mais bem-sucedido. A nova Lei de Defesa da Concorrência que entrou em vigor em 2012 modernizou com êxito a aplicação da legislação concorrencial e reformou diversas áreas importantes que haviam sido identificadas por profissionais, acadêmicos e organizações internacionais – incluindo pela Revisão por Pares da OCDE de 2010 – como passíveis de melhoria. Estas mudanças tornaram o quadro institucional mais eficiente, modernizaram o sistema de aplicação da legislação concorrencial e estabeleceram um sistema de notificação prévia, em consonância com a maioria das demais jurisdições. Ao mesmo tempo em que estas são mudanças importantes para o sistema, se tratam também um produto da evolução do SBDC. Estas reformas representaram avanços necessários e permitiram que o Brasil consolidasse sua posição entre as principais jurisdições concorrenciais. A grandiosidade das mudanças não pode ser subestimada. Instituir uma nova entidade, reformular o sistema de notificação de ato de concentração econômica e alterar áreas chave da persecução concorrencial são, todas elas, tarefas desafiadoras. A implementação das reformas durante os últimos seis anos demonstra que o Brasil fez frente ao desafio. O Brasil realizou esforços significativos desde o início para implementar o sistema, proporcionar clareza, amenizar as preocupações e tomar decisões mais alinhadas com padrões internacionais.

Em 2013 e 2014, as atividades estavam centradas na consolidação da nova Lei de Defesa da Concorrência e em implementar um novo sistema de notificação. Em 2015 e 2016, deu-se maior ênfase na interpretação da nova Lei, a fim de promover sua efetividade por meio do desenvolvimento de guias e da adoção de resoluções internas. Já em 2017 e 2018, a atenção voltou-se à tentativa de implementar a Lei de forma mais eficiente por meio do crescente uso de acordos (TCCs), especialmente em casos envolvendo cartéis.

Alguns desafios, todavia, permanecem. Não há surpresa nisso, vez que somente é possível identificar o que pode ser

ajustado e melhorado a partir da prática, com a entrada em vigor da nova Lei.

O Brasil está amplamente comprometido com a implementação exitosa de sua hoje madura estrutura jurídica e regulatória. Estes esforços são reconhecidos tanto nacional quanto internacionalmente.

A seguir, identificam-se áreas em que o Brasil poderia melhorar a observância das melhores práticas e recomendações da OCDE em relação à política concorrencial e melhorar ainda mais seu regime concorrencial.

10.1. Questões institucionais e administrativas

10.1.1. Garantir melhor separação entre a instrução e a tomada de decisão

A nova lei endereçou as ineficiências da estrutura anterior, que previa competências separadas entre três órgãos concorrenciais distintos, ao criar uma única entidade nova. A decisão de juntar as funções investigativa e decisória em uma única entidade promoveu benefícios relacionados à eficiência, mas levantou potenciais preocupações sobre garantias processuais no caso de o investigador ser também o responsável pelas decisões. Esta questão foi abordada por meio da separação destas competências em duas unidades distintas. O braço investigativo – a Superintendência-Geral – responsável por instaurar e conduzir investigações e o Tribunal, encarregado de decidir sobre os casos. Eles estão separados fisicamente e por meio de *Chinese walls* no Cade.

Na prática, contudo, o Tribunal possui uma participação muito maior nas investigações do que implicariam as suas funções de análise das decisões da SG e de decisão sobre a impugnação e/ou recurso em face de atos de concentração e procedimentos administrativos. A revisão da decisão da SG pelo Tribunal pode resultar na condução, por parte do Conselheiro-Relator, de medidas que podem equivaler a elementos de uma investigação adicional, incluindo a realização de instrução complementar. Acordos também podem ser negociados diretamente com o Tribunal. O Tribunal é, ainda, competente para analisar atos de

concentração impugnados pela SG, dando-lhe, essencialmente, um papel mais substantivo em uma segunda etapa de análise.

Isso torna a linha entre investigação e tomada de decisão mais tênue, criando-se o risco de comprometer as garantias de equidade processual advindas da separação destas funções. Além de aumentar o tempo da investigação, não constitui uma organização eficiente das funções e dos recursos.

- A separação entre o Tribunal e a SG deve ser fortalecida para garantir que o Tribunal não realize uma segunda fase instrutória depois que a SG concluiu sua investigação, o que poderia comprometer os ganhos de eficiência da nova estrutura institucional definida pela nova lei. As funções de ambos devem estar delineadas de maneira mais clara, de forma que o Tribunal atue mais como um órgão decisório do que como um segundo órgão investigativo.

10.1.2. Evitar que a divergência de opiniões no Tribunal leve à insegurança jurídica

As sessões públicas de julgamento do Tribunal são consideradas um ponto forte na garantia da transparência no processo decisório. Contudo, há preocupações de que, por vezes, a existência de opiniões muito distintas sobre questões substantivas dentre os Conselheiros, expressadas no âmbito desta configuração pública, leve à incerteza e a casos sendo tratados de forma diferente, dado que o Conselheiro-Relator tem um papel fundamental na análise de um procedimento administrativo ou na negociação de acordos em condutas ou em controle de concentração.

Uma característica importante do Tribunal é que os Conselheiros e o Presidente possuem diferentes formações e experiências profissionais. Estas diferenças de abordagem e de conhecimento contribuem para a profundidade das discussões dos casos o que, por sua vez, resulta em decisões melhores e mais fortes.

Contudo, os precedentes do Cade não são vinculantes e guias substantivos sobre temas importantes ainda estão para ser elaborados. Como resultado, os Conselheiros podem se afastar das

abordagens e decisões tomadas em uma série anterior de casos. Isso pode gerar insegurança e desestabilizar a função do Tribunal de liderar e guiar a política e a aplicação da legislação concorrencial, tornando mais difícil a elaboração de diretrizes que reflitam e tomem por base a prática atual.

- O Tribunal deve aplicar o princípio de que a divergência dos Conselheiros em relação a um entendimento estabelecido em uma série de casos deve ser claramente fundamentada.
- Deve-se elaborar guias para refletir a prática estabelecida a partir de casos e decisões anteriores. Isso forneceria um enquadramento para a análise dos Conselheiros em casos futuros.

10.1.3. Estabelecer um sistema de nomeação mais transparente para os cargos de Conselheiro e Superintendente-Geral do Cade

O sistema de nomeação para os cargos de Presidente, Conselheiro e Superintendente-Geral do Cade poderia se tornar mais transparente. Atualmente, não há um sistema de candidatura formal para candidatos interessados. Os membros do Tribunal são nomeados pelo Governo. Com isso, corre-se o risco de o processo ser considerado como politizado, especialmente quando os nomeados têm experiência relevante limitada.

- Quando um Conselheiro ou Superintendente-Geral deixa o Cade, o cargo deveria ser anunciado para permitir que todos os candidatos interessados e qualificados apresentem suas candidaturas. O Governo deveria nomear candidatos que apresentem candidatura para o cargo.

10.1.4. Preservar o sistema de nomeação não-coincidente para Conselheiros

A nova Lei de Defesa da Concorrência implementou um sistema de nomeação não-coincidente para os Conselheiros do Tribunal e aumentou o seu mandato de dois para quatro anos (sem recondução). Isso reduziu o perigo de haver tantos cargos vagos no Tribunal a ponto de impedir a constituição de quórum, e

garantiu uma continuidade dentro do Tribunal. Contudo, o Governo atrasou a nomeação de alguns Conselheiros e, em 2019, terá de nomear quatro conselheiros de uma vez, além do Superintendente-Geral (que possui um mandato de dois anos).

- Um novo Conselheiro deveria ser nomeado imediatamente (e.g. dentro de três meses) após a saída do Conselheiro anterior. Isso não exigiria uma mudança legislativa, apenas uma mudança da prática atual. Caso não seja possível, o Conselheiro de saída deveria continuar para além do seu mandato até a nomeação de um novo Conselheiro.
- Como mencionado na revisão por pares de 2010, o cargo de Superintendente-Geral tem elevada importância, vez que possui controle sobre a agenda de investigação da autoridade. Seu mandato deveria ser aumentado para quatro anos.

10.1.5. Criar coordenações-gerais exclusivas para conduta unilateral dentro da Superintendência-Geral

O Cade não conta com um quadro de servidores dedicados de forma exclusiva à investigação de casos de conduta (especialmente casos envolvendo exercício abusivo de posição dominante). Estes casos são conduzidos pela mesma equipe responsável pela análise de atos de concentração. Contudo, os recursos nas coordenações-gerais são automaticamente priorizados para os procedimentos envolvendo ato de concentração, em função dos prazos legais. Os casos envolvendo abuso de posição dominante são conseqüentemente negligenciados. Isso tem sido um dos fatores para o número reduzido desse tipo de investigação, a maioria das quais é resolvida por meio de acordo, deixando pouco espaço para a persecução completa. Uma recente reorganização interna alocou um membro de cada equipe das coordenações-gerais de análise de ato de concentração para trabalhar com casos de abuso de posição dominante. Trata-se de um primeiro passo importante, mas com um coordenador-geral responsável também por atos de concentração, qualquer caso de abuso de posição dominante provavelmente perderá importância na lista de prioridades.

- O Cade deveria considerar estabelecer coordenações-gerais dentro da SG para investigar casos de abuso de posição dominante.

10.1.6. Alocar recursos adequados para a persecução concorrencial

O número de funcionários é geralmente considerado como uma área que necessita de melhoria. O profissionalismo e o comprometimento do Cade estão bem consolidados, e sua performance é impressionante, especialmente considerando que o órgão implementou todas as mudanças do novo sistema com um número de funcionários que não aumentou significativamente desde o antigo sistema.

São necessários mais economistas, especialmente economistas altamente qualificados, a nível de doutorado. Isso melhoraria a capacidade do Cade de conduzir avaliações quantitativas detalhadas, necessárias em casos envolvendo abuso de posição dominante. Um maior conhecimento econômico também permitiria à autoridade conduzir mais avaliações *ex post* de suas atividades, para auxiliar na avaliação futura de casos.

Como ocorre com muitas autoridades concorrenciais, o Cade possui um alto nível de rotatividade de pessoal, especialmente entre os níveis mais juniores. A razão para esse fenômeno é, supostamente, a maior atratividade dos salários no setor privado, bem como o fato de não haver carreira específica para os servidores no Cade. O quadro permanente de funcionários do Cade é composto por servidores requisitados de outros órgãos públicos. Eles podem ser requisitados de volta para seus órgãos de origem a qualquer momento e a falta de uma carreira específica torna as vagas no Cade menos atrativas. Isso dificulta o desenvolvimento de uma política de recursos humanos efetiva e previsível, bem como de um planejamento a longo prazo.

- O aumento no orçamento de 2018 deveria ser convertido em um aumento nos recursos humanos. O foco deve estar especialmente: (i) no fortalecimento do departamento econômico, com economistas qualificados com doutorado e (ii) incorporando um número maior de economistas às

unidades responsáveis pela apuração de casos, para fornecer apoio à análise econômica em andamento nos casos.

- Como mencionado na Revisão por Pares da OCDE de 2010, o Brasil deveria criar uma carreira específica para o quadro permanente de funcionários do Cade. Isso permitiria ao Cade oferecer uma carreira mais previsível e estável para seus profissionais jovens. A proposta contida no Projeto de Lei 33/2016 de estabelecer carreiras específicas para o Cade, de Analista em Defesa Econômica e Analista Administrativo deveria ser reestabelecida e adotada.

10.1.7. Melhorar a separação de controle do Cade pelo Ministério da Justiça

O Cade é ligado administrativamente ao Ministério da Justiça para fins orçamentários e fiscalizatórios. Contudo, o Cade é uma autoridade dotada de independência e o Ministério não tem envolvimento na gestão cotidiana do Cade, seja na definição de sua agenda de persecução concorrencial ou na definição de sua agenda de persecução concorrencial. O Cade submete sua proposta orçamentária ao Ministério da Justiça que, por sua vez, a encaminhará ao Ministério do Planejamento para inclusão na lei orçamentária a ser aprovada pelo Congresso.

A despeito da autonomia do Cade em todas as demais áreas, o Ministério da Justiça tem supervisão orçamentária sobre os gastos do Cade com viagens ao exterior. Não está claro por que esse sistema de autorização prévia do Ministério é necessário para viagens internacionais, quando comparada com outras funções de gestão que estão integralmente sob a alçada do Cade.

Há atualmente um projeto de lei perante o Congresso que alteraria o sistema em vigor e transformaria o Cade e outras agências regulatórias em unidades orçamentárias separadas. Isso daria ao Cade maior autonomia administrativa. Contudo, o cronograma para a adoção desse projeto de lei é desconhecido.

- O projeto de lei estabelecendo autonomia regulatória deveria ser adotado rapidamente para eliminar a exigência

de aprovação obrigatória de gastos com viagem internacional.

10.2. Persecução concorrencial

10.2.1. Aumentar o número de investigações envolvendo potencial abuso de posição dominante

O exercício abusivo de posição dominante não tem sido uma prioridade na apuração de condutas por parte do Cade desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência. Houve poucas investigações e um número ainda menor de decisões de mérito por parte do Tribunal, vez que a maioria dos casos são concluídos por meio de acordo. A prioridade foi compreensivelmente alocada para a implementação do novo sistema de notificação obrigatória nos primeiros anos após a entrada em vigor da nova lei. Subsequentemente, o programa de combate a cartéis do Cade foi o principal foco da autoridade, especialmente devido ao número de casos resultantes da Operação Lava Jato. Esta pressão, aliada à falta de uma equipe especificamente dedicada à apuração de abuso de posição dominante e à falta de *expertise* econômica capaz de conduzir a necessária análise aprofundada, limitou o número de investigações envolvendo abuso de posição dominante que o Cade tem sido capaz de conduzir.

A prática de firmar acordos na maioria dos casos envolvendo abuso de posição dominante para acelerar investigações demoradas traz algumas desvantagens. Em particular, há poucos precedentes para servir de diretriz à comunidade empresarial nesta complexa área do direito.

- O Cade deveria dar maior prioridade às investigações envolvendo abuso de posição dominante.
- Como mencionado acima, o Cade deveria criar equipes exclusivas para a apuração de casos envolvendo abuso de posição dominante e fortalecer sua *expertise* econômica por meio da contratação de economistas com nível de doutorado.

- O Cade deveria depender menos de negociações de TCC para concluir casos de abuso de posição dominante, a fim de criar um conjunto de precedentes nesta área.

10.2.2. Reduzir a duração das investigações de conduta

A duração das investigações no Cade continua sendo um desafio. O Cade tem envidado esforços consideráveis para reduzir o acúmulo de casos do regime anterior, mas as investigações ainda podem tomar diversos anos para serem concluídas. Em casos envolvendo abuso de posição dominante, a duração das investigações pode ser um fator desencorajador para que potenciais requerentes apresentem suas denúncias. Em casos envolvendo cartel, o volume das investigações, as restrições de quadro de pessoal do Cade e formalidades burocráticas levaram alguns casos a demorarem até uma década para serem concluídos.

O Regimento Interno do Cade prevê prazos para as diferentes etapas de cada um dos procedimentos aplicáveis a investigações antitruste. Contudo, estes prazos podem ser prolongados e, na prática, ocorrem diversas prorrogações que acabam levando as investigações e as negociações a tomarem anos para serem concluídas.

A duração das investigações e o acúmulo de casos aumenta a pressão sobre o Cade para celebrar acordos no maior número possível de casos, o que tem levado ao recurso excessivo ao mecanismo de acordos.

- O Cade deveria comprometer-se a concluir casos dentro de um período de duração razoável. O Cade deveria observar de forma mais estrita os prazos determinados pelo seu Regimento Interno ou revisá-lo a fim de providenciar períodos de duração mais realistas, que sejam praticáveis pela autoridade nos diferentes tipos de investigação.

10.2.3. Melhorar o escopo e a aplicação da política de acordos (Termos de Compromisso de Cessação) do Cade

O Cade recorre extensivamente ao uso de TCCs para concluir suas investigações. Em casos envolvendo a prática de cartel, os TCCs servem como um instrumento complementar ao

Programa de Leniência (que fornece imunidade apenas para o primeiro proponente). Nas investigações de conduta, o procedimento de acordo não exige o reconhecimento de participação na conduta e não há conclusão de violação.

O Cade modificou os procedimentos relacionados à celebração de TCCs para aumentar os incentivos das empresas a cooperarem, o que se provou bastante efetivo. Há, contudo, desvantagens para o uso extensivo de TCCs. Existe o potencial de se ter um efeito negativo à prevenção, uma vez que os descontos fornecidos são generosos e as empresas sabem que podem celebrar acordos até o momento anterior à decisão do Tribunal. O fato de um acordo poder ser celebrado com o Tribunal depois da conclusão da investigação pela SG impacta nas eficiências administrativas e na economia de recursos que geralmente justificam uma política de acordo. Ademais, parece haver diversos casos híbridos (i.e., casos em que alguns representados celebram acordo e outros não), nos quais as economias de recursos são menos significativas do que naqueles casos em que todas as partes celebram acordo.

Os acordos celebrados entre o Cade e as partes investigadas não são objeto de revisão judicial e não há conclusão de infração em TCCs que não envolvam acordos horizontais, tornando seu valor como precedente jurídico muito menor. Isso reduz a segurança jurídica e pode tornar o avanço da legislação concorrencial mais demorado. Ademais, a ausência de conclusão de violação em casos que não envolvem cartéis pode ter efeitos negativos às ações de reparação de danos posterior. Também parece haver diferentes condições para a celebração de TCCs, a depender do Conselheiro-Relator que está à frente da negociação, o que gera incertezas no processo e no resultado.

Ademais, o montante dos descontos fornecidos em acordos envolvendo cartéis é demasiadamente alto considerando padrões internacionais. O desconto aplicável quando o acordo é celebrado na Superintendência-Geral pode chegar a até 50% para o primeiro requerente, 40% para o segundo e até 25% para os demais requerentes. Quando o caso chega no Tribunal, o desconto pode chegar a até 15%. Em comparação, os acordos na União Europeia dão direito a uma redução de 10% da multa às empresas,

que não pode ser negociado com a autoridade concorrencial. Em casos que não envolvem acordos horizontais, as contribuições pecuniárias exigidas pelo Cade têm sido consideravelmente baixas no geral. Os baixos valores das contribuições pecuniárias podem levar a um enfraquecimento do efeito dissuasório das atividades de persecução concorrencial.

- Os TCCs deveriam ser negociados durante a fase instrutória na Superintendência-Geral e antes de o caso ser discutido no Tribunal, para garantir que haja ganhos de eficiência e economia de recursos. O grau do desconto fornecido deveria refletir a eficiência administrativa gerada pelo uso do procedimento de acordo.
- Reduzir os descontos disponibilizados para acordos envolvendo cartel, em linha com o grau de desconto aplicado em outras jurisdições.
- Aceitar acordos somente em casos simples, que não envolvam questões inéditas ou jurídicas complexas.
- Priorizar celebração de acordos nos casos em que todas as partes estão dispostas a fazê-lo, e somente celebrar acordos em casos híbridos de forma excepcional.
- Estabelecer parâmetros e guias para contribuições pecuniárias em casos que não envolvam cartel.

10.2.4. Estabelecer uma definição de posição dominante em linha com a prática internacional

A Lei 12.529/2011 define posição dominante a partir de um patamar de 20% de participação de mercado. Na prática, esta definição legal baseada em participação de mercado não parece ser demasiadamente problemática, mas gera insegurança jurídica porque não está claro quando o Cade deve recorrer a esta presunção legal para apurar posição dominante. Ademais, o poder de mercado deve estar baseado em uma avaliação rigorosa dos fatores que afetam as condições de rivalidade no mercado investigado, dos quais a participação de mercado é um dentre os critérios. O patamar de 20% também é baixo comparado, por exemplo, à regra geral em outras jurisdições nas quais é

improvável que a empresa detenha posição dominante se ela possui participação de mercado abaixo de 40%.

- Retirar a definição de abuso de posição dominante baseada em participação de mercado da Lei de Defesa da Concorrência
- Alternativamente, o Cade deveria elaborar guia com diretrizes e comprometer-se a aplicar um quadro analítico claro para verificar posição dominante.

10.3. Controle de concentração

10.3.1. Rever a adequação dos critérios de notificação para atos de concentração

No Brasil, a grande maioria das operações notificadas não suscitam maiores preocupações concorrenciais e estão sujeitas ao procedimento sumário, sob os atuais critérios de notificação do sistema de notificação prévia. Contudo, o número de operações que não suscitam preocupações e estão sujeitas à análise simplificada no Brasil parece ser demasiadamente alto, especialmente em um regime que também permite à autoridade concursal analisar atos de concentração que não se enquadram nos critérios de notificação obrigatória. Convém notar que cerca de 85% de todas as notificações de atos de concentração se qualificam para a análise sob o rito sumário. Também é notável que somente 46 das 2.588 operações notificadas desde 2012 (i.e. 1,7%) chegou à última fase de uma análise mais aprofundada; e que, em 2017, um ano com número recorde de operações vetadas, apenas 2% das operações não foram aprovadas incondicionalmente.

Ademais, os critérios de notificação no Brasil dizem respeito somente ao faturamento e não levam em consideração outros critérios, como o valor dos ativos envolvidos na operação. Diversos países membros da OCDE estão considerando o valor dos ativos envolvidos na operação como um critério para notificação de atos de concentração, com o fim de trazer seus regimes de controle de concentração à altura dos desafios impostos pela economia digital. Diversas empresas digitais/de tecnologia da

informação possuem faturamentos baixos, mas um conjunto de ativos de alto valor e capitalização, o que pode trazer suas atividades de fusão e aquisição para o radar do controle de concentração.

- O Brasil deveria avaliar regularmente seus critérios de notificação. Em paralelo, um estudo sobre o impacto da adoção de patamares mais altos para a notificação obrigatória deveria ser apresentado ao Governo para consideração da revisão dos critérios de notificação, com o objetivo de reduzir o número de notificações não-problemáticas. Esta reforma garantiria uma utilização eficaz dos recursos do Cade, reduziria os custos regulatórios sobre as empresas e tornaria o controle de concentrações no Brasil mais eficiente.
- Prolongar o prazo que o Cade tem para solicitar a apresentação de atos de concentração que não se enquadram nos critérios de notificação obrigatória de 12 para 24 meses. Isso forneceria maior segurança caso a adoção de patamares mais elevados para notificação obrigatória evitasse a notificação ao Cade de uma transação problemática ao Cade.
- Implementar um novo critério de notificação baseado no valor dos ativos envolvidos na operação.

10.3.2. Garantir que somente critérios quantificáveis de forma objetiva e prontamente disponíveis sejam utilizados como critérios para notificação de atos de concentração

Além do critério de notificação baseado no faturamento, o Brasil aplica, em seu controle de concentrações, um teste de efeitos para determinar se a operação deve ser notificada. A Recomendação de 2005 sobre Análise de Atos de Concentração recomenda que os países devam exercer competência somente sobre os atos de concentração que tenham umnexo apropriado com sua jurisdição e utilizar critérios claros e objetivos para determinar se e quando uma operação deve ser notificada. As Práticas Recomendadas da ICN de 2002 determinam que o nexode uma operação com determinada jurisdição deve estar baseado

na atividade em seu território. As referidas Práticas Recomendadas também fornecem diretrizes sobre quais critérios de notificação são claros e objetivos, especialmente no tocante aonexo local. Exemplos de critérios que não são quantificáveis de forma objetiva ou não estão prontamente disponíveis às partes são participação de mercado e efeitos relacionados à operação – como o teste de efeitos realizado pelo Brasil para além de seus critérios de notificação.

- O Brasil deveria considerar a adoção de um teste de nexolocal adequado, que seja mais claro e objetivo do que seu teste de efeitos adotado atualmente.

10.4. Multas e sanções civis

10.4.1. Garantir que as sanções a práticas anticompetitivas sejam suficientemente dissuasórias

A Recomendação da OCDE sobre Ações Efetivas contra Cartéis Clássicos (*OECD Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*) recomenda que os membros imponham sanções efetivas, de tipos e níveis adequados para dissuadir empresas e pessoas físicas de participarem de violações concorrenciais, especialmente cartéis.¹³²

No papel, o Brasil impõe multas significativas às empresas que infringem a legislação concorrenciais. Na prática, contudo, o valor das multas aplicadas aos responsáveis pelas infrações parece ser baixo. Isso se deve a alguns fatores, dentre os quais: (i) a multa pode ser imposta somente em referência ao último ano da infração; (ii) apesar de haver um piso teórico para o valor mínimo da multa, correspondente à vantagem auferida pela empresa em decorrência da infração, ele é de difícil implementação na prática; (iii) não há metodologia estabelecida para o cálculo de multa; (iv) o Cade recorre bastante ao uso de TCCs, e os descontos fornecidos ao valor das multas por estes acordos (em cartéis) é muito alto em relação aos padrões internacionais.

¹³² (C(98)35/FINAL)

- Alterar a Lei de Defesa da Concorrência para tornar a duração da conduta um dos critérios de determinação do valor da multa, de forma que infrações de longa duração sejam punidas com maior severidade que as infrações de menor duração.¹³³
- Alterar o procedimento de celebração de acordos e limitar o seu uso (ver Recomendações acima)
- Esclarecer como as multas são calculadas (ver Recomendações abaixo)

10.4.2. Esclarecer a metodologia para o cálculo de multas

A metodologia para o cálculo do valor das multas aplicadas às infrações à Lei de Defesa da Concorrência não é clara. Há incerteza sobre o que o “ramo de atividade empresarial” representa em relação ao faturamento da empresa responsável pela infração, e o sistema de classificação do Cade de 144 setores econômicos tem se provado de difícil aplicação prática.

Há também incerteza acerca de se/como será realizado o cálculo da vantagem auferida pela conduta. O cálculo do benefício ilícito obtido pelo responsável em decorrência da prática anticompetitiva constitui tarefa extremamente difícil. Isso também aumenta o custo e a complexidade dos procedimentos, bem como a possibilidade de questionamentos bem-sucedidos no Judiciário de decisões condenatórias que seriam válidas não fosse esse aspecto. Como resultado, a maioria das jurisdições utiliza-se somente de valores de referência em relação ao tamanho da empresa responsável pela violação ou do impacto da infração –

¹³³ No âmbito internacional, há duas principais metodologias para se obter esse objetivo: considera-se o faturamento da empresa infratora durante todo o período da infração como a base do cálculo da multa, ou leva-se em consideração o faturamento da empresa infratora em determinado ano e multiplica-se esse valor pelo número de anos de duração da conduta. (Ver OECD (2018) *Pecuniary Penalties for Competition Law Infringements in Australia* especialmente seção 3.4, disponível em: www.oecd.org/daf/competition/Australia-Pecuniary-Penalties-OECD-Report-2018.pdf. O Brasil deveria considerar a adoção de previsão para o cálculo da multa nesses moldes.

por exemplo, o valor das vendas ou o faturamento da empresa no mercado em que a violação ocorreu. Isso ocorre mesmo em jurisdições em que a lei define que o dano causado ou o benefício auferido de uma infração é relevante para o cálculo da multa, como ocorre na Austrália e nos Estados Unidos.

- Adotar uma abordagem simplificada para o estabelecimento das multas, que se baseie em dados prontamente identificáveis e evite a necessidade de realizar cálculos complexos em relação à vantagem auferida pela empresa como decorrência da infração concorrencial.
- Esclarecer o que significa “ramo de atividade econômica empresarial em que ocorreu a infração”, utilizando como referência o mercado ou os produtos envolvidos na infração.
- Alterar a Lei de Defesa da Concorrência para retirar a referência à “vantagem auferida”, bem como para incluir a duração da conduta como um critério para definição da multa, permitindo o estabelecimento de multas mais altas (conforme Recomendação acima).

10.4.3. Vincular a multa aplicada a pessoas físicas com a respectiva renda

O cálculo do valor da multa que pode ser aplicada a um administrador considerado responsável, por culpa ou dolo, pela infração baseia-se no faturamento da empresa. Trata-se de previsão incomum, uma vez que, geralmente, não há relação entre o faturamento da empresa e a renda ou o patrimônio do seu administrador.

Não está claro qual efeito dissuasivo tal multa teria sobre os administradores das empresas. Ao extremo, é possível que tais pessoas físicas sejam oneradas com multas extremamente pesadas, o que aumenta o risco de a decisão condenatória do Cade ser revogada pelo Judiciário.

- As multas aplicadas a pessoas físicas devem estar relacionadas ao salário ou ao patrimônio das respectivas pessoas físicas.

10.4.4. Incluir a proibição de exercer funções de administrador como uma das sanções aplicáveis

Não está claro se a sanção prevista na Lei de Defesa da Concorrência proibindo o responsável pela infração de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por um período de até cinco anos implica na possibilidade de proibir determinada pessoa de exercer funções de administrador. A proibição do exercício de função de administrador (*director disqualification order*) é uma sanção comum ao redor do mundo, especialmente para indivíduos envolvidos em práticas de concorrência fraudulenta.

A proibição do exercício das funções de administrador constitui sanção civil ou administrativa contra pessoas físicas envolvidas em cartéis, que evitam a complexidade e a incerteza contidas em um processo penal. A proibição é muito menos onerosa para a sociedade do que a prisão. Ademais, a sanção de proibição está ganhando popularidade à luz das preocupações de que as altíssimas multas empresariais não geram dissuasão.¹³⁴

- Esclarecer ou alterar a lei para permitir que os administradores sejam proibidos de administrar empresas como uma sanção por seu envolvimento em infrações concorrenciais.

10.5. Sanções penais

10.5.1. Iniciar mais persecuções criminais contra violações relacionadas somente à concorrência

Sanções criminais contra indivíduos envolvidos em violações à legislação concorrencial têm sido adotadas em diversas jurisdições ao redor do mundo. Elas vão de multas

¹³⁴ OECD (2016) Sanctions in Antitrust Cases DAF/COMP/GF(2016)6, p. 33-34.

pecuniárias a prisões. O princípio da criminalização está redirecionando a aplicação de sanções das empresas para as pessoas físicas que praticam condutas anticompetitivas, como a fixação de preços.

No Brasil, algumas infrações à ordem econômica podem ser punidas com prisões de dois a cinco anos e/ou multas criminais. Apesar de ter havido algumas ações penais envolvendo violação à ordem econômica como tipificado, por exemplo, pela Lei 8.137/1990, pela Lei 8.666/1993 e pelo Código Penal (Decreto 2.848/1940), parece haver poucas ações penais envolvendo apenas cartel, vez que muitos casos parecem envolver outros crimes como corrupção. O efeito dissuasório da criminalização da violação à ordem econômica é reduzido caso não haja processos penais.

- O Brasil deveria iniciar ações penais contra violações graves à ordem econômica, como cartéis clássicos, ainda que não constituam violação a outros crimes previstos na lei.

10.5.2. Alterar as regras de prescrição

As regras relacionadas à prescrição prejudicam a efetividade da persecução penal dos crimes relacionados à concorrência. Em particular, a duração da prescrição depende, em cada caso, da multa imposta no caso específico, ao invés do valor máximo da sanção prevista. Em razão da duração das investigações e dos processos envolvendo violações à concorrência e da duração tipicamente curta das sanções penais, no momento em que a sentença é exarada, incide a prescrição sobre a pretensão punitiva do Estado. Assim, a maioria dos réus condenados em âmbito penal pela prática de cartel acaba não cumprindo a pena.

- O Brasil deve levar em consideração a alteração de suas regras relacionadas à prescrição, para que sua duração não dependa das penas impostas no caso específico. A prescrição deveria, ao invés, ser definida com bastante antecedência. Isso garantirá que cartéis possam ser efetivamente processados e punidos na esfera penal.

10.6. Outras sanções

10.6.1. Esclarecer e limitar o uso de medidas estruturais como sanção em casos de conduta

O Cade impôs a venda de ativos como sanção à infração concorrencial em alguns casos, incluindo cartéis em uma ocasião. Desinvestimentos são medidas comumente utilizadas no contexto de atos de concentração econômica, em que são determinadas somente com o consentimento das partes. Isso se dá em função de preocupações com a legitimidade e com a capacidade das autoridades concorrenciais de promoverem alterações no mercado.

No contexto de casos de cartel, remédios estruturais suscitam questões acerca da legitimidade de uma autoridade concorrencial de reestruturar mercados como forma de punição a cartéis, vez que a estrutura de mercado seria considerada legítima sem a conduta. Ademais, existe o potencial de a autoridade concorrencial cometer um erro em sua decisão ou análise do mercado, dado que estes remédios não são negociados com os representados.

- Esclarecer as condições em que as medidas estruturais poderão ser impostas.
- Evitar o uso de medidas estruturais em casos de cartel.

10.6.2. Substituir a previsão de período mínimo de proibição de participar em licitação por um período máximo

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece como uma possível sanção aos responsáveis por infração à ordem econômica a proibição de participação em licitação pública e de contratação com instituições financeiras por um prazo não inferior a 5 anos. Esta sanção pode ser aplicada conforme discricionariedade do Cade.

Um período mínimo de 5 anos de proibição pode desincentivar o Cade a utilizar esta sanção especialmente se, na prática, esse período pré-estabelecido é excessivo em relação à infração. A duração da proibição e o mercado ao qual ela se aplica

devem ser proporcionais à gravidade da infração, vez que a exclusão de um concorrente elimina a concorrência. Isso pode resultar em preços mais altos ou menor qualidade, um resultado contraproducente, oposto àquele que o instrumento da proibição tem a intenção de produzir.¹³⁵

- Um período máximo para a proibição deveria ser estabelecido, para que o Cade, à sua discricionariedade, possa impor a proibição por um período até o limite previsto.

10.7. Questões de política geral

10.7.1. Aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade por meio da elaboração de guias sobre temas substantivos

O Cade publicou uma série de guias procedimentais (e.g., sobre leniência e acordos) mas não publicou muitas diretrizes substantivas. A falta de guias envolvendo questões substantivas em áreas chave, como a metodologia para o cálculo de multa e o critério para a análise de casos envolvendo abuso de posição dominante tem levado a decisões e abordagens inconsistentes dentro do Cade.

A publicação de diretrizes substantivas aumenta a transparência para as partes investigadas e também para o Poder Judiciário, que poderão antecipar a abordagem provável no endereçamento das questões concorrenciais e esperar que a autoridade a siga, salvo se houver boa justificativa para o contrário. As diretrizes também podem aumentar a transparência em relação à abordagem da autoridade na aplicação e na interpretação da lei. Outro ponto importante é que a existência de guias também pode fomentar a consistência das abordagens realizadas dentro de um mesmo órgão sobre uma análise concorrencial substantiva acerca de determinada questão. O desenvolvimento de guias sobre aspectos materiais fornece um fórum fechado por meio do qual se pode ter debates exaustivos e francos para resolver divergências e se chegar a uma posição

¹³⁵ OECD (2016) Sanctions in Antitrust Cases
DAF/COMP/GF(2016)6, p. 36.

institucional. Tudo isso aumenta a segurança jurídica e previsibilidade para as empresas.

- O Cade deveria publicar mais guias sobre temas substantivos a fim de melhorar a transparência, a previsibilidade e a segurança jurídica para empresas e para melhorar a consistência interna das abordagens. Possíveis temas que se beneficiariam de guias são: cálculo de multas, restrições verticais, cooperação horizontal entre concorrentes e abuso de posição dominante.

10.7.2. Esclarecer as respectivas competências em advocacia da concorrência e as funções do Cade e do Ministério da Fazenda (Seprac e Sefel)

A nova Lei de Defesa da Concorrência conferiu competência para o exercício da advocacia da concorrência ao Ministério da Fazenda (Seprac e Sefel). Ausente impedimento formal na lei, o Cade continua a considerar a advocacia da concorrência dentre uma de suas principais funções. Esta competência compartilhada em advocacia da concorrência pode levar a incoerências, especialmente em relação às respectivas atividades de advocacia intragovernamental e na condução de avaliações de impacto da concorrência sobre políticas e regulações existentes ou propostas e sobre setores da indústria. Há o risco de que as entidades tenham abordagens diferentes à priorização, metodologias e, portanto, resultados. Há, contudo, consideráveis benefícios de se ter dois atores fortes na advocacia da concorrência com funções complementares em diferentes partes do Poder Executivo. Isso reforça suas respectivas atividades e mensagens e fortalecerá suas intervenções de avaliação concorrencial, em conformidade com as Recomendações da OCDE de 2009 sobre Avaliação Concorrencial.

- Melhorar a cooperação em advocacia da concorrência entre o Cade, a Seprac e a Sefel na prática. O novo Comitê de Cooperação em Advocacia da Concorrência pode fornecer um fórum proveitoso para esse fim. Os órgãos devem estabelecer e aplicar uma metodologia comum para a avaliação concorrencial e publicar pareceres conjuntos

de advocacia da concorrência, manifestando-se de forma uníssona em questões de interesse mútuo.

- Com o fim de evitar duplicação de tarefas, o Brasil deveria considerar alocar responsabilidades distintas à Seprac, à Sefel e ao Cade. A Seprac e a Sefel podem estar melhor posicionadas para conduzir a avaliação concorrencial de projetos de leis e de atos normativos, enquanto se mantém blindados na medida do possível de influências políticas e garantem uma abordagem objetiva à avaliação concorrencial. Com o conhecimento do Cade sobre as indústrias, seu quadro de servidores especializados pode estar melhor capacitado para identificar e avaliar restrições à concorrência existentes em setores da indústria que sofrem com a falta de concorrência. O Cade também estaria bem posicionado para assumir a tarefa de *advocacy* relacionada à construção de uma “cultura da concorrência”.

10.7.3. Fortalecer o quadro da persecução concorrencial privada

Até o presente momento, o sucesso da persecução privada em condutas anticompetitivas no Brasil tem sido limitado, de forma que a persecução pública continua sendo o principal meio para a punição e dissuasão de práticas anticompetitivas. Contudo, diversas iniciativas por parte do Cade e de responsáveis pela elaboração de políticas públicas demonstram intenção de fortalecer a persecução concorrencial privada.

O Cade encaminhou sua decisão em dois casos importantes envolvendo cartel às partes prejudicadas. A autoridade também desenvolveu, recentemente, uma Resolução sobre sua política de divulgação de informações, definindo regras para acesso a documentos e informações oriundas de acordos de leniência e TCCs, com o propósito de encorajar o ajuizamento, por particulares, de ações civis de reparação por danos concorrenciais, ao mesmo tempo em que tenta balancear o impacto da transparência nos incentivos das partes de trazerem provas para o Cade.

O Projeto de Lei do Senado nº 283/2016 tem por objetivo fomentar ações civis de reparação por danos concorrenciais ao estabelecer o ressarcimento de danos em dobro por prejuízos decorrentes de infrações concorrenciais, exceto para aqueles que assinaram acordos de leniência ou termos de compromisso de cessação com o Cade. O referido Projeto de Lei também melhorará a segurança jurídica ao definir o termo inicial da prescrição para ações de reparação civil como sendo a decisão do Cade que encerra o processo administrativo.

- O Brasil deve buscar medidas para incentivar ações civis de reparação por danos concorrenciais, especialmente por meio da célere adoção do Projeto de Lei do Senado nº 283/2016. Ao mesmo tempo, o Brasil deve contrabalancear estas medidas com a necessidade de proteger a efetividade de sua persecução pública, notadamente, o programa de leniência do Cade.

10.8. Melhorar o quadro regulatório referente à cooperação internacional

A troca de informações entre as autoridades concorrenciais e as autoridades responsáveis pela apuração de condutas anticompetitivas transfronteiriças torna-se cada vez mais necessária para lidar com práticas ou operações anticompetitivas. Contudo, isso nem sempre é possível sem um termo de renúncia de confidencialidade fornecido pelas partes. De acordo com a Recomendação da OCDE de 2014 sobre Cooperação Internacional à qual o Brasil aderiu, as autoridades concorrenciais devem considerar a possibilidade de adotarem as chamadas previsões legais sobre a “ponte de transmissão de informações” (*information gateway*), i.e., norma que permite a troca de informação confidencial entre autoridades da concorrência sem a necessidade de autorização prévia da fonte da informação, com o fim de aprimorar a capacidade de troca de informações.

Nem a Lei de Defesa da Concorrência nem os acordos de cooperação bilateral do Cade permitem ao Cade trocar informações confidenciais com outras autoridades sem o consentimento prévio das partes ou oferecer assistência investigativa caso uma autoridade estrangeira o requeira. Apesar

de isso não ter, aparentemente, dificultado a atuação transfronteiriça do Cade até o momento em suas atividades relacionadas à aplicação da legislação concorrencial, elas podem se tornar um desafio à medida que as atividades de persecução internacional do Cade se intensificam.

- O Brasil deveria considerar a adoção de um *gateway* de informações ou celebrar acordos de segunda geração sobre cooperação (que preveem o uso de um *gateway* de informações), em consonância com a Recomendação da OCDE de 2014 sobre Cooperação Internacional.

Bibliografia

American Bar Association, ‘Interview with Alexandre Barreto, President of Brazil’s Administrative Council for Economic Defense (Cade)’ (The Antitrust Source, June 2018).
www.americanbar.org/content/dam/aba/multimedia/antitrust_law/jun18_barreto_intrvw_6_21f.pdf. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

‘Annual report on competition policy developments in Brazil - 2017’ (apresentada pelo Brasil ao Comitê de Concorrência da OCDE para a reunião de 06 a 08 de junho de 2018), DAF/COMP/AR(2018)20

Ana Paula Candil, ‘Cade Superintendent, predecessor sceptical of cartel fines calculated by gauging ill-gotten gains’ (MLex Market Insight, 5 de novembro de 2018)

‘Crime de cartel e a reparação de danos no Poder Judiciário brasileiro’ in Ministério da Justiça, *Série Pensando O Direito* (Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD no Projeto Pensando o Direito – Convocação Edital 001/2011 – Seleção de Projetos, Rio de Janeiro, outubro de 2012)

Fernanda Ferrer Haddad, Ricardo Quass Duarte and Tiago Vaitekunas Zapater, ‘Class action: Brazil’ (Getting the Deal Through, 2017)
<https://gettingthedealthrough.com/area/82/jurisdiction/6/class-actions-2019-brazil/>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

Flavia Fortes, ‘Unilateral conduct probes to get boost in Brazil; digital economy a priority, Cade official says’ (MLex Market Insight, 11 de abril de 2018).
<https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/antitrust/latin-america/unilateral-conduct-probes-to-get-boost-in-brazil-digital-economy-a-priority,-cade-official-says> Acesso em 22 de janeiro de 2019

Ron Knox, ‘Ragazzo: Brazil to issue guidance on fines and settlements’ (Global Competition Review, 23 July 2012).

<https://globalcompetitionreview.com/article/1055865/ragazzo-brazil-to-issue-guidance-on-fines-and-settlements>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

Carlos Francisco de Magalhães, Gabriel Nogueira Dias and Cristiano Rodrigo Del Debbio, 'Private antitrust litigation in Brazil overview' (Thomson Reuters Practical Law, 2016) [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-633-8888?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-633-8888?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1). Acesso em 22 de janeiro de 2019.

Ana Paula Martinez and Mariana Tavares de Araujo, 'Anti-cartel enforcement in Brazil: Status Quo & Trends' in Cristianne Zarzur, Krisztian Katona e Mariana Villela (ed), *Overview of Competition Law in Brazil* (IBRAC, 2015)

OCDE (2017), *Competition Assessment Toolkit: Volume 1. Principles*

OCDE (2015), *Secretariat Note on Relationship between public and private antitrust enforcement*, 15 June 2015, DAF/COMP/WP3(2015)14

OCDE (2015) 'Submission of Brazil to Working Party 3 on Cooperation and Enforcement discussion on *Relationship between public and private antitrust enforcement*' (OCDE 15 de junho de 2015), DAF/COMP/WP3/WD(2015)23

OCDE (2014) 'Note by Brazil to Competition Committee *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities*' (OCDE 17-18 de dezembro de 2014), DAF/COMP/WD(2014)129

OCDE (2007), *Roundtable report: Public procurement – the role of competition authorities in promoting competition*, DAF/COMP(2007)34

Rodrigo Russo e Ana Paula Candil 'Comment: Cade resolution on confidentiality of leniency documents does little to aid civil suits in Brazil' (MLex Market Insights 2016)

Cristianne Saccab Zarzur, 'The private competition enforcement review – edition 11 – Brazil' (The Law Reviews, março de 2018) <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-private-competition-enforcement-review-edition-11/1166414/brazil> . Acesso em 22 de janeiro de 2019.