

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 3 – novembro 2015 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasília, DF.

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Ana de Oliveira Frazão

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Celso Campilongo

Diogo Coutinho

Edmond Schlumberger

Eduardo Frade Rodrigues

Eleanor Fox

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Ivo Gico Junior

Laurence Idot

Marcio de Oliveira Júnior

Paula Forgioni

Paulo Burnier da Silveira

Saulo Casali

Vinicius Marques de Carvalho

William Kovacic

Coordenação Editorial

Vinicius Marques de Carvalho

Paulo Burnier da Silveira

Marcela Mattiuzzo

Pablo Reja Sánchez

Correspondência Redatorial

Revista de Defesa da Concorrência

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP 70770504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

Sumário

Apresentação iii

I – Atualidades

O Acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobras.....5

II – Doutrina jurídica e econômica

Acordos em Controle de Concentrações e o Instituto da Arbitragem28

Affected volume of commerce: how the concept is interpreted to calculate cartel fines in the United States and in Brazil46

Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google.....65

Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios87

Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização.....114

Concessões e concorrência nos aeroportos brasileiros133

O critério da solidariedade na análise concorrencial do *joint selling* no mercado de transmissão televisiva do futebol brasileiro.....156

A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil180

Apresentação

É com muito prazer que apresentamos a segunda edição da Revista de Defesa da Concorrência no ano de 2015. Novamente composto por nove artigos, a intenção desse número é discutir temas atuais, questões relevantes para o controle de condutas e para o controle de estruturas, além de interfaces do debate concorrencial com a questão regulatória.

Essa edição é especialmente relevante para nós, dado que no final do primeiro semestre, depois do processo de avaliação bianual promovido pela Qualis-CAPES, a RDC pela primeira vez foi qualificada na categoria B2 em Direito, o que mais uma vez vem reforçar a consolidação dos estudos em concorrência no Brasil e o compromisso desta coordenação editorial em promover um trabalho de alta qualidade acadêmica.

Seguindo as discussões internas ao próprio Conselho, em especial a recente submissão à consulta pública do “Guia para Programas de Leniência Antitruste no Cade”, um tema que ganha bastante relevância nesse número é precisamente aquele relacionado a estes acordos no direito brasileiro. O primeiro artigo trata do assunto numa perspectiva extremamente atual, qual seja, aquela de sua interface com a Lei 12.846/2013, e conseqüentemente com o acordo de leniência previsto nesse diploma normativo. Outros dois textos debatem o tema em perspectivas diferentes: a primeira relacionada aos desafios que o programa de leniência do Cade enfrenta e enfrentará no futuro, a segunda mais propriamente voltada à responsabilidade civil e ao direito à indenização dos prejudicados pelas infrações à ordem econômica.

Damos ainda destaque a dois setores analisados por artigos desse número: o de transmissão televisiva de futebol e o de concessões de aeroportos. Ambos os temas já foram largamente debatidos dentro e fora do país e são de grande relevância para a economia brasileira, não só por sua relevância estratégica, como também pelo interesse que despertam na sociedade em geral – afinal, a transmissão do futebol pelas televisões brasileiras está longe de ser uma pauta exclusiva de economistas, advogados e demais especialistas no assunto.

Passamos então a temas na agenda internacional. Aqui, ressaltamos os desdobramentos do caso Google, relacionado às investigações de abuso de posição dominante da empresa, as quais além de serem foco de investigação no Brasil ganharam recente destaque por conta da atuação da Comissão Europeia; a metodologia para determinação de multas em cartel, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos; o instituto da arbitragem como solução viável em acordos de controle de concentrações; e, por último, mas não menos importante, o debate sobre *advocacy* concorrencial, que tem se imposto em âmbito brasileiro, mas também afeta diversas outras jurisdições.

Espero que aproveitem a leitura tanto quanto aproveitamos a oportunidade de discutir esses temas e selecioná-los para fazer parte desta edição!

Vinicius Marques de Carvalho
Editor-chefe da Revista de Defesa da Concorrência

O Acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobras

André Gustavo Veras de Oliveira¹

RESUMO

A recente descoberta de um possível esquema criminoso envolvendo as maiores empreiteiras do país, que juntas formavam um suposto cartel visando maximizar seus lucros mediante fraudes em procedimentos licitatórios da Petrobras, pôs o acordo de leniência em destaque na mídia. O presente estudo buscará analisar os contornos do instituto na Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11), cuja celebração se dá pelo CADE. Far-se-á, posteriormente, uma análise do acordo de leniência previsto na recente Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), demonstrando a atual polêmica que envolve a aplicação do instituto com base nesse diploma legal. Nesse intuito, serão abordados especificamente o conflito de atribuições entre a CGU e o MPF para celebração do acordo de leniência, bem como a possível extensão de seus benefícios a todos os envolvidos no ilícito investigado, tomando como base a experiência adquirida pelo CADE em sua aplicação no âmbito da defesa da concorrência.

Palavras-Chave: acordo de leniência; cartéis; Petrobras; Operação Lava Jato; Lei de Defesa da Concorrência; Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

The recently uncovering of a possible criminal scheme involving the largest contractors in the country, which together formed a supposed cartel to maximize their profits by fraud in bidding procedures of Petrobras, highlighted the leniency agreement in the media. This study analyzes the contours of the tool in the Antitrust Act (Law n. 12.529/11), whose celebration is subjected in the CADE. Subsequently there will be analyzed the leniency agreement at the recent Anti-Corruption Act (Law n. 12.846/13), demonstrating the current controversy involving the application of the tool based on this law. To that end, will be specifically discussed the conflict of jurisdiction between the CGU and the MPF to conclude the leniency agreement, as well as the possible extension of its benefits to everyone involved in investigating illicit, based on the experience acquired by CADE in its application to aim the protection of competition.

Keywords: leniency agreement; cartels; Petrobras; Operation Car Wash; Antitrust Act; Anti-Corruption Act.

Classificação JEL: K21 - K42; L41 - L44 - L53.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Público. Advogado público do município de Jaboatão dos Guararapes. E-mail: andregvoliveira@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei de Defesa da Concorrência; 3. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei Anticorrupção; 3.1. Do Conflito de Atribuições para Celebrar o Acordo de Leniência; 3.2. Da Possibilidade de Extensão dos Benefícios do Acordo de Leniência a Todos os Envolvidos; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

“Não se constrói uma sociedade baseada na virtude dos homens, e sim na solidez das instituições”. MONTESQUIEU

1. Introdução

A formação de cartéis atualmente situa-se como um dos maiores entraves ao desenvolvimento econômico, problema este que afeta indistintamente quase todos os países. O cartel consiste num acordo entre concorrentes visando ao estabelecimento de preços iguais ou semelhantes, bem como a fixação de cotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação, no intuito de reduzir a concorrência com a consequente maximização dos lucros.

Os efeitos de um cartel são extremamente nocivos à economia de determinada região, pois eles acarretam um aumento considerável nos preços dos produtos e serviços, diminuindo a oferta e reduzindo o estímulo à inovação, que é corolário da livre concorrência – princípio este consagrado no art. 170, IV da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Estudos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) calculam que um mercado cartelizado possui cerca de 10 a 20% de sobrepreço nos produtos comparado a um mercado competitivo². Em 2002 a OCDE divulgou estudo com as seguintes conclusões:

A Comissão de Competição da OCDE efetuou uma sondagem sobre os casos de cartéis conduzidos pelos seus Membros entre 1996 e 2000, em uma tentativa de aprender mais sobre os prejuízos dos cartéis. Os países respondentes descreveram um total de 119 casos, mas em muitos destes não foi possível estabelecer os prejuízos. Ainda assim, o volume do comércio afetado pelos apenas 16 maiores casos relatados na sondagem da OCDE, excedeu a quantia de US\$ 55 bilhões em todo o mundo. Desta forma, fica claro que a magnitude dos prejuízos dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anualmente.³

Com o intuito de combater os cartéis e outras práticas anticoncorrenciais foi criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que atualmente encontra espeque

² CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009). 3. ed. p. 6.

³ OCDE. *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Cartéis, seus danos e punições efetivas*. p. 3. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>>. Acesso em 25/08/15.

legal na Lei n. 12.529/11, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Este diploma normativo prevê como um de seus principais instrumentos de combate a tais práticas o acordo de leniência, o qual desde sua instituição vem ajudando o CADE a dismantelar uma série de cartéis pelo país.

O acordo de leniência também é previsto em outros diplomas legislativos, cuja competência para firmá-lo é de outros órgãos como o Ministério Público Federal (MPF) e a Controladoria-Geral da União (CGU). A mais recente previsão deste acordo encontra-se na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13). A previsão de um mesmo instituto inserido em diferentes diplomas normativos poderia ocasionar conflito de atribuições entre os entes responsáveis por aplicá-lo e, conforme se verá mais à frente, é exatamente o que vem ocorrendo durante a Operação Lava Jato.

Em março de 2014 foi deflagrada a Operação Lava Jato, que teve como objetivo a investigação de um suposto esquema de práticas ilícitas envolvendo a Petrobras, grandes empreiteiras e políticos de diversos partidos. A Operação Lava Jato já se tornou um caso paradigmático de combate às práticas ilícitas contra a Administração Pública.

No curso das investigações descobriu-se um suposto grupo criminoso que praticava sistematicamente crimes contra a ordem econômica e lavagem de dinheiro, formando um poderoso cartel entre as maiores empreiteiras do país, que atuou durante os anos de 2004 a 2014. Esse grupo visava à prática de crimes em relação aos procedimentos licitatórios da maior petrolífera do país, gerando a maximização de seus lucros com o respectivo prejuízo da ordem de bilhões de reais à companhia. Para a manutenção do cartel essas empreiteiras praticavam a corrupção de vários empregados públicos do alto escalão da Petrobras e de políticos que indicavam e mantinham estes empregados em seus respectivos cargos.

Diante dos vários crimes praticados e da multiplicidade normativa envolvida, este caso atraiu a competência de vários entes como o MPF, CADE e CGU. Dentre todas as divergências surgidas talvez a que venha causando maior polêmica é a competência para celebração do acordo de leniência, se seria exclusiva de cada ente público ou se dependente de ratificação dos demais envolvidos, vez que o acordo celebrado por um ente pode ter implicações nas investigações realizadas por outro. Também polêmica é a possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência a todos os envolvidos.

Em que pese a Operação Lava Jato ainda se encontre em andamento, diversas implicações jurídicas já estão em curso, de modo que seus desdobramentos irão moldar a interpretação de diversos institutos jurídicos, mormente o acordo de leniência. Ademais, não é

exagero afirmar que este tipo de acordo ditará o rumo da Operação e, conseqüentemente, contribuirá com o aprimoramento institucional que o país necessita para o combate à corrupção.

De um lado tem-se o MPF buscando promover a responsabilização civil e criminal de todos os responsáveis, independentemente das conseqüências de ordem econômica que isto possa causar. Isso implicaria a imputação de pesadas sanções às pessoas físicas e, principalmente, às pessoas jurídicas envolvidas, mesmo que significando o colapso de algumas das maiores empreiteiras do país, responsáveis pela condução de expressivo número de obras públicas de infraestrutura – inclusive obras do PAC, das Olimpíadas etc. –, com a conseqüente demissão em massa de funcionários e agravamento da crise econômica ora em curso no país.

De outro lado tem-se o Governo Federal buscando contornar a situação e, para tanto, encontrou no acordo de leniência um instrumento de redenção a estas empresas, no que vem sendo interpretado por muitos como uma completa deturpação do instituto. A fim de evitar a quebra generalizada de tais empresas e, por conseguinte, a paralisação de obras consideradas essenciais para o desenvolvimento do país, o Governo Federal, através da Advocacia-Geral da União (AGU) e CGU, vem buscando dar uma interpretação mais ampla ao acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, contrariando como até então o instituto vinha sendo aplicado com base em outras leis como a Lei de Defesa da Concorrência, de modo a poder abranger todas as empresas envolvidas que preencham os requisitos, com a conseqüente diminuição das sanções imputadas.

O CADE apresenta-se também como um dos personagens envolvidos, vez que dentre os diversos ilícitos praticados há a formação de cartel e outras práticas anticoncorrenciais envolvendo algumas das maiores empreiteiras do país. Somente foi possível a descoberta dos detalhes da atuação de tais empreiteiras através do acordo de leniência firmado pelo CADE com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionárias do grupo Setal/SOG, em março de 2015.

O momento atual é de suma importância porque ditará o rumo que se dará a um dos mais promissores instrumentos de combate a toda ordem de práticas ilícitas – o acordo de leniência. Diversas obras estão sendo produzidas na seara acadêmica e diversos congressos estão sendo promovidos no país buscando debater o assunto.

O presente estudo buscará contribuir com tais discussões que definirão o rumo do instituto. Nesse contexto, far-se-á análise de uma das legislações de maior efetividade na qual se vem aplicando o acordo de leniência, que é a Lei de Defesa da Concorrência, a qual serviu de base para o acordo já firmado com o grupo Setal/SOG. Será proposto que a aplicação do

acordo de leniência pelo CADE, com base na Lei de Defesa da Concorrência, sirva como modelo para sua aplicação pela CGU com base na Lei Anticorrupção.

Em seguida, analisar-se-á o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, identificando-se o contexto no qual vem ocorrendo os debates sobre os dispositivos da nova legislação no âmbito dos diversos entes envolvidos (AGU, CGU, MPF, CADE, TCU, Congresso Nacional etc.).

Dentre as várias polêmicas que envolvem a recente Lei Anticorrupção, o presente estudo focará no conflito de atribuições entre os entes públicos durante as investigações dos ilícitos contra a petrolífera brasileira.

Outro ponto a ser destacado será quanto à possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência a todas as empresas envolvidas no ilícito que desejarem reparar os danos e cooperar com as investigações, possibilidade esta que vem sendo defendida pelo Governo Federal através da CGU e AGU, mas que vem sofrendo resistência pelo Ministério Público e outros entes.

2. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei de Defesa da Concorrência

Visando ao combate dos cartéis e outras práticas anticoncorrenciais foi criado o CADE pela Lei n. 4.137/1962, na época órgão do Ministério da Justiça. Durante o período de sua criação até o advento da Lei n. 8.884/94, sua atuação era deveras diminuta, de modo que, diante da precariedade dos recursos de que dispunha, não logrou êxito em seu desiderato de combate ao abuso do poder econômico. Apenas com a Lei n. 8.884/94 é que o CADE passou a se estruturar na forma de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e a legislação passou a prever instrumentos mais eficazes que permitissem a tutela mais efetiva da livre concorrência no Brasil.

Dentre os vários instrumentos criados para o combate ao abuso do poder econômico, há de se destacar o acordo de leniência, instituído pela Lei n. 10.149/00, que acabou por incluir os arts. 35-B e 35-C na Lei n. 8.884/94. Tal acordo consiste na possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas negociarem com o Poder Público para, em troca de benefícios como a extinção da punibilidade ou redução de pena por infrações cometidas, prestarem informações que auxiliem nas investigações para dismantelar organizações que praticam ilícitos concorrenciais.

Atualmente a legislação que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no qual está inserido o CADE, é a Lei n. 12.529/11, tendo este novo diploma

legislativo revogado o anterior (Lei n. 8.884/94). O CADE, por sua vez, é formado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

O acordo de leniência aplicado pelo CADE para promover a defesa da concorrência é disciplinado pelos arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529/11. Tal acordo consiste na possibilidade de extinção da ação punitiva da administração pública ou redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, a ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração contra a ordem econômica, que efetivamente colaborem com as investigações e o processo administrativo, de modo que dessa colaboração resulte: a) a identificação dos demais envolvidos na infração; b) a obtenção de documentos e informações que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Ademais, conforme referida legislação, para que se possa celebrar o acordo de leniência é necessário preencher cumulativamente os seguintes requisitos: 1º) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; 2º) a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; 3º) a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; 4º) a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo sempre que solicitada a todos os atos processuais, sob suas expensas, até seu encerramento.

O órgão do CADE responsável pela celebração do acordo de leniência é a Superintendência-Geral e, uma vez celebrado, será posteriormente aferido o cumprimento de seus requisitos pelo Tribunal Administrativo, o qual declarará extinta a punibilidade ou reduzida a penalidade a ser imposta ao agente leniente.

Caso a proposta de leniência feita pelo agente infrator não seja aceita pelo CADE ou no curso da celebração do acordo haja a desistência por parte do infrator, as informações passadas não implicarão confissão quanto à matéria alegada, nem reconhecimento da ilicitude da conduta. Qualquer documento porventura entregue será devolvido, vedado qualquer tipo de divulgação.

Tal instrumento vem se mostrando como um dos mais efetivos no combate às práticas anticoncorrenciais, pois se apresenta de baixo custo à Administração Pública e permite a colheita de provas contra o cartel, que é um ilícito de difícil descoberta e, conseqüentemente,

de difícil condenação dos envolvidos. Somente de 2003 até 2015 foram assinados mais de 40 (quarenta) acordos de leniência, número este que cresce a cada ano⁴.

O acordo de leniência se apresenta muito benéfico também para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na prática de cartel, pois é garantida a imunidade administrativa de forma total ou parcial, a depender do grau de cooperação efetivamente prestado nas investigações, culminando de qualquer modo com a responsabilização dos demais envolvidos.

Ademais, também é garantida ao agente leniente a imunidade criminal quanto às condutas ilícitas tipificadas na Lei n. 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica), na Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e no art. 288 do Código Penal (delito de associação criminosa). Isso significa que, uma vez celebrado o acordo de leniência com a Superintendência-Geral e, verificado o cumprimento de seus requisitos pelo Tribunal Administrativo, ficará suspenso o curso do prazo prescricional e impedido o oferecimento de denúncia em face do agente leniente.

Em decorrência destes benefícios, durante a Operação Lava Jato foi realizado pelo CADE, em conjunto com o MPF, o acordo de leniência⁵ com o grupo Setal/SOG Óleo e Gás e as pessoas físicas funcionárias da empresa. Segundo a versão pública⁶ deste acordo, foi revelado que:

Os contatos e acordos entre concorrentes se iniciaram de forma preliminar no final dos anos 90/início dos anos 2000, tornaram-se mais frequentes e estáveis a partir de 2003/04, e duraram até, pelo menos, final de 2011 /início de 2012.

As condutas anticompetitivas consistiram em acordos de (i) fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial "onshore"⁷ da Petrobras no Brasil. Estas condutas foram viabilizadas, principalmente, por meio de reuniões presenciais, contatos telefônicos e SMSs entre os representantes das empresas, voltados à supressão/redução de competitividade nas licitações/contratações realizadas pela Petrobras nas obras de montagem industrial "onshore", com prévio acerto do vencedor, preços apresentados, condições, divisões de lotes, abstenções, propostas de cobertura, dentre outros.

⁴ CADE. *Programa de Leniência*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ae8e8e929e7dbf9ba9aa81>>. Acesso em 05/08/2015.

⁵ CADE. Notícias. *Cade celebra acordo de leniência no âmbito da "Operação Lava Jato"*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?cf63b345dc32c64cde6cff53e6668>>. Acesso em 05/08/2015.

⁶ CADE. *Versão pública do histórico da conduta do acordo de leniência celebrado entre o grupo Setal/SOG Óleo e Gás com a SG/CADE e com o Ministério Público Federal (MPF)*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/HC%20Vers%C3%A3o_P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em 20/08/15.

⁷ Segundo os Signatários, os serviços "onshore" são aqueles realizados em indústrias localizadas em terra, ao passo que os serviços de "offshore" são prestados em alto mar como plataformas petroleiras e navios. Os serviços afetados pela conduta consistem, portanto, naqueles "onshore", consistentes na montagem e construção de plantas industriais em qualquer segmento (refinarias, petroquímicas, indústrias em geral, etc), exceto aquelas relativas às unidades necessárias para plataformas submarinas (que são classificadas como "offshore").

Continua o acordo de leniência a com o grupo Setal/SOG Óleo e Gás revelando a estrutura do cartel, que se autodenominava “Clube das 9”, com posterior ampliação para o “Clube das 16”:

As empresas participantes da conduta anticompetitiva, durante o chamado "**Clube⁸ das 9**", foram: (i) Camargo Corrêa S/A, (ii) Construtora Andrade Gutierrez S/A, (iii) Construtora Norberto Odebrecht S/A, (iv) Mendes Junior Trading Engenharia, (v) MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, (vi) Promon S/A, (vii) Setal/SOG Óleo e Gás, (viii) Techint Engenharia e Construção S/A e (ix) UTC Engenharia S/A. Em seguida, com a ampliação do grupo e a criação do chamado "**Clube das 16**", as empresas que também passaram a ser participantes da conduta anticompetitiva foram: (x) Construtora OAS S/A, (xi) Engevix Engenharia, (xii) Galvão Engenharia S/A, (xiii) GDK S/A, (xiv) Iesa Óleo e Gás, (xv) Queiroz Galvão Óleo e Gás e (xvi) Skanska Brasil Ltda. Ademais, outras empresas que participaram **esporadicamente** das combinações entre os concorrentes para licitações específicas foram: (xvii) Alusa Engenharia (atualmente denominada Alumini Engenharia S/A), (xviii) Carioca Engenharia, (xix) Construcap CCPS Engenharia, (xx) Fidens Engenharia S/A, (xxi) Jaraguá Engenharia e Instalações Industriais Ltda., (xxii) Schahin Engenharia S/A e (xxiii) Tomé Engenharia.

Os benefícios do acordo de leniência realizado com o grupo Setal/ SOG Óleo e Gás já podem ser observados: recentemente, em 31/07/15, foi firmado o acordo de leniência *plus*, com fulcro no art. 86, §§7º e 8º da Lei n. 12.529/11⁹, com uma das empreiteiras envolvidas no suposto cartel da Petrobras, a Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A – CCCC.¹⁰

A leniência *plus* consiste na possibilidade de uma empresa que foi delatada, via acordo de leniência, por um dos membros do cartel da qual era integrante, fornecer dados sobre a existência de outro cartel e neste obter todos os benefícios do acordo de leniência, bem como a redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável em decorrência do cartel anterior.

Foi através desta leniência *plus* que veio à tona mais um cartel envolvendo uma sociedade de economia mista, desta vez um suposto cartel em licitações da Eletrobras Termonuclear S/A – Eletronuclear, relacionado ao mercado de obras de montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra 3¹¹.

⁸ O termo “Clube” era utilizado para se referir às empresas participantes da conduta anticompetitiva descrita neste Histórico da Conduta, assim como os termos “Grupo” e “Mesa”.

⁹ Art. 86. (...)

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

¹⁰ CADE. Destaques. *Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

¹¹ CADE. Destaques. *Cade celebra acordo de leniência em investigação de cartel em licitação da usina Angra 3*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

Ademais, com o intuito de ampliar os benefícios obtidos através da leniência *plus*, logo em seguida (19/08/15) foi homologado com a Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), com fulcro no art. 85 da Lei n. 12.529/11.

O TCC é um instrumento que permite às demais empresas que não foram a primeira a se habilitar ao acordo de leniência, mas que desejam cessar as atividades ilícitas e colaborar com as investigações, obter benefícios nas esferas cível e administrativa, em que pese persista a responsabilização penal. Através deste TCC foi fixada uma contribuição pecuniária de mais de R\$ 104 milhões – maior valor já pago no âmbito de um TCC firmado com o CADE¹² –, valor este que será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos¹³.

Este caso da Petrobras é emblemático porque demonstra como o acordo de leniência, quando bem empregado, pode servir como um profícuo instrumento de recomposição do patrimônio público e de desestímulo à formação de outros cartéis.

3. O Acordo de Leniência no Âmbito da Lei Anticorrupção

A Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), o mais recente diploma legislativo a prever o acordo de leniência, dispõe sobre a responsabilização objetiva nas searas administrativa e cível de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, não abrangendo, todavia, a seara penal.

Os atos lesivos à Administração Pública a que se refere a lei estão descritos no art. 5º da mesma¹⁴. Conforme se observa, muitas das condutas nela previstas também são consideradas

¹² CADE. Destaques. *Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

¹³ CADE. *Versão pública do histórico da conduta que acompanha o TCC em sede do Requerimento 08700.007402/2015-44.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Hist%C3%B3rico%20da%20conduta.pdf>>. Acesso em 20/08/15.

¹⁴ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

ilícitas por outras leis, que também prevêem sanções pela sua prática. É o caso, por exemplo, da fraude em licitações públicas, que é criminalizada pela Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93), ou dos atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92).

A complexidade que envolve a Operação Lava Jato se dá em grande parte porque os ilícitos praticados pelas empresas envolvidas se amoldam às condutas previstas em diversos diplomas legais. Dentre as várias polêmicas jurídicas que envolvem a operação, o acordo de leniência aparece como um dos mais controversos, tanto pela sua potencial capacidade de revelar o esquema de corrupção que envolveu a Petrobras, quanto pelo potencial uso deturpado do instituto para beneficiar os acusados.

A celeuma que se instaurou quanto ao acordo de leniência na Operação Lava Jato foi motivada por um aparente conflito de atribuições que poderia haver em sua celebração, com possível interferência nas atribuições de um ente em outro.

É o que se verifica no caso de a CGU firmar acordo de leniência com acusado que apresente provas – que deveriam ser desconhecidas pela Administração Pública segundo a Lei Anticorrupção –, mas que na verdade já eram conhecidas pelo MPF, embora não tivessem sido divulgadas em decorrência do sigilo das investigações. Nesse caso sustenta o MPF ser necessária sua participação para que o acordo seja válido, enquanto a CGU sustenta ser de sua competência exclusiva.

Ademais, outro imbróglio instaurado é quanto à possível extensão dos benefícios do acordo de leniência da Lei Anticorrupção a todas as empresas investigadas na Operação Lava Jato, tese esta capitaneada pelo Governo Federal, representado pela AGU e CGU.

Tal entendimento, segundo sustenta o MPF, deturparia o instituto do acordo de leniência, contrariando a forma como atualmente vem sendo aplicado pelo CADE com base na Lei de Defesa da Concorrência e pelo *Parquet* federal com base em legislação esparsa.

-
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Isso porque o acordo de leniência tem como escopo a colheita de provas que permitam a condenação dos demais envolvidos, com a respectiva concessão de benefícios apenas ao primeiro integrante que denuncie a organização criminosa da qual participe.

Tais questões serão abordadas nos tópicos a seguir, pautando-se por uma análise comparativa entre o acordo de leniência na Lei Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência, aproveitando-se da experiência exitosa de aplicação do instituto com base nesta última (cuja existência remonta ao ano de 2000 e já serviu de base para o desmantelamento de vários cartéis pelo CADE) com o escopo de guiar os rumos a serem tomados pelo instituto.

3.1 Do Conflito de Atribuições para Celebrar o Acordo de Leniência

O conflito de atribuições ocorre quando duas ou mais autoridades (judiciais ou administrativas) praticam atos administrativos¹⁵ (e não jurisdicionais) que são colidentes, ou seja, ambas se julgam competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para a prática do ato.

O curso da Operação Lava Jato revelou a prática de diversos ilícitos penais, administrativos e cíveis, o que atraiu a competência de diversos órgãos para sua investigação e aplicação de sanções. A recente Lei Anticorrupção trouxe a CGU como mais um dos personagens para conduzir as investigações, bem como estipulou ser ela o órgão competente para celebrar o acordo de leniência (art. 16, §10, Lei n. 12.846/13) na Administração Pública Federal.

Assim sendo, no âmbito federal passaram a existir três tipos de acordos de leniência: os realizados pela CGU com base na Lei n. 12.846/13, os pactuados pelo CADE com base na Lei n. 12.529/11 e os firmados pelo MPF. Os acordos com o *Parquet* federal possuem lastro em diversos dispositivos, dentre os quais: a) artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/1999 (dispõe sobre o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas); b) art. 1º, §5º, da Lei n. 9.613/1998 (dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores); c) art. 26 da Convenção de Palermo; d) art. 37 da Convenção de Mérida; e) artigos 4º a 8º da Lei n. 12.850/2013 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal); f)

¹⁵ Caso sejam duas ou mais autoridades judiciais praticando atos jurisdicionais colidentes, ou seja, ambas se considerando competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para a prática do referido ato, seria o caso de conflito de competências. Em suma, a diferença entre conflito de competências e conflito de atribuições se dá pela natureza do ato jurídico.

artigos 655 e 674 do Código de Processo Civil de 1939; g) artigos 840 e 932, inciso III, do Código Civil; h) artigos 16 a 21 da Lei n. 12.846/2013¹⁶.

A atribuição conferida à CGU vem sendo muito criticada pela doutrina, sob o argumento de que ela será o órgão responsável pela celebração dos acordos de leniência envolvendo toda a Administração Pública Federal, apesar de não ter experiência com este tipo de instrumento, bem como não ser um órgão dotado de autonomia, sendo subordinado diretamente ao Presidente da República, o qual pode destituir a qualquer momento seus dirigentes.

Percebe-se, portanto, que o acordo de leniência celebrado pela CGU seria dotado de menor confiabilidade se comparado com os celebrados pelo MPF ou pelo CADE – ambos, por essência, já autônomos em relação à Administração Pública direta.

O CADE, desde 2003, já vem consolidando sua experiência na celebração deste tipo de acordo¹⁷, sempre em parceria com o MPF. Apesar de a Lei n. 12.529/11 não prever qual o papel do *Parquet*, na prática as instituições vêm atuando de forma harmônica e complementar, tanto na fase de investigação com a troca de documentos, quanto no procedimento de celebração do acordo de leniência, em que o MPF também atua como signatário do acordo.

O CADE assim procede porque o acordo de leniência celebrado com base na Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11) apenas impede a propositura de denúncia pelo MPF em decorrência dos crimes tipificados na Lei n. 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica), crimes diretamente relacionados à prática de cartel previstos na Lei n. 8.666/93 e do art. 288, Código Penal (delito de associação criminosa).

Cite-se, ademais, que há dúvida quanto à possibilidade de a Lei n. 12.529/11 conceder anistia penal a esses crimes, vez que o titular da ação penal é tão somente o Ministério Público, competência esta conferida pela própria CF/88.

Há certa dúvida, entre os operadores do direito da concorrência, surgida na vigência da Lei 8.884/1990, sobre a possibilidade de a autoridade administrativa conceder a anistia penal, sendo o Ministério Público o titular da ação penal. Para evitar qualquer discussão futura que possa comprometer o programa de leniência (sendo certo que a insegurança sobre este ponto seria um senão à celebração de leniências), o Ministério Público é frequentemente chamado a assinar acordos.¹⁸

¹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

¹⁷ CADE. *Programa de Leniência*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9393959b60be41192f1027>>. Acesso em 05/08/2015.

¹⁸ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 193.

Quanto aos demais crimes porventura praticados, a lei não confere imunidade penal, de modo que o leniente, mesmo tendo colaborado com as investigações e auxiliado no desmantelamento do cartel do qual outrora integrante, ainda assim poderá se ver réu num processo penal por acusação com base em outros tipos penais.

Observa-se, portanto, que é interessante que se diminua a insegurança a quem deseja firmar o acordo de leniência, o que, conseqüentemente, geraria um aumento na quantidade de potenciais interessados e na instabilidade na manutenção de cartéis. Um programa de leniência consolidado e com regras claras é sempre um atrativo para qualquer integrante de organização criminosa que se arrependa de suas práticas e queira repará-las.

Visando atingir esse desiderato, na prática o que se observa na defesa concorrencial é a atuação conjunta do CADE e do MPF, ambos atuando como signatários do acordo de leniência. É deveras louvável essa harmonia institucional no combate às práticas anticoncorrenciais, o que acarreta a consolidação do programa de leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Tal harmonia, no entanto, não é o que se observa entre as instituições envolvidas nas investigações da Petrobras. Essa desarmonia tornou-se explícita com a representação feita ao Tribunal de Contas da União (TCU), com pedido cautelar, proposta pelo Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), julgada nos autos do acórdão TC 003.166/2015-5, visando que seja determinado à CGU que se abstenha de celebrar quaisquer acordos de leniência com empresas envolvidas na Operação Lava Jato que ainda não tenham celebrado acordos de leniência com o MPF.

Argumentou o MP/TCU que tais acordos poderiam atrapalhar o curso das investigações da Polícia Federal e do MPF, bem como ser celebrados com empresas que trouxessem informações que em nada contribuíssem com as investigações, pois já de conhecimento dos órgãos investigadores, mas que não foram divulgadas por estarem sob sigilo. Este acordo contrariaria, portanto, o art. 16 da Lei n. 12.846/2013¹⁹, que exige a colaboração efetiva com as investigações.

Não teria a CGU como aferir a efetividade da colaboração sem a participação conjunta do MPF. O dispositivo não tem por finalidade apenas a assunção de culpa pelo envolvido, mas sim – e principalmente – o fornecimento de provas que possibilitem a condenação dos demais

¹⁹ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

integrantes da organização criminosa. A existência de efetivos benefícios às investigações é pressuposto para a celebração do acordo de leniência, e só quem poderia ratificar a existência destes benefícios seria o MPF, que possui acesso amplo ao lastro probatório até então formado.

O eventual prejuízo que poderia ocasionar o acordo de leniência celebrado exclusivamente pela CGU seria sanado se este órgão oferecesse a oportunidade de o MPF se manifestar previamente, tal como vem ocorrendo na atuação conjunta do *Parquet* federal com o CADE no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência. Desta forma seria possível aferir se as informações prestadas pelo leniente efetivamente colaboram com as investigações, para que este merecidamente faça jus aos benefícios trazidos pela Lei Anticorrupção.

A CGU, todavia, opõe-se a tal pretensão do MPF. Ela defende que o acordo de leniência por ela eventualmente celebrado em nada interferiria nas investigações promovidas pelo MPF e pela Polícia Federal, vez que a Lei n. 12.846/2013 somente traz repercussões cíveis e administrativas, não adentrando na esfera penal de competência do MPF. A Lei Anticorrupção atribui à CGU a competência para a responsabilização administrativa, enquanto ao MPF a competência para promover a responsabilização judicial tanto por ela, quanto por outras leis (Lei de Improbidade, Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica etc.).

Assim sendo, conclui a CGU que seria sua a competência para celebrar o acordo de leniência com base na Lei n. 12.846/2013 no âmbito de sua investigação, enquanto o MPF teria competência para firmar o acordo com base em outras leis. Em suma, a competência legal para a celebração do acordo de leniência no âmbito administrativo seria da CGU, não havendo previsão na Lei n. 12.846/2013 de participação do MPF.

O TCU pacificou a questão através do acórdão TC 003.166/2015-5²⁰, buscando um meio termo entre as posições defendidas pela CGU e pelo MPF.

De um lado, entendeu como correta a posição do MPF em defender que o acordo de leniência celebrado pela CGU deveria buscar a colaboração deste, vez que apenas ele teria conhecimento do lastro probatório até então colhido para aferir se as informações oferecidas pelo leniente de fato contribuem com as investigações. Nesse sentido:

Em análise da questão, opõe-se que não se trata, quando se defende a troca de informações com outros órgãos da República, de ‘submeter’ um à vontade de outro. Trata-se, na realidade, do desejável benefício comum do Estado em, independentemente da divisão de poderes e instâncias, alavancar seus resultados de

²⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

comum interesse. Em outras palavras, aos olhos da CGU, diante do reconhecimento de maior conhecimento investigatório por parte do MPF, seria intuitivo buscar a certeza de que, em verdade, inexistia a omissão de informações (ou novidades) fulcrais para a identificação da vantagem na prolação do acordo. Não se trata, portanto, de submissão de instância administrativa às vontades do Ministério Público; mas, sim, de uma potencialização da ‘verdade real’ necessária para se tomar a melhor decisão possível no âmbito administrativo. Existe, portanto, a desvirtuação da dita ‘independência das instâncias’, porquanto ser inescusável a desejável sincronia entre os diversos atores – independentes, diga-se – envolvidos na apuração das irregularidades objeto da operação Lava Jato (ou outra persecução qualquer).

Não obstante, reconheceu o TCU ser de competência da CGU a celebração do acordo de leniência, ainda que sem a participação do MPF, por mais criticável que isso seja, vez que esta foi a opção do legislador consubstanciada na Lei n. 12.846/2013. *In verbis*:

Objetivamente, e em fechamento do raciocínio, embora recomendável a participação integrada do MPF na negociação conjunta de acordos administrativos – inclusive para a segurança da própria delatora –, não se pode taxar como contra legis absoluta eventual tratativa específica em que essa boa prática não tenha sido objetivamente empreendida. Esse não é o extrato legislativo delineado pela Lei 12.846/2013, em suas especificidades, por mais criticáveis que sejam. Reduzir tal raciocínio a termo significa inferir que a negativa de inclusão do MPF nos termos de confidencialidade iniciais das negociações, embora desejável, não seja uma disposição coercitiva absoluta.

Ocorre que os acordos de leniência firmados pela CGU devem ser submetidos à fiscalização do TCU, já que se trata de ato administrativo do Executivo que por determinação constitucional deve se submeter à fiscalização do Legislativo. A fim de normatizar este procedimento foi editada a IN-TCU 74/2015, cujo art. 5º garante a participação do MPF na aferição da legalidade do referido acordo²¹, momento no qual o MPF poderá analisar se as provas trazidas pelo leniente foram novas e efetivamente colaboraram com as investigações.

Assim sendo, garantiu-se ao MPF, ainda que indiretamente, através da fiscalização promovida pelo TCU nos acordos de leniência firmados pela CGU, a análise sobre a utilidade das informações oferecidas, de modo a se premiar com o acordo de leniência apenas as empresas que cumpram os requisitos da lei.

Em que pese o brilhante entendimento do TCU que conseguiu dar uma saída ao imbróglio até então instaurado, ainda assim é pertinente que a atuação de cada um dos entes

²¹ Art. 5º O disciplinamento dos procedimentos técnico-operacionais a serem observados na apreciação dos acordos de leniência submetidos ao Tribunal de Contas da União, nos termos desta Instrução Normativa, será estabelecido em normativo específico, **assegurada a participação do Ministério Público.**

Parágrafo único. Os documentos e as informações relativos aos acordos de leniência submetidos ao Tribunal antes da vigência do normativo estabelecido no caput observarão os procedimentos a serem definidos pelo respectivo Relator, com a devida salvaguarda do sigilo documental”. (Grifo nosso)

seja disciplinada em lei, a fim de evitar insegurança jurídica e otimizar a fiscalização dos requisitos que permitam a concessão dos benefícios.

Visando suprir esta lacuna existente na Lei Anticorrupção, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 105/2015, que propugna pela inclusão obrigatória do MPF no procedimento de homologação dos acordos de leniência celebrados pela CGU. Dispõe o referido projeto de lei que:

Art. 1º O art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:
"Art.16.....§ 11 – A celebração do acordo de leniência ficará condicionada à apreciação do Ministério Público que procederá ao exame de legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade de seus termos, homologando-o ou não"(NR).

De grande relevância seria a aprovação do PLS n. 105/2015, pois, desta forma, a atribuição de cada um dos entes envolvidos nas investigações ficaria bem delimitada, evitando-se que o acordo de leniência proposto por um possa interferir nas investigações do outro, ou que o lastro probatório oferecido pela empresa leniente já fosse de conhecimento de algum ente público.

Aumentar-se-ia a segurança jurídica quanto à aplicação da legislação que envolve o acordo de leniência e, conseqüentemente, o número de potenciais interessados em celebrar o acordo.

3.2 Da Possibilidade de Extensão dos Benefícios do Acordo de Leniência a Todos os Envolvidos

O acordo de leniência, em todas as legislações nas quais foi disciplinado, tem como regra básica a possibilidade de ser celebrado apenas com o primeiro dos integrantes de uma organização criminosa que ofereça provas para incriminar os demais e que repare seus danos. Isso porque, em sua essência, ele não é um instrumento para beneficiar o leniente, mas sim para possibilitar ao Poder Público tomar conhecimento destas organizações e obter provas para condenação dos demais envolvidos, as quais sem o acordo dificilmente seriam obtidas.

Dentre as vantagens de se permitir que apenas o primeiro a apresentar informações efetivamente úteis ao Poder Público possa se beneficiar da leniência, está principalmente a instabilidade que se cria na manutenção da associação criminosa. Sempre os envolvidos ficarão

receosos que algum deles delate os demais para se valer da leniência, recaindo pesadas sanções sobre os demais.

Assim também a princípio procedeu a Lei Anticorrupção que, em seu art. 16, §1º, I, previu como requisito para a celebração do acordo ser a primeira pessoa jurídica a manifestar interesse em colaborar com a apuração do ato ilícito.

Ocorre que este caso da Petrobras, conforme explicitado ao longo deste trabalho, tem peculiaridades que o tornam sem precedentes na história do país. Seu desdobramento terá implicações em diversos institutos jurídicos, mormente no acordo de leniência. O fato é que, uma vez aplicadas as sanções previstas em lei às empreiteiras envolvidas – as quais são as maiores do país, responsáveis por boa parte das obras públicas no Brasil –, corre-se o risco de vê-las entrar em processo de falência, com a consequente demissão em massa de milhares de pessoas e agravamento da crise econômica ora em curso no país.

No intuito de evitar esta situação é que o Governo Federal encontrou no acordo de leniência uma possível via para a redenção destas empresas. Recentemente foi editado o Decreto n. 8.420/15, que visa regulamentar a Lei n. 12.846/13, e dispõe, dentre outras medidas, sobre o acordo de leniência. Em seu art. 30 são previstos os requisitos para a celebração de tal acordo, dentre os quais seu inc. I prevê o de a empresa ser a primeira a manifestar interesse em cooperar com a apuração de ato lesivo específico, “quando tal circunstância for relevante”. *In verbis*:

Lei n. 12.846/2013	Decreto n. 8.420/2015
Art. 16 [...] § 1º - O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente , os seguintes requisitos : I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do <i>ato ilícito</i> ;	Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de <i>ato lesivo específico</i> , quando tal circunstância for relevante ; ²²

Percebe-se que o Decreto Regulamentar, ao mencionar que este requisito apenas será necessário quando for considerado relevante, acaba por flexibilizar sua obrigatoriedade,

²² Quadro comparativo extraído do voto do Ministro do TCU Augusto Sherman no acórdão TC 003.166/2015-5. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

trazendo, portanto, uma brecha para que o acordo de leniência possa ser celebrado com várias pessoas jurídicas.

Nesse sentido também é o entendimento do Ministro do TCU Augusto Sherman, exposto no TC 003.166/2015-5²³:

De se ver que a Lei estabeleceu como requisito que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar, ao passo que o Decreto põe tal condição sob um exame de avaliação da relevância dessa circunstância, por parte da autoridade responsável pela celebração do acordo. Ou seja, não apenas o decreto disse mais do que a Lei, como também feriu frontalmente, a meu ver, condição imposta para a celebração de acordo, ao trazer disposição mitigadora do requisito, a qual pode ser interpretada como a possibilidade de que haja celebração de acordos de leniência não apenas com a primeira a manifestar o interesse na apuração do “ato lesivo específico”, indicado no decreto, ou “ato ilícito”, indicado na lei, mas também com outras empresas, e quem sabe com todas elas, se essa circunstância de ser a primeira não for considerada relevante. Em minha visão, o regulamento parece não apenas extrapolar do limite do poder regulamentar próprio do decreto em relação à lei, mas também parece ferir frontalmente dispositivo de lei, colocando em segundo plano requisito previsto em lei ordinária para a celebração do acordo. Não se pode abrir exceções, no decreto, que a lei não prevê. Não se pode modificar requisito previsto em lei para a celebração desses acordos, criando condições para que a lei não seja cumprida em suas estritas disposições. Até mesmo para um decreto vige o princípio da legalidade estrita, e a lei deve ser a maior de todas as disposições normativas, abaixo da Constituição.

Observa-se, portanto, que o que se busca com o decreto regulamentar é a extensão dos benefícios do acordo de leniência a todas as empresas envolvidas nos ilícitos contra a Petrobras, mesmo que isso signifique uma completa deturpação do instituto, destituindo-o de sua principal característica que é criar um ambiente de instabilidade na manutenção de organizações criminosas.

Se a todos for permitida a celebração do acordo, diminui-se a preocupação se algum dos integrantes irá delatar o grupo, vez que, caso isso ocorra, os demais envolvidos poderão pleitear os benefícios do acordo para reduzir suas sanções. A relação custo/benefício na manutenção da organização será mais vantajosa: na eventual hipótese de o cartel ser descoberto, o acordo de leniência será uma via para minimizar as sanções.

²³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

A CGU expressamente já se manifestou favorável à possibilidade de extensão do acordo de leniência às várias empresas envolvidas, e não só à primeira que celebrar o acordo. Nesse sentido, em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados²⁴, assim se posicionou:

O secretário executivo da Controladoria-Geral da União, Carlos Higino Ribeiro de Alencar, defendeu os acordos de leniência. Segundo ele, o mecanismo permite que o poder público seja ressarcido por eventuais desvios de recursos praticados por estas empresas. (...)

Higino disse que a CGU não concorda com a posição do Ministério Público. “No âmbito da Lei Anticorrupção, defendemos que mais de uma empresa do cartel possa celebrar acordos de leniência”, disse. Ele defendeu ainda que a lei não condiciona expressamente os acordos a supostas novidades levadas pelas empresas à investigação. “O requisito da novidade não está presente nos acordos. É uma interpretação doutrinária dos membros do MP. Mas a lei não fala desse requisito”, disse.

O perigo de prevalecer esse entendimento é que ele possa deturpar completamente o instituto, contrariando o exitoso exemplo de aplicação pelo CADE com base na Lei n. 12.529/11, que estabelece como requisito a celebração do acordo de leniência apenas com a primeira empresa que efetivamente colaborar com as investigações, o qual vem sendo rigorosamente cumprido pela autarquia antitruste.

Compartilha desta mesma preocupação o deputado Nilson Leitão (PSDB/MT), que propôs o Projeto de Decreto Legislativo n. 28/2015²⁵ visando sustar os efeitos do art. 30, I, Decreto n. 8.420/2015, no tocante à expressão “*quando tal circunstância for relevante*”, por entender exorbitar os limites do poder regulamentar que a CF/88 confere ao Poder Executivo. O parlamentar apresenta a seguinte justificativa à referida medida legislativa:

Como se nota, a Lei não autoriza a abertura de nenhuma exceção para que a CGU desconsidere, a seu critério ou de qualquer outra pessoa, o requisito de que a pessoa jurídica que propõe o acordo de leniência seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar com a apuração do ilícito.

Portanto, o inciso I, do art. 30, do Decreto 8.420/2015 foi além do poder regulamentar concedido pela Constituição Federal ao Presidente da República, ao criar uma exceção à disposição legal, razão pela qual deve ter seus efeitos suspensos.

Além disso, o instrumento do acordo de leniência seria desmoralizado, caso a CGU efetivamente pudesse fazer acordos de leniência com todos os culpados pelos atos de corrupção.

É que o acordo de leniência não é um mecanismo de perdão de atos ilícitos. Ela é um mecanismo facilitador da investigação, uma espécie de atalho por meio do qual a investigação pode progredir mais rapidamente, facilitando a responsabilização dos culpados e a recuperação dos recursos subtraídos do Patrimônio Público. (...)

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Audiência Pública convocada pela deputada Moema Gramacho (PT-BA), realizada em 15/04/2015*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/485983-CGU-DEFENDE-ACORDOS-DE-LENIENCIA.html>>. Acesso em 28/06/2015.

²⁵ Art. 1º Sustar os efeitos do inciso I, do art. 30, do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 que dá à Controladoria-Geral da União – CGU, autorização para firmar acordo de leniência com mais de uma empresa participante de atos de corrupção lesivos ao Patrimônio Público previstos na Lei 12.846, de 2013.

Portanto, não existe acordo de leniência sem o requisito de que ele beneficie apenas e tão somente a primeira empresa a propô-lo.

Observa-se que o momento atual definirá os rumos que o acordo de leniência irá tomar. Corre-se o risco de que toda a experiência que se adquiriu na última década de aplicação exitosa do instituto pelo CADE seja desperdiçada.

O fato é que o Poder Executivo vem dando um uso inadequado ao instituto ao regulamentá-lo de forma casuística para atender a seus interesses neste caso da Petrobras, mesmo que isso comprometa um dos instrumentos mais efetivos de combate à corrupção.

O presente estudo defende a possibilidade de celebração do acordo de leniência apenas com a primeira empresa que manifeste interesse e efetivamente colabore com as investigações, fornecendo informações que possam levar a condenação de todos os demais envolvidos, nos moldes em que atualmente é feito pelo CADE com base na Lei n. 12.529/11. Para garantir tal aplicação, é pertinente a aprovação do PDL n. 28/2015, de autoria do deputado Nilson Leitão, visando sustar no Decreto n. 8.420/2015 o permissivo de extensão dos benefícios do acordo de leniência além do primeiro leniente.

4. Conclusão

Em que pese sejam inúmeras as divergências que permeiam este caso da Petrobras, um ponto é consenso entre todos os que se debruçam sobre o tema: ele será um divisor de águas no combate à corrupção. Pela primeira vez o Poder Público afrontou o Poder Econômico a ponto de encarcerar os líderes das maiores corporações do país – financiadoras da maioria das campanhas eleitorais –, arrastando ainda vários políticos e membros da cúpula dos partidos.

A atuação dos órgãos independentes de fiscalização como a Polícia Federal, MPF e CADE, bem como pela posição efetivamente imparcial do Judiciário, sem se subjazer a influências externas que ainda interferem na atuação do Executivo e do Legislativo, demonstra a maturidade que vêm adquirindo tais instituições.

A Lei Anticorrupção surge nesse contexto como mais um instrumento normativo de combate às práticas ilícitas que corroem o patrimônio público. A ampla divulgação na mídia que ela vem tendo por conta da Operação Lava Jato já vem induzindo as grandes empresas a repensar sua forma de se relacionar com o Poder Público.

Conforme foi analisado, o acordo de leniência se apresenta como um dos instrumentos mais promissores no combate à corrupção. O acordo já firmado pelo CADE com o grupo Setal/SOG Óleo e Gás, por exemplo, serviu para a obtenção de provas que fundamentaram a

prisão cautelar de diversos investigados na Operação Lava Jato. Serviu também para em seguida firmar acordo de leniência *plus* com uma das empresas delatadas, que permitiu a descoberta de outro cartel – agora envolvendo licitações da Eletrobras –, bem como realizar TCC que possibilitou o retorno de mais R\$ 104 milhões aos cofres públicos.

A experiência que o CADE veio obtendo em mais de uma década de aplicação do acordo de leniência com base na Lei n. 12.529/11 deve servir de exemplo agora para nortear os rumos que o instituto tomará com base na Lei n. 12.846/13.

Nesse intuito, o presente estudo tratou especificamente da relação que devem manter a CGU e o MPF na condução das investigações e celebração do acordo, tendo como modelo a relação que vêm mantendo o CADE e o MPF no âmbito da defesa concorrencial. Ao contrário, atualmente o *Parquet* federal e a CGU vêm atuando de forma desarmônica, sem compartilhamento de dados e disputando a competência para celebração do acordo. Ressalte-se que a falta de autonomia da CGU diante do Governo Federal torna menos favorável o ambiente para a celebração do acordo.

Faz-se interessante, portanto, o disciplinamento legal da competência de cada ente. Para tanto foi defendida a aprovação do PLS n. 105/2015, visando à inclusão obrigatória do MPF no procedimento de homologação dos acordos de leniência celebrados com base na Lei Anticorrupção.

Tratou ainda o presente estudo da possibilidade de extensão dos benefícios do acordo de leniência além do primeiro leniente, explicando que tal medida ocasionaria a perda de sua principal característica que é promover a instabilidade na manutenção das organizações criminosas. Novamente foi usado o exemplo do CADE que, aplicando o instituto apenas ao primeiro leniente, vem acabando com diversos cartéis pelo país e cada vez mais desestimulando a formação de tantos outros.

Desta forma, apresenta-se pertinente a aprovação do PDL n. 28/2015, que visa sustar os efeitos do Decreto n. 8.420/2015 no tocante à expressão “*quando tal circunstância for relevante*”. Garantir-se-ia, desta maneira, a celebração do acordo de leniência apenas com o primeiro leniente que efetivamente colabore com as investigações.

O fato é que este caso da Petrobras entrará para história como um caso paradigmático de combate à corrupção, e o acordo de leniência como o principal instrumento que possibilitou seu deslinde. Inegavelmente o acordo já mostrou seu potencial para que o Brasil atinja seu objetivo de combater as práticas ilícitas que corroem o patrimônio público.

O momento atual definirá o rumo que tomará o instituto. Espera-se que, tomando como exemplo sua aplicação pelo CADE, seja o melhor possível.

5. Referências Bibliográficas

CADE. *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (2009). 3. ed. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em 05/08/15.

———. Destaques. *Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

———. Destaques. *Cade celebra acordo de leniência em investigação de cartel em licitação da usina Angra 3*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff53ee4509>>. Acesso em 20/08/15.

———. *Versão pública do histórico da conduta do acordo de leniência celebrado entre o grupo Setal/SOG Oléo e Gás com a SG/CADE e com o Ministério Público Federal (MPF)*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/HC%20Vers%C3%A3o_P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em 20/08/15.

———. *Versão pública do histórico da conduta que acompanha o TCC em sede do Requerimento 08700.007402/2015-44*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Hist%C3%B3rico%20da%20conduta.pdf>>. Acesso em 20/08/15.

———. Notícias. *Cade celebra acordo de leniência no âmbito da “Operação Lava Jato”*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?cf63b345dc32c64cde6cff53e668>>. Acesso em 05/08/2015.

———. *Programa de leniência*. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?50d053dd22e023075dfe54>>. Acesso em 05/08/15.

———. *Regimento interno*. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20com%20emendas_19_fev_2014_final.pdf>. Acesso em 05/08/15.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Audiência Pública convocada pela deputada Moema Gramacho (PT-BA), realizada em 15/04/2015*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/485983-CGU-DEFENDE-ACORDOS-DE-LENIENCIA.html>>. Acesso em 28/06/2015.

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA JR, DIRLEY. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2004.

DRAGO, Bruno de Luca. *Acordos de leniência – breve estudo comparativo*. Revista do IBRAC. São Paulo, vol.14, n. 06.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

NETO, Amadeu de Souza Ferreira. *Programa de Leniência e a Lei 12.529/11: Avanços e desafios*. Revista do IBRAC. São Paulo, ano.19, vol. 22, p. 145-162.

OCDE. *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Cartéis, seus danos e punições efetivas*. Disponível em:

< <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>>. Acesso em 25/08/15.

RIBEIRO, Amadeu; NOVIS Maria Eugênia. *Programa brasileiro de leniência: evolução, efetividade e possíveis aperfeiçoamentos*. Revista do IBRAC. São Paulo, n. 17, 2010, p. 147-168.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.doc>. Acesso em 05/08/2015.

Acordos em Controle de Concentrações e o Instituto da Arbitragem

Rodrigo de Camargo Cavalcanti¹

RESUMO

O presente trabalho discute algumas consequências e problemáticas envolvendo a inovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em trazer para o âmbito dos Acordos em Controle de Concentrações o instituto da arbitragem, na intenção de maior vigilância e controle sobre supostas infrações à defesa da concorrência. Isso se dará pela identificação do que é o Acordo suprarreferido, qual o embasamento legal para a consideração da arbitragem na esfera da concorrência, especificamente dos atos de concentração, e delineamentos sobre quais questões podem emanar da utilização de tal instrumento.

Palavras-chave: Atos de Concentração; Acordos em Controle de Concentrações; Arbitragem.

ABSTRACT

This paper discusses some implications and issues involving the innovation of the Administrative Council for Economic Defense in bringing the framework of Concentrations Control Agreements the concept of arbitration, hoping to achieve greater vigilance and control over alleged violations of antitrust. This will be done by identifying what are the Concentrations Control Agreements, what is the legal foundation for the consideration of the arbitration in the sphere of competition, specifically of mergers, and will also be outlined about what questions may come from the use of such an instrument.

Key-words: Concentration Acts; Concentrations Control Agreements; Arbitration.

Classificação JEL: D74

¹ Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pesquisador no Projeto "O direito ao desenvolvimento econômico e empresarial. Perspectivas da Ordem Econômica Constitucional (art. 170 da Constituição Federal)" da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular - FUNADESP; Professor de Pós-Graduação em Direito na Faculdades Alves Faria.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve panorama dos casos; 2.1. Caso Fosbrasil e ICL Brasil; 2.2. Caso All Rumo; 3. Os Acordos em Controle de Concentrações e a Arbitragem; 4. Obrigação de manifestação do CADE sobre a decisão arbitral; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, principalmente após a promulgação da nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, qual seja, a 12.529/11, tem de diversas maneiras buscado tornar o controle dos atos de concentração mais célere e eficiente, considerando a missão estabelecida de “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal”².

Os Acordos em Controle de Concentração – ACCs – são um instrumento essencial para a realização efetiva do controle dos atos. São documentos nos quais as empresas se comprometem a realizar ou abdicar de realizar determinados comportamentos. O texto original da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (lei 12529/11) tinha o artigo 92 o qual tratava especificamente dos ACCs. Segundo esse dispositivo, a Superintendência-Geral do CADE poderia negociar acordo com as empresas requerentes a fim de que fosse assegurado o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação³. Porém, o artigo 92 foi vetado, eliminado do texto final da lei 12.529/11, tendo em vista que, pelo argumento levantado na Mensagem 536 de novembro de 2011 da Presidência da República para o Presidente do Senado Federal, restringiria “a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para a atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”⁴. Outrossim, permanece existente o instituto do Acordo em Controle de Concentrações no sistema de controle de estruturas, pois, além de previsto em outros dispositivos da própria lei do SBDC⁵,

² CADE. Plano Estratégico 2013-2016 Versão 1.0. Brasília, jun. 2013, p. 7. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estrat%C3%A9gico%202013-2016%20-%20vers%C3%A3o%201%200.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2015.

³ CORDOVIL, Leonardo [et al.]. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 215.

⁴ CORDOVIL, Leonardo [et al.]. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

⁵ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à

especificamente é regulado na Resolução Nº 1 de 29 de maio de 2012 do CADE, que aprova o regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – RICADE, no seu artigo 125.

Dito artigo da Resolução estabelece que o Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a impugnação pela Superintendência-Geral, sem prejuízo da análise de mérito da operação (art. 125), e as propostas de ACC serão submetidas à aprovação pelo Tribunal (art. 125, §2º). Prescreve ainda que o Cade, a seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas da(s) compromissária(s) (art. 125, §6º). E que, aprovada a versão final do ACC pelo Plenário do Tribunal, a compromissária será intimada a comparecer ao Tribunal do Cade, perante o Presidente, para proceder à sua assinatura (art. 125, §7º).

Desde a entrada em vigor da lei 12.529/11, o primeiro caso julgado em que teve Acordo em Controle de Concentração, relatado pelo conselheiro Alessandro Octaviani, trata da aquisição da MACH pela Syniverse. por meio do qual ditas empresas se comprometeram com determinadas obrigações para afastar eventuais efeitos anticompetitivos da operação.

Eros Grau já mencionou que “o sistema antitruste coloca à disposição das autoridades instrumentos voltados a elevar o grau de eficácia material da legislação, ao invés de apenas aplicar sanções”⁶.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo, o Acordo em Controle de Concentração cabe nos casos em que seja necessário conduzir compromissos a fim de realizar atos de concentração que:

[...] promovam a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, bem como aqueles cujos benefícios não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à livre concorrência e, ainda, compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.

Para Paula Forgioni, desta maneira:

O administrado assume, perante a Administração, a obrigação de amoldar a prática às condições impostas para a sua aprovação. As vantagens de ambas as partes são

Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; [...] Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento; Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito. [...] § 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

⁶ GRAU, Eros Roberto. Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. Revista do IBRAC. V. 9, n. 3, 2002, p. 390.

evidentes: o administrado obtém a aprovação do ato, embora com limitações; a Administração aprova-o, segura de que as eficiências alegadas serão alcançadas.⁷

O Acordo em Controle de Concentração, dessa forma, veio como instrumento auxiliador da agência na vigilância e promoção da defesa da concorrência.

2. Breve panorama dos casos

No final de 2014, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – aprovou a venda pela empresa Vale Fertilizantes S.A. de 44,25% do capital da Fosbrasil para a ICL Brasil, tendo condicionado a operação ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentração.

Logo no começo de 2015, o CADE aprovou a fusão denominada ALL-RUMO mediante a incorporação de ações da empresa ALL pela Rumo, onde, para evitar que a Cosan, dona da Rumo, controlasse a ferrovia da ALL e impedisse o uso da estrada de ferro por concorrentes elevando os preços de frete, foram acordados diversos remédios comportamentais também em sede de Acordo em Controle de Concentração.

Esses dois processos julgados recentemente no CADE tem em comum, nos respectivos Acordos em Controle de Concentração, o inédito compromisso de uma solução arbitral para determinados casos de descumprimento do compromissado nos Acordos.

Como informam os jornalistas Iuri Dantas e Bárbara Pombo, o presidente do Conselho, Vinicius Marques de Carvalho, explicou que “o Cade tem procurado mecanismos mais eficientes para o cumprimento material de suas decisões”⁸, e que o órgão aposta na arbitragem “como meio alternativo de soluções de conflitos, como uma possibilidade de reduzir custos de monitoramento de decisões do colegiado”⁹.

Nem na lei 12.529/11 – que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – e nem na lei 9.307/96 – que dispõe sobre a arbitragem – há previsão expressa de utilização desse instrumento pelo CADE. Porém, nada há, a nosso ver, que impeça a agência de defesa da concorrência de dispor da arbitragem para auxiliar no acompanhamento do cumprimento efetivo dos ACCs, especialmente da forma com que até o momento nos dois casos acima fora

⁷ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 426.

⁸ DANTAS, I.; POMBO, B. Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Mar. 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 31 ago. 2015.

⁹ DANTAS, I.; POMBO, B. Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Mar. 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 31 ago. 2015.

introduzido e inaugurado. Dizemos isso até porque entendemos que se trata de arbitragem em seu sentido estrito, condicionada pela existência do contraditório, garantindo celeridade e eficiência no processo decisório.

Primeiramente, cabe expor brevemente os termos em que o instrumento da arbitragem se encontra contemplado em ambos os Acordos em Controle de Concentração acima referidos.

2.1. Caso Fosbrasil e ICL Brasil

No primeiro caso, temos que a ICL Brasil adquiriu 44,25% do controle que a Vale Fertilizantes S.A. detinha sobre a Fosbrasil, chegando a ICL Brasil a controlar o total 88,5% desta empresa.

A Fosbrasil é a principal fornecedora de Ácido Fosfórico de Grau Alimentício – PPA, utilizado para a produção de sais de fosfato, matéria prima utilizada em indústrias de mercados variados, inclusive alimentícios e de higiene. A ICL, por sua vez, é a principal empresa atuante no mercado de sais de fosfato no Brasil, ou seja, utiliza o produto fabricado pela Fosbrasil como matéria prima.

Tendo em vista essa estreita relação entre as duas empresas, a Superintendencia-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica temia que as demais empresas concorrentes pudessem ser prejudicadas ou até discriminadas do negócio, o qual poderia se concentrar somente entre a ICL e a Fosbrasil, ressaltando, assim, a potencialidade anticompetitiva da aquisição em análise.

O ato de concentração em questão, assim, foi impugnado pela Superintendencia perante o Tribunal do CADE, sendo que este, apesar de aprovar o ato, condicionou-o atrelando as referidas empresas a diversos compromissos de índole comportamental. Entre estes compromissos, está previsto o processo arbitral para o caso em que houver “alegada recusa pela Fosbrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que tenha submetido pedido de boa-fé à Fosbrasil”¹⁰, e em que a possível recusa for alegada pelo produtor independente como ausente de justificativa objetiva. A Fosbrasil, antes da decisão do CADE em relação à instauração ou não do processo arbitral, tem o direito de manifestar-se sobre dita alegação de recusa.

¹⁰ CADE. Ato de Concentração 08700.000344/2014-47. REQ: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A.

Assim, se instaurado o processo de arbitragem, após a exarcação da opinião dos árbitros o CADE se manifestará através de decisão devidamente fundamentada. Os custos dos árbitros, por sua vez, em princípio, serão todos pagos pela ICL Brasil (adquirente da Fosbrasil), exceto se for constatado que a reclamação do produtor foi de má-fé e/ou baseada em informações falsas ou enganosas – constatação essa sobre a qual a palavra final quem detém é o CADE, não os árbitros –, caso em que é o produtor quem deverá arcar com os custos mediante o reembolso do valor à ICL Brasil. Ademais, importante salientar que o produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício que protocolou a reclamação deve concordar expressamente em se vincular a esses requisitos aqui indicados para a devida submissão ao procedimento de arbitragem. Esse procedimento, aliás, como foi apontado pela Conselheira então Relatora Ana Frazão em seu voto,

Ao mesmo tempo em que assegura maior flexibilidade ao ACC, especialmente diante da impossibilidade de prever todas as situações em que a recusa do fornecimento do PPA pelas requerentes poderia ser considerada legítima, o recurso à arbitragem também reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo CADE, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro, cuja escolha deverá ser aprovada pelo CADE.¹¹

Delega o CADE, assim, ao procedimento arbitral, a função de avaliação e de diálogo sobre questões de cunho pragmático, que ensejariam um acompanhamento permanente e por isso relevantemente custoso da agência sobre casos e situações que podem muito bem ser, pelo menos numa primeira instância, dirimidos pelo contraditório entre as próprias partes e pela decisão do árbitro, terceiro escolhido.

2.2. Caso ALL Rumo

Já o segundo caso é relativo a ato de concentração que consiste na incorporação de ações da empresa ALL pela Rumo, operação essa em que a ALL passaria a ser subsidiária integral da Rumo e a empresa Cosan, uma das acionistas da Rumo, seria promovida à maior acionista indireta da ALL. A ALL é a maior operadora ferroviária do Brasil e a Rumo, do grupo Cosan, atua no mercado de serviços de logística multimodal para exportação de açúcar.

Uma das grandes preocupações da Superintendência-Geral do CADE exposta em seu parecer era de que a nova companhia priorizasse o atendimento de determinados clientes em prejuízo de outros, privilegiando cargas destinadas ao terminal da empresa Rumo em

¹¹ CADE. Ato de Concentração 08700.000344/2014-47. REQ: Bromisa Indústria e Comercial Ltda., ILC Brasil Ltda. e Vale Fertilizantes S.A.

detrimento de outros. Além do mais, o monitoramento desse tipo de conduta é de enorme dificuldade, tanto pelo usuário quanto pela autoridade antitruste, tendo em vista a assimetria de informação envolvida¹². Neste sentido, a Superintendência recomendou ao Tribunal do CADE a impugnação da operação.

O Tribunal, por sua vez, aprovou o ato de concentração em questão mediante um Acordo em Controle de Concentração, documento em que consta, entre outras condutas exigidas, um item denominado Solução Arbitral, no qual estabelece que, “sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT [Agência Nacional de Transportes Terrestres], caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela NOVA COMPANHIA, este poderá reportar formalmente ao Supervisor”¹³. O Supervisor de que fala o ACCs é um cargo responsável na NOVA COMPANHIA por assegurar a isonomia na prestação dos serviços pela empresa. É indicado pelo Comitê de Auditoria e ratificado pelo Conselho de Administração da empresa, sendo que, dentre outras competências, é responsável por receber as reclamações de Usuários dos serviços por ela prestados.

Qualquer prática discriminatória que for alegada por um usuário, deve ser respondida pelo Supervisor de forma fundamentada em até quinze dias úteis. Porém, caso o usuário entenda a resposta como insatisfatória, pode iniciar procedimento arbitral privado que, satisfeitas essas condições anteriores, será acatado pela empresa.

Neste procedimento arbitral, que não poderá ter duração maior do que seis meses, os custos e despesas relacionados à arbitragem serão arcados pela ALL Rumo caso a decisão arbitral ateste discriminação. Conforme dita o ACCs:

O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro. Os árbitros indicados pelas Partes deverão escolher em conjunto o terceiro árbitro, a quem caberá a Presidência do Tribunal Arbitral. Na hipótese de demanda com valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o Tribunal Arbitral poderá ser constituído por apenas 1 (um) árbitro a ser escolhido pelas partes.¹⁴

Além disso, as decisões arbitrais serão fornecidas ao CADE em relatório de auditoria conforme indicado no próprio Acordo, sendo que o CADE não se vincula a qualquer

¹² CADE. Ato de Concentração 08100.00511912014-65. REQ: Rumo Logística Operadora Multimodal 5/A. e América Latina Logística S.A.

¹³ CADE. Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.

¹⁴ CADE. Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.

deliberação arbitral para a formação das suas decisões; ademais, também não se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.¹⁵

3. Os acordos em controle de concentrações e a arbitragem

Valer-se da arbitragem para dirimir os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, primeiramente, conforme consta no artigo 1º da Lei 9.307/1996, é uma *faculdade* das partes, ou seja, não é obrigatória, vigorando o princípio da autonomia da vontade. Para Cretella Júnior, assim, a arbitragem é instituto “mediante o qual, duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar e cumprir a decisão proferida”¹⁶. Para Irineu Strenger, por sua vez, a arbitragem pode ser definida como “o sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação”¹⁷.

Sendo assim, para Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.¹⁸

É, também, o processo voluntário em que é delegado, pelas pessoas em conflito, poderes a um terceiro, normalmente especializado na matéria e dotado de imparcialidade para tomar uma decisão atinente ao litígio. Vale definir a arbitragem, também, nos moldes de Roberto Portugal Bacellar, ou seja:

[...] como a convenção que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas. Para que se instaure a arbitragem, é essencial o consentimento das partes: enquanto o juiz retira seu poder da vontade da lei, o árbitro só o conquista pela submissão da vontade das partes.¹⁹

¹⁵ CADE. Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.000871/2015-32. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A.

¹⁶ CRETILLA NETO, José. Comentários à lei brasileira de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 30

¹⁷ CRETILLA NETO, José. Comentários à lei brasileira de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 30

¹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

¹⁹ BACELLAR, Roberto P. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122, 123.

Vale observar, assim, que, conforme os conceitos acima extraídos, realmente a arbitragem é de natureza tal que é possibilitada de ser prevista em um Acordo em Controle de Concentração, pelo menos nos moldes em que fora realizado nos casos acima expostos. Isso porque o ACC não é uma imposição do Conselho à(s) empresa(s), mas sim se define por um Acordo entre as partes a fim de se evitar uma decisão da agência antitruste que poderia porventura ser contrária aos anseios dos interessados.

Esse Acordo fixado entre o CADE e a empresa sobre a qual recai o respectivo processo administrativo tem todas as características de um contrato *lato sensu*. Como salienta Clovis Bevilacqua exarando conceito clássico de contrato, este é, acima de tudo, um “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”²⁰.

O negócio jurídico bilateral se forma de manifestações de vontade distintas, porém coincidentes sobre o mesmo objeto. Consoante Marcos Bernardes de Mello, “forma-se o negócio jurídico bilateral no momento em que os figurantes materializam o acordo. Em geral, há uma oferta (= proposta) e uma aceitação, negócios jurídicos unilaterais que se soldam pelo consenso”²¹.

Além do que, conforme Emílio Betti (1969, p. 334), os contratos têm sempre uma causa ou função econômica:

Quem promete, dispõe, renuncia, aceita, não pretende, pura e simplesmente, obrigar-se, despojar-se de um bem, transmiti-lo, adquiri-lo sem outro fim, não procura fazer tudo isso só pelo prazer de praticar um acto que seja fim em si mesmo. Mas procura sempre atingir um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesses que entram em contacto na vida social: obter um valor correspondente, trocar um bem ou serviço por outro, abrir crédito, doar, cumprir uma obrigação precedente, desinteressar-se de uma pretensão, transigir num processo, etc. [...] – uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, um interesse social objectivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder.²²

Para Maria Helena Diniz, “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”²³.

O ACC, portanto, não é uma imposição unilateral, mas sim um compromisso contratual já que a(s) empresa(s) podem se negar em ratificá-los, o que levaria o CADE a dar continuidade

²⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934, p. 245.

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 198

²² BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 334.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

a decidir sobre o respectivo processo administrativo. Além do que, conforme prescrito na Resolução CADE nº 1 de 2012, a propositura de ACC é inicialmente da(s) empresa(s), e não da agência reguladora (art. 125, *caput*), sendo negociado posteriormente na Superintendência-Geral do Conselho.

O ACC, assim é um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), no qual estabelece-se, para o que importa à nós no momento, o direito do CADE em demandar a arbitragem e o dever da empresa em com ela se comprometer.

Ainda assim, o Conselho teve a cautela de salientar nos Acordos que a segunda empresa, qual seja, aquela que pretende a reclamação, aceite expressamente que dita reclamação seja balizada por procedimento arbitral.

A convenção de arbitragem, portanto, nestes casos, é firmada através de cláusula compromissória, tendo vista ser prévia em face de litígios futuros que podem ou não chegar a se materializar. Conforme Bacellar:

Cláusula compromissória define-se como a convenção por meio da qual as partes comprometem-se, por escrito, a submeter à arbitragem os litígios, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, que possam vir a surgir, relativamente a um contrato. Destaca-se a autonomia da cláusula compromissória válida em relação ao contrato em que está inserida. Uma vez existente cláusula compromissória válida, isso implicará em afastamento do Poder Judiciário (efeito negativo) e firmará a competência arbitral (efeito positivo)²⁴

Além do mais, as partes do Acordo em Controle de Concentração – Conselho e empresa – serviram-se no negócio firmado de estabelecer o processo de escolha dos árbitros, em que no caso da Fosbrasil decidiu-se que o árbitro será apontado pela empresa e referendado pelo CADE; e, no caso da Rumo e ALL, cabendo a cada uma das partes da reclamação a escolha de um árbitro, sendo que o terceiro – Presidente do Tribunal Arbitral – será escolhido pelos dois anteriores, ou, no caso em que só for necessário um único árbitro, este será escolhido em comum acordo pelas partes. Está, assim, absolutamente de acordo com a Lei 9.307/96 (art. 13, § 3º).

Uma questão que pode surgir sobre a natureza de arbitragem propriamente dita, conforme expressa nos ACCs suprarreferidos, diz respeito à submissão da “opinião” do(s) árbitro(s) ao CADE, o qual exará a decisão final sobre o caso. E isso principalmente porque o artigo 18 da lei de arbitragem (9.307/96) prescreve que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, e ainda o artigo 31 da mesma lei, que diz que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus

²⁴ BACELLAR, Roberto P. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

sucedores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

A decisão do árbitro, portanto, sendo este equiparado ao juiz de direito, é equivalente à sentença exarada pelo Poder Judiciário, constituindo-se em título executivo, em princípio não somente quando condenatória, apesar dos dizeres da lei de arbitragem (lei 9.307/96, art. 31), já que o novo Código de Processo Civil, conforme a lei 13.105/2015 em seu artigo 515, VII, estabeleceu que a sentença arbitral, sem condicionar qualquer exceção, é título executivo judicial.

Dessa forma, será que colocar dita decisão enquanto opinião e submetê-la ao Conselho que, por fim, emitirá decisão de cunho administrativo, não contraria a lei de arbitragem e não expõe a sua natureza como diversa daquela legalmente estabelecida do compromisso arbitral?

Vale salientar alguns pontos: uma das diferenças nesse aspecto entre os ACCs do caso Fosbrasil e do caso Rumo é que somente nesse segundo o CADE se posicionou expressamente no sentido de que a agência não se vincula à deliberação arbitral para a formação de suas decisões e que, além do mais, não se obriga a tomar providências em face de cada decisão arbitral prolatada. No primeiro caso, qual seja, o da Fosbrasil, foi somente expresso que a opinião do(s) árbitro(s) será submetida ao CADE para que esse tome decisão fundamentada.

A sentença exarada pelo(s) árbitro(s) não será uma sentença condenatória, mas sim de cunho meramente declaratório, tendo em vista que o processo de arbitragem, neste caso, conforme salientado no Acordo em Controle de Concentração, visa “determinar se houve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil”, ou seja, não condena o réu à prestação de uma obrigação e também não cria, modifica ou extingue uma relação jurídica, mas simplesmente presta-se a declarar a existência ou inexistência deduzida desta. Declaratória será também a decisão arbitral no caso da Rumo, já que dita decisão deve somente constatar se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória.

Neste sentido, apesar de, como já dito, o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 515, VII, estabelecer que a sentença arbitral, sem condicionar qualquer exceção, é título executivo judicial, uma das questões que isso envolve é a de que forma poderia o Poder Judiciário emitir decisão em face da conversão de uma sentença declaratória deste porte em título executivo judicial, já que a sentença arbitral nos casos aqui referidos não comportarão qualquer mandamento de obrigatoriedade (fazer, não fazer, dar), mas simplesmente restringir-

se-ão à mera declaração sobre a existência ou não de uma deduzida relação jurídica, cuja prescrição comportamental será determinada mediante a decisão do Conselho na forma de ato administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça já declarou que sentença não condenatória pode ter força executiva, mas tal somente ocorre se reconhecer direito líquido, certo e exigível²⁵, o que não é o caso da sentença a ser prolatada pelo(s) árbitro(s) conforme determinado no ACC em questão.

Outrossim, quando partimos do pressuposto legal de que a decisão (ou opinião) arbitral é equivalente à sentença judicial, só nos resta concluir que a decisão fundamentada a ser tomada pelo CADE, tudo indica, será um ato que, apesar de dotado de certa discricionariedade quanto aos seus efeitos, deve ser motivado (no caso, normativamente pela sentença arbitral) e, como qualquer ato da administração pública, tem a causa como preceito lógico de validade, ou seja, os motivos devem guardar congruência, pertinência com o ato a ser praticado²⁶. A decisão do Conselho, portanto, será da ordem de um despacho que deve necessariamente ser fundamentado e que, assim sendo, evidentemente vincula seus destinatários. Desta forma, caminha-se nos termos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, a discricionariedade existe, por definição, *única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto²⁷ (grifo do autor).

Entendemos, por isso, que o CADE se vincula à deliberação arbitral para a formação de suas decisões somente a partir do momento em que dita deliberação se restringe ao exame sobre a relação jurídica na matéria previamente delimitada pelos Acordos em Controle de Concentração, cuja decisão será meramente declaratória. Assim, por ser discricionário o ato a ser exarado pelo Conselho, este, enquanto Administração, “terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das prevista na norma legal”²⁸.

Dessa forma, quando o CADE estabelece no Acordo não se vincular à deliberação arbitral, devemos entender que a agência de defesa da concorrência está se eximindo da obrigação de tomada de um sentido específico de decisão, estando livre para julgar e estabelecer

²⁵ BRASIL. Recurso Especial 1.481.117 - PR (2011/0241671-0), Relator: Ministro João Otávio de Noronha. STJ.

²⁶ MELLO, Celso Antonio B. Curso de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 374.

²⁷ MELLO, Celso Antonio B. Curso de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 400.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 125.

as medidas cabíveis, porém, claro, sempre fundamentada e levando em consideração a decisão do(s) árbitro(s) no *constructo* hermenêutico, além das normas exaradas da lei 12.529/11 e demais normas inclusive constitucionais. Sendo assim, cabem os dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito.²⁹

Sendo a arbitragem um procedimento eficiente, tem adquirido crescente importância no rol dos meios de resolução dos litígios; uma vez que possibilita solução mais rápida e adequada aos conflitos, percebe-se que a arbitragem com suas várias peculiaridades, tais como a celeridade e o conhecimento específico dos árbitros, representam benefícios à Administração Pública na defesa do interesse público. A esse respeito, não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. Nesse passo, de acordo com Bacellar,

[...] a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contrataram a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.³⁰

4. Obrigação de manifestação do CADE sobre a decisão arbitral

Por outro lado, questão que também pode ensejar debate diz respeito à afirmação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no ACC no caso da Rumo onde expressa que a agência não se “obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada”.

Essa assertiva não encontra qualquer oportunidade de discussão se no momento da decisão arbitral claramente não se identifica qualquer infração à defesa da concorrência. Isso porque, nesses casos, o CADE não estaria obrigado a se pronunciar, já que só o está obrigado a fazer, de ofício ou mediante provocação de terceiros, se a denúncia for fundamentada. Senso

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 173.

³⁰ BACELLAR, Roberto P. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

assim, se for clara, no processo e na decisão arbitral, a ausência de fundamentação para instauração de inquérito administrativo, não há a necessidade de manifestação do Conselho.

Outrossim, pode ser considerada como uma forma de silêncio Administrativo, que representa uma inatividade formal da Administração Pública, se o CADE se encontra diante de uma suposta necessidade de se manifestar por hipotética infração à defesa da concorrência consoante termos do processo arbitral e sua decisão correlata e, mesmo assim, não o faz. Ou seja, incorrendo, no caso, em não observação do dever de atender/responder aos requerimentos dos administrados (art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da CF/88)

Vale referir-se, portanto, à lição de André Saddy em relação ao silêncio administrativo:

[...] para não permanecer o administrado desprotegido, avultam de importância os dispositivos legais, as sentenças judiciais ou até mesmo a autonomia contratual, que atribuem ao silêncio administrativo efeitos, conferindo à omissão, por ficção jurídica, uma significação que reduz a insegurança jurídica da mesma. Não se trata de uma sanção, mas sim, insista-se, de um mecanismo que se coloca em favor do administrado tendente a atenuar os prejuízos que lhe seriam provocados.³¹

Como já referido, não é função do(s) árbitro(s), consoante estabelecido nos ACCs, reclamar o chamamento do CADE a se manifestar, mas simplesmente em declarar a relação jurídica nos moldes expressos nos Acordos firmados. De outro lado, tomando conhecimento o Conselho de sentença arbitral – que, vale salientar, equivale à sentença judicial, - que apresente possíveis argumentos sobre suposta infração à ordem econômica, mais especificamente, infração nos termos do respectivo Acordo em Controle de Concentração, o CADE não pode se fazer inerte, tendo o dever de exarar despacho, ato administrativo, em que seja pronunciada decisão fundamentada. Ademais, é dever da Superintendência-Geral do CADE zelar pelo cumprimento da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, “monitorando e acompanhando as práticas de mercado” (lei 12.529/11, art. 13, I).

Sendo assim, sobre a possibilidade do Conselho se manter inerte diante da sentença arbitral neste caso suprarreferido, aferimos que não está deixando de exarar uma manifestação de vontade, pelo contrário, como se encontra expressa no respectivo Acordo em Controle de Concentração a não obrigação em se manifestar ou em tomar providências a cada decisão arbitral prolatada, verifica-se que a não manifestação ou a ausência em tomada de providências, estando ciente o Conselho da sentença arbitral, caracteriza-se em silêncio qualificado, como bem define esta espécie Marçal Justen Filho:

³¹ SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 36.

O silêncio qualificado é aquele que permite inferir a vontade da Administração Pública em determinado sentido, a isso se somando a possibilidade de reconhecer a omissão como manifestação daquela vontade. O silêncio qualificado é um modo de exercitar a função administrativa.³²

A vontade inferida do Conselho Administrativo de Defesa Econômica é, portanto, a de que a reclamação que deu origem à sentença arbitral não deve ser conhecida pela agência reguladora, ou porque, conforme já dissemos, não tem qualquer indício de infração à ordem econômica ou especificamente ao ACC em questão, ou porque, apesar do(s) indício(s), não representa, na opinião do CADE, qualquer real infração.

O que não impede, por outro lado, que a parte que se sinta lesada entre em litígio na esfera do Poder Judiciário.

Outrossim, nada também impede que a parte que se perceba lesada por suposta infração provoque o CADE, com base na sentença arbitral, a instaurar inquérito administrativo a fim de apurar os indícios apresentados.

Vale salientar, ainda, que o CADE expressamente já recorreu ao instituto do silêncio administrativo, mesmo sob a atual lei que regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (12.529/11), quando, no Regimento Interno do CADE (Resolução 1, de 29 de maio de 2012), em seu art. 133, estabelece que “o descumprimento dos prazos previstos nos §§ 2.º e 9.º do art. 88 da Lei n.º 12.529, de 2011, implica a aprovação tácita do ato de concentração econômica”. Esse é, na lição de Saddy, o denominado silêncio positivo próprio, o qual “ocorre sempre que houver a atribuição legal, judicial ou contratual que expressamente concede o que foi petitionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se”³³.

Porém, verifica-se, ainda conforme a doutrina de Saddy, que o silêncio administrativo no presente caso, ou seja, em que o CADE não se pronuncia sobre a decisão advinda do procedimento arbitral, é silêncio negativo próprio. Sobre este tipo de silêncio, Saddy nos cede o seguinte exemplo:

[...] exemplo de silêncio negativo próprio é tratado na Lei Federal 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, conhecida como lei dos portos e que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. O art. 5.º desta lei estabelece que o interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do porto a abertura da respectiva licitação. Em caso de indeferimento, cabe recurso, no prazo de 15 dias, ao Conselho de Autoridade Portuária e, sendo mantido o indeferimento, cabe outro recurso, no mesmo prazo, ao ministério competente. Todavia, caso o requerimento ou recurso não venha a ser decidido nos prazos de 30 dias e 60 dias,

³² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 390.

³³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80, 81.

respectivamente, fica facultado ao interessado, a qualquer tempo, considerá-lo indeferido para fins de apresentação do recurso mencionado.³⁴

Assim sendo, entendemos ser esse tipo de silêncio já que é “provido de atribuição legal, judicial ou contratual, que expressamente denega o peticionado, solicitado, requerido ou recorrido se decorrido prazo para a autoridade pronunciar-se”³⁵, tendo em vista ser uma negativa à demanda inicialmente realizada pela empresa que se sentiu prejudicada por suposta infração ao respectivo Acordo em Controle de Concentração.

5. Conclusão

Verifica-se, portanto, que a arbitragem enquanto instrumento no âmbito do Acordo em Controle de Concentrações, conforme utilizado até o momento, se demonstrou teoricamente legítima e capaz de trazer benefícios em torno da eficiência do acompanhamento da observância das empresas aos compromissos firmados, além de trazer ao CADE, no momento da decisão sobre uma possível não observância daqueles, uma decisão técnica fundamentada que certamente auxiliará na construção da decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A ausência de previsão legal sobre a utilização da arbitragem pelo CADE não se mostra, enfim, nenhum obstáculo, já que nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional o impede de fazê-lo; em nosso ver, pelo contrário, tendo em vista beneficiar a fiscalização da agência de defesa da concorrência sobre atos supostamente infracionais à normativa da lei 12.529/11.

6. Referências Bibliográficas

BACELLAR, Roberto P. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

³⁴ SADDY, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 88.

³⁵ SADDY, André. *Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 20, out./nov./dez. 2009, Salvador, Bahia, p. 7.

CADE. Plano Estratégico 2013-2016 Versão 1.0. Brasília, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/CADE%20-%20Plano%20Estrat%C3%A9gico%202013-2016%20-%20vers%C3%A3o%201%200.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei. São Paulo: Malheiros, 1998.

CORDOVIL, Leonardo [et al.]. Nova lei de defesa da concorrência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRETELLA NETO, José. Comentários à lei brasileira de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

DANTAS, I.; POMBO, B. Cade inova e aposta em arbitragem entre empresas. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Mar. 2015. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/cade-inova-e-aposta-em-arbitragem-entre-empresas>>. Acesso em 31 ago. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni. Revista do IBRAC. V. 9, n. 3, 2002, p. 390.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antonio B. Curso de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 20, out./nov./dez. 2009, Salvador, Bahia.

____. Silêncio administrativo no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Affected volume of commerce: how the concept is interpreted to calculate cartel fines in the United States and in Brazil

Alberto Monteiro¹

RESUMO

Multas por violações concorrenciais –e cartéis em especial– são frequentemente mencionadas nas listas de maiores multas sobre empresas de todos os tempos. Este estudo é dividido em duas partes. Na primeira discute-se como os tribunais dos EUA têm interpretado o “volume de comércio” afetado e o que deve ser usado como valor base da multa. Na segunda parte discute-se brevemente a lei no Brasil e o que entendemos deve ser alterado de forma que o Brasil fique em linha com outras jurisdições relevantes no que toca a melhores práticas quanto a multas sobre violadores de normas sobre cartéis.

Palavras-chave: Antitruste; Concorrência; CADE; Cartel; Multa; Volume de Comércio.

ABSTRACT

Fines for antitrust violations – and cartel infringements in particular – are frequently mentioned in the lists of largest corporate fines of all times. This paper is divided in two parts. In the first one it discusses how the US courts have interpreted the affected “volume of commerce” and what should be used for that base level of the fine. In the second part it briefly addresses the law in Brazil and what we consider needs to be changed so that Brazil becomes aligned with the other major jurisdictions when it comes to best practices in fining wrongdoers for cartel violations.

Keywords: Anti-trust; Competition; CADE; Cartel; Fine; Volume of Commerce.

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ em 2008. Master of Law pela Columbia University em 2015. Advogado.

SUMMARY: Introduction; Part 1 – United States; I. Statutory and regulatory provisions in the United States; II. Determination of sales really affected by the conspiracy; III. What constitutes domestic commerce? Can indirect sales be considered?; IV. Total-price versus component-only volume of commerce; Part 2 – Brazil; Conclusion.

Introduction

Fines for antitrust violations – and cartel infringements in particular – are frequently mentioned in the lists of largest corporate fines of all times². In May 1999, the U.S. Department of Justice (“DOJ”) imposed a fine of USD 500 million against F. Hoffmann-La Roche for its participation in the vitamin cartel, at that point the largest fine ever imposed in a criminal prosecution of any kind in the U.S.³ ⁴ This amount was matched on September 20, 2012, when AU Optronics was sentenced to pay a USD 500 million fine for the participation in a conspiracy to fix the price of TFT-LCD panels⁵.

In Europe, the fines imposed by the European Commission for cartel practices are even higher. On 5 December 2012, the European Commission imposed its largest ever fine in the same investigation (€1.47 billion) on seven international producers of cathode ray tubes (“CRTs”) for their involvement in a cartel over a period of 10 years⁶. The largest individual fine for a cartel practice in the EU was the one imposed on Saint Gobain in 2008 for its involvement in the carglass cartel⁷.

The situation is no different in Brazil, which has become a very active enforcer following the lead of the two main antitrust jurisdictions. In September 2010, the Brazilian competition agency (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – “CADE”) sentenced producers of industrial and medical gases to pay a total fine of BRL 3 billion (approximately USD 1 billion)

² *Kaplan's Top Ten Corporate Criminal Fines*, The FCPA Blog (January 4, 2013), available at <http://www.fcpablog.com/blog/2013/1/4/kaplans-top-ten-corporate-criminal-fines.html>.

³ Scott D. Hammond, Dep. Ass't Att'y Gen., Antitrust Div., A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, New York State Bar Annual Meeting, (Jan. 23, 2003), available at <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200686.htm>.

⁴ *Fighting Cartels – why and how*, Konkurrensvirket Swedish Competition Authority at 30 (2001), available at <http://www.kkv.se/globalassets/english/publications-and-decisions/fighting-cartels.pdf>.

⁵ *Antitrust Division 2013 Criminal Enforcement Update*, DOJ, available at <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2013/criminal-program.html>.

⁶ See Caroline Hobson et al., *European Commission imposes largest ever antitrust fine*, LEXOLOGY (December 7 2012), available at <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e8fdc9b9-54af-4516-af70-3ba129e800c7>.

⁷ For a list of the ten largest fines imposed by the Commission in cartel cases, see <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

for their involvement in the so-called oxygen cartel⁸. This fine was later reduced by CADE for an amount of approximately BRL 2.3 billion⁹.

The substantial amounts of the fines observed in these three jurisdictions raise a philosophical question of whether antitrust violations – and cartel infringements in particular – are of so serious nature to require such heavy punishments. Cartel violations certainly have the potential of harming millions of consumers, and this may be enough of an argument for the large fines. But we do not need to engage in this arid subject, since it is not the object of the paper.

What perhaps can be said is that fines for cartel practices are frequently high because they are based on the revenues of the wrongdoers, commonly multinational corporations with billions in billings and presence in different continents. More specifically, the fines in different jurisdictions are frequently based on what the U.S. law calls the “volume of commerce” affected by the violation. According to former Antitrust Division’s Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement, Scott Hammond, “there are few issues in the area of antitrust criminal remedies more firmly settled than that volume of commerce is the most appropriate method of distinguishing the severity of criminal antitrust violations.”¹⁰ However, even in the US where the concept has long existed, there is little guidance in relation to key issues¹¹. Brazil, on the other hand, is still very behind in relation to the matter, and the current regulations still seem not to capture what it means to have an antitrust fine based on the amount of commerce affected by the infringement.

This paper is divided in two parts. In the first one we discuss how the US courts have interpreted the affected “volume of commerce” and what should be used for that base level of the fine. In the second part we provide a brief note addressing the law in Brazil and what we consider needs to be changed so that Brazil becomes aligned with the other major jurisdictions when it comes to best practices in fining wrongdoers for cartel violations.

PART 1 – UNITED STATES

⁸*Cade impõe multa recorde de R\$ 3 bi em caso de cartel de gases industriais*, G1 (September 1st 2010), available at <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/09/cade-impoe-multa-recorde-em-caso-de-cartel-de-gases-industriais2.html>.

⁹*Empresas de gás acusadas de cartel reduzem multa no Cade*, Folha de São Paulo (September 9 2010), available at <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2010/09/802884-empresas-de-gas-acusadas-de-cartel-reduzem-multa-no-cade.shtml>.

¹⁰ Scott D. Hammond, Dep. Ass’t Att’y Gen., Antitrust Div., Antitrust Modernization Commission Hearings on Criminal Remedies at 6 (Nov. 3, 2005).

¹¹ James Mutchnik et al., *The Volume of Commerce Enigma*, THE ANTITRUST SOURCE. 1 (June 2008).

I. Statutory and regulatory provisions in the United States

Section 1 of the Sherman Act prohibits contracts, combinations or conspiracies that restrain trade or commerce. Violations to that provision may subject corporations to penalties up to USD 100 million¹². When seeking higher fines, however, the DOJ and courts frequently use the alternative fine based on gain or loss caused by the violation, as established by 18 U.S.C. 3571¹³. This alternative fine often exceeds the USD 100 million statutory maximum of the Sherman Act.

The statutes, however, do not prescribe the mechanism for calculating the fine. For that purpose courts use the United States Sentencing Guidelines (“USSG”). The fine calculation involves a number of steps. First, the court should determine the “base fine”. After that, the court calculates the culpability score of the violator to establish the minimum and maximum multipliers¹⁴. A fine range is therefore determined by multiplying the base fine by the multipliers¹⁵. A number of factors will determine where in this fine range the court will set the precise amount of fine and whether or not some cooperation discount will be granted.

As a rule, the base fine for corporations is determined by Section 8C2.4 of the USSG. However, Section 2R1.1 provides special instructions for the calculation of the base fine in case of hardcore cartel violations (bid-rigging, price-fixing or market-allocation), which shall correspond to 20% of the volume of affected commerce. Nevertheless, the USSG do not offer detailed explanation of how to calculate the volume of commerce, stating only that “the volume of commerce attributable to an individual participant in a conspiracy is the volume of commerce done by him or his principal in goods or services that were affected by the violation.”¹⁶

The concept of volume of commerce gives rise to numerous debates. In addition to the vagueness of the USSG’s definition, one can add the lack of guidance given by the DOJ on that matter, especially because the Division can be very casuistic when managing the concept in light of the peculiarities of each case. In addition, volume of commerce is not an extensively litigated concept, because investigated parties very often prefer to settle cartel cases instead of

¹² 15 U.S.C.A. § 1 (2004).

¹³ “[i]f any person derives pecuniary gain from the offense, or if the offense results in pecuniary loss to a person other than the defendant, the defendant may be fined not more than the greater of twice the gross gain or twice the gross loss, unless imposition of a fine under this subsection would unduly complicate or prolong the sentencing process.” 18 U.S.C. § 3571(d)

¹⁴ USSG 8C2.5

¹⁵ USSG 8C2.7.

¹⁶ USSG 2R1.1.

going to trial with the risk of facing huge criminal fines. When the concept is litigated in courts, the holdings are often inconsistent.

It is worth noting that the mandatory USSG system changed in 2005, after the US Supreme Court decision in *United States v. Booker*¹⁷. In this case, the Court held that the USSG are to be used by courts in an advisory, rather than mandatory, manner. Therefore, the imposition of a Guidelines sentence range is no longer mandatory and the DOJ must be able to prove volume of affected commerce under 2R1.1 to a judge by preponderance of evidence. Despite the decision in *Booker*, the Antitrust Division has already stated that it remains the policy to “seek Guidelines sentences because they have promoted consistency, fairness, and transparency in sentencing.”¹⁸ In light of that, the study of the controversies that the concept of volume of commerce gives rise to continues to be of extreme importance in the antitrust realm.

Below we will address separately some of the debates that are considered to be the most relevant for the determination of what constitutes volume of commerce in the US. These issues involve: (i) determination of sales really affected by the conspiracy; (ii) what constitutes domestic commerce and whether indirect sales can be accounted; and (iii) total-price versus component-only volume of commerce.

II. Determination of sales really affected by the conspiracy

As mentioned above, the USSG set that the volume of commerce attributable to an individual participant in a conspiracy is the volume of commerce done by him in goods or services that were affected by the violation. Although at first glance it seems a pretty objective criterion, this language may originate different interpretations. More specifically, should we consider all sales of the relevant product during the period of the conspiracy as affected thereby or should we engage in a more detailed analysis to identify what transactions were really affected by the collusion?

The arguments at one side of the scale clearly favor a more pragmatic and transparent assessment. However, if one considers all sales during the period of the conspiracy as affected, this may result in unfair results in some cases. It is easy to imagine a situation where a defendant participates in a price-fixing conspiracy and makes 50% of sales at competitive prices and the

¹⁷ *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

¹⁸ Scott D. Hammond, Dep. Ass't Att'y Gen., Antitrust Div., Antitrust Sentencing in the Post-*Booker* Era: Risks Remain High For Non-Cooperating Defendants at 6, American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting (March 30, 2005).

other 50% at agreed upon prices. If the court considers all sales in the defendant's volume of commerce, it can lead to a disproportionately high fine. Needless to say, this is obviously the position that the DOJ favors, not only because it makes the job easier, but also because the DOJ is understandably biased in the pursuit of higher fines. On the other hand, if one were to determine in a very specific manner which sales were really affected, this could avoid unfair results in some cases, but would substantially increase the work for the determination of the volume of affected commerce. In addition to being time consuming, there are no guarantees that this approach would solve the problem, since there can be many instances where it is simply not possible to determine with precision if and to what extent a given sale was affected by a conspiracy.

The issue here is certainly a close call and has been litigated only a few times. Courts have adopted varied understandings but have not allowed the DOJ a total control in calculating the volume of commerce.

In *United States v. Hayter Oil*, the Sixth Circuit held that commerce affected by the price-fixing violation involves the total sales “during the period of conspiracy, without regard to whether individual sales were made at the target price.”¹⁹ This is certainly a position highly favorable to the Government. In the example mentioned above where only half of the sales was affected by the violation, 100% of them would be considered for the calculation of the volume of commerce under *Hayter Oil*. This decision was criticized by a number of commentators for being over inclusive²⁰.

In *United States v. SKW Metals & Alloys, Inc.*²¹, the Second Circuit disagreed with the Sixth Circuit and held that only sales made above the market level (whether or not at or above the conspirators' fixed price) could legitimately be included in the volume of commerce²². According to the Second Circuit, “if during the course of the conspiracy there [are] intervals when the illegal [price-fixing] agreement [is] ineffectual and [has] no effect or influence on prices, then sales in those intervals are not 'affected by' the illegal [price-fixing] agreement and

¹⁹ *United States v. Hayter Oil Co.*, 51 F.3d 1265, 1273 (6th Cir. 1995).

²⁰ See, e.g., Henry D. Fincher, *Fining The Market: The Bumbling Price-Fixer and the Antitrust Guideline*, 8 FED. SENT. R. 244 (1996); Anne Marie Herron, *The Antitrust Sentencing Guideline: Deterring Crime by Clarifying the Volume of Commerce Muddle*, 51 EMORY L.J. 929, 945–48 (2002).

²¹ *United States v. SKW Metals & Alloys, Inc.*, 195 F.3d 83 (2nd Cir. 1999).

²² See Scott Wu, *U.S. antitrust fines for price-fixing: understanding Volume of Commerce*, LEXOLOGY (December 31 2014).

should be excluded from the volume of commerce.”²³ This position is more favorable to the defendants.

Finally, in *United States v. Andreas*²⁴, the Seventh Circuit adopted a more intermediary view, although more aligned with the position of the Second Circuit than with the one of the Sixth Circuit. The *Andreas* court ruled that “sales that were entirely unaffected did not harm consumers and therefore should not be counted for sentencing because they would not reflect the scale or scope of the offense.”²⁵ However, the Seventh Circuit allowed a rebuttable presumption that defendant’s sales made during the conspiracy period have been influenced by the price-fixing conspiracy. In that sense, once the defendant presents sufficient evidence to the contrary, the burden of proof falls on the DOJ to show the conspiracy’s influence on prices²⁶.

Among the three positions, we believe that the holding in *Andreas* seems to be the most reasonable. As mentioned above, there is a constant tension here between objectiveness and transparency, on one side, and fairness and proportionality, on the other. To simply assume that all sales of the relevant product during the conspiracy period were affected seems extreme and may result in very disproportional outcomes. On the other hand, to require the DOJ to engage in a super detailed analysis to identify the sales really affected can be highly troublesome, time consuming and may not be even doable. In light of this, the solution of allowing a rebuttable presumption that defendant’s sales made during the conspiracy period were influenced by the conspiracy seems to be a reasonable outcome that gives proper weight to the arguments on both sides. If the defendant presents sufficient evidence showing that certain sales were not affected by the conspiracy for any reason, the Government will hold the ultimate burden of showing that they actually were.

And what about the sales after the conspiracy ended which might have been affected by the conspiracy?

There is wrinkle in relation to this matter which relates to sales occurred after the conspiracy ended, but which may have had prices set as a result of the conspiracy. Should these sales be taken into account when determining the volume of affected commerce?

Evidently, the most frequent position of the DOJ is that, if it is possible to find that the conspiracy impacted prices of sales occurred after the cartel meetings ended, these amounts

²³ *SKW Metals*, 195 F.3d., at 91.

²⁴ *United States v. Andreas*, 216 F.3d 645 (7th Cir. 2000).

²⁵ *Andreas*, 216 F.3d, at 677-78.

²⁶ *Wu supra*. at 3.

must be taken into account²⁷. We have found no case law addressing the matter, which leave us with little guidance. The issue deserves a careful evaluation and the best solution seems to be that the DOJ holds the burden of showing that the sales were actually affected.

It may occur that one of the cartel members totally leaves the conspiracy at some point, but sales that happen later (after the withdrawal) may have prices determined by arrangements had when the price fixing was still in place. It is worth mentioning here that the conduct prohibited by the Sherman Act is to engage in combinations or conspiracies to restrain trade or commerce. Once the cartelist leaves the conspiracy, it is not violating the law anymore. On the other hand, there is an argument that, if the prices of sales that occurred only later were determined by and set when the conspiracy was still in place, these billings constitute commerce affected by the conspiracy.

In our view, a reasonable solution here is to afford the DOJ with the burden of proving that these sales were affected by the antitrust violation. Once a company leaves a price-fixing arrangement, it is not under the monitoring of the other cartelists anymore and there may be different factors that can influence the price of the good or service, especially if the sale is made only later. In view of that, once the party leaves the conspiracy, it should be presumed that the sales occurred after that event are no longer affected by the violation. If, however, the DOJ is able to demonstrate that the sales were indeed directly affected by the violation, and that no supervening circumstance stepped in to change the course of things, the DOJ will have very strong grounds to sustain that these billings should be taken into account for determining the volume of commerce.

III. What constitutes domestic commerce? Can indirect sales be considered?

The process to establish the volume of commerce of the defendant does not end with the determination of which sales were affected by the violation. The court also needs to determine which sales fall within the territorial or extraterritorial jurisdiction of the US antitrust laws. In different occasions the DOJ has suggested that it is its policy to “consider only a defendant’s domestic sales in calculating a defendant’s volume of affected commerce.”²⁸ However, as some commentators point out “the Antitrust Division has otherwise not previously given ‘clear,

²⁷ U.S.’ Reply to Defendants Sentencing Memoranda. *In United States v. Au Optronics Coporation*. Filed on September 19, 2012. Page 12.

²⁸ Scott D. Hammond, *Charting New Waters in International Cartel Prosecutions* 14-15 n.28 (Mar. 2, 2006).

generally applicable guidance’ regarding what commerce the Division will include as affected commerce.”²⁹ In that sense, there has been some controversy not only as to what exactly constitutes domestic commerce, but also as to the extent to which the DOJ could consider foreign or indirect commerce to calculate volume of commerce.

What is domestic commerce?

In today’s world, it is not rare to see corporations engaging in international transactions and somehow touching upon the territory of certain countries without really impacting on consumers of that territory. As commentators have pointed out, “potentially relevant factors may include: (1) location of, and relationships between, the manufacturing and sales arms of the defendant; (2) location of, and relationships between, the purchasing and end-user branches of the buyer; (3) location of the invoiced entity; (4) location of the bank accounts to and from which money is transferred in the transaction; (5) location of contract negotiations and signing; and (6) physical transfer of the product, including entry of the product into the United States. The relative weight, if any, of these factors has never been articulated by the Division.”³⁰ The positions taken by the DOJ in different cases show a very case-specific analysis of the matter. A more clear guidance from the DOJ is evidently in need. If this is not possible, the DOJ should at least acknowledge this fact.

In 1982 Congress passed the Foreign Trade Antitrust Improvements Act (“FTAIA”), which defines the jurisdictional boundaries of the Sherman Act in cases involving international trade or commerce³¹. *F. Hoffman-La Roche Ltda. v. Empagran*³² was the landmark US Supreme Court decision that interpreted the FTAIA and set the jurisdictional reach of the Sherman Act in cases of international cartels. In the case the Court explained that “[t]he FTAIA seeks to

²⁹ Brandon W. Duke, *The Indirect Bump: Indirect Commerce and Corporate Cartel Plea Agreements*, WINSTON & STRAWN, 2-3 (2013).

³⁰ James Mutchnik et al. *supra*. at 5.

³¹ 15 U.S.C. 6a: “Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless—

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect—

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.”

³² *F. Hoffman-La Roche Ltd. V. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

make clear to American exporters (and to firms doing business abroad) that the Sherman Act does not prevent them from entering into business arrangements (say, joint-selling arrangements), however anticompetitive, as long as those arrangements adversely affect only foreign markets.”³³

One of the main concerns of the Supreme Court in *Empagran* was the concept of comity. According to the Court, “[n]o one denies that America’s antitrust laws, when applied to foreign conduct, can interfere with a foreign nation’s ability independently to regulate its own commercial affairs.”³⁴ Such interference, the Court explained, could be justified to the extent that foreign anticompetitive conduct causes domestic injury.³⁵ But absent that domestic injury, the Sherman Act should not be construed to cover solely foreign injuries³⁶. This conclusion makes even more sense when we observe other jurisdictions (such as the EU, Canada and Brazil) increasing their enforcement against international cartels. If one takes into account commerce that does not really affect the US but rather other countries, “defendants run the risk of paying portions of multiple fines that are based on the same underlying sales.”³⁷ The *Empagran* case, it is true, was a civil case. But as long as it stands for the principle that the Sherman Act does not reach conduct with any substantial effect in the US, it should equally apply in the criminal context.

In different cases issues have arisen involving what constitutes domestic commerce and whether the DOJ can account for foreign sales. In 2008, the DOJ executed a plea agreement with Qantas in the context of the Air Cargo investigation. Under the agreement, “[t]he volume of affected commerce [\$244.4 million] does not include commerce related to the defendant’s cargo shipments on routes into the United States.”³⁸ The position advocated by Qantas was that only U.S. outbound shipments should be considered, and not shipments into the US. Although ultimately accepting the defendant’s suggested base fine, the DOJ did not exactly agree with the conclusion that shipments into the US would not harm US victims. Rather, it decided to accept Qantas position because of the “complexity of litigating the issues”.

Although not absolutely clear, it seems that the DOJ considered the outbound shipments something similar to the concept of domestic commerce, more closely within the DOJ’s jurisdictional reach, whereas the inbound shipments were similar to foreign commerce.

³³ *Empagran*, 542 U.S. at 161.

³⁴ *Empagran*, 542 U.S. at 165.

³⁵ *Empagran*, 542 U.S. at 165.

³⁶ *Empagran*, 542 U.S. at 165.

³⁷ James Mutchnik et al. *supra*. at 8.

³⁸ Plea Agreement at 7, United States v. Qantas Airways Ltd., No. 07-322 (D.D.C. Jan. 14, 2008).

However, despite not including the in-bound shipments in the volume of affected commerce, the DOJ treated them as an “aggravating factor” that demanded an upward adjustment of the base fine³⁹.

Agreeing with authors who have written about the matter, we believe that the best test here should focus on the location of the end-users. This approach seems to be the most aligned with the FTAIA and comity considerations⁴⁰. On the other hand, transactions that touch the United States only in a nominal way should not be considered affected domestic commerce. This applies for example when the invoiced entity is located in the US – or when the contract is signed in the US, or even when the product touches the US soil to be stored – but the end-user of the product is foreign. In that case, we believe, the sale should be treated as foreign sale and not included in the volume of affected commerce.

As highlighted by the same authors, it is possible to find Division precedent going towards the direction here defended. “For example, in 2005, in the DRAM cases, the Division consistently agreed to calculate defendants’ VOC by aggregating sales to original equipment manufacturers (OEMs) actually located and taking delivery in the United States. Similarly, during the *Hydrogen Peroxide* investigation in 2006, the Division based VOC on sales within the United States.”⁴¹ (internal citations omitted).

Can indirect sales be considered?

This discussion occurred in the negotiation of a plea agreement between the Antitrust Division and Furukawa Electric Company⁴², in the context of the auto parts cartel investigation⁴³.

As explained by the DOJ at the sentencing hearing, Furukawa had “three categories of commerce for the automotive parts industry. The first category included products ‘manufactured in the United States, sold in the United States to automakers here in the U.S. who are installing these parts into their cars.’ ... The second category of commerce included products ‘that were manufactured abroad . . . [and] were then sold into the United States and installed in cars here in the U.S.’ ... The third category of commerce, which the government noted was ‘a little more complicated,’ included products which were ‘manufactured abroad,

³⁹ Scott D. Hammond, Sentencing Issues in Today’s Global Economy, Speech Before the ABA Section of Antitrust Law (Mar. 26, 2008).

⁴⁰ James Mutchnik et al. *supra*. at 9.

⁴¹ James Mutchnik et al. *supra*. at 8

⁴² *United States v. Furukawa Elec. Co. Ltd.*, No. 11-cr-20612 (E.D. Mich. Nov. 14, 2011).

⁴³ Press Release, U.S. Dept. of Justice, Furukawa Electric Co. Ltd. and Three Executives Agree to Plead Guilty to Automobile Parts Price-Fixing and Bid-Rigging Conspiracy (Sept. 29, 2011).

[then] sold to automakers abroad, [and] installed in cars abroad that are ultimately destined for the U.S. and U.S. consumers.’ This third category is a clear example of indirect commerce. The government explained that the Antitrust Division’s view is that it could have included indirect commerce as affected commerce in the overall calculation, but it did not do so in calculating Furukawa’s fine.”⁴⁴ (internal citations omitted).

Although not including the indirect commerce in the volume of affected commerce calculation, the DOJ used this third category as an upward adjustment to the guidelines fine. As Scott Hammond explained, the DOJ “took [indirect commerce] into account when determining a starting point for the cooperation discount for the defendants who negotiated pleas with the DOJ.”⁴⁵

As already indicated, we agree with the general policy of the DOJ of considering only domestic commerce for purposes of the calculation of the affected volume of commerce, leaving outside billings that (i) although on the edge, look more like foreign commerce (like in the Qantas case); or (ii) refer to indirect commerce (like in the Furukawa case). Whether or not such elements should be weighted in a subsequent step of the fine calculation, as an aggravating factor, is something outside of the scope of this paper. If the reader allows a quick note, however, we recognize the soundness of the DOJ policy of trying to include somewhere in the fine calculation elements that, although not part of the volume of affected commerce, have the potential of affecting US customers.

Our discomfort with the above described positions is less related to the aim of the DOJ of taking indirect sales into account somehow and more related to the ad-hoc approach that the DOJ seems to confer to these cases. The solution in the plea agreement with Qantas seems shaped to address the peculiarities of the Air Cargo case, and not to serve as general guidance. The same way, the outcome in the plea agreement with Furukawa seems a resolution that can be used for other auto parts cases, but perhaps for few others. In light of that, we see two alternatives. The first and harder one would be that the DOJ provides a more generally applicable guidance on the subject. The second would be that, if unable to provide such guidance, the DOJ recognizes this circumstance. If on one hand this can be seen as compromising the transparency that the DOJ likes to convey to the fining procedure, on the

⁴⁴ Brandon W. Duke, *supra*. at 4 -5.

⁴⁵ Scott D. Hammond, Remarks at the ABA/IBA International Cartel Workshop, GCR Cartel Roundtable, Global Competition Review 18 (Feb. 2012).

other hand it at least gives the defendants a proper notice that they may be faced with uncertain uses of foreign commerce or indirect sales in the calculation of the potential fines.

IV. Total-price versus component-only volume of commerce

As mentioned above, section 2R1.1 of the USSG says that the base fine is centered on the volume of commerce *affected by the violation*. Throughout the years defense counsel has tried to argue that the sentence should be based not on the total price of the product object of the conspiracy, but only the amount of commerce for which the illegal activity raised prices to consumers⁴⁶. For example, if the competitive price of the product is USD 10 and the cartelists agreed to charge USD 12, the base fine should be based on the USD 2 overcharge only. Obviously, the position of the DOJ is that the appropriate volume of commerce is a total price definition and we agree with that. Although being a possible interpretation of the plain language of the USSG, it is hard to imagine that it was the intent of the drafters of the USSG that only the overcharge agreed on between the conspirators should serve as basis for the fine calculation. This could certainly result in an under penalization of the wrongdoers and put in danger the antitrust enforcement against cartels.

A different situation, however, exists when the price or a product of service is made up of several components and the conspirators agreed to fix only one of them. The air cargo fuel surcharge is a good example of this legal dispute. In early 2000, cargo companies started adding fuel surcharges using an index of spot prices and charged consumers by the weight of goods shipped, regardless of the distance the goods were carried⁴⁷. The fuel surcharge bore no proportional relationship to the amount of fuel consumed during shipping⁴⁸. The surcharge was subject to price fixing, but not other components of the price for shipping air cargo.

In the negotiation of plea agreements, the defendants' position was that the volume of commerce should be based on the value of the fuel surcharge only, since it would reflect consumer's actual injury for the increased price. Defendants continued competing on other components of the air cargo price. Naturally, the DOJ position was that a total price definition was required and all volume of commerce for air cargo shipping should be considered.

⁴⁶ Melissa Maxman & Elizabeth Holdefer, *Volume of Commerce and Criminal Sentences for Antitrust Violations – Alternative Interpretations in the Air Cargo Fuel Surcharge Cases*, THE ANTITRUST SOURCE. 1 (August 2011).

⁴⁷ Maxman & Holdefer, *supra*. at 2-3.

⁴⁸ See Dustin Appel, *Comment: Air Cargo Fuel Surcharges and Tacit Collusion Under the Sherman Act: What Good Is Catching a Few Bad Guys If Consumers Still Get Robbed?*, 73 J. AIR L. & COMM. 375, 392–402 (2008).

In a case such as the air cargo described above, we understand that the most reasonable understanding would be to consider the component-only volume of commerce. The reasons seem logical. If the price of a good is made of two perfectly identifiable components and competitors are agreeing on one of them and openly competing on the other, if the commerce related to the later is taken into consideration, defendants would be fined on the basis of commerce where no violation is taking place. Defendants would be punished for legal activity.

Despite the apparent soundness of this argument, it appears that there has been no case law on the matter. Because the alternatives to a plea agreement risk consequences even less desirable than a higher volume of commerce, defendants have little incentive to challenge the Division's formulation⁴⁹. As we mentioned above, one of the positions taken by the DOJ in the air cargo case was that the volume of commerce would include only outbound (and not inbound) shipments. If defendants took the case to courts, the DOJ would be willing to challenge not only the component-only aspect, but other aspects such as the inbound/outbound factor, which could be harmful to defendants.

PART 2 – BRAZIL

Law No. 12.529/2011 (the “2011 Competition Act”) replaced Law No. 8.884/1994 (“former Competition Act”) and restructured the antitrust system in Brazil.

Under article 23 of the former Competition Act, antitrust violations could subject the wrongdoer to a fine of 1% to 30% of the gross revenues registered by the company in the year before the initiation of the investigation. When applying this provision, CADE adopted varying understandings, sometimes considering the entire revenues of the defendant and sometimes limiting the base fine to revenues registered only in the field of business where the violation occurred. Because of the lack of consistency, both the language of the statute and CADE's interpretation thereof gave rise to much censure from commentators⁵⁰.

Sensitive to the criticism, the 2011 Competition Act tried to establish a closer link between the antitrust fine and the amount of commerce affected by the infringement and its article 37 says that antitrust violations may subject violators to fines of 0.1% to 20% of the

⁴⁹ Maxman & Holdefer, *supra*. at 1.

⁵⁰ See Alberto Afonso Monteiro. *Settlements in Cartel Cases: Recent Developments and Proposals for Improvement*, p. 17. Available at: http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/95/Compromisso_de_cessacao_em_casos_de_cartel_avancos_recentes_e_propostas_de_aperfeicoamento_2013_original.pdf.

annual gross revenues registered by the company in the year before the initiation of the investigation, in the *field of business* where the violation occurred.

As commentators point out, the field of business test it is “undoubtedly one of the most controversial issues regarding setting fines and negotiating settlements in Brazil nowadays. Some hold that this legal concept should be interpreted to encompass only the products and services affected by the conducts under investigation or the relevant markets affected, while others, including the authorities, defend a broader interpretation to include other products and services that may be considered part of the same activity”.⁵¹

Although the language of the field of business affected by the violation represented a good attempt towards the best practices, we believe that the solution adopted by the Brazilian system is still insufficient. The reason is that in 2012 CADE enacted a regulation (“Resolution No. 3/2012”) with a tentative exhaustive list of “fields of business”, based on the National Classification of Economic Activities – CNAE. The CNAE is derived from on the International Standard Industrial Classification of All Economic Activities – ISIC of the United Nations.

The problem with the categories of Resolution No. 3/2012 is that they tend to be either under inclusive or – more frequently – over inclusive, encompassing more than the goods or services affected by the violation. As a result, there is a risk that billings not related in any way to the violation be considered for purposes of the fine calculation, leading to disproportional outcomes.

This problem was identified and overcome by CADE (not without some interpretative easing) in the context of the settlement agreement executed with Air France and KLM in the context of the air cargo cartel⁵². In this case, for proportionality reasons, CADE reduced the percentage applied over the base fine because the revenues obtained with air cargo shipments (the object of the cartel) represented only 10% of the revenues of the defendants in the field of business No. 103 of Resolution No. 3/2012 (which encompasses transport of cargo and people).

This episode is clear in the following passage of the decision: “Despite the field of air transport encompass the transport of passengers and cargo (field of business No. 103 of Resolution No. 3/2012), one can observe here a violation occurred in an activity which is subsidiary to the main activity, this one being the transport of passengers. Therefore, I understand that the organization, hierarchy and proportion of the activities should be observed

⁵¹ Leonardo Duarte & Rodrigo Santos, *Cartel Settlements in Brazil: Recent Developments and Upcoming Challenges*, OVERVIEW OF COMPETITION LAW IN BRAZIL. Available at: http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/216/Veirano_Settlements_Overview_Competition_Law_Brazil_original.pdf.

⁵² CADE, Requirement 08700.010220/2012-16 in the Administrative Proceeding 08012.011027/2006-02.

in the definition of the fine in this case ... I consider that the revenues with the cargo transportation can be considered as reference for the definition of the fine in this case, since there are reasonable arguments supporting the limitation of the impacts of the violation to this specific activity.”⁵³

Adopting the same understanding, in the settlements executed in ambulances tender cartel cases⁵⁴, CADE established that it would not be proportional to determine the fine taking into account the total revenues in the relevant field of business of CADE Resolution No. 3/2012. In that sense, CADE considered the amount of the contract related to the tender, bearing in mind that the investigation related only to one bidding process. As Leonardo Duarte and Rodrigo Santos point out, “a similar understanding was also applied by CADE in the settlement agreement signed in the investigation of cartel in tenders for providing laundry services to public hospitals in the State of Rio de Janeiro⁵⁵, in which CADE’s Tribunal has also applied a more flexible approach for proportionality reasons.”⁵⁶

It is possible to notice that there is still uncertainty as to how to apply the field of business test when calculating fine amounts. This can have the objectionable consequence of fines that are disproportional to the potential effects that may have been caused by the conducts under investigation⁵⁷.

We understand that the best answer would be to interpret the legal concept of field of business as the product(s) or service(s) potentially affected by the conduct under investigation, following the best international practices on this matter⁵⁸. As extensively addressed above, in the US the USSG determines that the volume of affected commerce is to be considered for purposes of defining the base fine. Similarly, in the EU, under the Commission Guidelines on fines⁵⁹, the fines for antitrust violations should be based on the “value of the undertaking’s sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates” in the relevant geographic area of the EEA.

Of course that, once adopting an understanding similar to the one followed in the EU or the US, Brazil will probably start to face the same controversies regarding the definition of affected

⁵³ Pages 10-11 of the vote of the Reporting Commissioner Ricardo Ruiz (Requirement 08700.010220/2012-16).

⁵⁴ CADE, Administrative Proceeding No. 08012.003931/2005-58.

⁵⁵ CADE, Administrative Proceeding No. 08012.008850/2008-94.

⁵⁶ Leonardo Duarte & Rodrigo Santos, *supra*, at 304.

⁵⁷ Leonardo Duarte & Rodrigo Santos, *supra*, at 304.

⁵⁸ Alberto Afonso Monteiro, *supra*, at 15.

⁵⁹ Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation (EC) No 1/2003 (*Commission Guidelines on fines*), Official Journal C 210 of 1.9.2006. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>

commerce which have been causing disagreements between defendants and the DOJ in the US. However, we consider that this is a necessary step towards the correct direction, which will put Brazil in line with the most developed antitrust jurisdictions and make the country participate in the global discussions regarding volume of affected commerce.

Conclusion

As observed in the analysis above, the concept of volume of commerce gives rise to several controversies for the determination antitrust fines. However, this concept – or any concept related to value of the sales to which the infringement relates – still appears to be the best base amount for fine calculations.

In the US, where the concept has long existed, there are still uncertainties in relation to key aspects and a more clear guidance from the DOJ and courts are needed. These aspects involve aspects such as (i) determination of sales really affected by the conspiracy; (ii) what constitutes domestic commerce and whether indirect sales can be accounted; and (iii) total-price versus component-only volume of commerce.

Brazil, on the other hand, still appears to be behind of the major jurisdictions in that area, failing to clearly link the fine to the amount of sales affected by the infringement. In view of that, I understand that CADE Resolution No.3/2012 should be revised and that the statutory concept of field of business should be interpreted as the product(s) or service(s) potentially affected by the conduct under investigation.

Bibliography:

ALBERTO AFONSO MONTEIRO. *Settlements in Cartel Cases: Recent Developments and Proposals for Improvement*. Available at:

http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/95/Compromisso_de_cessacao_em_casos_de_cartel_avancos_recentes_e_propostas_de_aperfeicoamento_2013_original.pdf.

ANNE MARIE HERRON, *The Antitrust Sentencing Guideline: Deterring Crime by Clarifying the Volume of Commerce Muddle*, 51 EMORY L.J. (2002).

BRANDON W. DUKE, *The Indirect Bump: Indirect Commerce and Corporate Cartel Plea Agreements*, WINSTON & STRAWN. (2013).

Affected volume of commerce: how the concept is interpreted to calculate cartel fines in the United States and in Brazil

CAROLINE HOBSON ET AL., *European Commission imposes largest ever antitrust fine*, LEXOLOGY (December 7 2012), available at <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e8fdc9b9-54af-4516-af70-3ba129e800c7>.

DUSTIN APPEL, *Comment: Air Cargo Fuel Surcharges and Tacit Collusion Under the Sherman Act: What Good Is Catching a Few Bad Guys If Consumers Still Get Robbed?*, 73 J. AIR L. & COMM. (2008).

HENRY D. FINCHER, *Fining The Market: The Bumbling Price-Fixer and the Antitrust Guideline*, 8 FED. SENT. R. 244 (1996).

JAMES MUTCHNIK ET AL., *The Volume of Commerce Enigma*, THE ANTITRUST SOURCE. 1 (June 2008).

LEONARDO DUARTE & RODRIGO SANTOS, *Cartel Settlements in Brazil: Recent Developments and Upcoming Challenges*, OVERVIEW OF COMPETITION LAW IN BRAZIL. Available at: http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/216/Veirano_Settlements_Overview_Competition_Law_Brazil_original.pdf.

MELISSA MAXMAN & ELIZABETH HOLDEFER, *Volume of Commerce and Criminal Sentences for Antitrust Violations – Alternative Interpretations in the Air Cargo Fuel Surcharge Cases*, THE ANTITRUST SOURCE. (August 2011).

SCOTT D. HAMMOND, Dep. Ass't Att'y Gen., Antitrust Div., Antitrust Modernization Commission Hearings on Criminal Remedies at 6 (Nov. 3, 2005).

SCOTT D. HAMMOND, Dep. Ass't Att'y Gen., Antitrust Div., A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, New York State Bar Annual Meeting, (Jan. 23, 2003), available at <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200686.htm>.

SCOTT D. HAMMOND, Dep. Ass't Att'y Gen., Antitrust Div., Antitrust Sentencing in the Post-*Booker* Era: Risks Remain High For Non-Cooperating Defendants, American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting (March 30, 2005).

SCOTT D. HAMMOND, *Charting New Waters in International Cartel Prosecutions* n.28 (Mar.

2, 2006).

SCOTT D. HAMMOND, Remarks at the ABA/IBA International Cartel Workshop, GCR Cartel Roundtable, *Global Competition Review* 18 (Feb. 2012).

SCOTT WU, *U.S. antitrust fines for price-fixing: understanding Volume of Commerce*, LEXOLOGY (December 31 2014).

Entre o “laissez-faire” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google

Andressa Lin Fidelis¹

RESUMO

Esta pesquisa analisa como a denúncia de viés no mecanismo de busca do Google foi tratada pelas investigações do *Federal Trade Commission* e da Comissão Europeia. Por meio do estudo do direito comparado referente ao abuso de posição dominante e dos divergentes caminhos percorridos pelas investigações das autoridades americana e europeia, busca-se apontar qual a direção mais provável a ser tomada pela investigação brasileira em curso sobre o tema. Conclui-se que, embora a jurisprudência brasileira sobre condutas unilaterais apresente mais pontos de contato com a experiência europeia, a investigação brasileira pode apresentar um desfecho divergente, tendo em vista o significado que o CADE dará no caso concreto à busca da eficiência e a maximização do bem-estar do consumidor.

Palavras-chave: abuso de posição dominante, viés de busca, Google, *Federal Trade Commission*, Comissão Europeia, CADE.

ABSTRACT

This research analyses the investigations conducted by the Federal Trade Commission and the European Commission into the search bias allegations against Google. Through the study of comparative law regarding the abuse of dominance and the different paths taken by the American and the European investigation, this work aims at pointing out the most likely route to be taken by the ongoing Brazilian investigation on Google's engine case. It follows that, although the Brazilian jurisprudence about unilateral conducts presents more similarities with the European experience, the Brazilian investigation may go in a different direction, depending on how CADE will address efficiency and the maximization of consumer welfare in this case.

Keywords: abuse of dominance, search bias, Google, Federal Trade Commission, European Commission, CADE.

¹ Andressa Lin Fidelis é bacharel em Direito pela PUC-SP (2010, menção honrosa) e mestre em direito antitruste e regulatório pela Georgetown University Law Center (2014, Dean's List). Andressa obteve o 2º lugar no IX Prêmio Literário CIEE/CADE (2009) e o 3º lugar no Prêmio Ibrac/TIM (2010). Andressa atuou com direito da concorrência e regulação em renomado escritório em São Paulo (2009-2013), foi consultora internacional do *Office of International Affairs* no *Federal Trade Commission* (2014) e atualmente é assessora do Gabinete da Superintendência-Geral do CADE.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Monopolização vs. Abuso de Posição Dominante: quais as diferenças?; 2.1 Seção 2 do *Sherman Act*; 2.2 Artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; 2.3 Artigo 36, IV da Lei nº 12.529/2011; 3. Investigações Acerca do Viés de Busca do Google; 3.1 FTC: In the Matter of Google Inc., File No. 111-0163; 3.2 DG COMP: Case COMP/C-3/39.740; 3.3 CADE: Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94; 4. Comparação entre as Investigações e Tendências Analíticas; 4.1 Direito Comparado e a Experiência Brasileira; 5. Notas finais; 6. Bibliografia; Anexo 1 – Comparação de *layouts* da página de busca do Google.

1. Introdução

Em 10 de outubro de 2013 a Superintendência-Geral (SG) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE) decidiu pela instauração de Processo Administrativo a fim de investigar denúncias de abuso de posição dominante por parte de Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (Google). Segundo a Nota Técnica nº 349/2013 (Nota Técnica), haveria indícios de que o Google estaria artificialmente privilegiando o Google Shopping, seu site de comparação de preços verticalmente integrado, em detrimento de outros sites de comparação de preço alegadamente mais eficientes².

Segundo se infere da Nota Técnica, fazem parte da análise concorrencial em curso dois pontos em tensão. Por um lado, há que se reconhecer o princípio da liberdade de iniciativa e a possibilidade de um agente econômico privilegiar a posição dos seus próprios produtos frente a rivais³. Por outro lado, em se tratando de agente com elevado poder de mercado, deve-se investigar se o direito constitucional à livre concorrência resta prejudicado e se há efeitos deletérios aos consumidores “na forma de menos opções, menor pressão por inovações e, eventualmente, aumento de preços derivados de perdas competitivas”⁴.

Atualmente, diversas autoridades antitrustes conduziram ou estão conduzindo investigações para analisar questionamentos similares aos trazidos à SG/CADE. A exceção do *Federal Trade Commission* (FTC), o qual encerrou suas investigações sobre as atividades de busca do Google em janeiro de 2013 sem adotar qualquer medida⁵, jurisdições como Argentina, Canada, Índia e União Europeia seguem analisando a existência de possíveis efeitos

² Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94, Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda., em instrução. Segundo os parágrafos 144 e 158 da Nota Técnica, as denúncias sob investigação são: viés de busca, por meio do posicionamento privilegiado do Google Shopping, bem como discriminação e recusa de venda de anúncios com foto aos concorrentes do Google Shopping.

³ Nota Técnica, parágrafo 145, p. 41.

⁴ Nota Técnica, parágrafo 168, p. 46.

⁵ Ver FTC, *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices* (2013), In the Matter of Google Inc., nº 111-0163, <https://www.ftc.gov/public-statements/2013/01/statement-federal-trade-commission-regarding-googles-search-practices>.

anticoncorrenciais advindos das práticas do Google no mercado de buscas online⁶, bem como outras áreas de negócio do Google⁷.

Esta pesquisa avalia a possível prática de abuso de posição dominante por parte do Google especificamente nos mercados de serviços de busca online geral e de busca especializada, do qual os sites de comparação de preço fazem parte. As atividades do Google no mercado de buscas online são de interesse público notório, seja por afetar diretamente milhões de consumidores e empresas, usuários da plataforma de busca do Google⁸, seja pela dimensão econômica do *e-commerce*⁹.

De fato, a análise do abuso de posição dominante e, mais especificamente, das práticas exclusionárias unilaterais, permanece como campo de maior controvérsia no direito concorrencial moderno (HOVENKAMP, 2005). Devido ao seu caráter dúbio, muitas condutas exclusionárias também implicam redução de custos, melhoria de produto/serviço, ou eliminação de comportamentos oportunistas. Assim, há múltiplos testes para determinar a legalidade da conduta e divergentes opiniões quanto à aptidão de remédios comportamentais para restaurar o ambiente concorrencial¹⁰.

A utilização do direito comparado para guiar a análise brasileira sobre o tema se justifica tanto pela complexidade do estudo de mercados de tecnologia, em constante mutação, quanto pela maior tradição do FTC e da União Europeia na condução de casos envolvendo o abuso de posição dominante. O estudo comparado ganha ainda mais relevo pelo fato dessas jurisdições parecerem conferir respostas antagônicas para o mesmo questionamento sobre os limites da atuação da firma dominante no mercado.

Este estudo busca detalhar as razões históricas bem como as peculiaridades do caso concreto que motivaram o contraste entre os desdobramentos das investigações conduzidas pelo

⁶ Embora as investigações em curso nas jurisdições citadas estejam tramitando em caráter confidencial, no caso das investigações conduzidas pela União Europeia é possível acessar os comunicados de imprensa e outras declarações, as quais serão analisadas ao longo deste trabalho.

⁷ Outras práticas do Google atualmente investigadas por autoridades da defesa da concorrência envolvem a exibição de conteúdo de terceiros (conhecida como *scraping*) e a interface de programação do aplicativo do AdWords. Tais práticas não são objeto de pesquisa do presente trabalho.

⁸ O número de usuários ativos mensais no buscador do Google já ultrapassou a marca de um bilhão. Ver Nilton Kleina, “Google, Youtube, Android e Chrome têm mais de um bilhão de usuários cada” (28 de maio de 2015), <http://www.tecmundo.com.br/google-i-o-2015/80668-google-youtube-android-chrome-tem-bilhao-usuarios-cada.htm>.

⁹ Apenas nos EUA, as vendas online de varejo têm previsão para crescer de forma constante para US\$370 bilhões em 2017, segundo Giselle Abramovich, “15 Mind-Blowing Stats About Online Shopping” (07 de maio de 2014), http://www.cmo.com/articles/2014/5/6/Mind_Blowing_Stats_Online_Shopping.html. Ver também Matt Lindner, “Global e-commerce sales set to grow 25% in 2015” (29 de julho de 2015), <https://www.internetretailer.com/2015/07/29/global-e-commerce-set-grow-25-2015>.

¹⁰ Sobre os diferentes testes aplicáveis às condutas unilaterais ver Rede Internacional da Concorrência (ICN, 2012). Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc827.pdf>.

FTC e pela Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia (DG COMP). Assim, busca-se compreender porque o favorecimento dos próprios serviços de busca especializada no buscador geral do Google foi entendido como resultado da concorrência no mérito nos EUA, enquanto que na União Europeia as investigações parecem concluir pela existência de abuso de posição dominante.

Considerando as características do direito americano e europeu sobre o abuso de posição dominante o presente trabalho objetiva mapear a jurisprudência brasileira frente às práticas internacionais já consolidadas, bem como auxiliar a experiência brasileira na melhor compreensão do tema.

Dessa forma, o restante deste artigo está organizado em quatro partes. A *Seção 2* investiga os principais elementos de análise do abuso de posição dominante nos Estados Unidos (EUA), na União Europeia (UE) e no Brasil. A *Seção 3* analisa as peculiaridades das investigações americana, europeia e brasileira sobre a denúncia de viés de busca. A *Seção 4* mapeia as diferenças entre as análises concorrenciais trilhadas pelo FTC e pelo DG COMP e posiciona a experiência brasileira frente ao direito comparado. Por fim, a *Seção 5* conclui sugerindo possíveis rotas para a investigação do CADE.

2. Monopolização vs. Abuso de Posição Dominante: quais as diferenças?

Muito se fala na convergência entre as autoridades americanas e europeias para uma abordagem mais econômica na aplicação do direito da concorrência, na qual o objetivo da lei antitruste seria a maximização do bem-estar do consumidor e a promoção da eficiência econômica (GERBER, 2008).

Todavia, “eficiência” e “bem-estar do consumidor” são conceitos por vezes fluidos, os quais podem ser aplicados de múltiplas formas e até produzir resultados conflitantes, como fazem crer casos como Microsoft¹¹, Intel¹² e British Airways/Virgin¹³. Assim, para melhor responder até que ponto vai a liberdade da firma dominante em atuar no mercado, é importante compreender as peculiaridades das regras nos EUA e na UE no combate ao abuso do poder de monopólio.

2.1 Seção 2 do *Sherman Act*

¹¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001); e Case COMP/C-3/37.792.

¹² *In re Intel Corp.*, 128 F.T.C. 213 (1999); e Case COMP/C-3/37.990.

¹³ *Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways*, 257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001); e Case COMP/T-219/99.

De 1890 até meados da segunda metade do século XX, o combate ao monopólio e à cobrança de preços supra competitivos era o principal foco do antitruste americano¹⁴. Como observado por Goldschmid (2008, p. 123), “a seção 2 do *Sherman Act* se propunha a ser a resposta da nação contra as condutas ilegais praticadas pelas firmas dominantes”¹⁵. Nessa toada, segundo Gerber (2010, p. 130), “o principal ‘mal’ que o antitruste visava combater (...) era a capacidade das firmas dominantes em prejudicar os consumidores e inibir a concorrência”¹⁶.

Contudo, após a incorporação das ideias trazidas pelos economistas da Escola de Chicago¹⁷, o decorrente reconhecimento da importância das economias de escala e de escopo e a mudança para o “paradigma da eficiência”¹⁸, o antitruste americano cada vez mais vem reduzindo o campo da formulação e da condenação de casos amparados pela seção 2 do *Sherman Act* – orientação, todavia, não isenta de críticas (PITOFSKY, et. al., 2008).

Como descrito por Hovenkamp (2008, p. 113): “a seção 2 possui 2 requisitos: a identificação do poder de monopólio e a prova de prática exclusionária ilegal.”¹⁹ As cortes americanas tendem a presumir poder de monopólio na presença de participação de mercado em torno de ao menos 70% e 80%²⁰, conjugada com a análise das barreiras à entrada e demais condições do mercado. Dentre os testes aplicados para verificar a ilegalidade de determinada conduta exclusionária, o “*profit-sacrifice*”, “*equally-efficient competitor*” e o “*consumer welfare effect*” estão dentre os mais comuns (SALOP, 2006).

A linguagem da Suprema Corte americana em *Trinko*²¹, julgado em 2004, bem ilustra a atual visão das autoridades norte-americanas com relação à seção 2 do *Sherman Act*. Ao rejeitar a denúncia de monopolização e ao afastar a aplicação da *essential facility doctrine* [doutrina da instalação essencial], o magistrado da Supre Corte americana Judge Scalia afirmou: “a

¹⁴ 15 U.S. Code §2: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.”

¹⁵ No original: “section 2 of the *Sherman Act* was intended to be the nation’s answer to wrongful conduct by dominant firms.”

¹⁶ No original: “[t]he principal ‘evil’ at which antitrust was originally directed...was the capacity of dominant firms to harm consumers and inhibiting competition”.

¹⁷ Cf. resumido pelo Commissioner Joshua Wright: “Three commitments stand out as the defining characteristics of the Chicago School: (1) a rigorous application of price theory; (2) the centrality of empiricism; and (3) an emphasis on the social cost of legal errors in the design of antitrust rules.” (WRIGHT, 2012 : p. 305).

¹⁸ Sobre as mudanças operadas pela “revolução econômica” no antitruste americano ver Gerber (2010, p. 139-158).

¹⁹ No original: “[t]he law of section 2 consists of two parts: the identification of monopoly power and proof of unlawful exclusionary practices.”

²⁰ Ver decisão proferida por Edith Ramirez in *McWane, Inc., v. Star Pipe Products, Ltd.* (2014), citando *Colo. Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am.*, 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989).

²¹ *Verizon Communications v. Law Office of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

oportunidade de cobrar preços de monopólio (...) é o que atrai o ‘ímpeto para os negócios’ em primeiro lugar; é o que justifica a tomada de riscos que gera inovação e o crescimento da economia”²².

Entre as autoridades antitruste norte-americanas, especialmente no que se refere às indústrias de alta tecnologia, construiu-se um senso generalizado de rápida inovação, uma forte crença na tendência de autocorreção dos mercados e uma grande preocupação com o efeito inibidor do “excesso regulatório” (*overdeterrence*)²³. Consequentemente, conquanto a conduta dita exclusionária apresente uma justificativa comercial legítima²⁴, as autoridades norte-americanas tendem a apostar na eventual entrada de novos concorrentes como suficiente para constranger eventual poder de monopólio²⁵.

Por um lado, muitos criticam a atual aplicação comedida da seção 2, por considerarem uma abordagem excepcionalmente permissiva para com o setor privado²⁶ e pelo fato de que as condutas exclusionárias não costumam ser custosas ao monopolista. Por outro lado, muitos acreditam que os *standards* atualmente aplicados aos casos de monopolização estão exatamente onde deveriam estar (HOVENKAMP, 2008)²⁷.

2.2 Artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Diferentemente do antitruste americano, o direito concorrencial na UE não se originou de um contexto onde a concorrência representasse um princípio fundamental, mas de um ambiente onde a integração, o acesso aos mercados e o bem-estar social sempre foram identificados como os valores centrais do bloco, os quais perduram até os dias atuais²⁸.

²² No original: “*the opportunity to charge monopoly prices...is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth*”.

²³ A incorporação desta abordagem pelas autoridades americanas tem início no final dos anos 70 com a decisão da Suprema Corte no caso *Continental TV., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) e com a influência de “Antitrust Law: An Economic Perspective”, escrito por Richard Posner em 1976 e “The Antitrust Paradox”, escrito por Robert Bork em 1978.

²⁴ Ver *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d at 59 (D.C. Cir. 2001).

²⁵ Ver U.S. DOJ, “Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act” (2008). Disponível em www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm (último acesso em novembro de 2014). Embora o relatório tenha sido retirado pelo DOJ em 11 de maio de 2009 devido à fortes divergências com relação às políticas de aplicação da seção 2, a porção descritiva do documento esteve isenta de críticas.

²⁶ Ver Pitofsky (2008, introdução): “*The problem is not with conservative economic analysis but with those portions of that analysis that have “overshot the mark” producing an enforcement approach that is exceptionally generous to the private sector.*”

²⁷ Cf. afirmado por Hovenkamp (2008, p. 112): “*I believe the Supreme Court and the circuit courts are generally about where they should be in defining ‘2 standards.*”

²⁸ “*Competition is not an end in itself, but an instrument designed to achieve a certain public interest objective, consumer welfare.*” (LOWE, 2006 : p.1).

Quando da assinatura do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado) em 1957, a UE visava fomentar o mercado único europeu, de modo que as condutas das firmas dominantes – muitas originadas das privatizações que seguiram o fim da segunda guerra – eram vistas como potenciais obstáculos. De forma a combater tal ameaça, o artigo 102 do Tratado de Funcionamento da UE (à época artigo 82) proíbe firmas com posição dominante de cobrar preços abusivos aos consumidores e de praticar condutas exclusionárias²⁹.

Historicamente, a interpretação deste dispositivo foi largamente influenciada pelo “ordoliberalismo”, escola de pensamento econômico que busca proteger não apenas os efeitos anticoncorrenciais diretamente percebidos pelo consumidor, mas também a estrutura competitiva do mercado, promovendo, para tanto, a rivalidade, a equidade, a liberdade econômica e a assistência às pequenas e médias empresas³⁰.

Segundo Fox (2008, p. 334), já no ano de 2000 a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça (ECJ) com relação ao abuso de dominância já estava plenamente desenvolvida. A conduta alvo das autoridades era a conduta exclusionária, seja por meio da alavancagem de poder econômico, seja pelo comportamento estratégico, já que tais condutas podem desnivelar a concorrência e destituir os concorrentes de uma oportunidade justa de competir.

Ademais, a jurisprudência formada em torno do artigo 102 TFUE vem consistentemente atribuindo uma “responsabilidade especial” sobre a firma dominante, de forma a prevenir condutas que prejudiquem a concorrência³¹. Como exemplificado por Bradford (2011), a análise concorrencial europeia, mesmo após as reformas de 2004³², ainda difere da norte-americana na política mais intervencionista e na maior desconfiança em relação ao poder de mercado, o que torna as investigações contra firmas dominantes mais comuns na UE.

Por fim, a partir do *Guidance Paper* publicado pela Comissão Europeia em 2008³³, o DG COMP passou a focar nas condutas exclusionárias em detrimento dos preços abusivos, a

²⁹ Artigo 102 TFEU: “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.”

³⁰ Cf. a Corte de Justiça Europeia (“ECJ”): “Article [102] is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure such as is mentioned in Article [3(1)(g) of the [EC]] Treaty.” Case 6/72, *Europemballage & Continental Cn v. EV Commission* [1973] ECR 215, para. 12, reiterado em *British Airways v. Commission* [2003] ECR II-5917, para. 107.

³¹ Case T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)* [2003] ECR II-4071, para. 97, entre muitos outros.

³² A abordagem geral do Ordoliberalismo sofreu fortes críticas do EUA com relação ao seu formalismo excessivo, de forma que a partir da reforma de 2004, o direito concorrencial europeu passou a seguir uma abordagem mais econômica. Sobre o tema ver Gerber (2008) e Jones e Sufrin (2011).

³³ Ver Comissão Europeia (2008). Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/>.

estabelecer presunção de dominância a partir de no mínimo 50% de participação de mercado³⁴, a demandar maior evidência de prejuízo ao consumidor a fim de provar a ilegalidade de determinada conduta, além de reconhecer de maneira mais significativa, observados determinados critérios, o papel das eficiências³⁵.

2.3 Artigo 36, IV da Lei nº 12.529/2011

Na mesma linha do direito antitruste norte-americano e europeu, a lei brasileira reconhece que a posição dominante não é, em si, ilegal, condenando apenas seu abuso³⁶. Embora a Lei nº 12.529/2011 não defina a conduta abusiva, traz lista exemplificativa de condutas que podem configurar o abuso de posição dominante, tal como criação de dificuldades ao desenvolvimento de concorrente, venda casada e preços predatórios.

A jurisprudência brasileira apresenta importantes pontos de contato com a experiência europeia. Além de adotar percentual de participação de mercado mais conservador na presunção de poder de mercado (i.e., 20% ou mais)³⁷, a responsabilidade especial do monopolista em não arrefecer a concorrência é reconhecida pelo CADE³⁸, embora o Conselho busque agir com cautela e apenas sinalize a obrigação da firma dominante em colaborar com seu concorrente em casos em que seja “evidente o potencial exclusionário da prática”³⁹. Como descrito pelas

³⁴ “*If a company has a market share of less than 40%, it is unlikely to be dominant.*” (grifo no original). Comissão Europeia, Procedimentos antitruste em abuso de dominância (Artigo 102 TFEU). Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html.

³⁵ Reconhece-se, todavia, que tais mudanças não refletem necessariamente o posicionamento dos tribunais europeus, os quais atribuem significativo peso aos múltiplos objetivos presentes no TFEU.

³⁶ Cf. art. 173, V, §4º da Constituição Federal: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”; e Art. 36, IV da Lei nº 12.529/2011: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) exercer de forma abusiva posição dominante”.

³⁷ Cf. art. 36, §2º da Lei nº 12.529/2011. Todavia, trata-se de “condição necessária, porém não suficiente para a inferência de poder de mercado”, tal como afirmado pelo Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, Representante: SDE ex officio, Representada: TBA e Microsoft, DOU em 25.08.04.

³⁸ Segundo o Conselheiro-Relator Fernando Furlan: “(...) fica demonstrado que um agente econômico com participação de mercado próxima a 70% (...) deve ser responsável e cuidadoso o suficiente para que as suas práticas comerciais não tenham repercussões negativas (...). Um movimento de um elefante sempre terá maiores repercussões, num espaço delimitado, do que o movimento de um felino, por exemplo”. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10 (“Tô Contigo”), Representante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, Representada: AmBev, DOU em 05.08.09.

³⁹ Cf. p. 7 do voto do Conselheiro-Relator Abraham Sicsú: “Parece-me uma medida extrema [considerar ilícita a posição de uma empresa de não cooperação], aplicável apenas quando esteja evidente o potencial exclusionário da prática”. Processo Administrativo nº 08012.008088/2003-31, Representante: Bérkel Chapas Acrílicas Ltda., Representada: Unigel Química S.A., dentre outras, DOU em 30.04.07.

autoridades brasileiras, a liberdade de iniciativa não é um princípio absoluto, mas deve ser sopesado com o princípio da livre concorrência no caso concreto⁴⁰.

Buscando traçar os contornos da esfera de liberdade do agente econômico e distinguir inovação de conduta anticompetitiva, o CADE analisa três fatores combinados: (i) se o agente detém posição dominante; (ii) se a conduta é capaz de prejudicar substancialmente a concorrência com potenciais danos aos consumidores; e (iii) se a conduta é objetivamente justificável, gerando “reais benefícios à empresa ou aos consumidores”, ou se é preponderantemente orientada pela premissa de causar danos à concorrência⁴¹.

Assim, na presença de uma “conduta de negócio racionalmente justificável”⁴², da possibilidade de adoção pelos concorrentes de “outras estratégias de comercialização”⁴³ para superar a barreira imposta pela conduta do monopolista, e na ausência de potenciais danos aos consumidores, não há que se falar em obrigação de cooperação da empresa dominante para com seus rivais.

3. Investigações Acerca do Viés de Busca do Google

Autoridades de defesa da concorrência ao redor do globo vêm investigando eventual abuso de posição dominante no mercado de buscas online por parte de Google Inc.⁴⁴ – multinacional americana especializada em produtos e serviços online com faturamento anual em torno de \$38 bilhões⁴⁵ e mais de 1 bilhão de usuários em buscas⁴⁶, sendo a mais conhecida ferramenta de pesquisa na internet.

Dentre as múltiplas investigações em curso contra o Google no âmbito antitruste (*i.e.*, apurando denúncias contra o sistema operacional do Android para *smartphones*, bem como

⁴⁰ Cf. p. 4-5 do voto do Conselheiro-Relator Carlos Ragazzo: “(...) O exercício ilimitado da liberdade de iniciativa por um agente pode comprometer seriamente o ambiente concorrencial, em prejuízo do bem-estar social”. (Averiguação Preliminar nº 08012.006899/2003-06, Representante: Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda., Representada: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini, DOU em 05.08.2009; e Averiguação Preliminar nº 08012.000416/2005-13, Representante: SEAE *ex officio*, Representada: Sumitomo Corporation do Brasil S.A., relatoria do Conselheiro Ricardo Ruiz, DOU em 25.07.12, p. 14.

⁴¹ Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65, Representante: ABRABE, Representada: AmBev, relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia, DOU em 25.05.12 (referência à AP nº 08012.006899/2003-06).

⁴² *Id.*, p. 20 do voto do Conselheiro-Relator.

⁴³ Ver. p. 02 do voto vencedor proferido pelo Cons. Luiz Prado no Processo Administrativo nº 53500.000502/2001, Representante: Telet S.A., Representada: Celular CRT S.A., DOU em 09.06.08.

⁴⁴ Além dos EUA, Europa e Brasil, investigam as condutas do Google no mercado de buscas online Canadá, Índia, Argentina, Coreia do Sul, entre outras jurisdições.

⁴⁵ Google 2014 Financial Tables. Disponível em <http://investor.google.com/financial/tables.html>.

⁴⁶ “1,000,000,000+ = Number of Unique Google Users Worldwide Per Month”, *Search Engine People* (Junho, 2011). Disponível em <http://www.searchenginepeople.com/blog/google-largest-site-world.html>.

denúncias sobre patente “*hold-up*”), este artigo foca nas investigações conduzidas pelo FTC, DG COMP e CADE com relação à conduta de viés de busca e posicionamento privilegiado de conteúdo do Google em detrimento de outros sites de busca temática.

Segundo as denúncias de viés de busca, o Google estaria favorecendo seu próprio conteúdo por meio da introdução da ferramenta *Universal Search* [Busca Universal] e da suposta manipulação dos algoritmos de busca, privilegiando seus serviços de busca especializada (*i.e.*, YouTube, Google News, Google Maps, Google Shopping, etc.) nos resultados de busca orgânica, em detrimentos dos concorrentes e em prejuízo dos consumidores⁴⁷.

3.1 FTC: In the Matter of Google Inc., File No. 111-0163

Em 2011, o FTC iniciou sua investigação em relação às alegações de viés de busca, dentre outras condutas supostamente anticompetitivas no mercado de busca e publicidade online (*i.e.*, apropriação indevida de conteúdo de websites de rivais e exclusividade nos contratos de publicidade online). Nos EUA, Google detém cerca de 70% de participação no mercado de buscas online, seguindo por Yahoo! e Bing.

Em janeiro de 2013, após um ano e meio de investigações, a agência antitruste norte-americana encerrou por 5-0 o processo aberto contra o Google para apurar eventual ilícito acerca do *search bias* [viés de busca], concluindo pela ausência de infração concorrencial⁴⁸. Na oportunidade, o FTC elencou as razões pelas quais não vislumbrou dano concorrencial por meio da publicação de uma declaração de motivos (“*closing statement*”)⁴⁹.

Com relação às alegações de viés de busca, o FTC afirmou que a evidência obtida até o momento não justificaria a imposição de sanções. Para o FTC, o lançamento do *Universal Search* – ferramenta que exibe de forma privilegiada produtos e serviços do Google em resposta

⁴⁷ O “Universal Search” exibe de forma proeminente os produtos Google em resposta a buscas locais e de shopping. Assim, os resultados da “busca orgânica” (na qual os resultados são ranqueados de forma gratuita e meritória, segundo critérios de relevância para o usuário) passariam a destacar sites de busca especializada ou temática (também chamados de “busca vertical”, tais como os comparadores de preço) do próprio Google em detrimento de outros sites de busca especializada alegadamente mais eficientes.

⁴⁸ Vale notar que a decisão do FTC foi criticada por concorrentes do Google como sendo “decepcionante e prematura”, por “permitir ao Google abusar de seu poder de monopólio para prejudicar outros inovadores”. *FTC Settlement Not the Last Word, Premature, FairSearch* (Janeiro, 2013). Disponível em <http://www.fairsearch.org/general/fairsearch-ftc-settlement-not-the-last-word-premature/>.

⁴⁹ “Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search”, *FTC Closing Statement* (Janeiro, 2013). Disponível em <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>.

a buscas locais e pesquisas de compras –, tal como as alterações feitas nos algoritmos da ferramenta de busca do Google, seriam “plausivelmente justificáveis como inovações que melhoram os produtos do Google e a experiência dos usuários”⁵⁰, mesmo que possam ter causado danos aos concorrentes.

Ainda, a conduta do Google foi interpretada pelas autoridades americanas como “ações agressivas para ganhar vantagens competitivas sobre os sites de busca rivais”⁵¹, sendo reforçado que a missão do FTC é proteger a competição, e não competidores individuais.

Na mesma linha, em voto separado do *Commissioner* [equivalente americano ao Conselheiro do Tribunal do CADE] Rosch com relação às práticas de busca do Google, afirmou-se que, como regra geral, a recusa de cooperar com rivais não é um ilícito concorrencial e que “o lançamento por um monopolista de um novo produto que melhora o desempenho ou reduz os custos é legal, mesmo que tal produto seja incompatível com os produtos dos rivais”⁵².

3.2 DG COMP: Case COMP/C-3/39.740

Em novembro de 2010 a Comissão Europeia instaurou procedimento investigatório para apurar denúncias de que o Google estaria agindo em violação ao artigo 102 do TFEU nos mercados de busca e publicidade online⁵³. Com participação em torno de 75 a 90%⁵⁴ no mercado europeu de buscas online, Google é um dos monopolistas que mais atrai atenção do bloco econômico da UE na atualidade.

Como alertado por Joaquín Almunia, o posicionamento privilegiado dos sites de serviços de busca especializada do próprio Google em seus resultados de busca orgânica seria a conduta de maior preocupação concorrencial sob investigação pela Comissão Europeia neste mercado⁵⁵.

⁵⁰ No original: “...the FTC concluded that the introduction of Universal Search, as well as additional changes made to Google’s search algorithms – even those that may have had the effect of harming individual competitors – could be plausibly justified as innovations that improved Google’s product and the experience of its users.” Cf. nota nº43 supra.

⁵¹ No original: “Undoubtedly, Google took aggressive actions to gain advantage over rival search providers. However, the FTC’s mission is to protect competition, and not individual competitors.”

⁵² No original: “...the introduction of a new product by a monopolist that improves performance or lowers costs is lawful, even if the product is incompatible with rivals’ products.” Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch (In the Matter of Google, Inc, FTC File No. 111-0163).

⁵³ Ver “Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google”, European Commission IP/10/1624 (Novembro, 2010). Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm.

⁵⁴ Segundo a *comScore*, o Google teria participação de 75% do mercado. Já segundo a *Experian Hitwise*, o Google teria participação de 90% no mesmo mercado.

⁵⁵ As seguintes condutas também caracterizariam possíveis violações ao artigo 102 do Tratado: apropriação indevida de *reviews* de sites de rivais; acordos de exclusividade com anunciantes; e restrições contratuais para publicidade. Ver European Commission SPEECH/13/768, “The Google antitrust case: what is at stake?” (Outubro 2013). Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-768_en.htm (último acesso em novembro de 2014).

Google estaria favorecendo seus próprios serviços principalmente quando os consumidores pesquisassem produtos para compra.

A partir de então o DG COMP passou a negociar com o Google a assinatura de um acordo voluntário vinculativo (“*binding commitments*”) para afastar as preocupações concorrenciais da Comissão. Por este mecanismo, não é necessário provar o ilícito concorrencial ou impor multa à denunciada⁵⁶. Após duas rodadas de negociações insatisfatórias, o DG COMP concedeu ao Google sua última oportunidade para oferecer uma proposta capaz de garantir que os serviços de busca especializada de rivais pudessem competir de forma justa com os produtos do próprio Google⁵⁷.

O Google apresentou sua última proposta em 31 de janeiro de 2014, na qual concordou em divulgar os serviços de busca especializada de rivais de forma comparável (i.e., mesmo formato visual) com a divulgação de seus próprios sites de busca vertical. Assim, os logos e web links de três rivais, selecionados a partir de método neutro e objetivo, seriam exibidos em uma caixa em destaque sempre que o Google promover um de seus sites de busca especializada (tal como exemplificado nas figuras do **Anexo 1**), a fim de evitar o desvio indevido de tráfego na internet⁵⁸.

Importa destacar que tal mecanismo recebeu críticas de determinados competidores do Google e de organizações civis, os quais receiam que tais mudanças possam apresentar ainda mais custos para os concorrentes⁵⁹. De qualquer modo, tal proposta oferecida pelo Google foi, ao fim, rejeitada por decisão colegiada da Comissão Europeia, a qual entendeu o acordo como insuficiente para solucionar as preocupações concorrenciais.

Já em abril de 2015, com Margrethe Vestager na direção da política de defesa da concorrência, a Comissão Europeia intensificou as investigações e emitiu uma declaração (*statement of objections*) contendo todos os fundamentos sobre as objeções em relação ao

⁵⁶ Vale destacar que desde 2008, de 28 decisões tomadas no âmbito das condutas unilaterais, 23 foram solucionadas com acordos voluntários, os quais se tornam vinculativos após consulta aos participantes do mercado, segundo afirmado pelo Commissioner Joaquín Almunia, durante o *Enforcers’ Roundtable* na 62ª Antitrust Law Spring Meeting (Março, 2014).

⁵⁷ Ver “Statement on the Google Investigation” proferido por Joaquín Almunia (Fevereiro, 2014). Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm (último acesso em novembro de 2014).

⁵⁸ O mecanismo a ser empregado na escolha dos três rivais a serem destacados juntamente ao link de propriedade do Google funcionará da seguinte maneira: nas hipóteses em que o Google não cobrava para a exibição dentre os resultados de busca especializada, tais como nas buscas locais, os links rivais serão exibidos com base nos rankings de busca orgânica já existentes, sem cobrança para os rivais. Já nas categorias em que o Google cobrava para exibição de links, como ocorre para os comparadores de preço, a escolha dos três links rivais será feita com base em sistema de leilão. Ver *Commitments in Case COMP/C-3/39.740* (Janeiro, 2014). Disponível em http://www.consumerwatchdog.org/resources/google_commitments_full.pdf (último acesso em novembro de 2014).

⁵⁹ Ver “EU Google investigation: adequate answers still not found.” BEUC (Março, 2014).

serviço de comparação de preços para compras online⁶⁰. Trata-se de comunicado realizado para permitir exercício do direito de defesa do Google, antes que a Comissão profira decisão final sobre o tema.

De acordo com o comunicado à imprensa sobre o *statement of objections*, o entendimento preliminar da Comissão Europeia é que o Google, ao artificialmente favorecer seu próprio serviço de comparação de preços (Google Shopping) nos resultados de busca geral constituiria abuso de posição dominante, afetando negativamente consumidores e rivais. As cinco principais conclusões preliminares foram⁶¹:

- (i) Desde 2008, o Google posiciona de forma proeminente e sistemática seu serviço de comparação de preços em suas páginas de resultados de busca orgânica, independentemente do mérito desses serviços;
- (ii) Google não aplica as mesmas penalidades ao seu serviço de comparação de preços com relação ao que aplica para concorrentes;
- (iii) Froogle, o primeiro serviço de comparação de preços do Google, o qual não obteve tratamento favorável por parte do Google, teve desempenho pífio;
- (iv) Serviços como Google Shopping tem crescido de forma significativa, em detrimento de rivais, como resultado da prática discriminatória do Google; e
- (v) A conduta do Google tem um impacto negativo nos consumidores e na inovação;

3.3 CADE: Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94

No Brasil, as denúncias de viés de busca contra o gigante da internet datam de dezembro de 2011 e partem de sites rivais de comparação de preços (*i.e.*, Buscapé e Bondfaro). Segundo a representação, Google, detentor de 97% do mercado de busca patrocinada, estaria abusando da posição de monopólio do Google Buscas para alavancar a participação do Google Shopping no mercado brasileiro de comparação de preços.

Mais especificamente, alega-se que a restrição à concorrência se daria pelo favorecimento indevido do recém-lançado site de comparação de preços do Google por meio, primeiramente, da manipulação dos resultados da busca orgânica; e, após a retirada do Google Shopping dos resultados da busca orgânica, pelo posicionamento privilegiado entre os “links patrocinados”

⁶⁰ Ver European Commission, “European Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android” (15 de abril de 2015), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm

⁶¹ Ver European Commission, “Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service” (15 de abril de 2015), http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm

(campo para resultados pagos). O posicionamento artificialmente destacado do Google Shopping levaria os internautas, segundo a denúncia, a adquirir o produto desejado em lojas que não apresentam a melhor oferta⁶².

O debate central da análise concorrencial contida na Nota Técnica é “sobre até que ponto uma empresa é obrigada a fornecer ao rival condições de igualdade em relação às condições oferecidas a si próprio”⁶³. Embora se trate de tema espinhoso, reconheceu-se que mesmo havendo justificativas potencialmente legítimas para as práticas em apreço, tais condutas não são isentas de preocupações concorrenciais quando executadas por um agente com elevado poder de mercado⁶⁴.

A reforçar a preocupação concorrencial, a SG destaca a falta de transparência e até de possível contradição no mecanismo de busca do Google, já que ao mesmo tempo em que a empresa declara aos seus usuários que o serviço é um meio “honesto e objetivo” de encontrar informações relevantes, também afirma interferir nos resultados de busca a fim de privilegiar produtos e serviços de propriedade do próprio Google⁶⁵.

Ademais, como alegado pela representante, o Google é principal gerador de tráfego para os sites verticais, concorrentes e não integrados⁶⁶, de modo que a perda de audiência dos comparadores de preços rivais beneficiaria diretamente o Google, ao mesmo tempo em que poderia tornar irrelevante ou até mesmo eliminar os sites concorrentes de comparação de preço.

4. Comparação entre as Investigações e Tendências Analíticas

Embora tenha havido estreita cooperação entre o FTC e o DG COMP na investigação de eventual viés no mecanismo de busca do Google, o único resultado relevante compartilhado entre as duas jurisdições foi o fato de que, ao final das investigações, nenhuma multa foi imposta ao Google. Já quanto à análise concorrencial empreendida e aos remédios eleitos, muitas são as diferenças.

O FTC realizou uma análise de fechamento de mercado (“*foreclosure*”) concluindo que o viés de busca do Google não representou fechamento substancial de mercado para os concorrentes, na medida em que a participação de mercado de determinados sites de busca

⁶² Segundo a SG/CADE, a comparação de preços oferecida no Google Buscas é apresentada por um critério de leilão e não apresenta necessariamente as melhores ofertas ao consumidor. Nota Técnica, p. 17 e 37.

⁶³ Nota Técnica, parágrafo 74, p. 24.

⁶⁴ Nota Técnica, parágrafo 46, p. 42.

⁶⁵ Nota Técnica, parágrafo 151, p. 43.

⁶⁶ Nota Técnica, parágrafo 142, p. 41.

temática (*i.e.*, Expedia) estaria crescendo. Para o FTC, ainda que certos competidores estivessem sendo prejudicados pelo mecanismo de busca do Google, existiria uma justificativa comercial legítima para a conduta em apreço – melhoria do mecanismo de busca e da experiência do usuário –, a qual teria efeitos líquidos positivos para os consumidores⁶⁷.

Tal como se infere da leitura das razões de encerramento e dos demais documentos do caso, o FTC parece basear sua decisão na teoria da “firma verticalmente integrada”, segundo a qual a discriminação em favor dos produtos e serviços da firma dominante é geralmente pró-competitiva (WRIGTH, 2011). Tal teoria é amparada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana a qual apresenta forte desconfiança em relação à *essential facility doctrine* e para a qual a lei antitruste não impõe qualquer obrigação ao monopolista de negociar ou auxiliar competidores⁶⁸.

A investigação contra os mecanismos de busca do Google foi encerrada de forma unânime pelo FTC sem a imposição de qualquer remédio. Assim, a princípio, outras “inovações” no mecanismo de busca poderão ser levadas a cabo pelo Google sem que sejam consideradas ilícitos anticoncorrenciais.

De forma distinta, o DG COMP reconheceu as denúncias dos competidores contra o viés no mecanismo de busca do Google como preocupações concorrenciais não só possíveis, mas alarmantes. A Comissão Europeia apontou como fatores de grande preocupação concorrencial a eliminação da concorrência nascente e potencial e o fato dos consumidores estarem sendo enganados pela exibição não neutra dos resultados de busca online.

O *statement of objections* anunciado pelo DG COMP objetiva proteger a equidade no mercado único europeu, reforçar o princípio da não-discriminação e garantir aos consumidores a possibilidade de comparar serviços e produtos do Google com alternativas concorrentes.⁶⁹ Para Margrethe Vestager, assegurar aos usuários uma escolha real entre serviços concorrentes promoverá a inovação e a melhoria tanto dos produtos do Google como de seus concorrentes.

Em suma, tal como antecipado pelas Seções 2 e 3 *supra*, as diferenças de análise concorrencial entre o FTC e o DG COMP podem ser explicadas, para além do conjunto factual específico de cada caso, pelas seguintes características gerais:

(i) o antitruste americano tende a repelir os riscos de falsos positivos e *overdeterrence* com relação à conduta unilateral do monopolista, enquanto o antitruste europeu

⁶⁷ Nota-se que nenhuma evidência econômica foi apresentada pelo FTC para suportar tal conclusão.

⁶⁸ *Trinko*, cf. nota nº 18 *supra*.

⁶⁹ European Commission MEMO/14/87, “Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialized search rivals” (Fevereiro, 2014). Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-87_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-87_en.htm).

prioriza a prevenção de falsos negativos e é mais confiante na intervenção eficaz das autoridades da concorrência;

(ii) o FTC expressa confiança na tendência de autocorreção dos mercados, especialmente em mercados de alta tecnologia, enquanto a Comissão Européia busca promover um alto grau de concorrência atual e palpável aos consumidores; e

(iii) as autoridades norte-americanas entendem que o *Sherman Act*, em regra, não obriga o monopolista a colaborar com os concorrentes de qualquer maneira, enquanto as autoridades europeias promovem a “responsabilidade especial” da firma dominante de forma a garantir que a firma com elevado poder de mercado não prive os concorrentes de uma oportunidade justa de competir.

4.1 Direito Comparado e a Experiência Brasileira

Em linhas gerais, o direito concorrencial no Brasil valora a eficiência e a maximização do bem-estar do consumidor, seguindo a abordagem “mais econômica” difundida pelo antitruste americano. Todavia, na análise específica do abuso de posição dominante, a experiência brasileira parece apresentar mais pontos de contato com a experiência europeia.

Inicialmente, observa-se que eventual apresentação pelo Google de “justificativa comercial legítima” para a conduta de viés de busca não bastará, por si só, para afastar as preocupações concorrenciais no caso brasileiro. A introdução privilegiada do Google Shopping nos resultados do Google Buscas, mesmo que caracterizada como uma melhoria da ferramenta de busca, não necessariamente garante benefícios líquidos para os consumidores. Com base na jurisprudência do Conselho⁷⁰ e na *rationale* indicada na Nota Técnica⁷¹, havendo risco de prejuízo substancial à concorrência, a análise concorrencial prosseguirá.

Desse modo, para atestar o dano concorrencial, é necessário percorrer duas etapas⁷². Primeiro, o dano aos competidores deve ser mensurado por meio da quantificação de elementos como (i) o aumento de custos pela perda do tráfego gerada pelo Google Buscas; e (ii) o fechamento de mercado pela conduta do Google, momento em que se deve averiguar a existência de canais alternativos viáveis (*i.e.*, TV, aplicativos, publicidade online, etc.) para a

⁷⁰ Averiguação Preliminar nº 08012.006899/2003-06 e PA nº 08012.006439/2009-65, cf. nota nº 34 supra.

⁷¹ Nota Técnica, p. 42: “Trata-se de discussões complexas, de várias maneiras cobertas por justificativas de negócio potencialmente racionais e lícitas, mas que também, outro lado [sic], não são unanimemente isentas de preocupações de cunho concorrencial, inclusive com potenciais efeitos sobre os consumidores, especialmente em se tratando de um agente com elevado poder de mercado, como é hoje o Google”.

⁷² Sobre o quadro analítico para avaliar o dano concorrencial em exclusão anticompetitiva ver Salop e Krattenmaker (1986).

geração suficiente de tráfego aos comparadores de preço concorrentes do Google Shopping de modo que continuem interessantes aos olhos dos anunciantes e dos usuários.

Na segunda etapa, o eventual dano à concorrência e aos consumidores pode ser avaliado por meio (i) do impacto provável nos preços do mercado de buscas verticais (tanto para os concorrentes do Google Shopping quanto para os anunciantes); (ii) de eventuais saídas do mercado ou diminuição de investimentos; (iii) do aumento de poder de mercado da firma com força excludente; e (iv) de evidências que afastem ou comprovem uma finalidade anticompetitiva na conduta em apreço.

Ainda, a caracterização de eventual abuso de posição dominante no caso brasileiro pode depender do reconhecimento pelo CADE da *essential facility doctrine*, pela qual o tráfego gerado pelo Google Buscas seria um insumo essencial para a atuação da representante e dos demais comparadores de preço no mercado. Tal como se passa na experiência europeia, a jurisprudência brasileira é muito menos resistente à aplicação desta doutrina do que as autoridades norte-americanas.

Ademais, de forma semelhante à jurisprudência europeia, o CADE também reconhece a “responsabilidade especial” do monopolista em não desnivelar, por conduta sua, a igualdade de condições entre concorrentes no mercado⁷³.

Vale notar que a SG expressa fortes preocupações com relação à falta de transparência no funcionamento do mecanismo de busca do Google, em semelhança à preocupação da Comissão Europeia para com o fato dos internautas estarem sendo enganados pela exibição não neutra dos resultados de busca online.

Por fim, tal como difundido pelas melhores práticas internacionais, a regra da razão deve ser aplicada para que sejam sopesados os possíveis danos à concorrência frente às eficiências encontradas, a fim de mensurar o efeito líquido da conduta no bem-estar do consumidor.

5. Notas Finais

Embora apenas o conjunto probatório do caso concreto possa indicar de forma mais segura a direção que a investigação do CADE irá seguir com relação à denúncia de viés no mecanismo de busca do Google, é possível afirmar que a postura brasileira sobre condutas unilaterais exclusionárias apresenta mais pontos de contato com a experiência europeia do que

⁷³ Cf. nota nº 32 supra sobre o voto do Conselheiro Furlan em “Tô Contigo”.

com a experiência americana, o que pode se traduzir na abordagem menos permissiva para com as firmas que gozam de poder de monopólio.

Ainda que possa haver uma tendência das autoridades brasileiras para a adoção de uma postura mais conservadora no que se refere à análise do abuso de posição dominante, importa notar que a investigação em curso no CADE ainda pode se beneficiar de eventuais resultados empíricos percebidos na dinâmica dos mercados instaurada após o encerramento das investigações nos EUA e na UE.

Exemplificativamente, no caso europeu, vale investigar se após a homologação dos remédios propostos pelo Google os custos de seus concorrentes no mercado de buscas verticais diminuirão ou aumentarão. Nos EUA, importa verificar a percepção dos anunciantes e dos consumidores com relação à remanescente importância dos concorrentes do Google no mercado de busca temática. Evidências sobre preço, qualidade e opções resultante das diferentes posições entre o EUA e a UE poderão ser úteis ao CADE, desde que tais mensurações sejam adaptadas à investigação brasileira.

Na prática, é possível que as investigações do CADE apontem, por exemplo, no sentido do crescimento dos concorrentes do Google no mercado brasileiro, o que contribuiria para afastar eventuais preocupações concorrenciais. Demais particularidades da investigação do CADE também podem influir no desfecho do processo. Fatores como eventuais dificuldades enfrentadas na obtenção de provas, a prioridade muitas vezes dada à análise dos atos de concentração em detrimento da análise das condutas unilaterais, conjugada com a limitação de recursos materiais e relativa escassez de servidores, também podem pesar na decisão pelo arquivamento ou prosseguimento do processo administrativo.

Já de um ponto de vista teórico, o resultado final das investigações sobre o abuso de posição dominante do Google dependerá do significado que o CADE dará no caso concreto à busca da eficiência e a maximização do bem-estar do consumidor. Em suma, o CADE se depara com ao menos duas tendências de análise: priorizar a liberdade de iniciativa e inovação da firma dominante, nos moldes norte-americanos; ou priorizar a proteção de novos e potenciais concorrentes e garantir o real poder de escolha do consumidor, nos moldes europeus.

6. Bibliografia

BRADFORD, A. (2011). International Antitrust Cooperation and the Preference for Non-Binding Regimes. In: A. GUZMAN (Ed.). Cooperation, Comity and Competition Policy. Oxford University Press.

COMISSÃO EUROPEIA (2008). Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Communication OJ C 45.

FOX, E. M. (2008). GE/Honeywell: The U.S. merger that Europe Stopped - A Story of the Politics of Convergence. In: E. M. FOX e D. A. CRANE (Eds.). Antitrust Stories. Foundation Press.

GERBER, D. J. (2010). Global Competition: Law, Markets, and Globalization. Oxford University Press.

GERBER, D. J. (2008). Two Forms of Modernization in European Competition Law. Fordham International Law Journal, vol. 31, nº 5.

GOLDSCHMID, H. J. (2008). Comment on Herbert Hovenkamp and the Dominant Firm: The Chicago School has Made Us Too Cautious of the Sherman Act. In: R. PITOFISKY (Org.). How the Chicago School Overshot the Mark. Oxford University Press.

HOVENKAMP, H. J. (2008). The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: R. PITOFISKY (Org.). How the Chicago School Overshot the Mark. Oxford University Press.

HOVENKAMP, H. J. (2005). Exclusion and the Sherman Act. University of Chicago Law Review, vol. 72, nº 1.

ICN (2012). The Objectives and Principles of Unilateral Conduct Laws. Grupo de Trabalho de Condutas Unilaterais. Capítulo 1. 11º Conferência Anual da ICN, Rio de Janeiro.

JONES, A.; e SUFRIN, B. (2011). EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. 4ª Edição. Oxford University Press.

LOWE, P. (2006). Preserving and Promoting Competition: a European Response. St. Gallen Competition Law Forum. EC Competition Policy Newsletter.

PITOFISKY, R., et al. (2008). How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. Oxford University Press.

SALOP, S. C. (2006). Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard. Antitrust Law Journal, vol. 73, 311-374. Georgetown Law Faculty Publications.

SALOP, S. C.; and KRATTENMAKER, T. G. (1986). Anticompetitive Exclusion: Raising Rival's Costs To Achieve Power over Price. *The Yale Law Journal*, vol. 96, nº 2.

U.S. DEP'T of JUSTICE, (2008). *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*.

WRIGHT, J. (2012). Abandoning Antitrust's Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust. *Antitrust Law Journal*, vol. 78, nº 1, research paper nº 12-39.

WRIGHT, J. (2011). Defining and Measuring Search Bias: Some Preliminary Evidence. *George Mason Law & Economics*, research paper nº 12-14.

JURISPRUDÊNCIA

EUA

Colo. Interstate Gas Co. v. Nat. Gas Pipeline Co. of Am., 885 F.2d 683 (10th Cir. 1989)

Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1997)

Google Inc., Federal Trade Commission, File No. 111-0163

In re Intel Corp., 128 F.T.C. 213 (1999)

United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d at 59 (D.C. Cir. 2001)

United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways, 257 F.3d 256 (2nd Cir. 2001)

Verizon Communications v. Law Office of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004)

UE

British Airways plc, European Commission, Case COMP/T-219/99

Google Inc., European Commission, Case COMP/C-3/39.740

Intel Corp., European Commission, Case COMP/C-3/37.990

Microsoft Corp., European Commission, Case COMP/C-3/37.792

BRASIL

Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94, Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda., em instrução.

Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, Representante: SDE ex officio, Representada: TBA e Microsoft, relatoria do Conselheiro Roberto Pfeiffer, DOU em 25.08.04.

Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, Representante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, Representada: AmBev, relatoria do Conselheiro Fernando Furlan, DOU em 05.08.09.

Processo Administrativo nº 08012.008088/2003-31, Representante: Bérkel Chapas Acrílicas Ltda., Representada: Unigel Química S.A., dentre outras, relatoria do Conselheiro Abraham Sicsú, DOU em 30.04.07.

Averiguação Preliminar nº 08012.006899/2003-06, Representante: Instituto Radiológico Bento Gonçalves Ltda., Representada: Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini, relatoria do Conselheiro Carlos Ragazzo, DOU em 05.08.09.

Averiguação Preliminar nº 08012.000416/2005-13, Representante: SEAE ex officio, Representada: Sumitomo Corporation do Brasil S.A, relatoria do Conselheiro Ricardo Ruiz, DOU em 25.07.12.

Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65, Representante: ABRABE, Representada: AmBev, relatoria do Conselheiro Olavo Chinaglia, DOU em 25.05.12

Processo Administrativo nº 53500.000502/2001, Representante: Telet S.A., Representada: Celular CRT S.A., relatoria do Conselheiro Luiz Prado, DOU em 09.06.08.

Anexo 1 – Comparação de *layouts* da página de busca do Google

a) Resultados da página de buscas do Google *antes* do acordo com o DG COMP:

Google search results for "gas grill" showing sponsored ads for various gas grill models and prices, along with organic search results.

Sponsored Ads:

- GP-Grill Gas Grill - black/...** £141.96 www.Ambient...
- Falcon Dominator...** £888.00 Catering Appl...
- Outback Omega 250...** £129.00 Outback Direct
- Blue Seal Cobra CS9...** £897.60 Carlton Sales
- Burco 444449459...** £850.50 e-tradecounter

Organic Results:

- Buy a Gas Grill 2014 - Gas Grill Ratings - Gas Grill Reviews** bbq.about.com/cs/grills/... Before you run to the hardware store to buy a new gas grill you should know that there are a lot more grills out there than you'll find in one store. I've broken ...
- Top Gas grill Reviews | Best Gas grill - Consumer Reports** www.consumerreports.org ... Looking for the Best gas grill? Consumer Reports has honest Ratings and Reviews on gas grills from the unbiased experts you can trust.
- Weber.com - Weber® Grills - Gas** www.weber.com/grills/category/gas ... Manufacturer of gas and charcoal grills, parts and accessories. Features recipes, service and dealer locations.

b) Resultados da página de buscas do Google *após* o acordo com o DG COMP:

Google search results for "gas grill" showing sponsored ads for various gas grill models and prices, along with organic search results. A red arrow points to the Amazon ad.

Sponsored Ads:

- Google Shopping results** (includes GP-Grill Gas Grill - black/..., Blacktop 360 Party Hub Gas 57cm..., QUTBACK Grill - black/..., Supaprize Best stock of gas grills from £150.00, Kelkoo Great deals on gas grills from £129.00, Shopzilla Best prices on gas grills from £180.00)
- Gas Grill at Amazon** www.amazon.com/patio ... 336 reviews for amazon.com Low Prices on Gas grill Free Shipping on Qualified Orders.
- Cheap Gas Grill** www.groupon.com/ ... 61 reviews forgroupon.com Save 50-90% Every Day Thousands of Deals to Enjoy

Organic Results:

- Weber.com - Weber® Grills - Gas** www.weber.com/grills/category/gas ... Gas Grills. Grill Shopping Tools. 0 Grill Comparison Grill Finder. Spirit® ... 4 or 6 stainless steel burners • Backlit LED tank scale • Grill Out® handle lights.
- Gas Grills: Shop at Sears for Your Outdoor Cooking Gear** www.sears.com/grills-outdoor-cooking-gas-grills/b-1024073 ... Sears features gas grills with a wide variety of features, including multiple burners and searing options. Entertain outdoors year round with gas grills.
- Natural Gas Grills - Home Depot** www.homedepot.com/... Grills-Grill... Gas-Grills... Gas-Grills/N-5yc1vZcSt... Natural Gas Grills - Gas Grills - Grills & Grill Accessories - Outdoors at The Home Depot.

Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios

Venicio Branquinho Pereira Filho¹

RESUMO

As autoridades antitruste têm se preocupado cada vez mais com a prevenção dos ilícitos concorrenciais e buscado alternativas para obter provas de forma célere e menos onerosa. Neste contexto, o programa de leniência torna-se um importante instrumento para a efetividade da política de defesa da concorrência. No Brasil, inspirado nos modelos norte-americano e comunitário europeu, a leniência é prevista na Lei 12.529/11 como um acordo celebrado entre agente(s) econômico(s) envolvido(s) em práticas colusivas e a Administração Pública. Em troca da imunidade ou da redução de penas, o(s) agente(s) deve(m) cooperar e fornecer elementos de prova para a investigação dos demais envolvidos. Embora a leniência tenha sido apontada no Brasil como um eficaz mecanismo de proteção à concorrência nos últimos anos, surgem desafios importantes que podem comprometer a atratividade do instituto para os administrados, como, por exemplo, a responsabilidade civil do beneficiário, os reflexos penais do programa e as implicações internacionais.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Programa de leniência. Efeitos. Líder. Responsabilidade civil. Crimes relacionados. Cartéis internacionais.

ABSTRACT

Antitrust authorities have been increasingly concerned with the prevention of illicit anticompetitive behavior and have sought alternatives to obtain evidences quickly and cheaply. In this context, the leniency program becomes an important tool for the effectiveness of antitrust policy. In Brazil, inspired by the American and European Union models, leniency is foreseen in the Law 12.529/11 as an agreement between economic agent(s) involved(s) in collusive practices and the public administration. In exchange for immunity or reduced penalties, the agent(s) must cooperate and provide evidences for investigation of others involved. Although in Brazil the leniency has been identified as an effective mechanism to protect competition in recent years, there are important challenges which may compromise the program's attractiveness, for example, civil liability of the beneficiary, criminal and international implications.

Keywords: Competititon Law. Leniency program. Effects. Leader. Civil liability. Related crimes. International cartels.

Códigos de classificação (JEL): K21; L41.

¹ Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais e bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogado. E-mail: veniciofilho91@me.com. O autor agradece as contribuições do professor João Bosco Leopoldino da Fonseca para a elaboração do presente trabalho.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O surgimento do programa de leniência: breves considerações sobre o modelo norte-americano e comunitário europeu; 2.1. A experiência norte-americana; 2.2. A experiência europeia; 3. A leniência no Brasil; 3.1. A leniência na Lei 8.884/94; 3.2. A leniência na Lei 12.529/11; 3.3. Desafios para o programa de leniência brasileiro; 3.3.1. A capacidade da agência antitruste e efeito colusivo da leniência; 3.3.2. O líder: efeito colusivo ou repressivo?; 3.3.3. A responsabilidade civil como fator prejudicial à leniência; 3.3.4. Reflexos penais do programa de leniência; 3.3.5. Cartéis internacionais e programa de leniência; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Nas últimas décadas tem sido constatada uma mudança institucional de suma importância no que se refere ao Direito da Concorrência no Brasil². A reformulação das políticas econômicas e as alterações legislativas tornam o fenômeno ainda mais evidente. Além da maior autonomia atribuída ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com a Lei 12.529/11, os casos submetidos ao crivo da autarquia tornam-se cada vez mais numerosos e complexos.

Neste contexto, o CADE atua a partir de duas frentes principais³: de forma preventiva, ao instituir políticas que desestimulem a prática de ilícitos ou que evitem prejuízos à livre concorrência, como a análise prévia dos atos de concentração; e de maneira repressiva, na medida em que aplicam sanções aos agentes envolvidos em condutas proibidas pela lei de defesa da concorrência.

No entanto, surgem dificuldades de ordem prática que podem comprometer as funções das autoridades antitruste em ambas as frentes. Por exemplo, as provas da atividade ilegal nem sempre são de fácil e rápido acesso pelos órgãos responsáveis pelas investigações. Embora ilícitas, muitas condutas se mostram extremamente lucrativas para os envolvidos, com destaque para os casos de cartéis⁴, o que torna os agentes mais cautelares acerca da disponibilização de provas.

² MATTOS, César (Coord.). *A Revolução do Antitruste no Brasil 2: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2008, p. 9.

³ O escopo é previsto já no art. 1º da Lei 12.529/11: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica...”

⁴ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. *Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). *Temas atuais de Direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012, p. 224-225.

Assim, a Administração Pública enfrenta verdadeiros dilemas: *quais* políticas poderiam desestimular os agentes a infringir a ordem econômica e, ainda, *como* aplicar sanções de forma mais eficiente possível?

Com efeito, tenta-se criar mecanismos repressivos e preventivos de forma eficiente, conferindo maior agilidade ao trabalho das autoridades e minimizando os seus custos. Um destes mecanismos é o chamado programa de leniência, objeto de análise deste trabalho.

No Brasil, o programa de leniência foi criado ainda sob a vigência da Lei 8.884/94 e passou por sensíveis mudanças com a Lei 12.529/11, que hoje regulamenta a defesa da concorrência no País. Em linhas gerais, a leniência funciona como uma delação premiada no Direito Concorrencial, permitindo imunidade ou redução de penas para os agentes econômicos que cooperam com a Administração Pública. O tema, além de atual, mostra-se complexo por, ao menos, duas razões.

A primeira delas refere-se à falta de consenso acerca dos efeitos que a instituição de um programa de leniência pode causar no comportamento dos agentes econômicos. Da forma como está instituída no Brasil, seria a leniência, de fato, um verdadeiro mecanismo que desestimula condutas colusivas?

A segunda razão consiste no grau de segurança jurídica que a leniência brasileira pode propiciar aos envolvidos. O modelo normativo vigente torna o programa atrativo para os agentes ou os riscos a que estariam submetidos excederiam os eventuais benefícios?

Nesta linha, o presente estudo se propõe a problematizar tais questionamentos e, se possível, respondê-los. Para tanto, valer-se do direito comparado é metodologia que se impõe, pois a experiência brasileira sobre o tema ainda é muito recente, de modo que os desafios e as discussões presentes em outros ordenamentos podem nos auxiliar a compreender a dimensão do problema.

Nesta linha, o trabalho será iniciado com reflexões acerca dos escopos da leniência, trazendo, a partir de uma perspectiva comparativa, as principais características do instituto nos EUA e na União Europeia. Em seguida, serão tecidas considerações sobre como o programa foi adotado no Brasil, ainda sob a vigência da Lei 8.884/94, e como foi modificado pela Lei 12.529/11.

Explicitados os três modelos de leniência - o norte-americano, o comunitário europeu e o brasileiro - serão discorridos os aspectos mais polêmicos do programa no Brasil. De acordo com o levantamento da experiência internacional e nacional, buscar-se-á identificar os desafios

mais relevantes sobre o tema para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) nos próximos anos.

2. O surgimento do Programa de Leniência: breves considerações sobre o modelo norte-americano e comunitário europeu

O Programa de Leniência teve origem na *necessidade* de a Administração Pública obter provas, de forma célere e menos custosa, de condutas anticompetitivas. Neste sentido, como os elementos probatórios mais contundentes são detidos pelos agentes suspeitos, como documentos confidenciais e mensagens eletrônicas, a autoridade antitruste percebeu que, se criasse incentivos para que o agente envolvido delatasse o conluio, poderia obter dados e informações decisivos para a instauração da investigação e, ainda, para eventuais condenações. Desta forma, a lógica da leniência aproxima-se da ideia da delação premiada do Direito Penal⁵.

Leniência advém do verbo lenir, do latim *lenire*, e significa abrandar, aliviar, mitigar⁶. Não obstante, o agente beneficiado pelo programa poderá ter um abrandamento da pena ou mesmo a sua extinção, de modo que, na prática, os efeitos podem superar a mera redução da punibilidade. Para tanto, exigências comuns são identificadas nas principais leis de defesa da concorrência do mundo, tais como a necessidade de o beneficiário cooperar com a agência e fornecer provas contundentes sobre o caso.

Destarte, o programa não serve apenas para estimular os agentes a cessar a infração e facilitar e otimizar as investigações da autoridade antitruste. Há um viés preventivo, na medida em que representa um novo fator de instabilidade para os cartéis, condutas que estão presentes na grande maioria dos acordos de leniência⁷.

⁵ No Brasil, a delação premiada é prevista em diversas leis penais. No Código Penal, em seu art. 159, parágrafo quarto, referente ao crime de extorsão mediante sequestro, no art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos e equiparados), no art. 6º da Lei 9.034/95 (Organizações Criminosas), entre outros. A delação premiada pode beneficiar o acusado com a diminuição da pena de 1/3 a 2/3, o cumprimento da pena em regime semiaberto, a extinção da pena ou com o perdão judicial, conforme o caso.

⁶ WEISFLOG, Walter. *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. Melhoramentos, São Paulo, 2004.

⁷ Embora o acordo de leniência possa ser celebrado entre a Administração e agentes envolvidos em diversos tipos de infrações, o mais comum é que envolva a prática de cartel. Pode-se citar ao menos duas razões para tanto. A primeira é que, pela própria natureza da leniência, é necessário que o ilícito envolva uma pluralidade de agentes. A segunda é a dificuldade de a autoridade antitruste detectar a prática de cartel, seja pela prudência dos envolvidos ou pelo próprio comportamento paralelo do mercado em questão, o que favorece a delação espontânea do conluio.

Por natureza, os cartéis são estruturas instáveis em que os envolvidos tendem a abandonar o conluio⁸. O Direito acentua tal instabilidade ao tornar o cartel um ilícito penal⁹, administrativo¹⁰ e, ainda, capaz de ensejar a responsabilidade civil dos cartelizados¹¹. Assim, a leniência, ao oferecer redução de penas ou imunidade, estimula os agentes a trair o acordo, desestabilizando ainda mais o conluio.

A despeito deste panorama geral que caracteriza o programa de leniência de diversos países, diferenças importantes podem ser identificadas entre os ordenamentos. Os Estados Unidos foram pioneiros no assunto ao criar este tipo de acordo com a Administração em 1978. Posteriormente, a leniência seria adotada em outros sistemas, como o da União Europeia. Ao longo dos anos, as regras do programa foram modificadas de acordo com o que a experiência demonstrava que seria mais adequado ou eficiente, como será discorrido a seguir.

2.1 A experiência norte-americana

O Departamento de Justiça Norte-Americano (DoJ) adotou a Política de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Policy*) em 1978. Como o nome indica, o programa era corporativo, isto é, exclusivo para as pessoas jurídicas envolvidas, sem abranger as pessoas físicas. Em linhas gerais, o agente envolvido na infração concorrencial poderia ser beneficiado com a imunidade penal desde que a autoridade ainda não houvesse iniciado qualquer investigação sobre o caso. Ademais, havia discricionariedade por parte da Administração, que, de acordo com as provas fornecidas, poderia optar ou não pela imunidade. Caso uma investigação já tivesse sido iniciada, seria possível apenas a minoração da penalidade. Criticada

⁸ DOERRER, Stan. *Cartels and Their Weaknesses*. George Washington University, dez., 2004, p. 8-9. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1151449>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁹ Vide art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal), tipificando a associação criminosa, o art. 4º da Lei 8.137/90, sobre o cartel, em geral, e o art. 90 da Lei 8.666/93 acerca dos cartéis em licitações públicas.

¹⁰ Vide art. 36, parágrafo terceiro, inciso I, da Lei 12.529/11: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) § 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; (...)”

¹¹ Vide art. 47 da Lei 12.529/11: “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.”

por não estimular os agentes a cooperar com a autoridade, a Política de Leniência Corporativa foi reformada em 1993¹².

Basicamente houve três mudanças substanciais¹³. A primeira delas foi que a imunidade antitruste passou a ser assegurada caso a investigação não tivesse sido iniciada. A segunda consistia na possibilidade de o agente ser imune mesmo já havendo investigação em curso. A terceira mudança foi o permissivo de o acordo de leniência ser celebrado com a empresa envolvida, seus administradores e empregados.

Assim, a empresa e os indivíduos a ela relacionados podem se beneficiar da imunidade desde que satisfaçam as sete condições arroladas na Política de Leniência Corporativa de 1993:

1. A empresa seja a primeira a se qualificar para a leniência acerca da conduta ilícita reportada;
2. A Divisão, no momento da solicitação da empresa, ainda não detém evidência contra a empresa que poderia resultar em uma condenação embasada;
3. A empresa, ao revelar a conduta ilegal, se prontificou a cessar o seu envolvimento na atividade;
4. A empresa reporta a infração com honestidade e completude e oferece total, contínua e completa cooperação para com a Divisão, auxiliando-a na investigação;
5. A confissão da infração é um verdadeiro ato empresarial, em oposição a confissões isoladas de executivos ou oficiais;
6. Quando possível, a empresa restitua aqueles que sofreram danos;
7. A Divisão determinará que conceder o benefício da leniência não será injusto com terceiros, considerando a natureza da conduta ilícita, a participação do beneficiário no conluio e quando a empresa pleiteou a qualificação na leniência. Ao verificar a sétima condição, as primeiras considerações serão quão cedo a empresa reportou a conduta e se a empresa coagiu outros agentes a participar da conduta ilegal, ou inequivocamente era a líder do conluio ou foi quem deu início à atividade... (tradução própria¹⁴).

Em síntese, o Diretor de Aplicação Criminal da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça esclarece:

¹² DEPARTMENT OF JUSTICE. Corporate Leniency Policy. Ago., 1993. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

¹³ WILS, Wouter. Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. 25th Conference on New Political Economy Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach. Saarbrücken, out. 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087>. Acesso em: 10 nov. 2014.

¹⁴ “1. The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported; 2. The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction; 3. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 4. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation; 5. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 6. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 7. The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward. In applying condition 7, the primary considerations will be how early the corporation comes forward and whether the corporation coerced another party to participate in the illegal activity or clearly was the leader in, or originator of, the activity...” DEPARTMENT OF JUSTICE. Corporate Leniency Policy. Ago., 1993. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

Nos Estados Unidos, os termos ‘imunidade corporativa’, ‘leniência corporativa’ e ‘perdão corporativo’ são todos sinônimos. Sob o Programa de Leniência Corporativo dos EUA, todos esses termos se referem à extinção da punibilidade penal ou à total imunidade para a empresa e seus empregados que cooperam. A empresa não paga qualquer multa. Seus executivos não vão para a cadeia. A questão central é que apenas uma empresa pode se qualificar para a leniência. A empresa que procura a autoridade antitruste em segundo lugar - mesmo poucos dias e horas, como tem sido o caso em algumas ocasiões - não estará apta para a leniência. Empresas que pleiteiam os benefícios após o primeiro beneficiário e oferecem cooperação podem firmar acordos e ter suas penas reduzidas, mas tal processo não se inclui no nosso programa de leniência. Quando usamos o termo ‘leniência’ ou ‘perdão’, estamos nos referindo a uma empresa que foi a primeira a delatar a conduta anticompetitiva e que visa se isentar do processo e ter uma redução de 100% das multas (tradução própria¹⁵).

Por fim, importa registrar outras duas mudanças na leniência norte-americana. Em 1994, o DoJ editou a Política de Leniência para Indivíduos (*Leniency Policy for Individuals*¹⁶), possibilitando que as pessoas físicas sejam beneficiadas pelo programa sem a necessidade de firmar o acordo juntamente a uma empresa, nos termos da Política de 1993. Dez anos depois, em 2004, a edição da Lei de Reforma e Aprimoramento da Penalidade Criminal Antitruste (*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*) trouxe benefícios para o candidato a leniência no que se refere à responsabilidade civil pelos danos causados. A lei de 2004 dispôs que o agente deve indenizar as vítimas da infração concorrencial na medida do dano causado, e não pelo triplo do valor do dano - como era a regra geral nos Estados Unidos. Além disto, o beneficiário passou, na esfera cível, a ser responsabilizado individualmente, não havendo mais solidariedade com os demais infratores¹⁷.

2.2 A experiência europeia

¹⁵ “In the United States, the terms corporate immunity, corporate leniency, and corporate amnesty are all synonymous. Under the U.S. Corporate Leniency Program, these terms all refer to a complete pass from criminal prosecution or total immunity for a company and its cooperating employees. The company pays no fine. Their culpable executives do not go to jail. The key is that only one company can qualify for leniency. A company that is second in the door — even if by only a matter of days or hours, as has been the case on a number of occasions — will not be eligible for leniency. Companies that come forward after the leniency applicant and offer to cooperate may enter into plea agreements and have their fines reduced, but this process falls outside of our leniency program. When I use the term “leniency” or “amnesty,” I am referring to a company that is the first to report anticompetitive activity and that is seeking a pass from prosecution and a 100% reduction in fines.” HAMMOND, Scott. Cornerstones of an Effective Leniency Program. ICN Workshop on Leniency Programs. Sydney, Australia, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁶ DEPARTMENT OF JUSTICE. Leniency Policy for Individuals. Ago., 1994. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁷ HARRISON, Glenn; BELL, Matthew. Recent Enhancements in Antitrust Criminal Enforcement: Bigger Sticks and Sweeter Carrots. *Houston Business and Tax Law Journal*, Houston, v. 6, part. 2, p. 207-240, 2006.

O programa de leniência foi adotado no âmbito na União Europeia apenas em 1996 e, desde então, sempre referente a cartéis. Seguindo parte do modelo estadunidense de 1978, embora os EUA já tivessem realizado reformas em 1993, as vantagens no âmbito comunitário europeu não eximiam o beneficiário de eventuais responsabilidades civis e dependiam de uma série de requisitos. Conforme o juízo de conveniência da Comissão Europeia, poderia haver imunidade ou redução de multas. Se a autoridade não tivesse iniciado qualquer investigação sobre o caso, o primeiro agente que delatasse o conluio poderia se eximir das multas, observados os demais critérios. Do contrário, seria possível apenas a redução das penas em percentuais que variavam de 10%-50%, de 50%-75%, ou de ao menos 75%, de acordo com os requisitos preenchidos¹⁸.

Na sistemática de 1996, a Comissão Europeia vedava a inclusão de pessoas físicas no programa, dada a própria aplicabilidade do Direito Concorrencial Comunitário apenas a pessoas jurídicas¹⁹. Ademais, já havia um tratamento menos favorável ao agente que tivesse compelido outra empresa a participar do cartel e ao agente que tivesse instigado ou exercido um papel determinante na conduta ilícita. Por tais razões, o programa norte-americano seria mais favorável às partes envolvidas; o que levou à constatação de que um número maior de pedidos de acordos de leniência foi feito nos EUA se comparado à União Europeia²⁰.

Nesta esteira, em 2002 a leniência europeia passou por reformas²¹ para tentar erigir maiores estímulos para a delação de cartéis. Reduzindo a discricionariedade da Comissão Europeia, o novo programa assegurava a imunidade caso fossem observados os requisitos legais. Por exemplo, o beneficiário deveria ser o primeiro a delatar o cartel, a autoridade não poderia possuir evidências para instaurar a investigação e o agente não poderia ter adotado medidas para coagir outros a participar do conluio.

Não satisfazendo todas as condições necessárias para a imunidade, o programa de 2002 apresentava, ainda, a possibilidade de as multas serem reduzidas. A única exigência era que o agente fornecesse à Comissão evidências de “significativo valor” acerca do ilícito delatado.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION. Official Journal of the European Communities. Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartels cases. Jul. 1996. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996Y0718(01)&from=EN)>. Acesso em: 18 nov. 2014.

¹⁹ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). Temas atuais de Direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2012, p. 232.

²⁰ ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? The Competition Law Review, v. 5, n. 1, dez., 2008, p. 33. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1101803>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

²¹ EUROPEAN COMMISSION. Official Journal of the European Communities. Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartels cases. Fev. 2002. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219(02)&from=EN)>. Acesso em: 18 nov. 2014.

Interessante observar uma inovação do modelo de 2002. Os percentuais de redução de multas passaram a ser fixados conforme a colocação do beneficiário. Assim, o primeiro agente a requerer a qualificação para a leniência, se não pudesse gozar da imunidade, teria a multa reduzida em 30% a 50%. Se se tratasse do segundo agente a procurar a Comissão, a redução seria de 20-30% e os subsequentes de até 20%.

Posteriormente, em 2006, o programa de leniência europeu foi novamente reformado²², quando passaram a ser detalhados com maior rigor os requisitos para a imunidade, os procedimentos junto à Comissão Europeia e quais atributos tornam suficientemente “valiosas” as provas fornecidas pelo beneficiário. Não obstante, as margens de redução de multas foram mantidas.

Em geral, o modelo europeu em vigor, quando comparado ao norte-americano, é criticado pelo alto teor subjetivo de seus termos²³. A Comissão Europeia analisa os elementos de prova fornecidos pelo possível beneficiário e, de acordo com o seu juízo, avalia a possibilidade de conferir imunidade ou redução de multas.

3 A Leniência no Brasil

Se a União Europeia tardou em implementar seu próprio programa de leniência, quase 20 anos após os EUA, o Brasil só viria conferir benefícios ao delator de colusões a partir do ano 2000. Para que possamos identificar os principais desafios da leniência brasileira, serão expostas as suas principais regras desde a sua criação até o atual regramento trazido pela legislação vigente.

3.1 A Leniência na Lei 8.884/94

A Lei 8.884/94 teve a redação modificada pela Lei 10.149/00, a qual acrescentou os artigos 35-B e 35-C no diploma de 1994, criando no Brasil a leniência sobre infrações à ordem econômica. De acordo com o CADE, “o interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados

²² EUROPEAN COMMISSION. Official Journal of the European Union. Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartels cases. Dez. 2006. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208(04)&from=EN)>. Acesso em: 18 nov. 2014.

²³ ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? The Competition Law Review, v. 5, n. 1, dez., 2008, p. 42-43. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1101803>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel”²⁴.

Inicialmente, o programa brasileiro permitia a imunidade administrativa e penal²⁵ caso a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE)²⁶, não tivesse conhecimento prévio da infração noticiada. Do contrário, seria possível apenas a redução das penas, de um a dois terços, para as pessoas autoras da infração, sejam elas físicas e/ou jurídicas²⁷.

A Lei 8.884/94, em seu art. 35-B²⁸, nitidamente influenciada pelos modelos norte-americano e europeu, dispunha uma série de requisitos que deveriam ser observados cumulativamente para que o beneficiário auferisse qualquer benefício - requisitos esses que foram praticamente mantidos pela atual Lei 12.529/11, como veremos adiante.

²⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Brasília, 3. ed., 2009. Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 22 de nov. 2014.

²⁵ Muito embora a Lei 8.884/94, bem como a atual 12.529/11, não exija a participação do Ministério Público para a celebração do acordo de leniência, na prática grande parte dos acordos conta com o envolvimento do *parquet*, Federal e/ou Estadual, conforme o caso, que atua como interveniente-anuente. Até hoje, no Brasil, nenhum beneficiário que teve a punibilidade declarada extinta pelo acordo de leniência foi inserido em processo criminal por crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei 8.137/90.

²⁶ Na vigência da lei de 1994, o acordo de leniência era firmado com a SDE, e não pelo CADE. “Art. 35-B. (...) § 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.”

²⁷ A decisão final, acerca da extinção da punibilidade ou da redução das penas, cabia ao CADE quando do julgamento do processo administrativo, muito embora estivesse adstrito ao fato de a SDE ter ou não conhecimento prévio acerca do ilícito relatado pelo beneficiário. “Art. 35-B. (...) § 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. (...)”

²⁸ “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

(...)

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.”

Exigia-se que o agente delator fosse o primeiro a se qualificar, isto é, fosse o primeiro da “fila”²⁹, além de ser imprescindível a cessação completa e imediata da participação no ilícito. O proponente do acordo também deveria cooperar plenamente com a autoridade, colocando-se à disposição para esclarecimentos sempre que necessário.

A legislação também previa o instituto da leniência *plus*³⁰, mantida pela atual Lei 12.529/11, em que o agente não habilitado poderá celebrar um acordo de leniência referente a outra infração, beneficiando-se, ainda, da redução de pena do primeiro ilícito relatado. Em todo caso, o candidato deveria oferecer à SDE informações e documentos que comprovassem a infração delatada e permitissem a identificação dos demais autores.

Vedava-se, ainda, a celebração do acordo de leniência, seja pela imunidade ou pela redução das penas, com agentes que estivessem estado à frente do conluio³¹ - a chamada *leniência discriminatória*³² - o que demonstrava o maior rigor do legislador. Como será exposto adiante, tal proibição não foi mantida pela Lei 12.529/11.

Foi necessário um tempo para que os primeiros agentes se habilitassem para a leniência no Brasil. O primeiro pedido de acordo foi feito apenas em 2003, referente a um cartel em licitações de serviços de vigilância do Estado do Rio Grande do Sul. A decisão do Tribunal do CADE foi proferida em 2007, reconhecendo o cumprimento do acordo por parte dos beneficiários e determinando a extinção da punibilidade³³.

²⁹ Mesmo na vigência da Lei 8.884/94, a SDE adotava um sistema de senhas (*marker system*), em que eram entregues senhas aos candidatos interessados no programa. Eventualmente, caso o primeiro candidato não fosse considerado habilitado pela Secretaria, o segundo candidato teria a oportunidade de se beneficiar da leniência.

³⁰ “Art. 35-B. (...) § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4o deste artigo em relação à nova infração denunciada.”

³¹ “Art. 35-B. (...) § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.”

³² CLEMENS, Georg; RAU, Holger. Do Leniency Policies Facilitate Collusion? Experimental Evidence. Düsseldorf Institute for Competition Economics. Discussion Paper n. 130. Jan. 2014. Disponível em: <http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/130_Clemens_Rau.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014, p. 2.

³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Decisão do Tribunal Administrativo do CADE. Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10. Brasília, 4 out. 2007.

Nos anos seguintes, o programa de leniência foi comemorado pelo SBDC como um importante instrumento de combate aos cartéis, sendo noticiada a celebração de mais de 30 acordos até 2012, ano em que entrou em vigor a Lei 12.529/11³⁴.

3.2 A Leniência na Lei 12.529/11

Pela atual Lei de Defesa da Concorrência, alguns aspectos do programa de leniência foram alterados³⁵. A seguir, destacamos cinco³⁶.

A primeira mudança, de cunho institucional, foi que o acordo passou a ser celebrado com a Superintendência Geral (SG) do CADE, resultado da reorganização do SBDC, a partir da extinção da SDE pela Lei 12.529/11. Ademais, a legislação especificou³⁷ que o Tribunal do CADE é o competente para definir os efeitos finais da leniência por ocasião do julgamento do processo administrativo³⁸.

A segunda mudança consistiu na supressão do então parágrafo primeiro do art. 35-B da Lei 8.884/94, a qual não permitia sequer a redução de penas para o líder da infração. A sistemática brasileira ia, assim, em sentido contrário ao sistema comunitário europeu, como visto acima, que veda a imunidade ao agente que coagiu os demais partícipes a integrar o acordo anticoncorrencial, mas permite que suas penas sejam reduzidas. A Lei 12.529/11 modificou a questão por completo. Atualmente, os benefícios da leniência passaram a ser possíveis também

³⁴ CARAZZA, Bruno. O Caso Siemens e a Evolução Institucional do Cade: O Início de um Ciclo Virtuoso no Combate a Cartéis no Brasil? Leis e Números. 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://leisenumeros.blogspot.com.br/2013/08/o-caso-siemens-e-evolucao-institucional.html>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³⁵ Para detalhes sobre o processamento do acordo no âmbito do CADE, a partir da Lei 12.529/11, vide: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Regimento Interno do CADE. Texto aprovado pela Resolução nº 1/2012 e alterado pela Resolução nº 5/2013, pela Resolução nº 7/2014 e pela Resolução nº 8/2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20-%20com%20marcas_01_out_2014_Resolucao%2008.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³⁶ Para um resumo acerca de todos os aspectos alterados, vide: COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. O acordo de leniência na nova lei de defesa da concorrência. Revista do IBRAC, ano 3, nº. 1, jan./2012, p. 6-9. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento_da_Revista_do_IBRAC_Ano_3_n_1.pdf>. Acesso em: 23 abril 2015.

³⁷ “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (...) § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva... II - (...) reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis...”

³⁸ A modificação, embora pontual, foi importante no sentido de afastar possíveis questionamentos acerca da constitucionalidade de o Conselho, enquanto autoridade administrativa, e não uma autoridade jurisdicional, definir os efeitos do acordo. PEREIRA, Flavia. O acordo de leniência e as inovações trazidas pela Lei 12.529/11. Conteúdo Jurídico, Brasília: 01 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42269&seo=1>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

aos agentes que estiveram à frente da conduta. Assim, a extinção das penalidades para o líder do conluio é permitida pelo programa brasileiro, ao contrário do que ocorre nos EUA e na UE. Isso demonstra a disposição, no País, de tornar a leniência cada vez mais interessante para os infratores às normas de defesa da concorrência.

A terceira alteração legal foi a extensão dos efeitos do acordo de leniência às outras empresas do mesmo grupo econômico do beneficiário e aos seus empregados³⁹. Cite-se que, embora já fosse prática da própria SDE incluí-los no acordo, a Lei 8.884/94 era expressa apenas quanto aos dirigentes e administradores do beneficiário, conforme o revogado parágrafo sexto do art. 35-B⁴⁰.

A quarta mudança que merece destaque, refletindo a preocupação de se conferir maior credibilidade ao programa de leniência, foi a inclusão, na Lei 12.529/11⁴¹, de uma pena pelo descumprimento do acordo de leniência. Caso ocorra, o beneficiário restará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

A quinta e última alteração refere-se ao Direito Penal. A Lei 8.884/94, em seu art. 35-C⁴², era expressa no sentido de que a leniência refletia nos crimes tipificados pela Lei 8.137/90. A partir da legislação de 2011, no art. 87⁴³, outros crimes passaram a ter a punibilidade alterada pelo acordo firmado com o CADE, tais como os relacionados a cartéis tipificados pelo Código Penal e pela Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

3.3. Desafios para o programa de leniência brasileiro

³⁹ “Art. 86. (...) § 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.”

⁴⁰ “Art. 35-B. (...) § 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo.”

⁴¹ “Art. 86. (...) § 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.”

⁴² “Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

⁴³ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

Foram demonstrados na seção anterior aspectos da leniência brasileira modificados pela Lei 12.529/11, abrangendo as possibilidades de concessão dos benefícios e visando acentuar a segurança jurídica dos proponentes do acordo. Deste modo, a atual legislação demonstra a importância crescente do instituto para a defesa da concorrência no Brasil.

Apesar das vantagens que tal política pode oferecer, como já exposto, o seu sucesso depende de uma série de fatores. De acordo com a eficiência da autoridade antitruste e com os termos previstos na legislação aplicável, o programa pode se situar em três cenários distintos. O primeiro deles seria o de um programa que estimula a formação de cartéis, frustrando os objetivos pretendidos pelo legislador. O segundo cenário seria de um programa ineficiente, que, por não oferecer estímulos e segurança suficientes para os agentes envolvidos nas infrações, não consegue promover a detecção e a punição de um número satisfatório de condutas colusivas. Por fim, o terceiro cenário seria aquele em que o programa representa, de fato, um importante instrumento para combate e prevenção de cartéis, ao mesmo tempo que pode reduzir os custos da instrução processual.

Com base na experiência internacional e no atual regime jurídico da leniência brasileira, serão abordados a seguir cinco exemplos de fatores que tendem a se mostrar desafiadores sobre o assunto para os próximos anos no Brasil.

3.3.1 A capacidade da agência antitruste e efeito colusivo da leniência

A literatura especializada⁴⁴ tem destacado que o programa de leniência pode apresentar efeitos favoráveis à colusão, notadamente à formação de cartéis. Motta e Polo⁴⁵ asseveram, por exemplo, que a eficiência da agência antitruste pode ser decisiva para a questão, pois, caso possua recursos suficientes para detectar as infrações, a leniência não só seria desnecessária,

⁴⁴ CLEMENS, Georg; RAU, Holger. Do Leniency Policies Facilitate Collusion? Experimental Evidence. Düsseldorf Institute for Competition Economics. Discussion Paper n. 130. Jan. 2014. Disponível em: <http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/130_Clemens_Rau.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014. VASCONCELOS, Silvinha; RAMOS, Francisco. Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis. Faculdade de Economia Aplicada da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2007. Disponível em:

<http://www.ufjf.br/seminarios_ppgea/files/2013/07/td_008_2007.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014. WILS, Wouter. Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. 25th Conference on New Political Economy Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach. Saarbrücken, out. 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087>. Acesso em: 10 nov. 2014, p. 29-30.

⁴⁵ MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization. Elsevier, v. 21, n. 3, mar., 2003, p. 375.

mas também estimularia a prática colusiva. No mesmo sentido, Evguenia Motchenkova⁴⁶ defende:

... na maioria dos casos, a leniência reduz a duração dos cartéis, mas este resultado é ambíguo (...) Com rígida aplicação do antitruste, a possibilidade de delação voluntária e de imunidade aumenta os incentivos para as empresas cessarem a formação de cartéis, e, assim, reduz a duração dos mesmos. No entanto, quando as penas e os índices de aplicação da lei são baixos, a criação de programas de leniência podem, ao contrário, facilitar a colusão (tradução própria).

Assim, o Programa de Leniência só será interessante para os infratores caso sejam consideráveis os receios de serem processados e condenados pela autoridade. Do contrário, cartéis tenderiam a ser formados, com vistas à redução ou à imunidade de penas, ou os agentes tenderiam a não delatar as práticas ilícitas.

3.3.2 O líder: efeito colusivo ou repressivo?

Outra questão sensível consiste na possibilidade de a Administração Pública conceder imunidades ou penas reduzidas ao líder do cartel, ao agente que coagiu os demais partícipes ou ao que incentivou o início da prática. A regra, como demonstrado anteriormente, foi modificada no Brasil com o advento da Lei 12.529/11, que, ao revogar a proibição da Lei 8.884/94, passou a permitir que o líder se candidatasse ao programa. A indagação que surge é: qual o efeito do novo permissivo? Coibir ou estimular a formação de cartéis no Brasil?

De início, a exclusão do líder como candidato à leniência funda-se no próprio princípio da vedação ao benefício da própria torpeza. Outrossim, excluir do programa aquele que esteve à frente do conluio poderia ter um efeito preventivo, na medida em que desestimularia os agentes a tomar a iniciativa de firmar o acordo anticoncorrencial.

Neste sentido, pode-se cogitar que o permissivo advindo da lei de 2011 teria um efeito favorável à colusão. Como exemplo, tomemos um agente que, interessado em prejudicar os seus concorrentes, lidere-os em uma prática colusiva, reunindo provas robustas acerca da infração e dos envolvidos, para, em seguida, noticiar o CADE por meio de uma proposta de

⁴⁶ “We find that in most cases leniency reduces duration of cartel agreements but this result is not unambiguous. (...) Under strict antitrust enforcement, the possibility to self-report and be exempted from the fine increases the incentives for the firms to stop cartel formation, and, hence, reduces the duration of cartels. However, when penalties and rate of law enforcement are low, introduction of leniency programs may, on the contrary, facilitate collusion.” MOTCHENKOVA, Evguenia. Effects of leniency programs on cartel stability. Tilburg University, Department of Econometrics & OR and Center, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=617224>>. Acesso em: 30 nov. 2014, p. 26.

acordo de leniência⁴⁷. Sublinhe-se que, diante dos critérios objetivos trazidos pelo art. 86, parágrafo quarto, da Lei 12.528/11⁴⁸, o Tribunal do CADE deverá decretar a extinção da ação punitiva se: (i) o agente cumpriu o acordo; (ii) a SG não tinha conhecimento prévio da infração quando da apresentação do acordo. Logo, o fato de o candidato ter sido ou não líder ou do cartel não interfere na decisão do Tribunal, o qual deve se ater à verificação *objetiva* do cumprimento dos dois requisitos legais.

Com efeito, o líder poderia orquestrar o acordo com o objetivo primeiro de beneficiar-se com a imunidade propiciada pelo programa de leniência. No entanto, ressalvas devem ser feitas sobre tal hipótese.

Em primeiro plano, deve ser esclarecido o alto grau de risco da conduta. A SG pode detectar indícios do cartel antes mesmo de o líder delatá-lo, o que permitiria apenas a redução das penas em um eventual acordo de leniência confirmado pelo Tribunal do CADE. Além disso, o sistema de “senhas” da autarquia gera uma verdadeira corrida entre os cartelizados para comunicar a SG em primeiro lugar. Ademais, a imunidade propiciada pela leniência refere-se apenas às responsabilidades penais e administrativas do beneficiário, o qual ainda estará sujeito à responsabilidade civil, conforme será detalhado adiante.

Em segundo lugar, merecem destaque as implicações da propositura do acordo para o candidato. A legislação exige que o beneficiário coloque-se à disposição do CADE durante todo o processo administrativo, o que, além de ser oneroso, gera uma série de deveres a serem cumpridos durante anos, nos termos do acordo firmado com a SG. Destarte, embora a proposta seja sigilosa⁴⁹, a identidade do proponente acaba sendo revelada, o que pode macular a sua imagem perante os consumidores. Diante desses fatores, parece-nos remota a hipótese de a leniência ser manipulada pelo líder.

É importante destacar também que nem todos os cartéis possuem líder, muito embora este seja usualmente apontado como figura importante para garantir um mínimo de estabilidade

⁴⁷ ZINGALES, Nicolo. European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? The Competition Law Review, v. 5, n. 1, dez., 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1101803>>. Acesso em: 18 nov. 2014, p. 38.

⁴⁸ “Art. 86. (...) § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.”

⁴⁹ “Art. 86. (...) § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.”

para o conluio⁵⁰. Também há cartéis em que a liderança é compartilhada e a Administração nem sempre consegue evidências suficientes para demonstrar qual ou quais envolvido(s) esteve ou estiveram à frente do acordo⁵¹. Somado a tudo isto, não raramente as provas mais contundentes são detidas pelos agentes que, de alguma forma, coordenaram a colusão.

Diante disto, a inclusão do(s) líder(es) entre os possíveis beneficiários da leniência é considerada por muitos especialistas⁵² um fator importante para a consolidação do programa, principalmente se a probabilidade de a autoridade investigar o mercado em questão for reduzida⁵³. Cite-se, também, que a leniência discriminatória é apontada como um dos elementos estabilizadores dos cartéis⁵⁴.

Assim, a inclusão do líder na leniência tende a possuir um efeito contrário à formação e à manutenção dos cartéis.

3.3.3 A responsabilidade civil como fator prejudicial à leniência

Como mencionado brevemente acima, os programas de leniência norte-americano, europeu e brasileiro⁵⁵, embora apresentem diferenças, têm em comum o fato de não eximirem o beneficiário do dever legal de indenizar, na esfera privada, os danos eventualmente causados aos concorrentes e/ou aos consumidores. Via de consequência,

“... tem sido apontado, que o número crescente de ações civis, podem prejudicar os programas de leniência. De fato, o acordo de leniência é uma confissão feita pelo agente de ter participado do suposto cartel, o que pode culminar na imunidade ou na

⁵⁰ CLEMENS, Georg; RAU, Holger. Do Leniency Policies Facilitate Collusion? Experimental Evidence. Düsseldorf Institute for Competition Economics. Discussion Paper n. 130. Jan. 2014. Disponível em: <http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/130_Clemens_Rau.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014, p. 1.

⁵¹ HERRE, Jesko; MIMRA, Wanda; RASCH, Alexander. Excluding ringleaders from leniency programs. Abr., 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1342549>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁵² COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. O acordo de leniência na nova lei de defesa da concorrência. Revista do IBRAC, ano 3, nº. 1, p. 8. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento_da_Revista_do_IBRAC_Ano_3_n_1.pdf>. Acesso em: 23 abril 2015.

⁵³ HERRE, Jesko; MIMRA, Wanda; RASCH, Alexander. Excluding ringleaders from leniency programs. Abr., 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1342549>>. Acesso em: 30 nov. 2014, p. 28.

⁵⁴ CLEMENS, Georg; RAU, Holger. Do Leniency Policies Facilitate Collusion? Experimental Evidence. Düsseldorf Institute for Competition Economics. Discussion Paper n. 130. Jan. 2014. Disponível em: <http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/130_Clemens_Rau.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014, p. 1.

⁵⁵ No caso brasileiro, o permissão é expresso na Lei 12.529: “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”.

redução das multas, mas não protegerá o beneficiário das consequências civis de sua participação” (tradução própria⁵⁶).

Neste contexto, o impacto financeiro que a responsabilidade civil pode representar tem sido considerado um fator desestimulante à leniência, inclusive pelo fato de, no Brasil, o beneficiário não estar imune da responsabilidade solidária junto aos demais participantes do cartel⁵⁷. Portanto, a propositura de um acordo junto ao CADE deve ser ponderada com cautela pelo agente interessado no programa.

Não obstante, outro problema que é usualmente apontado sobre as implicações da responsabilidade civil para a leniência consiste no acesso aos documentos relativos ao acordo firmado com a Administração Pública⁵⁸. Sendo de difícil exatidão o dano causado pela prática anticoncorrencial, o acervo probatório que compõe a leniência pode ser determinante para o sucesso de uma ação judicial proposta por concorrentes ou por consumidores com vistas ao recebimento de parcelas indenizatórias.

Sobre o tema, releva observar que em outubro de 2014 foi aprovada a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre regras acerca de ações civis sob a lei nacional para infratores das normas da lei de defesa da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia⁵⁹. Interessante observarmos o teor do considerando nº 26:

Ademais, como muitas decisões de autoridades concorrenciais relativas a cartel têm sido baseadas em acordos de leniência, e ações civis em casos de cartel geralmente seguem tais decisões, os programas de leniência também são importantes para a efetividade das ações judiciais de reparação de danos em casos de cartel. Agentes podem ser desestimulados a cooperar com as autoridades de concorrência por programas de leniência e outras formas de acordo se documentos incriminatórios, tais como acordos e propostas de leniência, forem revelados. Esta revelação exporia os agentes e seus administradores à responsabilidade civil e penal em condições piores que as dos coautores que não cooperaram com as autoridades antitruste. Para

⁵⁶ “... it has been argued that an increasing number of damages actions may undermine leniency programmes.13 Indeed, a leniency application is a confession by an undertaking of having participated in an alleged cartel, which may result in immunity or reduction of fines, but will, at present, normally not protect the leniency applicant from the civil law consequences of his participation.” CAUFFMAN, Caroline. *The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages*. Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n. 34, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1941692>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

⁵⁷ Art. 942 do Código Civil: “Os bens do responsável pela confessa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

⁵⁸ SILVA E SOUZA, Nayara. *Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro: Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu*. Trabalho vencedor do Prêmio TIM-IBRAC 2014, p. 40-42.

⁵⁹ THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. *DIRECTIVE of the EUROPEAN PARLIAMENT and of the COUNCIL on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf>. Acesso em: 18. nov. 2014.

assegurar que os agentes continuem a voluntariamente cooperar com as agências pela leniência, tais documentos deveriam ser excepcionados da publicidade (tradução própria⁶⁰).

No Brasil, por outro lado, nenhuma vantagem é concedida ao beneficiário no que se refere às ações de reparação que podem ser propostas na esfera privada. Embora tais litígios ainda sejam incipientes no País⁶¹, novas prerrogativas aos que firmarem acordos de leniência podem ser decisivas para o sucesso e a consolidação do programa no SBDC, o que poderia ser feito por meio de reforma legislativa.

3.3.4 Reflexos penais do programa de leniência

Fator comum entre a leniência brasileira e a norte-americana consiste na imunidade penal ou na redução de penas ao beneficiário do programa. No Brasil, como visto, a Lei 12.529/11 trouxe uma gama maior de crimes abarcados pelo acordo firmado com a SG. Nos termos do art. 87:

“Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

Importante observarmos que a lei se refere aos “demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel”, referindo-se expressamente apenas à Lei 8.666/93 e ao Código Penal. Contudo, quais seriam os crimes “diretamente” relativos ao cartel, e quais seriam os indiretos? Associação criminosa (antigo crime de quadrilha ou bando), prevista no art. 288, e corrupção

⁶⁰ “Furthermore, as many decisions of competition authorities in cartel cases are based on a leniency application, and damages actions in cartel cases generally follow on from those decisions, leniency programmes are also important for the effectiveness of actions for damages in cartel cases. Undertakings might be deterred from cooperating with competition authorities under leniency programmes and settlement procedures if self-incriminating statements such as leniency statements and settlement submissions, which are produced for the sole purpose of cooperating with the competition authorities, were to be disclosed. Such disclosure would pose a risk of exposing cooperating undertakings or their managing staff to civil or criminal liability under conditions worse than those of co-infringers not cooperating with the competition authorities. To ensure undertakings’ continued willingness to approach competition authorities voluntarily with leniency statements or settlement submissions, such documents should be exempted from the disclosure of evidence.”

⁶¹ SILVA E SOUZA, Nayara. Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro: Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. Trabalho vencedor do Prêmio TIM-IBRAC 2014, p. 35-36.

ativa, prevista no art. 333, ambos do Código Penal, estariam abarcados pelo art. 87 da Lei 12.529/11? Se o legislador não se preocupou em defini-los com exaustão, resta ao Juiz de Direito fazê-lo, o que, inevitavelmente, reduz a segurança jurídica do candidato ao programa junto à SG.

3.3.5 Cartéis internacionais e programa de leniência

Outro fator tortuoso acerca do programa de leniência refere-se aos cartéis internacionais. Se o acesso à prova, pela autoridade antitruste, não é simples de ser obtido, como explanado anteriormente, a questão apresenta dificuldades ainda maiores quando o conluio ocorre em âmbito mundial.

Os chamados cartéis internacionais ocorrem entre agentes atuantes em mercados relevantes que ultrapassam as fronteiras nacionais. Não raramente, em processos envolvendo multinacionais suspeitas de cartelização, o mercado relevante sob o aspecto geográfico é definido pelas agências como global ou intercontinental. Assim, é comum que uma pluralidade de agências em jurisdições diferentes investiguem a infração simultaneamente.

A lei brasileira de defesa da concorrência adota⁶² tanto o critério da territorialidade quanto o dos efeitos, reais ou potenciais, para a definição da lei aplicável⁶³. Deste modo, é possível que agentes estabelecidos apenas fora do território brasileiro sejam condenados pelo CADE. Paula Forgioni⁶⁴, sobre o tema, ressalva que problemas de efetividade podem ocorrer, por exemplo, pela falta de ativos no Brasil sobre os quais poderiam recair as sanções eventualmente aplicáveis.

Diante dos desafios da investigação dos cartéis internacionais, as autoridades antitruste valem-se de estratégias para possibilitar ou facilitar a identificação e a persecução das práticas colusivas de âmbito internacional. Destacam-se, para tanto, os programas de leniência e as

⁶² “Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.”

⁶³ FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 425-427.

⁶⁴ FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 430-431.

políticas de cooperação entre as agências. Até 2014 o CADE possuía acordos de cooperação internacional com 13 países, além de um em bloco, no âmbito do Mercosul⁶⁵.

Neste contexto, a leniência também apresenta complicações⁶⁶. Um agente interessado em cooperar com a autoridade antitruste deve estar ciente que os benefícios provenientes do acordo são válidos apenas na jurisdição em que foi celebrado. Em outros termos, havendo repercussões, ou mesmo a possibilidade de haver repercussões, em outros países, o candidato deve procurar habilitar-se para programas em mais de um ordenamento. A situação é similar ao que ocorre nos atos de concentração internacionais, os quais devem ser notificados a autoridades antitruste de jurisdições diferentes e, por vezes, praticamente ao mesmo tempo.

Não é difícil perceber a necessidade de o candidato à leniência ser o primeiro a informar a Administração Pública acerca da infração, pois, como exposto neste trabalho, as legislações de defesa da concorrência usualmente conferem maiores benefícios àquele que primeiro delatou o esquema. Por conseguinte, o mais recomendável seria que o agente fosse o primeiro a cooperar com todas as autoridades envolvidas, o que requer o oferecimento de acordos em vários países da forma mais simultânea possível. Do contrário, é possível que um agente delate primeiro o conluio em determinado país, mas, em outro, seja o segundo da “fila” para a leniência.

Outro complicador refere-se às investigações. Em se tratando de cartéis internacionais, são ainda mais complexas.

Pela perspectiva da Administração, muito embora possam haver acordos entre as agências envolvidas, os documentos do programa geralmente não são disponibilizados para autoridades estrangeiras⁶⁷, visando proteger a segurança e a credibilidade da sua leniência. Trata-se de verdadeira exceção à cooperação internacional comum entre as principais autoridades de defesa da concorrência no mundo. Por isso, reduzido o auxílio entre as autoridades, a instrução processual tende a ser dificultada.

Lado outro, do ponto de vista do beneficiário envolvido, deverá assumir obrigações com agências de várias nacionalidades caso participe de leniências em países diferentes. A título

⁶⁵ CADE celebra três novos acordos de cooperação internacional. Sítio oficial do CADE. Brasília, 28 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?78cb5aaf41d62df60330005ef157>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

⁶⁶ ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). Temas atuais de Direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2012, p. 227-235.

⁶⁷ CHOI, Jay; GERLACH, Heiko. Global Cartels, Leniency Programs and International Antitrust Cooperation. CESifo Working Paper Series n. 3005, mar. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1587968>>. Acesso em: 3 dez. 2014, p. 23.

exemplificativo, cite-se a necessidade de prestar informações e esclarecimentos, além de eventualmente participar de reuniões em localidades diferentes do mundo.

Desta forma, a leniência apresenta dificuldades consideráveis no que se refere aos cartéis internacionais. Neste diapasão, é essencial que o agente interessado em candidatar-se aos programas pondere todas as implicações, tais como os custos, os termos de compromisso que deverão ser ajustados e as diferenças normativas entre os países em questão. Sobre o tema, a doutrina aponta alternativas para minimizar o problema, como a harmonização de legislações e até mesmo a criação de uma autoridade antitruste internacional⁶⁸.

4. Conclusão

O presente trabalho dedicou-se à análise de um dos mais importantes instrumentos de defesa da concorrência na atualidade, do qual se valem grande parte das principais autoridades antitruste do mundo: o programa de leniência. Visando erigir um novo fator de instabilidade, e, assim, de combate aos cartéis, beneficia-se o agente que primeiro delata a colusão. Também, devido à própria dificuldade de obter-se prova acerca do ilícito, o Estado estimula a delação para facilitar ou possibilitar a identificação das condutas e dos agentes envolvidos. Para atingir tais objetivos, a Administração Pública flexibiliza a sua pretensão punitiva, conferindo ao agente cooperador uma série de benefícios.

Demonstrou-se, a partir de uma análise sucinta e comparativa acerca dos modelos de leniência norte-americano, comunitário europeu e brasileiro, que as vantagens conferidas ao beneficiário variam de acordo com o ordenamento jurídico em questão. No caso dos EUA, tem-se que o regime da leniência é sinônimo de imunidade, sendo aplicável apenas ao primeiro agente que noticiou as autoridades acerca da infração. Já no âmbito da União Europeia, a leniência abrange a imunidade e a redução das penas, embora aplicável apenas às pessoas jurídicas envolvidas. No Brasil, foram demonstradas as novidades trazidas sobre o tema pela Lei 12.529/11, comparativamente à Lei 8.884/94, com o escopo de tornar a leniência ainda mais atrativa para os agentes econômicos, sendo que o programa brasileiro também admite a extinção das penas ou a redução, além de abarcar pessoas jurídicas e físicas.

Em seguida, foram tecidas reflexões acerca de polêmicas e desafios para a leniência brasileira nos próximos anos. O tema foi dividido em 5 itens centrais. O primeiro deles versou sobre a necessidade e a efetividade do programa ante à capacidade da autoridade de defesa da

⁶⁸ FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 440.

concorrência investigar e punir as infrações independentemente da cooperação dos envolvidos. O segundo tratou das polêmicas implicações do líder do cartel poder candidatar-se ao programa de leniência, dado o novo permissivo da Lei 12.529/11. O terceiro item versou sobre a responsabilidade civil do beneficiário, trazendo à reflexão recentes discussões sobre como a obrigação de reparar os danos pode desestimular a propositura de acordos com a Administração. Além disso, foi apontada a conveniência de as normas brasileiras serem reformadas para tornar o programa ainda mais atrativo aos agentes econômicos. O quarto item abordou aspectos ainda incertos acerca das implicações penais do programa de leniência à luz da legislação de 2011. Por fim, o quinto e último item referiu-se à polêmica relação entre a leniência e os cartéis internacionais, tema que vem apresentando dificuldades tanto para as agências antitruste quanto para os partícipes de conluíus transnacionais.

Com base neste estudo, valendo-se da experiência internacional, foram explicitados os objetivos e as características da leniência no âmbito da defesa da concorrência. Desta forma, o presente trabalho trouxe à discussão alguns exemplos de desafios do programa, no Brasil, para os próximos anos. Assim, espera-se que maiores reflexões sejam construídas sobre o tema para fortalecer este importante mecanismo de proteção ao ambiente concorrencial que é o programa de leniência.

5. Referências Bibliográficas

ARAUJO, Mariana Tavares, CHEDE, Marcio Benvenga. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). Temas atuais de Direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2012, p. 224-225.

CADE celebra três novos acordos de cooperação internacional. Sítio oficial do CADE. Brasília, 28 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?78cb5aaf41d62df60330005ef157>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

CARAZZA, Bruno. O Caso Siemens e a Evolução Institucional do Cade: O Início de um Ciclo Virtuoso no Combate a Cartéis no Brasil? Leis e Números. 15 ago. 2013. Disponível em: <<http://leisenumeros.blogspot.com.br/2013/08/o-caso-siemens-e-evolucao-institucional.html>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

CAUFFMAN, Caroline. The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages. Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n. 34, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1941692>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

CHOI, Jay; GERLACH, Heiko. Global Cartels, Leniency Programs and International Antitrust Cooperation. CESifo Working Paper Series, n. 3005, mar. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1587968>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

CLEMENS, Georg; RAU, Holger. Do Leniency Policies Facilitate Collusion? Experimental Evidence. Düsseldorf Institute for Competition Economics. Discussion Paper n. 130. Jan. 2014. Disponível em: <http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/130_Clemens_Rau.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

COELHO, Gustavo Flausino; MAFRA, Ricardo. O acordo de leniência na nova lei de defesa da concorrência. Revista do IBRAC, ano 3, nº. 1, jan./2012, p. 6-9. Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento_da_Revista_do_IBRAC_Ano_3_n_1.pdf>. Acesso em: 23 abril 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Combate a Cartéis e Programa de Leniência. Brasília, 3. ed., 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf>. Acesso em: 22 de nov. 2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Decisão do Tribunal Administrativo do CADE. Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10. Brasília, 4 out. 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Regimento Interno do CADE. Texto aprovado pela Resolução nº 1/2012 e alterado pela Resolução nº 5/2013, pela Resolução nº 7/2014 e pela Resolução nº 8/2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/RICADE%20->

[%20com%20marcas_01_out_2014_Resolucao%2008.pdf](#)>. Acesso em: 25 nov. 2014.

DEPARTMENT OF JUSTICE. Corporate Leniency Policy. Ago., 1993. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

DEPARTMENT OF JUSTICE. Leniency Policy for Individuals. Ago., 1994. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

DOERRER, Stan. Cartels and Their Weaknesses. George Washington University, dez., 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1151449>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

EUROPEAN COMMISSION. Official Journal of the European Communities. Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartels cases. Fev. 2002. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219(02)&from=EN)>. Acesso em: 18 nov. 2014.

EUROPEAN COMMISSION. Official Journal of the European Communities. Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartels cases. Jul. 1996. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996Y0718(01)&from=EN)>. Acesso em: 18 nov. 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HAMMOND, Scott. Cornerstones of an Effective Leniency Program. ICN Workshop on Leniency Programs. Sydney, Australia, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

HARRISON, Glenn; BELL, Matthew. Recent Enhancements in Antitrust Criminal Enforcement: Bigger Sticks and Sweeter Carrots. Houston Business and Tax Law Journal, Houston, v. 6, part. 2, p. 207-240, 2006.

HERRE, Jesko; MIMRA, Wanda; RASCH, Alexander. Excluding ringleaders from leniency programs. Abr., 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1342549>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

MATTOS, César (Coord.). A Revolução do Antitruste no Brasil 2: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2008.

MOTCHENKOVA, Evguenia. Effects of leniency programs on cartel stability. Tilburg University, Department of Econometrics & OR and Center, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=617224>>. Acesso em: 30 nov. 2014

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization. Elsevier, v. 21, n. 3, mar., 2003, p. 347-379.

PEREIRA, Flavia. O acordo de leniência e as inovações trazidas pela Lei 12.529/11. Conteúdo Jurídico, Brasília: 01 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42269&seo=1>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

SILVA E SOUZA, Nayara. Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro: Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu. Trabalho vencedor do Prêmio TIM-IBRAC 2014, p. 40-42.

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. DIRECTIVE of the EUROPEAN PARLIAMENT and of the COUNCIL on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/damages_directive_final_en.pdf>. Acesso em: 18. nov. 2014.

VASCONCELOS, Silvinha; RAMOS, Francisco. Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis. Faculdade de Economia Aplicada da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2007. Disponível em:

<http://www.ufjf.br/seminarios_ppgea/files/2013/07/td_008_2007.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

WEISFLOG, Walter. *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. Melhoramentos, São Paulo, 2004.

WILS, Wouter. *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*. 25th Conference on New Political Economy Frontiers of EC Antitrust Enforcement: The More Economic Approach. Saarbrücken, out. 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=456087>. Acesso em: 10 nov. 2014.

ZINGALES, Nicolo. *European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?* *The Competition Law Review*, v. 5, n. 1, dez., 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1101803>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

Programas de leniência e responsabilidade civil concorrencial: o conflito entre a preservação dos interesses da leniência e o direito à indenização

Luiza Andrade Machado¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a análise das interações existentes entre dois importantes mecanismos de combate a cartéis: os programas de leniência e as ações de responsabilidade civil concorrencial. Com base nas experiências dos Estados Unidos e União Europeia, são avaliadas alternativas à legislação brasileira que possibilitem uma interação coordenada e equilibrada entre a aplicação pública e privada do Direito Concorrencial, de forma a conferir maior efetividade à política de combate a cartéis do Brasil. Nesse sentido, são analisadas, especialmente (i) a limitação ao acesso e a utilização, em ações de reparação civil, de informações obtidas por meio de acordos de leniência; (ii) a limitação da responsabilidade solidária do delator; e (iii) a possibilidade de concessão de imunidade civil aos beneficiários da leniência.

Palavras-chave: programas de leniência, responsabilidade civil concorrencial, política de combate a cartéis, acesso a documentos, responsabilidade solidária, imunidade civil.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the interactions between two important tools for fighting cartels: leniency programs and civil damage actions for violation of antitrust laws. Based on the experience of the United States and the European Union, it assess alternatives to the Brazilian legislation to allow a well coordinated and balanced interaction between public and private enforcement of antitrust law, in order to give greater effectiveness to the Brazilian cartel fighting policy. Thus, this study analyzes, in particular: (i) the restriction of access and use of leniency documents by third parties in the context of civil damage actions; (ii) the restriction of leniency applicant's joint and several liability; and (iii) the granting of civil immunity to the leniency applicant.

Keywords: leniency programs, civil damage actions, cartel fighting policy, access to documents, joint and several liability, civil immunity.

Classificação JEL: K1, K21, K41

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Intercâmbio acadêmico na *Université Panthéon-Assas* (Paris II). E-mail: lu.andrade.mac@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O acesso e a utilização de informações obtidas por meio de acordos de leniência em ações de responsabilidade civil; 3. A limitação da responsabilidade solidária dos beneficiários da leniência; 4. O beneficiário do programa de leniência e a concessão de imunidade civil parcial ou total; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Os impactos negativos gerados pelos cartéis sobre a ordem econômica tornaram seu combate uma das prioridades das autoridades da concorrência². Devido às dificuldades relacionadas à detecção, persecução e punição dos cartéis, os programas de leniência, introduzidos inicialmente na legislação norte-americana e posteriormente adotados em outras jurisdições, figuram dentre os principais mecanismos de combate a essa prática anticompetitiva, ao concederem imunidade administrativa e/ou criminal, parcial ou total, ao participante do cartel que contribuir com as investigações da autoridade da concorrência.

Além de ser foco da atuação estatal direta, o combate aos cartéis também pode ser exercido por agentes privados, visto que, além de um ilícito administrativo e penal, trata-se também de um ilícito civil³. Ao afetar negativamente o ambiente concorrencial e, portanto, o interesse social como um todo, o cartel causa inúmeros danos aos concorrentes, fornecedores, consumidores, acionistas e até mesmo empregados daqueles que participam da prática, sendo-lhes garantido o direito de pleitear o ressarcimento pelos danos sofridos.

Assim, os programas de leniência e as ações de responsabilidade civil concorrencial são duas importantes ferramentas para o desenvolvimento de uma política eficiente de combate a cartéis e que devem, em conjunto, permitir uma aplicação equilibrada do Direito Concorrencial em suas esferas pública e privada, de forma a evitar que eventual estímulo e desenvolvimento das ações privadas de reparação de danos alterem o ânimo de um participante de cartel em delatar esta prática devido à sua possível maior exposição a ações civis⁴.

² No Brasil, a instituição da “Estratégia Nacional de Combate a Cartéis – Enacc”, em 08 out. 2009, formalizou a prioridade conferida por autoridades e instituições brasileiras ao combate a cartéis. ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE A CARTÉIS. Declaração de Brasília. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/enacc>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

³ Art. 87, Lei nº 12.529/2011 e Art. 186, Código Civil.

⁴ De acordo com questionário desenvolvido pela *International Competition Network*, grande parte das autoridades da concorrência de diversos países reconhecem que o risco de ações privadas de reparação de danos é um fator avaliado por participantes de cartel na decisão de celebrarem acordos de leniência, embora apenas uma autoridade da concorrência tenha afirmado que este risco seria o principal desincentivo à delação. CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. *Final Report for the European Commission*, dezembro de 2007, p. 492. Disponível em:

Nos Estados Unidos e União Europeia, discussões sobre a interação das esferas pública e privada do Direito Concorrencial e, especificamente, da interação entre programas de leniência e ações privadas de reparação de danos, encontra-se em voga. Nesse sentido, por exemplo, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou, em julho de 2015, o estudo *Public and Private Antitrust Enforcement in Competition* que se propõe a analisar justamente o status atual dessa discussão em países membros da organização⁵

No Brasil, no entanto, essa análise ainda é incipiente possivelmente devido ao recente fortalecimento do programa de leniência⁶ e desenvolvimento das ações de responsabilidade civil concorrencial⁷. O momento é, portanto, oportuno para o estabelecimento de suas principais diretrizes.

Assim, este artigo analisa a aplicabilidade, ao direito brasileiro, de três alternativas que poderiam, ao menos em tese, permitir um relacionamento eficaz entre as esferas pública e privada do Direito Concorrencial no Brasil e resultar em uma interação efetiva e equilibrada entre programa de leniência e ações de responsabilidade civil no país: i) a limitação do acesso e da utilização de informações obtidas por meio de acordos de leniência, em ações de reparação civil; ii) a limitação da responsabilidade solidária do delator; e iii) a possibilidade de concessão de imunidade civil, parcial ou total ao delator. Trata-se, portanto, de um estudo propositivo, *de lege ferenda*.

2. O acesso e a utilização de informações obtidas por meio de acordos de leniência em ações de responsabilidade civil

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf#page=441>.

Acesso em 11 nov. 2015.

⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *Public and Private Antitrust Enforcement in Competition*, 2015. Disponível em:

<<http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁶ Esse recente fortalecimento é observado a partir da análise da evolução do número de acordos de leniência firmados desde 2003 (ano de celebração do primeiro acordo) no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Entre 2003 e 2008 foram firmados 10 acordos, enquanto que no período entre 2009 e 2014 esse número subiu para 30, representando um significativo aumento de 200%. Além disso, até outubro de 2015, outros 8 acordos de leniência foram celebrados, totalizando 48 acordos assinados entre 2003 e outubro de 2015. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Programa de Leniência. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?29090b151bf93a1024253a>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁷ Levantamento jurisprudencial realizado no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a partir da análise de acórdãos que contêm as palavras “cartel” ou “cartéis” e nos quais prejudicados pleiteavam a reparação pelos danos causados pelo conluio, indica que houve um aumento de 667% no número de acórdãos proferidos entre os anos de 2004-2008 (3 acórdãos) e 2009-2013 (23 acórdãos) e, considerando apenas os últimos 3 anos, o aumento foi de 450% no período de 2009-2011 (4 acórdãos) e 2012 – julho/2014 (22 acórdãos).

A concessão de acesso às informações obtidas pela autoridade da concorrência por meio de acordos de leniência, especialmente àqueles que são autores em ações de responsabilidade civil, é um dos pontos centrais na discussão sobre a necessidade de um equilíbrio na aplicação do Direito Concorrencial em suas esferas pública e privada.

De um lado, o acesso e a utilização de informações apresentadas por beneficiários da leniência facilita a comprovação da prática de cartel, dos danos por ele causados e de seu nexo de causalidade, elementos essenciais da responsabilidade civil concorrencial, permitindo que prejudicados sejam efetivamente indenizados. De outro lado, essa possibilidade aumenta os custos da delação e poderia desincentivar a celebração de acordos de leniência visto que os possíveis beneficiários passariam a ponderar sua maior exposição a ações de responsabilidade civil.

Apesar da Lei nº 12.529/2011 e do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) disciplinarem o tratamento sigiloso conferido aos documentos e informações relativos ao acordo de leniência⁸, inexistem normas no Direito Concorrencial brasileiro que versem sobre a inter-relação entre o acesso aos documentos e informações detidos pela autoridade da concorrência por partes interessadas em propor ações de reparação de danos.

Essa lacuna no direito brasileiro gerou, recentemente, intensa discussão acerca da discricionariedade da Justiça em conceder acesso a esses documentos e informações. No conhecido Caso Siemens, decisão judicial permitiu o acesso, por prejudicados, a informações apresentadas por delatores em decorrência da celebração de acordo de leniência com o CADE⁹.

De maneira semelhante ao Brasil, as discussões na União Europeia acerca da concessão de acesso a documentos e informações fornecidos à autoridade da concorrência, por meio de acordo de leniência, aos prejudicados pela prática de cartel também se iniciaram após decisão judicial em processo que, na Europa, ficou conhecido como Caso Pfleiderer¹⁰.

⁸ Art. 86, §9º e art. 49 da Lei nº 12.529/2011; art. 200 e art. 207 do Regimento Interno do Cade.

⁹ Em apertada síntese, nesse caso as empresas Siemens Ltda., Siemens AG e pessoas físicas celebraram acordo de leniência com o CADE, no qual apresentaram documentos e informações sobre a existência de um cartel em licitações relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares no Brasil, no período compreendido entre, pelo menos, 1998 e 2008. Em decisão em um dos processos de busca e apreensão (Processo nº 0004196-28.2013.4.03.6114), a Justiça Federal, em 9 ago. 2013, acolheu o pedido do Estado de São Paulo para ter acesso aos autos do processo, que continham, dentre outros documentos, o Acordo de Leniência e o Histórico de Conduta, sob o fundamento de que o interesse seria justificável visto que os prazos prescricionais para eventuais ações judiciais já se encontravam em curso, além da identidade dos signatários já ser de conhecimento de todos devido à divulgação ocorrida na imprensa. Posteriormente, o Estado de São Paulo ajuizou ação de reparação de danos contra a empresa Siemens. No mesmo sentido, decisão judicial determinou o compartilhamento dos referidos documentos pelo Cade com o Ministério Público do Estado de São Paulo, que permitiu, posteriormente, o ajuizamento de ação civil pública com o objetivo de obter a reparação dos danos causados pela suposta prática de cartel.

¹⁰ Case C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, 14 de junho de 2011. Nesse caso, a empresa Pfleiderer, cliente de empresas que haviam sido condenadas por cartel pela autoridade da concorrência alemã, considerando-

Até 2011, a Comissão Europeia há tempos adotava a posição de que os documentos relativos à leniência não poderiam ser divulgados a terceiros visto que essa divulgação poderia debilitar a eficiência dos programas de leniência¹¹. No entanto, a partir de decisão proferida no Caso Pfleiderer, o Tribunal de Justiça da União Europeia passou a entender não haver regras comuns na legislação europeia acerca desse direito de acesso e decidiu que cabe ao juiz natural, com base na legislação de cada Estado Membro, determinar caso a caso as condições sob as quais o acesso a estes documentos deve ser permitido ou rejeitado, sopesando os interesses protegidos pela legislação europeia, quais sejam: a efetividade dos programas de leniência e sua importância no combate a cartéis, e o direito a reparação de danos decorrentes de violações ao Direito Concorrencial¹²⁻¹³.

Essa decisão foi seguida de inúmeras discussões na União Europeia¹⁴ e ilustra a necessidade de articulação entre o *enforcement* público e o *enforcement* privado devido à tensão existente entre a proteção da eficácia dos programas de leniência e a implementação efetiva do direito à reparação das vítimas, princípio também consagrado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁵

se prejudicada pela prática, solicitou acesso irrestrito aos documentos do processo, dentre eles aqueles apresentados no âmbito do acordo de leniência, para preparar ação de reparação de danos. A autoridade alemã negou acesso aos documentos apresentados pelos beneficiários da leniência. Pfleiderer recorreu então ao Tribunal Regional de Bonn, que formulou consulta ao Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da aplicação da legislação europeia nestes casos.

¹¹ PIKE, R.; RICHMOND, F. Disclosure of Leniency Material by EU Competition Authorities: Protection in the Face of Civil Damages Claims. *Global Competition Litigation Review*, Londres, v. 5, p. 136, 4/2012. Disponível em: <<http://www.algoodbody.ie/media/GlobalCompLitigationReview1.pdf>>. Acesso em 11 de nov. 2015.

¹² Cf. extrato da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de junho de 2011: “*The provisions of European Union law on cartels, and in particular Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 TFEU and 102 TFEU, must be interpreted as not precluding a person who has been adversely affected by an infringement of European Union competition law and is seeking to obtain damages from being granted access to documents relating to a leniency procedure involving the perpetrator of that infringement. It is, however, for the courts and tribunals of the Member States, on the basis of their national law, to determine the conditions under which such access must be permitted or refused by weighing the interests protected by European Union law.*” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0360&from=EN>>. Acesso em 12 nov. 2015.

¹³ Posteriormente, essa decisão foi confirmada pelo próprio Tribunal de Justiça no Caso Donau Chemie, que ressaltou que a análise casuística é necessária tendo em vista que, principalmente no âmbito do Direito Concorrencial, qualquer norma rígida, seja garantindo ou rejeitando de maneira absoluta o acesso aos documentos da leniência, pode enfraquecer a eficácia de sua aplicação. (Processo C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde v Donau Chemie AG and Others*, julgado em 06 de junho de 2013. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NOT/?uri=CELEX:62011CJ0536>>. Acesso em: 12 nov. 2015).

¹⁴ Outros casos julgados na União Europeia que também versaram sobre o acesso a documentos detidos pela autoridade da concorrência foram: Case T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v Commission* (Tribunal Geral da União Europeia, 15 de dezembro de 2011); Case No. HC08C03243, *National Grid v. ABB* (Suprema Corte do Reino Unido, 4 de abril de 2012); Case T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg v Commission* (Tribunal Geral da União Europeia, 22 de maio de 2012); Case C-365/12P, *Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 27 de fevereiro de 2014); Case E-5/13, *DB Schenker v EFTA Surveillance Authority* (Corte EFTA, 7 de julho de 2014).

¹⁵ Nesse sentido, o entendimento de Idot e Zivy: “*Très commenté, l’arrêt peut faire l’objet de différentes lectures. Intéressant au regard des principes de droit institutionnel et notamment de la portée du principe d’autonomie*

A incerteza gerada pela decisão no Caso Pfleiderer reforçou a necessidade de soluções no âmbito legislativo da União Europeia, concretizada com a publicação, em 5 de dezembro de 2014, da *Directive on Antitrust Damages Actions*¹⁶ que dispõe sobre regras para reger as ações de indenização, no âmbito do direito nacional, por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia¹⁷.

Considerando a assimetria de informações inerente às ações de indenização e a importância da obtenção de provas que, em sua maioria, não são suficientemente conhecidas ou acessíveis pelos demandantes destas ações, a Diretiva propõe regras que assegurem o direito de acesso a informações detidas pelos demandados e terceiros, incluindo autoridades públicas e, em particular, a informações constantes em processos administrativos conduzidos pela autoridade da concorrência.

Especificamente em relação a acordos de leniência, essa Diretiva prevê que os Estados Membros devem assegurar que, para fins de ações de reparação de danos, os tribunais nacionais não podem determinar, em momento algum, a divulgação de tais acordos por aqueles que o celebraram ou por terceiros que tiveram acesso a tal documento¹⁸. Essa proibição decorre do entendimento da União Europeia acerca da importância desse instrumento na política de combate a cartéis e do risco de que essa divulgação exponha os cooperantes a condições piores do que os demais participantes do cartel que não cooperaram com as autoridades da concorrência, situação que reduziria os incentivos à delação¹⁹.

Importante ressaltar que a Diretiva exclui expressamente da definição de acordo de leniência²⁰, “informações pré-existentes”, ou seja, elementos de prova que existem independentemente de uma investigação conduzida por autoridade da concorrência, quer

procédurale, il est surtout illustratif em droit de la concurrence de la nécessaire articulation entre le public enforcement et le private enforcement du fait de la tension qui existe entre la protection de l'efficacité des programmes de clémence et la mise em oeuvre effective du droit à réparation des victimes consacré par la Cour de Justice dans les arrêts Courage et Manfredi”. IDOT, L; ZIVY, F. L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées: État des lieux deux ans après l'arrêt Pfleiderer. *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*, n. 3 - 2013, p. 34-53, set. 2013. Disponível em: <http://www.concurrences.com/spip.php?action=accéder_document&arg=19467&cle=01d79932dee7715180e0719afaaa93547157a7b8&file=pdf%2F05a.concurrences_3-2013_doctrines_1._idot.pdf>. Acesso em 12 nov. 2015.

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directive on Antitrust Damages Actions, nov. 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>>. Acesso em: 12 nov. 2015. Os Estado Membros devem implementar as regras previstas na Diretiva, em seus respectivos sistemas jurídicos, até 27 de dezembro de 2016.

¹⁷ Essa Diretiva disciplina as seguintes questões: (i) acesso a elementos de prova; (ii) efeitos das decisões nacionais; (iii) prazos prescricionais; (iv) responsabilidade solidária; (v) defesa baseada no repasse de custos (“*passing-on defense*”) e direito de adquirentes indiretos à reparação; (vi) quantificação do dano; (vii) meios alternativos de resolução de conflitos.

¹⁸ Cf. Artigo 6(6).

¹⁹ Cf. Consideranda (24).

²⁰ Cf. definido no Consideranda (15)

constem ou não em processo da autoridade da concorrência²¹, cuja disponibilização pode ser determinada pelos tribunais nacionais a qualquer momento em ações de indenização²². Ademais, a Diretiva estabelece que a disponibilização de informações elaboradas pelas partes, terceiros ou pela autoridade da concorrência no âmbito do processo administrativo (*e.g.*, respostas a ofícios, pareceres, etc.) pelos tribunais nacionais somente podem ser determinada após o arquivamento do referido processo²³.

Devido às similaridades das estruturas, objetivos e evolução dos institutos da leniência e da responsabilidade civil concorrencial no Brasil e na União Europeia, pode-se dizer que a proposta desta de limitar o acesso de prejudicados ao acordo de leniência seria aplicável à legislação brasileira a fim de se alcançar um equilíbrio efetivo entre as ações de reparação civil e os programas de leniência.

Isso porque, caso o Brasil adote parâmetros semelhantes aos da legislação da União Europeia, seria mantida a possibilidade do prejudicado obter informações importantes para a comprovação do dano e do nexo de causalidade decorrentes da prática de cartel, inclusive requerendo acesso a informações pré-existentes que poderiam ser obtidas, por exemplo, por meio do procedimento de busca e apreensão e, ao mesmo tempo, seria garantida a proteção ao delator da prática, ao impedir a divulgação do acordo de leniência, instrumento no qual confessa expressamente sua prática no ilícito e descreve os fatos relativos à infração no chamado “Histórico da Conduta”²⁴.

3. A limitação da responsabilidade solidária dos beneficiários da leniência

O instituto da responsabilidade civil disciplinado pelo Código Civil brasileiro prevê que todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação²⁵. Assim, no âmbito da responsabilidade civil concorrencial e, especificamente em decorrência da prática de cartel, todos os participantes desse ato ilícito serão solidariamente responsáveis pelos danos, sejam materiais ou morais, que causarem aos prejudicados.

²¹ Cf. definido no Consideranda (17).

²² Cf. Artigo 6(9).

²³ Cf. Artigo 6(5).

²⁴ Para conferir maior efetividade ao instituto da responsabilidade civil concorrencial e, assim, maximizar a política de combate a cartéis no Brasil, seria necessária também, assim como previsto na diretiva europeia, a alteração da legislação nacional para que passe a prever a suspensão, ou até mesmo a interrupção, do prazo prescricional para a propositura de ação de reparação nos casos em que a autoridade da concorrência iniciar investigações ou processos administrativos em relação à suposta prática anticoncorrencial.

²⁵ Arts. 927 e 942 do Código Civil.

O direito brasileiro não contém disposições que alterem o regime da responsabilidade solidária em relação ao beneficiário da leniência, que, ao contribuir com a autoridade da concorrência, torna-se mais exposto a ações de indenização do que os outros participantes do cartel e, em razão da solidariedade passiva, responde pelo pagamento de todos os danos causados pela prática anticoncorrencial²⁶, ainda que cabível, posteriormente, o direito de regresso em face dos outros integrantes do cartel²⁷.

As legislações dos Estados Unidos²⁸ e da União Europeia²⁹, no entanto, propõem uma flexibilização da responsabilidade solidária dos beneficiários da leniência como forma de balancear os interesses da aplicação pública e privada do Direito da Concorrência e garantir a manutenção dos incentivos à delação.

Até 2004, nos Estados Unidos, aquele que desejasse delatar a prática de cartel e se tornar beneficiário da leniência, recebendo imunidade criminal por essa infração à concorrência, continuaria exposto a potenciais ações de reparação civil que, nos Estados Unidos, se caracterizam pelos *punitive damages*, ou seja, pela possibilidade do infrator pagar triplamente o valor do dano efetivamente causado (*treble damages*), além de responder solidariamente pelo seu pagamento.

Em junho de 2004, no entanto, entrou em vigor o *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA), com o objetivo de incentivar participantes de cartéis a delatarem a prática e cooperarem com o Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. Para tanto, o ACPERA prevê que os beneficiários da leniência têm sua responsabilidade limitada somente aos danos efetivamente causados em decorrência de sua própria conduta, eliminando a responsabilidade solidária em relação aos *treble damages*, e desde que cooperem satisfatoriamente com os demandantes no âmbito das ações de indenização³⁰.

²⁶ Essa foi, inclusive, a situação dos beneficiários da leniência no Caso Siemens, no qual o Estado de São Paulo ajuizou ação de reparação de danos inicialmente apenas contra os beneficiários da leniência e pleiteando indenização pelos danos causados, em conjunto, por todos os participantes do cartel.

²⁷ Art. 934, Código Civil.

²⁸ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA), de 22 de junho de 2004, Pub. L. No. 108-237, §213, 118 Stat. 661, 665.

²⁹ *Directive on Antitrust Damages Actions*, publicada em dezembro de 2014.

³⁰ Em resumo, o ACPERA dispõe que a “cooperação satisfatória” impõe ao beneficiário da leniência que (i) apresente de maneira completa todos os fatos potencialmente relevantes para a ação civil; (ii) forneça todos os documentos potencialmente relevantes para a ação civil que estejam sob sua posse, custódia ou controle, independentemente de sua localização; e (iii) comprometa-se a envidar seus melhores esforços para assegurar e facilitar entrevistas, depoimentos e testemunhos de “cooperantes individuais” que também estejam abrangidos pelos benefícios da leniência (ou, caso o beneficiário seja o próprio indivíduo, que este se disponha a conceder entrevistas, depoimentos e testemunhos), segundo MAHR, E.; LICHT, S. ACPERA: Inscrutable or Just Forgettable?, 2014, p. 6. In: American Bar Association Section of Antitrust Law – 2014 Spring Meeting, 2014, Washington.

Segundo o Departamento de Justiça norte-americano, apesar dos *treble damages* serem um importante elemento da aplicação do Direito Concorrencial nos Estados Unidos, o risco da exposição ao pagamento dessa indenização tripla e solidária em ações de responsabilidade civil estaria eventualmente impedindo a delação da prática ilícita pelas empresas e a obtenção, por estas, dos benefícios oferecidos pelo programa de leniência³¹

Estudos do governo norte-americano³² demonstraram que, apesar do número de solicitações de leniência antes e após a promulgação do ACPERA ter se mantido estável, o número de delações de práticas sobre as quais o Departamento de Justiça não tinha qualquer conhecimento praticamente duplicou³³. Além disso, entrevistas com representantes de beneficiários da leniência indicaram que as disposições do ACPERA tiveram um ligeiro efeito positivo sobre a decisão destes delatarem ou não a prática anticoncorrencial. Em relação ao impacto do ACPERA sobre as ações privadas de indenização, entrevistas com advogados de demandantes indicaram que informações obtidas por meio da cooperação dos beneficiários contribuíram para conceder força, agilidade e eficiência às suas demandas, apesar dos desafios referentes à interpretação do que seria uma “cooperação satisfatória” dos beneficiários da leniência.

No caso da União Europeia, a Diretiva dispõe que, em princípio, os Estados Membros devem assegurar que todos aqueles que praticaram conjuntamente uma infração à concorrência são solidariamente responsáveis pelos danos causados pela prática, ou seja, o prejudicado pode demandar a totalidade dos danos sofridos de qualquer infrator, sendo este obrigado a compensá-lo integralmente³⁴.

No entanto, de maneira semelhante à previsão do ACPERA, a Diretiva propõe a limitação da responsabilidade civil dos beneficiários da leniência que passam a responder solidariamente apenas pelos danos causados aos seus compradores diretos, indiretos e fornecedores³⁵. Entretanto, a responsabilidade solidária do beneficiário é mantida em relação

³¹ BARNETT, T. O. Antitrust Enforcement Priorities: a Year in Review. In: Fall Forum of the Section of Antitrust Law – American Bar Association, 2004, Washington, p. 5. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206455.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015.

³² UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection, Julho 2014, p. 15 - 21. Disponível em: <<http://www.gao.gov/assets/330/321794.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

³³ Apesar do entendimento de que outros fatores também podem ter influenciado o número e tipo de solicitações de leniência, tais como o aumento do número de programa de leniência em outros países. UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection, Julho 2014, p. 21.

³⁴ Cf. Artigo 11(1).

³⁵ Cf. Artigo 11 (4)(a).

a outros prejudicados nos casos em que a totalidade da indenização não pode ser obtida dos demais envolvidos na infração³⁶, situação essa não prevista no direito norte-americano.

Caso não tenham sido causados danos aos compradores diretos, indiretos ou fornecedores do beneficiário da leniência, e aqui é possível destacar a figura do concorrente lesado pela prática, o valor da indenização do beneficiário da leniência deve ser determinado à luz de sua responsabilidade relativa³⁷.

Inicialmente, cabe destacar que a limitação da responsabilidade solidária dos beneficiários da leniência não impede o exercício do direito de reparação pelos prejudicados pela prática de cartel. Isso porque a manutenção da responsabilidade solidária dos outros participantes do cartel que não delataram a prática permite que o prejudicado obtenha destes a totalidade dos valores referentes aos danos causados e, ao mesmo tempo, não exime o beneficiário de sua responsabilidade civil, visto que este ainda está sujeito ao pagamento de indenização pelos danos que sua conduta gerou.

A limitação da responsabilidade solidária dos beneficiários da leniência geraria dois importantes efeitos:

- (i) contribuiria para a desestabilização da prática de cartel, visto que a concessão de mais esse benefício ao delator gera maior incentivo à celebração de acordos de leniência, situação que aumenta os custos relativos ao monitoramento interno do cartel que, quando excessivos, tendem a desestabilizá-lo; e
- (ii) reduziria a elevada exposição dos delatores às ações de indenização pois, sabendo que os beneficiários são apenas responsáveis pelos danos que efetivamente causaram, demandantes direcionariam seus esforços para processar os demais infratores, solidariamente responsáveis, que, posteriormente, teriam direito de regresso contra os beneficiários e o ônus de provar a alocação dos danos³⁸.

Caso os prejudicados ingressem com ações de indenização em face de um beneficiário da leniência, deve caber a esse o ônus de provar em que medida sua responsabilidade deve ser

³⁶ Cf. Artigo 11(4)(b).

³⁷ Cf. Artigo 11(5).

³⁸ CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Final Report for the European Commission, dezembro de 2007, p. 520. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf#page=441>. Acesso em 11 nov. 2015.

limitada, considerando a assimetria de informações existente entre demandantes e demandados que não pode prejudicar o exercício do direito de reparação pelas vítimas da prática de cartel³⁹.

Diante do acima exposto, pode-se dizer que a limitação da responsabilidade solidária do delator seria uma alternativa viável ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente ao, simultaneamente, não impedir a obtenção da reparação de danos pelas vítimas do cartel e gerar um incentivo a mais à delação da prática. Necessário seria, portanto, a alteração da legislação concorrencial em vigor.

Importante a ressalva de que a simples “importação” dos modelos norte-americano e/ou europeu não seria possível devido às peculiaridades do sistema jurídico pátrio e às diferenças quanto aos incentivos por elas promovidos.

Em primeiro lugar, não seria aplicável, por exemplo, a previsão do direito norte-americano acima mencionada de que a limitação da responsabilidade civil seja apenas concedida caso o beneficiário da leniência coopere satisfatoriamente com os demandantes no âmbito das ações civis de reparação de danos. Isso porque, nos Estados Unidos, o objetivo da cooperação não é apenas a limitação da responsabilidade, mas também a redução da indenização a ser paga (que é triplamente reduzida). Não haveria incentivos, no direito brasileiro, para que o beneficiário da leniência coopere com as ações de reparação de danos caso obtenha como benefício apenas a limitação de sua responsabilidade solidária, visto que, de toda forma, o direito de regresso lhe garante que será responsável apenas pelos danos que efetivamente causou. Quanto à possibilidade de concessão de imunidade civil total ou parcial no direito brasileiro, esta será tratada no Item 4 abaixo.

Em segundo lugar, a previsão do direito europeu de manter a responsabilidade solidária do beneficiário da leniência caso não seja possível obter a totalidade da reparação do demais participantes da infração também deve ser questionada. Se, por um lado, essa regra retira do prejudicado o ônus pela impossibilidade de pagamento dos co-infratores, garantindo que possa obter a totalidade da indenização também do beneficiário, por outro lado, reduz o incentivo à delação criado pela limitação, visto que ainda sujeita o beneficiário à responsabilidade solidária. De toda forma, caso essa regra seja adotada, necessário seria o

³⁹ Na prática, haveria um desafio em se estabelecer quais prejuízos decorreram especificamente da atuação individual de um membro do cartel, num contexto em que é a atuação do cartel, considerado de maneira conjunta, que resultou, por exemplo, num aumento de preço. In: MCGRATH, B.; REDDY, T. Proposals for Reform to Private Competition Claims under UK Law: All Change Please? Global Competition Litigation Review, Londres, p. 142, Issue 4, 2012. Disponível em: <<http://www.algoodbody.ie/media/GlobalCompLitigationReview1.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015

esclarecimento de quais as circunstâncias em que o prejudicado também poderia demandar solidariamente o beneficiário.

De uma forma geral, nota-se que, assim como a limitação do acesso aos documentos apresentados pelo beneficiário da leniência, a limitação da responsabilidade civil também poderia ser introduzida na legislação brasileira como forma de equilibrar a aplicação do direito à reparação e o direito aos benefícios decorrentes da leniência, maximizando a política de combate a cartéis no Brasil.

4. O beneficiário do programa de leniência e a concessão de imunidade civil parcial ou total

Por fim, resta discutir se a concessão de imunidade civil parcial ou total a um beneficiário da leniência pode contribuir para uma melhor interação entre a aplicação do Direito Concorrencial em suas esferas pública e privada, de maneira a aprimorar a política de combate a cartéis no Brasil. As discussões acerca dessa possibilidade são bastante controversas e, conforme será exposto abaixo, os efeitos de sua aplicação podem ser diferentes devido às características de cada ordenamento jurídico.

Inicialmente, importante destacar que a legislação concorrencial brasileira prevê a concessão apenas de imunidade administrativa e penal àqueles que delatarem a prática de cartel e cooperarem com a autoridade da concorrência. Inexiste, portanto, qualquer dispositivo que conceda imunidade civil aos beneficiários, ou seja, que permita a redução ou eliminação de sua responsabilidade em relação ao pagamento de indenização aos prejudicados pela prática.

Nos Estados Unidos, a redução dos valores pagos pelos beneficiários da leniência a título indenizatório se insere, conforme exposto acima, na lógica dos *treble damages*. O objetivo dessa indenização múltipla é incentivar economicamente os prejudicados a processar e obter reparação principalmente nos casos em que a conduta anticompetitiva não é detectada e punida⁴⁰, promovendo, conjuntamente, efeitos dissuasórios e compensatórios sobre a prática anticompetitiva⁴¹. Conforme indicado acima, o ACPERA prevê a possibilidade de os beneficiários da leniência reduzirem, de *treble damages* para *single damages*⁴², o valor da indenização a ser paga em ações de reparação civil, além de terem sua responsabilidade

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies, 2011, p. 14. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁴¹ BAER, B. Public and Private Antitrust Enforcement in the United States. In: European Competition Forum 2014, 2014, Bruxelas, p. 3. Disponível em: < <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/speech-baer.html>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

⁴² Ou seja, aos danos que efetivamente causaram aos prejudicados em decorrência de suas condutas.

solidária limitada, desde que cooperem satisfatoriamente com os prejudicados no âmbito das ações privadas.

Na União Europeia, a possibilidade de redução do valor da indenização pelos beneficiários da leniência foi uma das propostas apresentada no Livro Verde – Ações de indenização devido a violações das regras comunitárias no domínio antitruste, em 2005⁴³. Essa proposta, que não foi acolhida na redação da Diretiva recentemente publicada, previa apenas a redução da indenização pelos danos efetivamente causados pelos beneficiários e não a aplicação de uma indenização múltipla imposta aos participantes da prática anticoncorrencial, posteriormente reduzida aos beneficiários da leniência, tal como ocorre nos Estados Unidos.

Diante das experiências norte-americana e europeia, conclui-se que um sistema de concessão de imunidade civil aos beneficiários da leniência insere-se em dois contextos. No primeiro deles, todo prejudicado pela prática de cartel poderá pretear o recebimento de indenização múltipla (duplicada ou triplicada) e a redução desse valor é concedida ao delator no limite dos danos efetivamente causados aos prejudicados⁴⁴. No segundo contexto, os prejudicados somente podem reivindicar a reparação dos danos efetivamente causados pelos infratores, incidindo a imunidade dos beneficiários da leniência diretamente sobre esse valor, e não sobre o valor duplicado ou triplicado da indenização.

Considerando que as características do ordenamento jurídico pátrio impedem o pagamento de indenização múltipla, devido ao princípio constitucional de vedação ao *bis in idem* e ao fato da indenização medir-se pela extensão dano⁴⁵, incabível a análise da aplicabilidade da concessão de imunidade civil no Brasil neste contexto de indenização múltipla. Assim, será analisada abaixo apenas a hipótese de concessão de imunidade civil parcial ou total calculada com base nos danos efetivamente causados, e não sobre o valor duplicado ou triplicado da indenização.

Sob a ótica exclusiva dos programas de leniência, a previsão de concessão de imunidade civil parcial ou total pode contribuir para o aumento de sua efetividade. Isso porque ela pretende: (i) eliminar o impacto que possíveis ações de indenização causariam sobre potenciais beneficiários da leniência; e (ii) aumentar a diferença dos riscos aos quais estão

⁴³ COMISSÃO EUROPEIA. Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules. Dez. 2005, p. 10. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>>. Acesso em: 13 nov. 2015

⁴⁴ No Brasil, antes da aprovação da Lei nº 12.529/2011, essa proposta foi colocada sob consulta pública pela extinta Secretaria de Direito Econômico por meio da Consulta Pública nº 17, de 28 de setembro de 2011, sobre minuta de projeto de lei alterando as Leis nºs 8.137/90, 8.666/93 e 8.884/94. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/consulta17_2011.pdf>. Acesso em 13 nov. 2015.

⁴⁵ Art. 944 do Código Civil.

sujeitos os delatores e os outros participantes do cartel, que estariam mais expostos às ações de indenização⁴⁶.

Caso a imunidade civil seja conferida nos mesmos termos da imunidade administrativa e penal, ela estaria sujeita à cooperação plena e permanente dos delatores da infração com as investigações conduzidas pelos Cade⁴⁷. Além disso, haveria a necessidade de determinar a suspensão do curso do prazo prescricional para a propositura de ações de indenização, tal como ocorre na esfera penal⁴⁸, evitando a perda do direito de ação dos prejudicados em decorrência da demora do processo administrativo no Cade, que, somente no julgamento final do processo, concederia ou não os benefícios da leniência ao delator, incluindo a concessão da imunidade civil.

Haveria, no entanto, a possibilidade de se conceder a imunidade civil não apenas em decorrência da colaboração do delator no âmbito das investigações e do processo administrativo, mas de sua colaboração na própria ação de indenização, tal como ocorre nos Estados Unidos, recaindo a decisão acerca da concessão ou não desse benefício sobre o juiz da causa privada, e não sob a autoridade da concorrência⁴⁹.

A imposição da condição de cooperação com as ações privadas de reparação de danos pode gerar dois efeitos positivos: (a) dependendo do valor a ser reduzido no pagamento da indenização, reduz-se também os incentivos que o delator tem de estrategicamente esconder ou destruir as informações que detém; e (b) a apresentação de provas concretas acerca da responsabilidade dos demais infratores na conduta anticompetitiva pode aumentar o risco de condenação destes que, por sua vez, aumenta a diferença dos riscos aos quais estão sujeitos aqueles que colaboram e aqueles que não colaboram com as autoridades⁵⁰. Há também

⁴⁶ CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Final Report for the European Commission, dezembro de 2007, p. 493. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf#page=441>. Acesso em 11 nov. 2015.

⁴⁷ Em consonância com a previsão do Art. 86, §1º, IV, Lei nº 12.529/2011, além de outros requisitos previstos nos art. 86 desta mesma lei.

⁴⁸ Art. 87, Lei nº 12.529/2011.

⁴⁹ Sobre os efeitos que a imposição da condição de cooperação com as ações privadas de reparação de danos pode gerar, bem como às consequências negativas dessa condição de cooperação, atualmente enfrentadas e discutidas nos Estados Unidos, ver: CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Final Report for the European Commission, cit., p. 502; MAHR, E.; LICHT, S. ACPERA: Inscrutable or Just Forgettable?, 2014, 28 p. In: American Bar Association Section of Antitrust Law – 2014 Spring Meeting, 2014, Washington; e SWEENEY, B. E. Earning ACPERA's Civil Benefits: What constitutes "Timely" and "Satisfactory" Cooperation?, 2014, 9 p. In: American Bar Association Section of Antitrust Law – 2014 Spring Meeting, 2014, Washington.

⁵⁰ CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Final Report for the European Commission, dezembro de 2007, p. 502. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf#page=441>. Acesso em 11 nov. 2015.

consequências negativas dessa condição de cooperação, atualmente enfrentadas e discutidas nos Estados Unidos, decorrentes da incerteza acerca do que é considerado uma cooperação satisfatória por parte dos delatores e quais parâmetros devem ser observados para que a imunidade seja obtida⁵¹, incerteza esta que pode contrabalancear os incentivos que a concessão da imunidade civil gera sobre a decisão de delatar.

Sob a ótica das ações de indenização, necessário é que a concessão de imunidade civil aos beneficiários da leniência não afete o direito dos prejudicados de obterem reparação completa por todos os danos causados pelo cartel. Ainda que os programas de leniência possibilitem a detecção e a persecução de cartéis e infratores que não teriam sido de outra forma descobertos, a concessão de benefícios ao delator, tal como a imunidade civil, é um preço que não pode ser pago pelos prejudicados.

Apesar de a concessão de imunidade civil aos beneficiários da leniência ser um mecanismo que pode aumentar a detecção, persecução e punição de cartéis, visto que contribui com os efeitos dissuasórios e desestabilizadores dessa prática e, ainda que seja introduzido num contexto legal claro e previsível, não alterando significativamente o direito à indenização pelos prejudicados, a adoção desse mecanismo no direito brasileiro deve ser visto com cautela.

Isso porque, não se pode ignorar o fato de os cartéis serem, dentre as infrações contra a ordem econômica, aquela que causa maior lesão à concorrência e aos consumidores sendo, inclusive, tipificada como crime contra a ordem econômica. Seria, portanto, justa a concessão de imunidade administrativa, penal e também civil àqueles que optaram por acordar com seus concorrentes a fixação de preços e produção e/ou a divisão clientes e mercados, de maneira a causar inúmeros danos à concorrência e à sociedade como um todo?

Eventual transferência, aos demais integrantes do cartel, da responsabilidade civil pelos danos causados pelo delator, devido à imunidade concedida àquele, seria efetivamente cabível no direito brasileiro? Essa situação poderia submeter os demais infratores ao pagamento de indenização múltipla, ou seja, superior à extensão do dano que efetivamente causaram que, conforme exposto acima, não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, caso não haja essa transferência, o impacto desta política seria diretamente sofrido pelos prejudicados, impedidos de exercer integralmente seu direito à indenização.

⁵¹ Neste sentido, ver MAHR, E.; LICHT, S. ACPERA: Inscrutable or Just Forgettable?, 2014, 28 p. In: American Bar Association Section of Antitrust Law – 2014 Spring Meeting, 2014, Washington. e SWEENEY, B. E. Earning ACPERA's Civil Benefits: What constitutes "Timely" and "Satisfactory" Cooperation?, 2014, 9 p. In: American Bar Association Section of Antitrust Law – 2014 Spring Meeting, 2014, Washington.

Ademais, a adoção desse mecanismo poderia permitir que participantes de esquemas colusivos utilizassem estrategicamente a celebração de acordos de leniência como forma de reduzir ao máximo as sanções a eles impostas. Essa possibilidade é ainda maior visto que a nova lei concorrencial brasileira não veda a celebração de acordos de leniência por líderes do cartel, tal como disposto expressamente na lei anterior⁵².

A partir das reflexões acima, é possível concluir que a concessão da imunidade civil aos beneficiários da leniência não contribuiria para um equilíbrio na aplicação pública e privada do Direito Concorrencial e não aperfeiçoaria a política de combate a cartéis no Brasil.

Tal conclusão é corroborada pela existência de alternativas a essa proposta que podem contribuir para a obtenção de efeitos práticos semelhantes, tais como (i) a já mencionada limitação da responsabilidade solidária, que contribuiria com a delação na medida em que reduz a exposição dos beneficiários da leniência às ações de responsabilidade civil; e (ii) o aumento das sanções administrativa e penal aos quais estão sujeitos os participantes de um cartel. Dessa forma, o receio de uma maior punição ampliaria o efeito dissuasório dos programas de leniência e a instabilidade da prática colusiva.

Ademais, o fortalecimento da própria autoridade da concorrência, no sentido de possuir maiores condições de monitoramento de mercado e identificação de infrações à concorrência também seria um importante fator para a maximização da política de combate a cartéis.

5. Conclusões

A discussão acerca do desenvolvimento de uma política efetiva de combate a cartéis deve necessariamente desdobrar-se sobre a análise da aplicação pública e privada do Direito da Concorrência. .

Quanto à aplicação pública, observa-se que, a partir da vigência da Lei nº 12.529/2011, a política brasileira de defesa da concorrência tende a conferir maior foco à repressão de infrações contra a ordem econômica, situação essa que permite o fortalecimento do programa de leniência, que já se encontra presente no ordenamento brasileiro há 14 anos.

A intensificação das investigações, a existência de um conjunto de medidas tais como a possibilidade de realização de busca e apreensão e de celebração de Termo de Compromisso

⁵² Art. 35-B [...] § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária”, Lei nº 8.884/1994.

de Cessação, além do crescente valor das sanções aplicadas pelo CADE em recentes julgamentos, tendem a desestabilizar a confiança existente entre os participantes do cartel e aumentar a probabilidade de delação da prática e cooperação com a autoridade da concorrência para a obtenção de imunidade administrativa e penal via acordos de leniência.

No que diz respeito à aplicação privada do direito da concorrência, analisada sob a ótica das ações de responsabilidade civil concorrencial, apesar de ser um importante mecanismo para a reparação dos danos causados às vítimas do cartel e contribuir para a proteção da competitividade e da liberdade de escolha dos prejudicados diante do uso abusivo de poder econômico, nota-se ser ainda baixo o número de ações propostas perante o judiciário brasileiro, apesar de seu progressivo aumento nos últimos anos.

O avanço da interação entre esses institutos é fundamental para o desenvolvimento efetivo da política de combate a cartéis no Brasil, isso porque o programa de leniência, no âmbito do *enforcement* público, e as ações de responsabilidade civil, no âmbito do *enforcement* privado, ao exercerem respectivamente suas funções dissuasória, punitiva e compensatória, contribuem para a proteção da competitividade, da liberdade do mercado e do bem estar social, ou seja, auxiliam fundamentalmente na preservação de interesses eminentemente públicos. No entanto, a discussão da referida interação é tema bastante incipiente no Brasil.

Imperioso, portanto, o desenvolvimento de uma agenda ativa de debates referentes a esse tema, que possam contribuir para que o sistema jurídico brasileiro não se torne obsoleto frente às inúmeras discussões e alterações legislativas que vêm sendo recentemente, e de maneira constante, promovidas no âmbito internacional. Espera-se, assim, que este estudo, ao analisar alternativas que possam viabilizar uma aplicação equilibrada das esferas pública e privada do Direito Concorrencial, colabore com o avanço desses debates e com o aperfeiçoamento da política de combate a cartéis no Brasil.

6. Referências Bibliográficas

BAER, B. Public and Private Antitrust Enforcement in the United States. In: European Competition Forum 2014, 2014, Bruxelas, 11 p. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/speech-baer.html>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BARNETT, T. O. Antitrust Enforcement Priorities: a Year in Review. In: Fall Forum of the Section of Antitrust Law – American Bar Association, 2004, Washington, 20 p. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206455.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2015.

CEPS; EUR; LUISS. Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Final Report for the European Commission, dezembro de 2007, 671 p. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf#page=441>. Acesso em 11 nov. 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules. dez. 2005, 12 p. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Programa de Leniência. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?29090b151bf93a1024253a>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COBATE A CARTÉIS. Declaração de Brasília. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/enacc>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

IDOT, L.; ZIVY, F. L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées: État des lieux deux ans après l'arrêt Pfleiderer. Concurrences – Revue des droits de la concurrence, n. 3 - 2013, p. 34-53, set. 2013. Disponível em: <http://www.concurrences.com/spip.php?action=accéder_document&arg=19467&cle=01d79932dee7715180e0719afaaa93547157a7b8&file=pdf%2F05a.concurrences_3-2013_doctrines_1._idot.pdf>. Acesso em 12 nov. 2015.

MAHR, E.; LICHT, S. ACPERA: Inscrutable or Just Forgettable?, 2014, 28 p. In: American Bar Association Section of Antitrust Law – 2014 Spring Meeting, 2014, Washington.

MCGRATH, B.; REDDY, T. Proposals for Reform to Private Competition Claims under UK Law: All Change Please? Global Competition Litigation Review, Londres, p. 138 - 144, Issue 4, 2012. Disponível em: <<http://www.algoodbody.ie/media/GlobalCompLitigationReview1.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies, 2011. Disponível em:

<<http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf>>.
Acesso em: 13 nov. 2015

_____. Public and Private Antitrust Enforcement in Competition, 2015. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm>>. Acesso
em: 11 nov. 2015.

UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection, Julho 2014, 72 p. Disponível em:
<<http://www.gao.gov/assets/330/321794.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Directive on Antitrust Damages Actions*, nov. 2014. Disponível em:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/proposed_directive_en.html Acesso
em: 12 nov. 2015.

PIKE, R.; RICHMOND, F. Disclosure of Leniency Material by EU Competition Authorities: Protection in the Face of Civil Damages Claims. *Global Competition Litigation Review*, Londres, v. 5, p. 136-137, 4/2012. Disponível em:
<<http://www.algoodbody.ie/media/GlobalCompLitigationReview1.pdf> >. Acesso em 11 nov. 2015.

SWEENEY, B. E. Earning ACPERA's Civil Benefits: What constitutes "Timely" and "Satisfactory" Cooperation?, 2014, 9 p. In: American Bar Association Section of Antitrust Law – 2014 Spring Meeting, 2014, Washington.

Concessões e concorrência nos aeroportos brasileiros

Bruno Polonio Renzetti¹

RESUMO

O Brasil experimentou na década de 1990 um grande movimento de desestatização de alguns setores estratégicos da economia, a partir de um novo modelo de concessões, regido pela Lei 8.987/1995. Na esteira desse movimento, teve início a concessão de aeroportos para entes privados, buscando suprir as deficiências do setor, as quais ficaram visíveis à população após o episódio do “apagão aéreo”. Os aeroportos são verdadeiros pontos de estrangulamento da economia brasileira, por concentrarem muito do transporte de cargas e passageiros no território nacional. Assim, a melhora em sua infraestrutura possui efeito positivo para vários setores. O presente trabalho analisa, portanto, a nova dinâmica dada ao setor aeronáutico com a entrada de entes privados na administração de aeroportos, setor historicamente dominado pelo Poder Público. Não se pode mais conceber os aeroportos como exemplos de monopólios naturais, mas sim como atores também sujeitos ao regime da concorrência. Portanto, busca-se aqui compreender as implicações trazidas pelas concessões dos aeroportos ao direito da concorrência brasileiro.

Palavras-chave: aeroportos; concessão; regulação; concorrência.

ABSTRACT

During the 1990s, a few strategic sectors in the Brazilian economy were turned from the government to the private initiative, having its legal reference in Law 8.987/1995. As an effect from this movement, the Brazilian airports also started to be handed over to the private sector, in an attempt to correct the failures exposed in such segment of transports. The airports are undoubtedly strangling points in the Brazilian economy, given that it concentrates much of the cargo and passengers transported in the country. In this sense, a better infrastructure has a positive effect in the whole economic scenario. This paper evaluates the effects brought to the airports by the entrance of private sector players in its market. Airports are not be seen anymore as natural monopolies, but as players subjected to competition as well. Thus, the paper seeks to understand the consequences to competition law with this picture of Brazilian airports administration.

Keywords: airports; concessions; regulation; competition.

Classificação JEL: H54, K21, K23, L44, L93.

¹ Estudante do último ano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Programa de Iniciação Científica. Participante do XXXIV Programa de Intercâmbio do CADE. Estagiário de Hapner Kroetz Advogados, em Curitiba, PR.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 O histórico legislativo do setor aeroportuário; 2.1. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária; 2.2. A Agência Nacional de Aviação Civil; 2.3. O art. 21, XII, da Constituição Federal; 3. O modelo de concessões no Brasil; 3.1. O contrato administrativo de concessão; 3.2. O diálogo entre concessão, desestatização e privatização; 4. O caso dos aeroportos; 4.1. Aeroportos e monopólio natural; 4.2. A concorrência entre aeroportos; 4.3. A privatização de aeroportos; 4.3.1. Potenciais benefícios da privatização; 5. A experiência brasileira na concessão de aeroportos; 5.1. Aeroporto internacional Juscelino Kubitschek (BSB); 5.2. Aeroporto internacional Antônio Carlos Jobim (GIG); 5.3. Aeroporto internacional gov. André Franco Montoro (GRU); 5.4. Aeroporto internacional Tancredo Neves (CNF); 5.5. Aeroporto internacional de Campinas (VCP); 5.6. Aeroporto de Natal/São Gonçalo do Amarante (NAT); 5.7. O plano de investimento em logística 2015-2018; 6. Conclusões; 7 Bibliografia.

1. Introdução

A presente pesquisa tem como objeto de estudo o setor aeronáutico brasileiro, suas estruturas e mudanças enfrentadas desde a promulgação do marco regulatório do setor, o qual criou a Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”), culminando nas atuais mudanças experimentadas pelo setor, notadamente a partir da concessão de diversos terminais aeroportuários à iniciativa privas.

A criação de autarquias para regulação de setores foi fenômeno comum no Brasil durante a década de 1990 e início dos anos 2000. As agências reguladoras têm como benefícios propor uma administração com maior grau técnico em seu setor, tentando se distanciar, no que possível, da influência direta da política.

A ANAC foi criada em meio a grande expansão do transporte aéreo no Brasil. Os gargalos enfrentados pelo setor aeroportuário são empiricamente comprovados. Desde a criação da ANAC, o país passou por dois grandes acidentes aéreos dentro de seu próprio território, o que levou ao chamado “apagão aéreo”, trazendo à tona a necessidade de discussões acerca do papel da própria agência reguladora e sua função dentro dos mercados relevantes em que os aeroportos se inserem.

Os grandes eventos esportivos sediados pelo Brasil, ao lado do crescimento doméstico de passageiros, somente expuseram mais ainda a necessidade de investimentos e reformas no setor objeto deste estudo. A ANAC passou a buscar novas formas de regulação aeroportuária, ponderando sobre saídas para o modelo vigente à época no Brasil, qual seja, a exploração monopolística dos aeroportos por uma empresa pública.

Assim, a pesquisa tem como escopo investigar os impactos econômicos trazidos pela concessão dos maiores terminais aeroportuários do país à iniciativa privada. Busca-se compreender quais os conceitos que embasaram tal manobra, bem como promover estudo comparado com experiências do exterior, objetivando, ao cabo, entender qual o impacto disto no direito da concorrência.

O artigo se divide em quatro partes. Primeiro, faz-se um breve resgate da legislação pertinente ao setor aeroportuário, a fim de se entender qual o arcabouço legal que sustenta as mudanças verificadas no setor. Em seguida, analisa-se o modelo de concessões de serviço público no Brasil. A terceira parte estuda especificamente o caso dos aeroportos brasileiros e os impactos que a mudança de administração teve na dinâmica concorrencial. Por fim, conduz-se uma análise específica de cada aeroporto que já foi objeto de concessão, apresentando as conclusões ao cabo.

2. O histórico legislativo do setor aeroportuário

O presente tópico do artigo tratará de colacionar o arcabouço jurídico do setor aeronáutico no Brasil, a fim de localizar o leitor no âmbito legislativo do tema. Passa-se pelas principais leis atinentes ao setor, para que, então, se proceda com o estudo mais aprofundado das concessões aeroportuárias.

2.1. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

Analisando os últimos trinta anos de desenvolvimento da aviação civil no cenário nacional, percebe-se que, historicamente, os aeroportos eram todos propriedade do governo em alguma de suas esferas, seja estadual ou federal.

Um dos primeiros diplomas legislativos que passou a versar sobre o tema da infraestrutura aeroportuária foi a Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972. Esta lei autorizou o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – a INFRAERO. Ela possui autonomia administrativa e financeira, mas vincula-se à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR). De acordo com o art. 4º de seu próprio Estatuto, é finalidade da INFRAERO implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária e de apoio à navegação aérea, bem como realizar quaisquer atividades conferidas pela SAC-PR. Ainda, o desempenho dessas funções poderá ser direto ou por intermédio de subsidiárias e/ou parcerias.

Atualmente, a INFRAERO é responsável pela administração de 60 aeroportos no território nacional. Este número já foi maior, mas sofreu declínio a partir das políticas de concessão de aeroportos para a iniciativa privada. À medida que as concessões de terminais aeroportuários vão se intensificando, diminui-se também, *pari passu*, cada vez mais o número de aeroportos sob a administração da empresa pública, ainda que ela conserve um certo poder decisório nos modelos de concessão.

2.2. A Agência Nacional de Aviação Civil

A década de 1990 proporcionou ao Brasil um novo fenômeno jurídico, marcado pela criação intensa de agências reguladoras em diversos setores estratégicos de infraestrutura. Falar em regulação implica dizer intervenção, restrição da discricionariedade do Poder Público em fazer escolhas baseadas em certos interesses particulares.

No Brasil, a criação das primeiras agências reguladoras acompanhou os movimentos de desestatização, privatização e liberalização. Para atingir estes objetivos, contudo, era necessária a construção de um arcabouço jurídico e institucional consistente, capaz de superar as desconfianças que repousam sobre este modelo que estava sendo introduzido no país, como também ser passível de viabilizar a realização de investimentos necessários nas atividades que viessem a ser objeto de privatização².

Ainda que seja difícil estabelecer qual seria o verdadeiro objetivo da regulação, visto que isso depende muito das características de cada setor regulado, pode-se dizer que a tutela e disponibilidade da atividade regulada aos indivíduos é um objetivo de certa forma geral a todas as agências reguladoras e seus setores.

Foi dentro deste cenário de desestatização que houve o advento da Agência Nacional de Aviação Civil (“ANAC”), instituída pela Lei 11.182/2005. A ANAC é entidade da administração pública indireta, com caráter autárquico e vinculada ao Ministério da Defesa. Por intermédio da ANAC que ocorre a regulação e a fiscalização das atividades de aviação civil e infraestrutura aeroportuária e aeronáutica por parte da União.

A ANAC compartilha de algumas características inerentes às agências reguladoras federais, ainda que os modelos não sejam todos rígidos e bem definidos. As agências reguladoras possuem independência financeira, funcional e gerencial, sem subordinação

² BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**, p. 35.

hierárquica³. Ainda, possui seu orçamento e quadro de pessoal próprio. Seus dirigentes possuem mandatos fixos e não-coincidentes com o prazo da legislatura e do próprio período de mandato do Executivo, bem como suas nomeações devem ser submetidas ao Poder Legislativo para arguição, antes de assumirem suas funções. Procura-se evitar o fenômeno da captura nas agências reguladoras⁴. A ANAC, como agência reguladora que é, ainda possui a possibilidade de editar normas e regulamentos, como previsto no vasto rol de competências presente no art. 8º da sua lei criadora.

2.3. O art. 21, XII, da Constituição Federal

A importância dada aos setores de infraestrutura – em especial, o aeroportuário - está confirmada pelo texto da Constituição da República, que, em seu art. 21, traz o seguinte:

Art. 21. Compete à União:
[...]
XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
[...]
c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

Está claro, portanto, qual foi a opção do legislador: deixar à cargo da Administração Pública a escolha sobre a exploração direta ou indireta, elencando as opções de autorização, permissão ou concessão. Assim, a depender da escolha feita pelo administrador, o regime será de o serviço público – nos casos de concessão ou permissão – ou, ainda, atividade econômica de interesse público, no exemplo das autorizações⁵.

No âmbito da legislação infraconstitucional, a mais relevante é o Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/1986 (“CBA”). Em seu texto, o CBA não contemplou a hipótese de construção, manutenção e exploração de aeródromos públicos por meio de permissão: somente possibilitou as concessões e autorizações⁶. Além disso, há as hipóteses de exploração direta

³ Segundo VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, “a independência é a característica essencial, o traço que permite distinguir estas entidades em relação às outras estruturas administrativas”. **Autoridades reguladoras independentes**: estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Ed., 2013, p. 25.

⁴ Para aprofundamento sobre a temática da captura das agências reguladoras, cf. BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ EROS GRAU oferece algumas noções importantes. Sobre serviço público, o autor discorre ser este a “atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável”. É serviço existencial relativo à sociedade em determinado período histórico. “Por isso, porque assume o caráter de *serviço público*, deve ser prestado à sociedade pelo Estado (ou por outra pessoa administrativa, direta ou indiretamente)”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**, p. 131-132.

⁶ “Art. 36. Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados: I – diretamente, pela União; II – por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, obedecidas as instruções, normas

pela União, por empresas especializadas da Administração Federal Indireta e, ainda, por intermédio de convênios com Estados ou Municípios.

Por sua vez, a competência para conceder ou autorizar a exploração da infraestrutura aeroportuária é da própria ANAC. Segundo sua lei criadora, a agência deve observar e implementar orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, sendo a aplicabilidade da concessão uma delas (art. 3º, II, V).

Todavia, como apresentado, tal modelo de concessão só passou a ser aplicado no cenário nacional a partir de 2012 e, ainda assim, em poucos aeródromos, sendo muito incipiente.

3. O modelo de concessões no Brasil

PEDRO GONÇALVES ensina que o modelo de concessão de serviços públicos é anterior ao próprio direito administrativo e a atual fórmula é um produto do século XIX - onde, quase sempre, a concessão aparecia ligada a grandes infraestruturas, como distribuição de energia elétrica e transporte ferroviário. O modelo de concessões, portanto, foi típico da época desenvolvimentista do Estado, verificando-se um certo alinhamento com os ideais do liberalismo econômico, pois a intervenção do Estado naquele setor – o concedido - é minimizada. Ademais, o autor ainda identifica outra justificativa para a implementação do modelo de concessões dos serviços públicos: a fundação de grandes infraestruturas era uma atividade largamente dispendiosa para o Estado, que muitas vezes não possuía a necessária estrutura administrativa nem o capital necessário para financiar as obras. Através das concessões, o Estado assegurava o controle das atividades desenvolvidas, mas se isentava de envolvimento na construção e no investimento, sendo dispensado de efetuar pesados aportes financeiros. A concessão seria, destarte, a instalação de grandes infraestruturas à custo da iniciativa privada⁷.

Na doutrina nacional, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também oferece sua definição. Para o autor, a concessão de serviço público é o instituto pelo qual o Estado atribui apenas o exercício – e não a titularidade, vale ressaltar – de algum serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições definidas pelo Poder Público. Para que o concessionário não fique à mercê de desmandos do ente público, há a

e planos da autoridade aeronáutica; III – mediante convênio com os Estados ou Municípios; IV – por concessão ou autorização”.

⁷ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**, p. 103.

garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão⁸, expresso pela remuneração que o concessionário auferir pela própria exploração do serviço, normalmente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço⁹. Para BANDEIRA DE MELLO, a remuneração pela exploração do serviço público é elemento indispensável, sem o qual a concessão não pode ser caracterizada.

Assim, podemos nos alinhar também ao pensamento do Professor MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem “na concessão, o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço. Transfere-se a um particular uma parcela da função pública, mas o núcleo da competência permanece na titularidade do Estado. Assim, o Estado não está renunciando ao poder de prestar o serviço, nem abre mão de disciplinar as condições de sua prestação. O concessionário atua perante terceiros como se fosse o próprio Estado”.¹⁰

Como já dito alhures, é na Constituição Federal que se encontram os principais fundamentos para a caracterização e possibilidade de concessão dos serviços públicos. O art. 175 traz expressamente a possibilidade de prestação de serviços públicos através de concessão¹¹ e, a fim de cumprir as proposições deste artigo, editou-se a Lei 8.987, de 12 de fevereiro de 1995 (“Lei das Concessões”).

A Lei das Concessões traz em seu bojo disposições diversas a fim de regular as concessões de serviços públicos, obras públicas e permissões de serviço público. De acordo com seu art. 2º, II, concessão de serviço público é: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. A lei ainda dispõe sobre a política tarifária, encargos do poder

⁸ “O equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado com a Administração não corresponde a uma equivalência perfeita entre as prestações contratuais, mas sim à necessária preservação da *relação econômica aceita pelas partes no momento de sua vinculação*. Se, naquela ocasião, a proporção entre custos e benefícios foi tomada por ambas como satisfatória, é essa equação que deve ser mantida por toda a vigência do contrato (e não uma correspondência ideal e perfeita entre prestação e contraprestação)”. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99-100.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 718.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas configurações da concessão de serviço público**, n.p.

¹¹ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

concedente e do concessionário, dos elementos do contrato de concessão, do fim da concessão, entre outras proposições.

Observa-se, portanto, que a concessão é uma relação jurídica complexa, iniciada por um ato regulamentar do Estado, fixando – unilateralmente, vale dizer – as condições de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço. O concessionário, por sua vez, insere-se debaixo desta relação jurídica e das ditas condições, e, por meio do contrato administrativo de concessão, garante a equação econômico-financeira, resguardando tanto os objetivos do Estado, como o objetivo de lucro do concessionário¹². A imposição constitucional de equilíbrio econômico-financeiro visa assegurar ao concessionário a recomposição da relação inicial, seus encargos e vantagens, caso evento superveniente ocorra¹³.

Assentada a definição de concessão de serviços públicos no direito brasileiro, passa-se agora a analisar o caso da concessão dos aeroportos brasileiros à iniciativa privada.

3.1. O Contrato administrativo de concessão

Como não poderia deixar de ser, o contrato de concessão é regido por normas específicas trazidas na própria Lei de Concessões, em seu Capítulo VI.

O artigo 23 dispõe em seus incisos as cláusulas essenciais aos contratos de concessão, tais como o prazo da concessão e o modo de prestação do serviço. Além disso, o art. 23-A prevê expressamente a possibilidade do emprego da arbitragem para dirimir eventuais litígios que venham a surgir em relação ao contrato e sua execução.

Questão recorrente aos contratos de concessão é a discussão acerca de sua natureza e qual o regime de direito aplicável. Entende-se que os contratos de concessão são regidos pelo regime de direito público, isto é, são contratos bilaterais em que o Estado participa com a finalidade de realização de um interesse público – no presente caso, o transporte aéreo. Na esteira desse pensamento, tem-se que somente aqueles contratos celebrados pela Administração Pública e que pretendem ser regidos pelo direito privado devem estar expressos em lei, como os casos previstos no art. 25, §2º, da Lei de Concessões e o art. 62, §3º, I, da Lei 8.666/1993.

O contrato de concessão é, portanto, um contrato administrativo de direito público, pois, como leciona EDMIR NETTO DE ARAÚJO, contrato público é o acordo de vontades opostas, realizado *intuitu personae*, consensual, do qual participa o Estado, para produção de obrigações

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 727.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas configurações da concessão de serviço público**, n.p.

que envolvam finalidade pública, implicitamente ou explicitamente submetido ao regime de direito público, guiado por princípios publicísticos¹⁴.

3.2. O diálogo entre concessão, desestatização e privatização

Como visto alhures, a Constituição encarrega determinados serviços ao Poder Público e faculta que sua exploração possa ocorrer mediante concessões, autorizações e permissões. Ressalta-se que a desestatização estabelecida em nível infraconstitucional é somente à gestão do serviço, não de sua titularidade.

Assim, não há como se falar na chamada “privatização substancial” – isto é, nas palavras de EGON BOCKMANN MOREIRA, há a desestatização absoluta da atividade estatal, importando, inclusive, a abdicação estatal da titularidade do serviço. A isto se opõe a “privatização formal”, onde o Estado mantém sua titularidade do serviço, mas abre mão de sua gestão¹⁵.

São as concessões, portanto, espécies de privatização formal – pois persiste íntegra a titularidade pública dos serviços. Como aponta Moreira, a desestatização dá-se apenas na superfície do serviço a ser prestado, não em sua essência. Exclusivamente a gestão e o domínio imediato dos bens a ela indispensáveis são transferidos ao empreendedor privado, ainda que por prazo certo. O concessionário passa a exercer atividade materialmente pública. Em síntese:

A definição estampada na Lei 9.491/1997 é clara: “a transferência para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade” (art. 2º, §1º, “b”). Dá-se a transposição *subjativa* da *administração* de tarefa que persiste pública, pois não há mudança de fundo na natureza do serviço e respectiva titularidade. Desestatiza-se a gestão, não o serviço ele mesmo: um *serviço público* passa a ter *execução privada*.¹⁶

Frente a isso, entende-se, portanto, que as concessões de aeroportos são formas de privatização dos terminais, ainda que de maneira formal, pois o Estado ainda mantém a titularidade dos serviços.

4. O caso dos aeroportos

¹⁴ ARAÚJO NETTO, Edmir. *Contrato Administrativo*, p. 41.

¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*, p. 20.

¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*, p. 24.

Uma vez estabelecidas as fundações teóricas sobre concessões, passa-se agora a analisar o caso concreto dos aeroportos brasileiros. Nesta seção, será analisado a possibilidade de concorrência entre aeroportos, passando pelo estudo do monopólio natural, bem como expondo os potenciais benefícios da privatização dos terminais aeroportuários.

4.1. Aeroportos e monopólio natural

HELENO PIONER oferece interessante definição para aeroportos. Segundo o autor, aeroportos são firmas que oferecem ampla variedade de produtos, serviços aeronáuticos e não aeronáuticos, para linhas aéreas e passageiros. O autor questiona, destarte, se são aeroportos exemplos de monopólio natural. O devido entendimento de monopólio natural é importante para se entender os motivos da intervenção do Estado no âmbito econômico.

De acordo com o Professor CALIXTO SALOMÃO FILHO, há duas noções sobre monopólios naturais. Primeiro, verifica-se o fenômeno quando o monopólio não é resultado da ação de agentes econômicos, com o objetivo de sua constituição. Este fato ocorre em setores nos quais a concorrência é impossível – física ou economicamente.

Quando as causas do monopólio são de características econômicas, podem elas serem teoricamente elaboradas¹⁷. A principal causa é a forte prevalência dos custos fixos sobre as variáveis, de forma a obter grandes economias de escala com o aumento da quantidade produzida. Somando-se a isso os grandes custos irre recuperáveis – *sunk costs* – a entrada de competidores no mercado se torna absolutamente inviável. SALOMÃO FILHO indica que, além de inviável, é desaconselhável a entrada de competidores nos mercados com monopólios naturais, pois a consequência natural da superprodução seria a concorrência predatória e a guerra de preços¹⁸.

Questiona-se, portanto: se não se pode impedir a criação dos monopólios naturais em alguns setores, como operar seu controle?

A resposta é oferecida pela teoria da regulação econômica. De acordo com VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR., em muitos contextos onde monopólios naturais emergiram, é desejável – com fulcro na eficiência econômica – que tais mercados conservem uma estrutura monopolística. Não obstante, os gigantes econômicos devem ser domados para que não

¹⁷ Sobre as características físicas: “causas da impossibilidade física podem ser a existência de fontes de insumos únicas ou exclusivas ou, ainda, a existência de uma tecnologia exclusiva protegida por patente ou por segredo industrial eficazmente protegido”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**, p. 256-257.

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**, p. 258.

praticuem preços excessivos¹⁹. Assim também é a opinião de SALOMÃO FILHO: “esse controle é necessário, pois, segundo a teoria exposta acima, o comportamento natural e racional de tal tipo de estrutura será aumentar os preços a níveis supercompetitivos”.²⁰

É neste contexto que se justifica a intervenção regulamentar do Estado, para corrigir ou evitar os efeitos danosos de imperfeições no mercado. Passa-se analisar as modalidades de intervenção estatal. Valendo-se novamente das lições de CALIXTO SALOMÃO FILHO:

Quando analisadas pela ótica jurídica, essas três alternativas [econômicas] estão sujeitas a ressalvas e refinamentos. Correspondem elas, *grosso modo*, às categorias constitucionais de: (a) exercício pelo Estado de atividade econômica; (b) exercício de atividade econômica pelo particular sob regime de regulamentação governamental; e (c) exercício de serviço público pelo particular mediante permissão ou concessão governamental²¹.

Ora, a teorização somente corrobora o que dispõe a Lei Fundamental da República Brasileira. Como exposto, o art. 21 da Constituição prevê expressamente a possibilidade de concessão, permissão e autorização para os serviços públicos. A indagação que se coloca, portanto, é a seguinte: são os aeroportos claros exemplos de monopólios naturais - sujeitos à regulação - ou há possibilidade de existir competição entre os diversos aeroportos?

4.2. A concorrência entre aeroportos

Entendemos que a possibilidade de competição entre aeroportos foi inaugurada a partir do momento em que estes deixaram de ser vistos apenas como monopólio. Ainda que no Brasil tenha ocorrido de forma tardia, o fenômeno da *deregulation* do sistema aeroportuário teve seu início já nos anos 1980 em muitas partes do mundo, como o Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia e Canadá.

Os pesquisadores MICHAEL TRETHERWAY e IAN KINCAID, em trabalho apresentado na *8th Hamburg Aviation Conference*, exploraram a questão da concorrência entre aeroportos e mostraram que ela existe sim, principalmente devido ao fato que os aeroportos fazem parte de diversos mercados relevantes, nos quais a infraestrutura aeroportuária é um importante *player*²².

Os autores elencam alguns destes mercados relevantes: concorrência para servir um mercado local, para ser um ponto de conexão de voos, concorrência para o transporte de carga,

¹⁹ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**, p. 6.

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 259.

²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, p. 261.

²² TRETHERWAY, Michael; KINCAID, Ian. **Competition between airports in the New Millenium: what works, what doesn't work and why**. 8th Hamburg Aviation Conference, 2005. Disponível em: <<http://www.intervistas.com/downloads/reports/CompetitionBetweenAirports.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2015.

concorrência entre a oferta de destinos, bem como a concorrência entre serviços não relacionados à aviação, tais como a oferta de lojas e praças de alimentação nos aeroportos. Há, ainda, a competição entre os aeroportos e outros meios de transporte: esta é mais facilmente identificável no continente europeu, onde o transporte ferroviário representa um forte concorrente à aviação.

Um dos aspectos concorrencias entre aeroportos mais visíveis ao consumidor é a competição entre o mercado local, onde determinada localização pode ser atendida por mais de uma infraestrutura aeroportuária. Por exemplo, a cidade de Londres possui cinco aeroportos: Heathrow, Gatwick, Stansted, London City e Luton.

O Aeroporto Internacional de Heathrow é o maior entre eles e também um dos maiores de todo o mundo, com um tráfego de quase 74 milhões de passageiros ao final do ano de 2013, de acordo com o *Airports Council International*²³. Desta maneira, Heathrow domina o mercado de voos transatlânticos saindo de Londres, enquanto Luton e Stansed, por exemplo, se solidificaram como opções de menor custo para o viajante. Assim, os autores colocam como exemplo o passageiro que deseja viajar de Londres até Paris, uma rota oferecida por todos os cinco terminais da capital inglesa. Dependendo do perfil do passageiro, ele pode optar viajar via London City, por ser um aeroporto mais bem localizado, caso seja um viajante a negócios; um turista, por exemplo, normalmente irá optar por viajar pelo Aeroporto de Luton, o qual oferece uma maior variedade de linhas aéreas *low-cost*.

No cenário brasileiro, podemos identificar um panorama semelhante nos aeroportos que servem a cidade de São Paulo. Historicamente, o Aeroporto de Congonhas é a porta de entrada mais utilizada pelos passageiros que chegam à capital paulista. Sua localização privilegiada, abrangendo, principalmente, as zonas oeste e sul da cidade, é o maior atrativo para os passageiros que escolhem este terminal como seu destino. O aeroporto está próximo das principais atrações turísticas de São Paulo, bem como dispõe de opções de hospedagem nas proximidades. Seu principal problema, contudo, é o acesso via transporte público: ainda não há uma linha de metrô que ligue diretamente o aeroporto ao centro da cidade.

Nos últimos anos, contudo, São Paulo passou a contar com pelo menos mais duas opções para os passageiros com destino à cidade: o Aeroporto Internacional de Guarulhos e o Aeroporto de Viracopos, em Campinas.

O primeiro é o maior e mais movimentado aeroporto do Brasil, sendo a porta de entrada

²³ <<http://www.aci.aero/Data-Centre/Annual-Traffic-Data/Passengers/2013-final>>. Acesso em 2 de agosto de 2015.

de estrangeiros no país, mas também é uma opção para os voos domésticos. Ainda que seja mais distante do centro de São Paulo, o Aeroporto de Guarulhos possui acesso mais fácil aos bairros da Zona Leste e Zona Norte, atraindo o público que pretende se deslocar até estes locais. Ademais, as passagens aéreas costumam ser mais baratas para Guarulhos do que para Congonhas. O acesso terrestre ao aeroporto é facilitado por diversas linhas ônibus que partem do centro de São Paulo ao aeroporto, além de ônibus do tipo executivo.

O Aeroporto de Viracopos, em Campinas, a cerca de 100 quilômetros da capital paulistana, aumentou sua relevância quando se tornou *hub* da Azul Linhas Aéreas, com distribuição de voos para diversos destinos do país. Ainda, Viracopos foi um dos primeiros terminais objeto dos projetos de concessão lançado pelo Governo Federal, em meados de 2012. Além de ser importante meio de acesso ao interior paulista, Viracopos é uma alternativa para chegar a São Paulo: há ônibus que fazem o trajeto do aeroporto até o centro da cidade, podendo até ser gratuito, a depender da companhia aérea.

A fim de se exemplificar a diferença de preços entre os três terminais, a tabela abaixo mostra os resultados da pesquisa de preços em uma passagem de ida e volta com destinos a cada um dos aeroportos, em três companhias aéreas diferentes, tendo o Aeroporto Internacional Afonso Pena, em Curitiba, como origem. As datas utilizadas para a pesquisa foram 6 de novembro e 8 de novembro de 2015 e o preço registrado é o menor ofertado para cada destino, independentemente do horário, incluindo taxas. Todos os dados foram retirados do sítio eletrônico próprio de cada companhia aérea²⁴:

	CONGONHAS (CGH)	GUARULHOS (GRU)	VIRACOPOS (VCP)
TAM	R\$ 241,28	R\$ 180,74	R\$ 468,49
GOL	R\$ 303,08	R\$ 180,54	R\$ 290,29
AZUL	R\$ 269,08	R\$ 324,54	R\$ 450,29

Percebe-se, pela tabela, que o Aeroporto de Guarulhos continua sendo a opção mais barata em duas das três companhias pesquisadas, enquanto Viracopos ainda possui preços mais elevados. O menor preço em Guarulhos pode ser reflexo de seu novo modelo de administração, pois também foi um dos primeiros aeroportos a aderir ao projeto de concessões. Viracopos, ainda que tenha passagens mais caras, se mostra mais acessível do que Congonhas em uma das

²⁴ A busca de preços foi conduzida no dia 3 de agosto de 2015.

companhias aéreas.

Vislumbra-se, portanto, a possibilidade de concorrência entre os terminais aeroportuários que servem a cidade de São Paulo. A depender dos incentivos do consumidor, ele optará por um ou outro aeroporto. A administração dos aeroportos terá maiores estímulos para buscar a inovação e melhoria de seus serviços, a fim de atrair maior número de passageiros e, conseqüentemente, também um maior número de linhas aéreas para que o maior número possível de voos seja oferecido dentro de um determinado aeroporto. É uma relação diretamente proporcional: quanto o maior número de linhas aéreas operando em um determinado aeroporto, maior será a oferta de voos, atraindo um maior número de passageiros, aumentando a arrecadação das tarifas aeroportuários e proporcionando uma maior margem de lucro para o concessionário.

A concorrência entre os aeroportos é clara, e aqui foi mostrado somente um aspecto desta competição. Além da competição pelo mercado local, podemos elencar a competição entre os aeroportos para serem um grande ponto de conexão entre diversos voos, bem como a concorrência pela oferta do maior número de destinos. O aumento da oferta de voos em aeroportos secundários pressiona os aeroportos maiores e mais tradicionais para que continuem buscando formas de inovação para não perderem tráfego de passageiros. Preços, propaganda e a distribuição física dos aeroportos, como sua integração com os meios de transporte terrestres, são subterfúgios que os terminais usam para promover seus serviços, com vistas à aumentar o número de passageiros. A propaganda é especialmente característica para os aeroportos menores, menos conhecidos do grande público²⁵.

Assentada a possibilidade de concorrência em diversos aspectos entre os terminais aeroportuários, cuida-se agora dos procedimentos e tipos de privatização dos aeroportos.

4.3. A privatização de aeroportos

De acordo com a literatura especializada, aeroportos podem ser administrados pela iniciativa privada em três formas. São elas apresentadas por ROBERT W. POOLE JR²⁶:

- I. Contrato de administração terceirizada (*Contract Management*): POOLE JR. explica que estes tipos de contrato já são muito utilizados por governos municipais e estaduais para administração de infraestruturas como arenas de esportes e centro de convenções.

²⁵ TRETHERWAY, Michal; KINCAID, Ian. **Competition between airports in the New Millenium: what works, what doesn't work and why** p. 18.

²⁶ POOLE JR., Robert W. **Guidelines for airport privatization**, p. 2-3.

Nestes casos, celebram-se contratos de curta duração, com prazo máximo de 5 anos. O dono do aeroporto tem sua contrapartida recebida diretamente das taxas devidas pelo usuário, devendo repassar uma taxa de administração variável ao administrador, de acordo com o desempenho do aeroporto. Este cenário é viável quando governos desejam estipular a maior eficiência na operação, manutenção e administração da infraestrutura, através do procedimento concorrencial.

- II. Arrendamento de longo prazo (*Long-Term Lease*): Empregado normalmente em aeroportos em que um grande desenvolvimento de infraestrutura já é esperado. Segundo POOLE JR., o objetivo principal é transferir o impacto que ocorreria nos contribuintes para o arrendatário do aeroporto. O arrendatário também passa a ser o responsável pelas operações e desenvolvimento do aeródromo. Dessa forma, os usuários do aeroporto pagam as taxas diretamente ao arrendatário, o qual deve cobrir seus custos com estas entradas. O contrato típico de arrendamento estabelece um pagamento ao governo com base no lucro obtido pelo aeroporto. Todavia, esta cláusula é perigosa, ao passo que pode incentivar o arrendatário a diminuir seus custos, a fim de maximizar lucros.
- III. Venda (*Sale*): É a maneira mais comum de privatização de aeroportos, seja somente uma parte ou toda sua infraestrutura. A venda ocorre quando o aeroporto demonstra lucros (*is profitable*) mas, por alguma razão, não alcança todas suas possibilidades empresariais enquanto administrado pelo ente estatal. Diversos países já fizeram uso desta manobra, principalmente com vistas a usar o pagamento feito pelo aeroporto para reduzir dívidas ou investir em alguma outra área mais necessitada de infraestrutura.

O autor também trata das operações de expansão dos aeroportos, a partir de dois modelos principais.

Primeiro, tem-se a concessão a longo prazo (*Long-Term Franchise*): aqui, o concessionário é responsável pela construção das instalações e operações durante um período específico, revertendo o aeroporto ao governo quando da expiração do prazo. Esta operação é conhecida como *BOT – Build, Operate and Transfer*. Outra modalidade de concessão é conhecida como *LDO – Lease, Develop and Operate*. Aqui, o concessionário apenas aluga o terreno envolvido, de forma que ele deve devolver os ativos ao final do período de arrendamento. Exemplo claro de LDO exitoso é o Terminal 3 do Aeroporto de Toronto – Pearson (YYZ).

O segundo exemplo é a autorização (*Perpetual Franchise*): modelo mais comum nos aeroportos dedicados a aviação em geral (*fully private air-carrier airports*). Aeroportos de voos

regulares são exceções, como o London City (LCY) e o aeroporto de Freeport, nas Bahamas. Ainda assim, estes aeroportos possuem fluxo muito reduzido de passageiros.

4.3.1. Potenciais benefícios da privatização

Após expor os modelos de privatização, POOLE JR. elenca cinco grandes categorias de potenciais benefícios com a privatização dos aeroportos. A saber:

- I. Aumento de eficiência (*increased operating efficiency*);
- II. Receitas adicionais de operação ao setor privado (*Additional Operating Revenues*);
- III. Aumentos das comodidades ao consumidor (*Improved Customer Ammenities*);
- IV. Diminuição do risco de “elefantes brancos” (*Reduced Risk of White Elephants*);
- V. Receitas de aluguel ou venda (*Lease or Sale Proceeds*).

Além dos benefícios exclusivamente oriundos da privatização dos aeroportos, existem aqueles inerentes à teoria geral da privatização. A eficiência entre empresas privadas e estatais deve ser analisada tendo alguns aspectos como balizas: compreensão da estrutura do capital e a dispersão de propriedade, existência de mercado para o controle corporativo, poder de mercado da firma, além da presença de regulação e outros condicionantes que restrinjam a atuação da firma no mercado.

5. A experiência brasileira na concessão de aeroportos

O marco inicial para a exploração dos aeroportos brasileiros por meio de concessões foi a edição do Decreto 7.624, de 22 de novembro de 2011, pela presidente Dilma Rousseff. O diploma dispõe sobre as condições de “exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão” (art. 1º). A SAC-PR torna-se responsável por editar as portarias especificando quais os aeródromos serão objetos de concessão pela União.

O Governo Federal iniciou o programa de concessões dos aeroportos brasileiros em 2012, em dois lotes iniciais, que contemplaram os seguintes aeroportos: Brasília (BSB), Rio de Janeiro/Galeão (GIG), Belo Horizonte/Confins (CNF), Campinas/Viracopos (VCP), Guarulhos (GRU) e Natal/São Gonçalo do Amarante (NAT). Três anos depois, em junho de 2015, o Governo Federal anunciou que no Plano de Logística de Infraestrutura do triênio 2015-2018 foram incluídas as concessões de mais quatro terminais: Fortaleza (FOR), Salvador (SSA), Porto Alegre (POA) e Florianópolis (FLN).

A seguir, analisar-se-á os principais aspectos dos contratos de concessão de cada um dos aeroportos concedidos a partir de 2012, como preços e prazos dos contratos.

5.1. Aeroporto internacional Juscelino Kubitschek (BSB)

A assinatura do contrato de concessão do Aeroporto de Brasília ocorreu em 14 de junho de 2012, com a concessionária Inframérica – um consórcio entre a brasileira Infravix e a argentina Corporación América. O contrato foi assinado com o prazo de 25 anos, podendo ser prorrogado por mais cinco, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

O contrato foi assinado com o valor de R\$ 5.334.640.000,00 (cinco bilhões, trezentos e trinta e quatro milhões, seiscentos e quarenta mil reais), entre receitas tarifárias e não-tarifárias.

A concessionária se compromete a aportar anualmente uma Contribuição Fixa e uma Contribuição Variável à União: a primeira possui o valor de R\$ 180.045.300,00 (cento e oitenta milhões, quarenta e cinco mil e trezentos reais), sendo reajustada anualmente de acordo com a sistemática do contrato, enquanto a segunda é calculada ao se aplicar uma alíquota de 2% sobre a totalidade da receita bruta da concessionária e suas eventuais subsidiárias.

Interessante notar que no contrato de concessão houve a assinatura de cláusula compromissória de arbitragem, de acordo com o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, retirando do Poder Judiciário a competência para apreciar os eventuais litígios que venham a surgir dentro do contrato. Sendo a ANAC uma autarquia vinculada ao Ministério da Defesa, levanta-se a questão novamente da possibilidade participação do Poder Público em procedimentos arbitrais²⁷.

5.2. Aeroporto Internacional Antonio Carlos Jobim (GIG)

O contrato de concessão para manutenção, ampliação e administração do Aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, foi assinado em 2 de abril de 2012, com a concessionária Aeroporto Rio de Janeiro S/A. Semelhante ao aeroporto de Brasília, o prazo aqui estipulado também foi de 25 anos, prorrogáveis por mais 5 anos.

O contrato foi assinado com o valor de R\$ 12.953.071.000,00 (doze bilhões, novecentos e cinquenta e três milhões, setenta e um mil reais), entre receitas tarifárias e não-tarifárias.

A concessionária se compromete a aportar anualmente uma Contribuição Fixa e uma Contribuição Variável à União: a primeira possui o valor de R\$ 760.755.520,00 (setecentos e sessenta milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, quinhentos e vinte reais), sendo reajuste

²⁷ Sobre arbitragem e Poder Público, cf. RENZETTI, Bruno P. **Arbitragem e Administração Pública no Projeto de Reforma da Lei de Arbitragem**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 14, p. 171-179, 2014.

anualmente de acordo com a sistemática do contrato, enquanto a segunda é calculada ao se aplicar uma alíquota de 5% sobre a totalidade da receita bruta da concessionária e suas eventuais subsidiárias.

Também no Aeroporto do Galeão houve a assinatura de cláusula compromissória em favor do juízo arbitral.

5.3. Aeroporto internacional gov. André Franco Montoro (GRU)

O contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto de Guarulhos foi celebrado em 14 de junho de 2012, com o consórcio fruto da parceria entre a INVEPAR e a *Airport Company South Africa* (ACSA). De acordo com o contrato, o prazo da concessão é de 20 anos, prorrogáveis por mais cinco. O consórcio possui participação de 51% na concessão, enquanto a INFRAERO conservou 49% de participação.

O valor do contrato foi estabelecido em R\$ 17.697.076.000,00 (dezessete bilhões, seiscentos e noventa e sete milhões e setenta e seis mil reais), entre receitas tarifárias e não tarifárias.

A contribuição fixa da concessionária foi estabelecida em R\$ 810.650.000,00 (oitocentos e dez milhões e seiscentos e cinquenta mil reais), enquanto a contribuição variável à União será calculada a partir de uma alíquota de 10% sobre a totalidade da receita bruta da concessionária e suas eventuais subsidiárias.

Como nos outros contratos, houve celebração de cláusula arbitral.

5.4. Aeroporto internacional Tancredo Neves (CNF)

O contrato de concessão do aeroporto que serve a capital Belo Horizonte foi assinado em 7 de abril de 2014, com a concessionária BH Airport, consórcio formado pelo Grupo CCR e pela *Flughafen Zürich AG*. O consórcio detém 51% da participação acionária, enquanto 49% são da INFRAERO. O prazo acertado no contrato foi de trinta anos, prorrogáveis por mais cinco.

O contrato possui valor de R\$ 5.116.986.000,00 (cinco milhões, cento e dezesseis milhões, novecentos e oitenta e seis mil reais), entre receitas tarifárias e não tarifárias.

A contribuição fixa da concessionária foi estabelecida em R\$ 60.666.666,66 (sessenta milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, seiscentos e sessenta e seis mil reais e sessenta e seis centavos), enquanto a contribuição variável à União foi estabelecida na alíquota de 5% sobre a

totalidade da Receita Bruta da concessionária e suas eventuais subsidiárias.

Aqui também houve celebração de cláusula compromissória arbitral.

5.5. Aeroporto internacional de Campinas (VCP)

O contrato de concessão de Viracopos foi assinado também em 14 de junho de 2012, com a Aeroportos BRASIL – Viracopos S/A, consórcio criado pela UTC, Triunfo e Egis, detendo 51% de participação acionária, deixando os 49% restantes com a União. O prazo acertado no contrato foi também de trinta anos, prorrogáveis por mais cinco.

O valor do contrato é de R\$ 12.983.951.000,00 (doze bilhões, novecentos e oitenta e três milhões, novecentos e cinquenta e um mil reais), entre receitas tarifárias e não tarifárias.

A contribuição fixa foi estabelecida em R\$ 127.366.666,67 (cento e vinte e sete milhões, trezentos e sessenta e seis mil, seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos), enquanto a contribuição variável à União foi estabelecida na alíquota de 5% sobre a totalidade da Receita Bruta da concessionária e suas eventuais subsidiárias.

Houve celebração de cláusula compromissória arbitral.

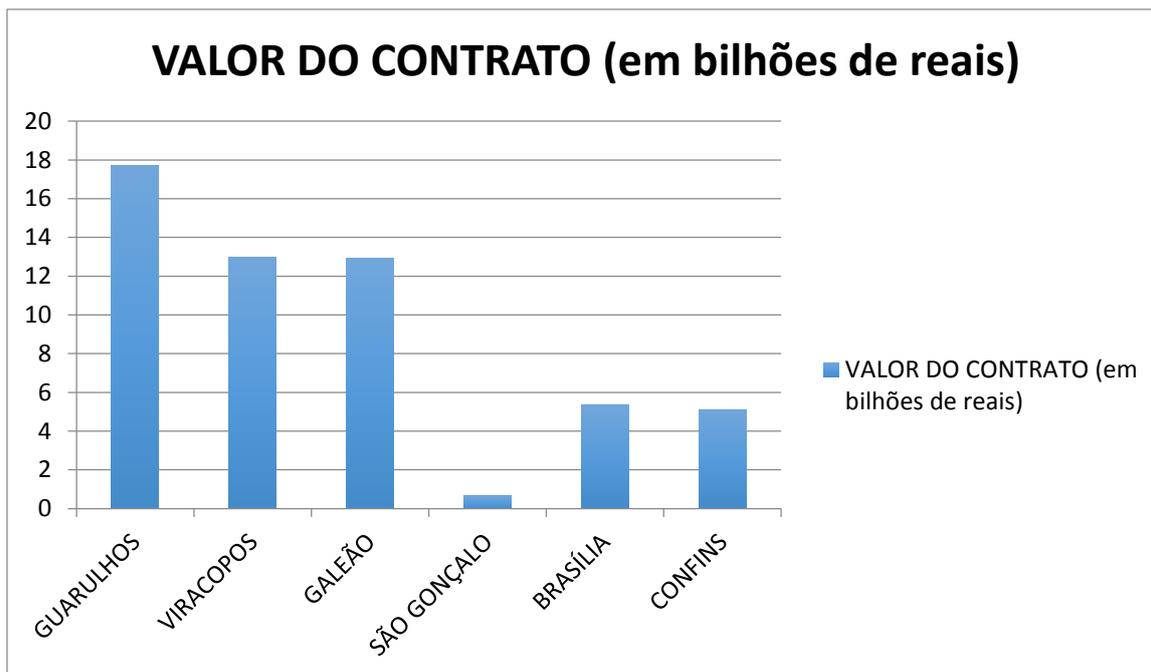
5.6. Aeroporto de Natal/São Gonçalo do Amarante (NAT)

O aeroporto de Natal foi o primeiro a ter seu contrato de concessão assinado, em 28 de novembro de 2011. A concessionária vencedora foi a INFRAMÉRICA, a mesma que viria a vencer o leilão do Aeroporto de Brasília. O valor do ágio vencedor no leilão foi de 228% sobre o preço estipulado inicialmente pela ANAC²⁸.

O valor do contrato é mais baixo se comparado com os outros terminais: “apenas” R\$ 650.000.000,00 (seiscentos e cinquenta milhões de reais), entre receitas tarifárias e não-tarifárias. A contribuição fixa da concessionária, chamada de Outorga Anual no contrato, foi estabelecida em R\$ 6.800.000,00 (seis milhões e oitocentos mil reais).

Houve acerto de cláusula compromissória em favor da arbitragem.

²⁸ <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2011/08/consorcio-inframerica-vence-leilao-de-aeroporto-sao-goncalo-do-amarante.html>> Acesso em: 3 de agosto de 2015.



Quadro 1: Comparativo entre os valores dos contratos de concessão em seis aeroportos.

5.7. O Plano de investimento em logística 2015-2018

Em 9 de junho de 2015, a Presidente Dilma Rousseff, em cerimônia no Palácio do Planalto, anunciou o novo pacote de medidas no setor de infraestrutura, incluindo investimentos em ferrovias, rodovias e aeroportos. O plano prevê a concessão à iniciativa privada de mais quatro aeroportos da Rede INFRAERO: os terminais de Porto Alegre, Salvador, Florianópolis e Fortaleza, responsáveis por 27,6 milhões de passageiros em 2014. Além desses terminais, mais nove aeroportos regionais foram incluídos no pacote de concessões: Amarais (Campinas), Araras, Bragança Paulista, Itanhaém, Ubatuba e Jundiaí, todos no interior de São Paulo, além do terminal de Caldas Novas, em Goiás. Segundo o periódico *Valor Econômico*, a INFRAERO deve manter 15% de participação na administração dos aeroportos objeto de concessão, garantindo um assento no conselho administrativo das novas concessionárias²⁹.

Em 24 de julho de 2015, o Governo Federal divulgou que onze empresas haviam sido habilitadas para os procedimentos estudos iniciais nos aeroportos.

²⁹ <<http://www.valor.com.br/brasil/4084196/fatia-da-infraero-deve-ser-de-15-nas-novas-concessoes-de-aeroportos>>. Acesso em 3 de agosto de 2015.

6. Conclusões

O Brasil passou por uma importante experiência de desestatização durante a década de 1990. A quebra do monopólio em diversos setores da infraestrutura demonstrou uma evolução para o consumidor e para a economia do país. *Pari passu* a esta abertura de mercado, o Estado iniciou a criação de agências reguladoras destes setores: foi assim com a Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Foi o momento de repensar o papel do Estado, que deixa de deter o monopólio, mas ainda conserva as funções de regulador, com vistas à promover a concorrência entre os agentes privados. À medida que o Estado perde sua capacidade de investimento, inovação e expansão, ele passa a buscar novas alternativas para a prestação de seus serviços.

A concessão dos aeroportos à iniciativa privada vem na esteira de experiências prévias do Estado brasileiro. A abertura de mercado do setor de telecomunicações, por exemplo, serviu para popularizar os aparelhos telefônicos, reduzindo seus custos, aumentando, assim, a acessibilidade para o consumidor. Um dos efeitos das concessões dos aeroportos pode muito bem também ser a maior abertura do transporte aéreo para classes sociais que historicamente não têm acesso a tal meio de transporte. Para isso ocorrer, indispensável o regime de concorrência entre os aeroportos, a fim de propiciar a busca constante por melhoras de infraestrutura e oferecimento de preços acessíveis e serviços de qualidade ao consumidor

Como dito, os aeroportos são verdadeiros “pontos de estrangulamento” na infraestrutura de transporte brasileira e há tempos mereciam uma maior atenção por parte do governo – o episódio do “apagão aéreo” foi o ápice, expondo todas as falhas e dificuldades encontradas no setor.

A abertura do mercado de terminais aeroportuários à iniciativa privada promove a introdução de um regime de concorrência neste setor. Como exposto alhures, os aeroportos concorrem em diversos mercados relevantes, não somente aquele do transporte de passageiros. O consumidor, em um regime de livre concorrência dos aeroportos, acaba sendo beneficiado em muitas frentes: não só passa a ter maiores opções para escolher qual prestadora de serviço deseja optar, mas também acaba recebendo serviços de maior qualidade, pois as empresas – como é de se esperar em um regime concorrencial – buscam sempre a melhoria e maior eficiência para atrair o maior número possível de consumidores.

O desafio e o papel do Direito neste cenário não é pequeno. O fortalecimento das instituições jurídicas é essencial, bem como a introdução de novos órgãos de controle, caso seja

necessário. A confiança em instituições sólidas é indispensável para a manutenção do regime de concorrência. Por exemplo, órgãos como o CADE ascendem a um patamar de protagonista no panorama que se aflora no cenário econômico nacional.

Governantes, atores do Direito, órgãos e instituições devem atuar de forma harmônica, com intervenções pontuais e necessárias, em uma sobreposição de esferas que se apresenta mais como um benefício do que um prejuízo. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência também possui especial importância para evitar o fenômeno da “captura” das agências reguladoras.

Destarte, é clarividente os benefícios que (i) a regulação do setor aeroportuário e (ii) a abertura à iniciativa privada trouxeram para o país. Propicia-se um mercado onde a livre concorrência é a regra, incentivando melhorias perenes na prestação do serviço. Todavia, o Estado não se mantém inerte, conservando ainda competências para emitir regulamentos que, a cabo, buscam proteger o panorama institucional da concorrência, o verdadeiro objeto de tutela do ordenamento antitruste.

7. Bibliografia

BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. _____. Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências.

_____. Decreto 7.624, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

FIUZA, Eduardo P. S.; PIONER, Heleno Martins. *Estudo econômico sobre regulação e concorrência no setor de aeroportos*. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Aviação Civil, 2009.

GONÇALVES, Sandro Silva. **Modelos de exploração do mercado de aeroportos no Brasil**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2010.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MODENA, Carlos Cesar. A importância da regulação de *slots* aeroportuários para a concorrência no transporte aéreo no Brasil. 2011. 44 folhas. Monografia (Pós-Graduação). Tribunal de Contas da União. Brasília, 2011.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. Autoridades reguladoras independentes: estudo e projeto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 158-189.

OUM, T.H.; ADLER, N; YU, C. Privatization, corporatization, ownership forms and their effects on the performance of the world's major airports. *Journal of Air Transport Management* 12(3): 109-121. 2006.

PIONER, Heleno Martins. Análise da experiência Internacional em regulação de aeroportos. In.: SALGADO, Lucia Helena; FIUZA; Eduardo (Org.). Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras? Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 173-199.

POOLE JR., Robert W. Guidelines for airport privatization. Reason Foundation: 1994.

RENZETTI, Bruno P. Arbitragem e Administração Pública no Projeto de Reforma da Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 14, p. 171-179, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

TRETHEWAY, Michael; KINCAID, Ian. Competition between airports in the New Millenium: what works, what doesn't work and why. 8th Hamburg Aviation Conference, 2005. Disponível em: <<http://www.intervistas.com/downloads/reports/CompetitionBetweenAirports.pdf>>.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John Mitcham; HARRINGTON JR, Joseph Emmett. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2nd ed. The MIT Press, 1995.

O critério da solidariedade na análise concorrencial do *joint selling* no mercado de transmissão televisiva do futebol brasileiro

Felipe Augusto Loschi Crisafulli¹

Leonardo Fernandes dos Anjos²

RESUMO

O presente trabalho insere-se na temática das transmissões televisivas do esporte profissional, nomeadamente do futebol, tendo em conta a natureza econômica dessa atividade, investigando-se, nesse contexto, os princípios jurídicos, econômicos e desportivos que demonstram a necessidade da adoção de um modelo de negociação de tais direitos, ainda que por meio de intervenção estatal, que propicie, em simultâneo, um maior equilíbrio competitivo e incerteza nos resultados, exigido no plano essencialmente desportivo; e maiores ganhos de eficiência em proveito do torcedor-consumidor, sob a ótica econômica/antitruste. Desse modo, considerando o caráter lícito-concorrencial de *joint selling* nessa atividade, inova-se na abordagem da questão por se utilizar o critério da solidariedade na atividade econômica desportiva como elemento justificador de tal modelo negocial.

Palavras-chave: desporto; direitos de transmissão televisiva; equilíbrio competitivo; incerteza dos resultados; ganhos de eficiência; solidariedade; *joint venture*; *joint selling*; tutela da concorrência; intervenção estatal.

ABSTRACT

This work is part of the theme of television broadcasts of professional sports, namely football, taking into account the economic nature of that activity, investigating, in this context, the legal, economic and sporting principles that demonstrate the need to adopt a negotiation model of such rights, even though by state intervention, that engender, at the same time, more competitive balance and uncertainty of the outcomes, required under the strict sports perspective; and efficiency gains in favour of the fan-consumers interests, under the economic approach (antitrust law). Thus, considering the lawful nature of joint selling, on this activity, by the competition law, it breaks new ground on approach to the issue by using the criterion of solidarity in sports economic activity as justifying element in such a negotiation model.

Keywords: sport; television rights; competitive balance; uncertainty of outcomes; efficiency gains; solidarity; joint venture; joint selling; protection of competition; state intervention.

Classificação JEL: K21; K39; L24; L41; L43; L51; Z20; Z28; Z29.

¹ Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela PUC-Rio. Advogado.

² Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Investigador da Fundação para a Ciência e Tecnologia de Portugal - FCT/MCT. Pesquisador do Public Procurement Research Group (PPRG) na University of Nottingham School of Law. Advogado. Professor de Direito no UNIPÊ.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As peculiaridades do mercado do desporto e a licitude da atuação concertada de concorrentes nas ligas desportivas. 3. A análise concorrencial das vendas coletivas dos direitos de transmissão. 4. O critério da solidariedade como função essencial aos ganhos de eficiência no desporto em face das peculiaridades desse setor econômico. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O esporte moderno profissional encerra verdadeira atividade de cunho econômico³ – e, como tal, sujeita-se à sua peculiar realidade e lógica de mercado. Nesse cenário, a fim de que possam ser realizados os investimentos inerentes ao seu funcionamento, os agentes econômicos necessitam buscar meios pelos quais possam levantar recursos bastantes para desempenharem suas atividades esportivas de modo competitivo, tanto sob o ponto de vista desportivo quanto econômico.

Nesse intuito, o empreendimento esportivo (*sports business*)⁴, em sua incessante busca pela viabilização da atividade econômica que desenvolve, deverá recorrer às diversas fontes de arrecadação que se encontram ao seu dispor, as quais vão desde a captação financeira junto a seus torcedores, a partir do licenciamento de produtos, bilheteria, programas de sócios, doações, financiamentos coletivos ou *crowdfundings*⁵, até os valores percebidos a título de “vendas” de atletas, para além daqueles decorrentes de publicidade e negociação de direitos de transmissão televisiva.

A transmissão dos eventos desportivos acrescentou escala industrial ao desporto profissional, massificando a sua produção e distribuição e, por conseguinte, seus ganhos⁶. A oportunidade de atingir os pontos mais longínquos do globo terrestre fez com que essa atividade

³ “É um facto, e um facto incontornável: vivemos a era do *sports business*. A questão a colocar não é já, pois, a de saber se o desporto profissional constitui ou não uma actividade económica”. AMADO, João Leal. *Vinculação versus Liberdade*, op. cit. p. 82. Grifos no original.

⁴ Aliás, como ressalta João Leal Amado, é “frequente, na literatura anglo-saxônica, utilizar a sugestiva fórmula *Sport\$biz* para exprimir este fenómeno”. AMADO, João Leal. *Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo*. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *Direito do Trabalho Desportivo: Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 10. Grifo no original.

⁵ Não à toa Bill Gerrard constata que “[o]s times desportivos profissionais somente podem ser viáveis financeiramente caso consigam manter a lealdade de seus fãs”. GERRARD, Bill. *Team Sports as a Free-market Commodity*. *New Political Economy*, Abingdon, v. 4, n. 2, p. 277, 1999. Tradução livre.

⁶ Daí Bell e Campbell asseverarem que “o seu drama, as suas personalidades e o seu apelo mundial fazem do esporte a nova Hollywood”. BELL, E.; CAMPBELL, D. *For the love of money*. *The Observer*, Londres, p. 22, 23 mai. 1999. Tradução livre.

econômica superasse inclusive diversos segmentos do comércio mundial, correspondendo a 3% de seu volume⁷, fazendo com que ultrapassasse, sem retorno, a própria vertente meramente lúdica e recreativa do desporto.

Uma vez atestada a natureza econômica da atividade esportiva, assim como a importância que ostenta seu mercado de negociação de direitos de transmissão televisiva, impõe analisarem-se, a seguir, as particularidades desse mercado relevante, no que condiz primeiramente à licitude das práticas em concerto voltadas à negociação desses ativos, para, então, após um reconhecimento das idiossincrasias dessa indústria do desporto, propor a adoção do critério da solidariedade, para fins de obtenção de maior grau de eficiência e satisfação do interesse do consumidor no que respeita ao modelo de negociação desses direitos, em virtude do tratamento regulatório concorrencial específico que esse setor demanda.

2. As peculiaridades do mercado do desporto e a licitude da atuação concertada de concorrentes nas ligas desportivas

Por configurarem os direitos televisivos um produto escasso, as disputas comerciais envolvendo a sua negociação, principalmente no âmbito do futebol, constituem um mercado bastante acirrado, capaz de alcançar valores altíssimos. No afã de maximizar os seus ganhos, cada um dos agentes econômicos –tanto os clubes e suas associações, por estratégias destinadas a inflacionar os preços de venda, quanto as estações de televisão e outros difusores, para a obtenção de direitos exclusivos de grande extensão e duração– pode, eventualmente, valer-se de práticas que tenham o potencial de resultar em prejuízos à livre concorrência⁸.

A busca pela elevação dos índices de concentração que lhes propicie uma posição dominante suficiente para conseguir impor a cobrança de preços de monopólio nesses mercados relevantes⁹ e a imposição de dificuldades substanciais à entrada de novos concorrentes são

⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *O Modelo Europeu do Desporto*: Documento de Reflexão da DG X. Bruxelas, 1999. p. 5. Segundo recente estudo da empresa de consultoria empresarial norte-americana A.T. Kearney, “o mercado de eventos esportivos em 2014 –receitas a partir de ingressos, direitos de mídia, e patrocínios– será próximo dos 80 bilhões de dólares, com impressionante crescimento anual de 7%. Quando você adiciona os artigos esportivos, vestuário, equipamentos, e gastos com saúde e condicionamento físico, a indústria dos esportes gera em torno de 700 bilhões de dólares anualmente, ou 1% do PIB mundial”. COLLIGNON, Hervé; SULTAN, Nicolas. *Winning in the Business of Sports*. Paris: A.T. Kearney, 2014. p. 2. Tradução livre.

⁸ CUNHA, Carolina. Desporto e Concorrência. In: COSTA, Ricardo; BARBOSA, Nuno (coord.). *II Congresso de Direito do Desporto*: Memórias. Coimbra: Almedina, 2007. p. 188.

⁹ *Ibid.* p. 189. É de se referir, ainda, que a definição de um mercado relevante requer a delimitação do produto e da área geográfica em relação aos quais ocorrerá a transação econômica.

manobras mercadológicas que requerem uma constante análise a ser feita pela autoridade de defesa da concorrência competente.

Assim, duas questões de âmbito concorrencial emergem quando do estudo do tema em apreço: a primeira diz respeito à viabilidade da negociação coletiva dos direitos de transmissão televisiva¹⁰; a segunda, por seu turno, corresponde à exclusividade ou não das transmissões, a qual poderá culminar num verdadeiro monopólio no desporto e/ou, até mesmo, caracterizar um abuso de posição dominante.

A negociação coletiva envolve uma cooperação horizontal, isto é, no mesmo nível da cadeia de produção ou de distribuição, entre agentes econômicos independentes e supostamente concorrentes, visando ao ajuste de condições em conjunto, para fixação de condições, preços e/ou oferta de produto ou serviço. Tal prática, de conluio/entendimento de vontades entre empresas, no caso, entidades esportivas, detentoras de direitos patrimoniais sobre as transmissões televisivas, constitui, por conseguinte, um comportamento não autônomo que pode, eventualmente, configurar uma conduta capaz de causar prejuízo à livre concorrência, na medida em que tenha por objeto (isto é, seja suscetível de) ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência, em parcela substancial de um mercado relevante. Daí, conclui-se que o sistema de defesa da concorrência não promove qualquer tipo de diferenciação entre as atividades econômicas, sujeitando, portanto, todos os setores da economia – inclusive, o *sports business*¹¹.

As práticas colusivas, como os cartéis, estão previstas em todas as legislações de defesa da concorrência ao redor do mundo, todavia, o entendimento em torno de sua ilicitude varia basicamente segundo dois padrões de tratamento de investigação antitruste correntemente adotados por diversas jurisdições – ora sendo enquadrado segundo a regra *per se*, ora seguindo a doutrina da regra da razão (*rule of reason*). Nesse sentido, pode-se afirmar, no caso da regra *per se*, que a única condição necessária e suficiente para a condenação de uma empresa por prática de cartel reduz-se à necessidade de comprovação de que essa empresa tenha participado de acordo entre concorrentes para limitar a concorrência; é dizer-se: consoante a *per se*

¹⁰ Cumpre ressaltar-se, por ora, que as negociações dos direitos de transmissão televisiva podem se dar tanto coletiva quanto individualmente; com efeito, no momento, por razões de análise do ponto de vista meramente concorrencial (antitruste), apenas serão abordadas as questões relativas à negociação coletiva.

¹¹ Nesse sentido, MESTRE, Alexandre Miguel. *Desporto e União Europeia: uma parceria conflituante?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. pp. 128-129. Aqui, cabe destacar-se a prescrição da Lei n. 12.529/2011, estruturante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: “Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal” – donde se infere que também as entidades de prática desportiva submetem-se aos ditames legais acima.

condemnation, certos acordos entre concorrentes não poderiam ser razoavelmente justificados, seriam ilegais *per se*, bastando a prova da sua ocorrência¹².

Contrariamente, a condenação de uma empresa, no caso de aplicação da regra da razão, dependeria da análise não só da comprovação da existência do ato reputado ilícito (*e.g.*, cláusula de *horizontal price fixing* e/ou *market division*), mas também da demonstração dos efeitos negativos desses atos sobre a concorrência (isto é, a constatação de que tais cláusulas geraram prejuízos ao bem jurídico protegido concorrência). A *rule of reason* equivaleria, no direito brasileiro, à aplicação ao caso concreto dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Com efeito, apesar de, consoante destacado na legislação antitruste norte-americana, “[t]odo contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração, para restringir o comércio entre os diversos Estados, ou com nações estrangeiras, [ser] declarado ilegal”¹³, nem toda restrição ao comércio, conforme o mesmo diploma, pode ser considerada ilegal, somente aquelas que sejam desarrazoadas (irracionais): a Suprema Corte americana desenvolveu o entendimento de que certas restrições, por serem tão contrárias à lei, consideram-se ilegais *per se*, isto é, sem que se lhe exija adentrar em qualquer razão justificativa¹⁴.

Entre os acordos que são considerados ilegais *per se* estão os cartéis horizontais (*hard core cartels*) e a fixação horizontal de preços, *inter alia*. Os acordos que não recaem nessa categoria de ilegalidade *per se* ou que não precisam ser examinados porque são considerados acordos *per se* legais são analisados sob a ótica da *rule of reason*. Tais padrões de análise antitruste, todavia, não se prestam a designar rótulos aplicáveis a diferentes categorias de condutas anticompetitivas; na verdade, determinada conduta tem natureza anticompetitiva *se*, e *somente se*, a ela se associa a produção de efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar em termos de exercício do poder de mercado por parte de um ou mais agentes. A presença do *efeito anticompetitivo*, nesse sentido, é, “sempre e necessariamente, elemento constitutivo da definição jurídica de ilícito antitruste”¹⁵.

De todo modo, nunca existiu no texto ou na história legislativa do *Sherman Antitrust Act*¹⁶ nada que proíba a cooperação entre entidades econômicas separadas na produção de uma *commodity* ou serviço e nem uma subsequente vedação para a venda destes a pessoas ou firmas

¹² SCHUARTZ, Luís Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mário Luiz. (org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. pp. 111-118.

¹³ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 1. Tradução livre.

¹⁴ Vide *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 60, de 1911.

¹⁵ SCHUARTZ, Luís Fernando. Op. cit. p. 117.

¹⁶ Acerca do *Sherman Act*, em breves palavras, cumpre dizer-se tratar-se da lei federal marco na história do direito da concorrência dos Estados Unidos, datada do ano de 1890, pela qual restou proibida uma série de atividades reputadas anticompetitivas, para além de ter sido atribuída ao governo federal a obrigação de investigar e perseguir os trustes e entidades que porventura prejudiquem a concorrência, como monopólios e cartéis.

de fora do grupo. Nessa sequência de ideias, se tais proibições existissem, as parcerias, os acordos para vendas exclusivas e as ligas desportivas¹⁷ seriam *per se* ilegais¹⁸. Mas, não só; na verdade, algumas atividades somente podem ser realizadas em conjunto, e talvez o exemplo mais marcante sejam os esportes profissionais: “[n]esse caso, a liga funciona como se fosse uma empresa, e quaisquer limitações a alianças horizontais seriam inapropriadas”¹⁹.

Note-se, de todo modo, haver estudiosos que alegam deverem ser as ligas desportivas tratadas como uma única entidade (*single entity*), referindo-se à doutrina segundo a qual a Seção 1 do *Sherman Act* não seria aplicável à cooperação entre a companhia matriz e a sua subsidiária integral. A dita doutrina da *single entity* foi estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Copperweld v. Independence Tube*, 467 U.S. 752 (1984), ao sustentar que a matriz e a sua subsidiária integral não são capazes legalmente de conspirar uma com a outra em violação à aludida Seção 1. Outros autores tentam sustentar que o referido precedente *Copperweld* deveria ser alargado para incluir *joint ventures* específicas, tais como as ligas esportivas profissionais²⁰, visto que seus membros não conseguem produzir seus produtos sem a integração e a cooperação de cada membro da liga²¹. Assim, apesar de cada clube ter o seu próprio dono independente, a liga compartilha uma *unidade de interesses*, a qual consiste em promover a competição e em manter o bem estar econômico de cada integrante.

Nessa senda, diferentemente de outros empreendimentos econômicos, as ligas profissionais são necessariamente um produto coletivo: a indústria desportiva profissional só é capaz de existir se as unidades negociantes independentes se engajarem em uma extensiva cooperação, afinal, se bastam duas equipes para se realizar uma competição esportiva, são

¹⁷ Note-se que, especificamente em relação aos Estados Unidos, a questão aqui em análise restou apreciada em âmbito jurisprudencial aquando do caso *United States v. National Football League*, 196 F. Supp. 445 (E.D. Pa. 1961), em que se derrubou o contrato firmado entre a NFL (liga estadunidense de futebol americano) e a CBS (cadeia televisiva estadunidense) com base na sua violação à legislação antitruste. Na sequência dessa decisão, e de modo a nulificar os seus termos, o Congresso norte-americano estabeleceu o *Sports Broadcasting Act of 1961* (15 U.S.C. § 1291), pelo qual restou definido que as leis antitruste não se aplicam quando estiver em causa a negociação dos direitos de transmissão dos eventos esportivos profissionais de futebol americano, beisebol, basquetebol e hóquei —é dizer-se: a legislação autorizou às ligas negociar de modo unitário seus contratos de transmissão com as redes televisivas—, derrogando, assim, a lei de concorrência norte-americana no que concerne ao desporto praticado naquele país. Para mais acerca da experiência estadunidense: MITTEN, Matthew J.; HERNANDEZ, Aaron. *The Sports Broadcasting Act of 1961: A Comparative Analysis of its Effects on Competitive Balance in the NFL and NCAA Division I FBS Football*. *Ohio Northern University Law Review*, Ada, v. XXXIX, n. 3, pp. 745-772, 2013.

¹⁸ BORK, Robert. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself; with a new introduction and epilogue*. 2. ed. Nova Iorque: The Free Press, 1993. p. 341.

¹⁹ *Ibid.* pp. 278-279. Tradução livre.

²⁰ JACOBS, Michael S. Professional Sports Leagues, Antitrust, and the Single-Entity Theory: A Defense of the Status Quo. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 67, n. 1, pp. 25-67, 1991.

²¹ ROBERTS, Gary R. The Single Entity Status of Sports Leagues Under Section 1 of the Sherman Act: An Alternative View. *Tulane Law Review*. Nova Orleans, v. 60, 1986, pp. 562-591.

necessários muitos times para se produzir uma liga ou um torneio²². Nesse sentido, a Suprema Corte americana, no caso da NCAA (associação atlética universitária estadunidense), por entender que a questão envolvia uma indústria na qual a restrição horizontal à concorrência seria essencial, afastou a hipótese de considerá-la ilícita *per se* e decidiu aplicar a regra da razão à análise da conduta restritiva da concorrência prevista no plano de venda de direitos de transmissão dos jogos de futebol americano universitário²³.

3. A análise concorrencial das vendas coletivas dos direitos de transmissão

A análise dos órgãos de defesa da concorrência, no que diz respeito a tais práticas concertadas e colusivas atinentes ao produto principal, ou seja, à organização de campeonatos e ligas de esporte profissional em cooperação, pode, também, servir de argumento para a apreciação acerca da licitude das negociações dos produtos que lhe são acessórios – no caso, a venda dos direitos de cobertura televisiva sobre o evento desportivo. Ou seja, assim como se entende que a cooperação entre agentes econômicos independentes se mostra essencial²⁴ para a realização da atividade econômica principal, afastando, por conseguinte, qualquer mácula de cartelização anticoncorrencial que possa pairar a seu respeito, entendendo-se tratar-se de uma *joint venture* – e não de um cartel –, da mesma forma, em relação às negociações sobre um produto acessório –tal qual, por exemplo, a transmissão dos próprios eventos na televisão–, o argumento a ser aduzido pode ser justamente o de que *accessorium sequitur suum principale* (o acessório segue o seu principal) e, assim, a negociação coletiva desses direitos televisivos tratar-se-ia de uma *joint selling*, e não de uma conduta anticoncorrencial acessória (a ser derivável de um cartel) de fixação combinada de preços ou de oferta, *per se*. Logo, o exame concorrencial sobre a negociação coletiva de direitos televisivos há de ser realizado não apenas

²² GERRARD, Bill. Team Sports as a Free-market Commodity, op. cit. p. 276.

²³ NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).

²⁴ “A conclusão é que, quando a integração é essencial, se a atividade deve ser realizada, a integração e as restrições que a fazem eficiente deverão ser reputadas como completamente lícitas. No entanto, quando a integração puder ser útil, mas não essencial (no sentido de que a cooperação não é a essência da atividade), então a *joint venture* e as suas restrições à concorrência acessórias (incluindo a fixação de preços e a divisão do mercado) deverão ser tidas por lícitas quando três condições forem preenchidas: (1) [o] acordo de fixação de preços ou divisão de mercados é subordinado à realização do contrato; isto é, as partes hão de cooperar numa atividade econômica, exceção feita ao que diz respeito à eliminação de sua rivalidade, e o acordo deve ser capaz de aumentar a eficácia daquela cooperação, e não mais amplo do que a necessário para aquele propósito; (2) [a] fatia coletiva de mercado das partes não é suficiente para resultar em perigo real capaz de restringir a produção (julgado por padrões racionais de concentração horizontais); (3) [a]s partes não devem demonstrar um propósito primário ou intenção de restringir a produção. Onde qualquer dessas condições não seja preenchida o acordo horizontal será ilícito. Onde não haja coordenação das atividades produtivas, a primeira condição resta violada; tal acordo é mais desprovido de validade do que auxiliar e deveria ser ilegal *per se*”. BORK, Robert. Op. cit. p. 279. Tradução livre.

para se comprovar a existência de uma conduta reputada como anticoncorrencial, a fim de se concluir pela sua ilicitude, mas, concomitantemente, demonstrar os efeitos anticompetitivos que daquela prática poderão resultar.

Em geral, em prol da autorização da prática de *joint selling*, a análise baseia-se num argumento de eficiência: as economias verificadas nos custos de transação pela existência de um “ponto de venda único”, em vez de diversas negociações separadas, além das vantagens no que toca à exploração de nomes ou marcas associados às competições e, ainda, da possibilidade de comercializar as partidas de uma dada competição como um só produto, vão ao encontro dos interesses da maioria dos espectadores, que querem acompanhar o desenrolar de toda a prova, e não (ou, não apenas) os jogos de uma determinada equipe²⁵. Nesse mesmo sentido, a justificativa para a venda coletiva dos direitos transmissivos que convenceu a Corte de Práticas Restritivas do Reino Unido foi a de que os transmitentes e os telespectadores desejam, respectivamente, transmitir e assistir a toda a competição, em vez de jogos individuais²⁶ – dessa feita, a centralização na negociação dos direitos de transmissão é algo que, se não for essencial, ao menos se mostra mais vantajoso e útil para o sucesso na realização dessa atividade econômica.

E não por outro motivo, cumpre referir-se, o tema ora em apreço já foi objeto da análise do direito da concorrência em diversos locais do mundo. No que se refere ao continente europeu, a matéria já foi decidida em três oportunidades: o primeiro caso, de 2003, relativo à Liga dos Campeões da UEFA (*UEFA Champions League*)²⁷; o segundo, em 2005, relacionado à Liga Alemã de Futebol (*Bundesliga*)²⁸; e o terceiro, no ano de 2006, referente à Liga Inglesa de Futebol (*FA Premier League*)²⁹. Em tais oportunidades, a Comissão Europeia reconheceu que a venda coletiva dos direitos de transmissão pode criar eficiências e, portanto, desde que respeitadas determinadas condições, ser aceita nos termos do artigo 101 (3) do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Entre as condições acima mencionadas incluem-se a obrigação de o vendedor conjunto (*joint seller*) dos direitos de transmissão organizar um

²⁵ CUNHA, Carolina. Op. cit. pp. 194-195.

²⁶ “Também foi dito[, na indigitada decisão,] que[,] com a venda conjunta através da liga[,] a receita daí decorrente pode ser distribuída numa base equitativa, permitindo as transferências das receitas de transmissão em favor dos clubes mais pobres e o desenvolvimento de atletas mais jovens”. ROBERTSON, Aidan. The Application of European Competition Law to Sports Broadcasting. *World Competition: Law and Economics Review*, Dordrecht, v. 25, n. 4, p. 429, 2002. Tradução livre.

²⁷ Processo COMP/C.2-37.398, decisão da Comissão de 23 jul. 2003; IP/01/583 e IP/03/1105.

²⁸ Processo COMP/Com-2/37.214, decisão da Comissão de 19 jan. 2005; IP/03/1106 e IP/05/62; MEMO/05/16. Sobre este caso, ver: WILBERT, Stefan. Joint selling of Bundesliga media rights – first Commission decision pursuant to Article 9 of Regulation 1/2003. *Competition Policy Newsletter*, Bruxelas, n. 2, pp. 46-48, verão 2005.

²⁹ Processo COMP/C/38.173; IP/02/1951, IP/03/1748, IP/05/1441 e IP/06/356.

competitivo, transparente e não discriminatório procedimento licitatório; a obrigação de limitar a duração e o escopo do contrato vertical exclusivo; e, relativamente à FA Premier League, a imposição de uma cláusula de não comprador único (no single buyer clause).

De todo modo, a Comissão consignou que a avaliação de venda conjunta dos direitos de transmissão frente ao direito da concorrência exige uma apreciação caso a caso: o resultado final dessa análise pode ser diferente de Estado-membro para Estado-membro, devido a situações de mercado potencialmente diferentes. Ademais, aduzindo não ter planos, por ora, de adotar orientações específicas sobre o assunto, asseverou que as três indigitadas decisões, para além da orientação por si fornecida no Livro Branco do Desporto em 2007 e da jurisprudência existente, constituem base suficiente para as ligas e as autoridades nacionais da concorrência (NCA) avaliarem a compatibilidade dos acordos de venda conjunta no âmbito do direito da concorrência da União Europeia.

Por fim, a Comissão reconheceu, conforme a decisão do caso relativo à *UEFA Champions League*, que é desejável manter-se certo equilíbrio técnico-competitivo entre os clubes de futebol que disputam uma liga e que a redistribuição dos fundos poderia ajudar a alcançar a solidariedade entre todos os níveis e áreas do desporto. Com efeito, a Comissão assinalou, ainda, que a venda conjunta dos direitos de transmissão não é a única ferramenta apta a essa redistribuição dos fundos: a solidariedade entre todos os níveis de esporte, na visão daquele órgão, também pode ser atingida através de, entre outras opções, um sistema de venda individual dos direitos de transmissão, juntamente com mecanismos de solidariedade robustos. Logo, a análise caso a caso faz-se necessária para se decidir se estão reunidas as condições previstas no artigo 101 (3) do TFUE e, nessa ordem de ideias, se esse sistema está em conformidade com o direito da concorrência da UE.

Ainda no âmbito europeu, mas do ponto de vista doméstico, a Alemanha, através da sua autoridade nacional de defesa da concorrência, o *Bundeskartellamt*, considerou que os acordos entre os clubes de futebol e a liga recaem na proibição de cartéis da seção 1 GWB e do artigo 101 do TFUE, haja vista, ressalvadas algumas exceções, os clubes individuais não comercializarem os direitos de transmissão para os seus jogos (em casa) de forma autônoma; ademais, concluiu que os direitos de transmissão dos jogos da primeira e segunda divisões do futebol nacional (e demais torneios futebolísticos que envolvam os clubes alemães participantes da liga) não pertencem ao mesmo mercado, por exemplo, dos direitos de transmissão dos filmes *blockbusters* (Hollywood). Tendo isso em conta, asseverou que a venda conjunta dos direitos de transmissão é, em última análise, uma forma especial de restrição horizontal da concorrência:

não se trata, no entanto, de um clássico *hard core cartel*³⁰, mas sim, face à grande importância que a propriedade de tais direitos de mídia tem para os provedores de conteúdo, uma significativa restrição da concorrência. Por fim, sublinhou que somente a negociação coletiva dos direitos de transmissão possibilitaria a otimização e maximização do modelo de marketing de venda dos produtos relativos à competição pelos mais diversos tipos de transmissão e canais³¹.

Na Itália, vale anotar-se que, com o advento da Lei n. 287/90, de 2008, impôs-se que a comercialização dos direitos de transmissão televisiva deixasse de ser feita individualmente e passasse a se dar pela via coletiva, havendo sido, ainda, determinado que 40% da arrecadação seriam divididos igualmente entre os clubes e os restantes 60% de acordo com os resultados esportivos (*risultati sportivi*) e a área de captação individuais (*bacino d'utenza*) – sendo certo que a porcentagem deste último não pode ser maior do que a dos resultados. É de se notar, entretanto, que, atualmente, se discute, na Itália, esse montante da divisão dos valores obtidos a partir da negociação dos direitos de transmissão, uma vez que a sua autoridade antitruste (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) indicou ao Parlamento, ao Governo e ao Ministério do Desenvolvimento Econômico e do Esporte (*Ministerio dello Sviluppo economico e dello Sport*) que os critérios da tradição esportiva (*tradizione sportiva*) – a qual leva em conta o histórico dos clubes desde a temporada 1946-47 e corresponde a 10% do montante relativo à porcentagem dos *risultati sportivi*– e do *bacino d'utenza* –equivalente a 30% do montante relativo aos *risultati sportivi*– não são aceitáveis, devendo-se propor uma terceira opção. Os motivos da insurgência do *Garante* a esses dois critérios são: relativamente à *tradizione sportiva*, esta favorece os grandes clubes e, portanto, viola o princípio da remuneração meritocrática (que, segundo o *Antitrust*, é vital à competitividade do campeonato); quanto ao *bacino d'utenza*, por considerar que o número de espectadores de cada clube nada tem a ver com a lógica da meritocracia desportiva, devendo-se, pois, eliminar este critério ou, ao menos, limitá-lo. De todo modo, essa opinião do *Antitrust*, é de se referir, não tem qualquer valor cogente, de modo que é difícil fazer-se um prognóstico sobre o que se sucederá na Itália no futuro próximo acerca deste tema³².

³⁰ SCHUARTZ, Luís Fernando. Op. cit. pp. 119 e ss.

³¹ A título de curiosidade, vale consignar-se que, na Alemanha, nunca existiu o sistema de vendas individuais dos direitos de transmissão; a negociação, até hoje, sempre foi coletiva. Para mais acerca deste caso: EKLUND, Elisabeth. *Following the Rules of the Game?: A Competition Law Study of the Collective Sale of Sports Broadcasting Rights*. Badia Fiesolana: European University Institute, 1999. pp. 48-63.

³² ITÁLIA. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Diritti TV: Antitrust a Governo e Parlamento, necessario modificare il sistema vigente. Occorre una ripartizione delle risorse basata sul merito sportivo, decisa da un soggetto terzo diverso dalla Lega Calcio*. Disponível em: <<http://www.agcm.it/stampa/news/6413-diritti-tv>>

Na Espanha, a exemplo do que se passou na Itália, o governo local, visando a diminuir o abismo financeiro que separa os gigantes Real Madrid C.F. e F.C. Barcelona dos demais clubes, impôs, através da nova lei do desporto profissional –a saber, o Real Decreto-Lei n. 5/2015, de 30 de abril, proposto pelo *Consejo Superior de Deportes* e com o apoio da *Liga de Fútbol Profesional (LFP)*–, o modelo de negociação coletiva dos direitos de transmissão televisiva, o qual valerá a partir da temporada 2016/17, nos seguintes moldes: do total a ser destinado aos clubes, 50% serão repartidos equanimemente entre aqueles participantes da primeira divisão do campeonato nacional de futebol e, ao menos, 70% entre os do segunda escalão; ao passo que os restantes 50% atribuir-se-ão a cada clube, individualmente, a partir dos resultados esportivos por eles obtidos nas cinco últimas temporadas (primeira divisão) ou apenas na última temporada (segunda divisão) e do critério assim denominado da “implantação social”, o qual levará em conta questões como o número de sócios, a bilheteria e outras receitas³³.

É de se salientar, ainda que brevemente, em relação ao Brasil, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), aquando da celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática com o Clube dos Treze (ente responsável, à época, por negociar, coletivamente, em nome de todas as entidades desportivas disputantes do torneio, os direitos transmissivos de suas partidas), deparou-se, em alguma medida, com a matéria ora em apreço, não havendo se oposto, no entanto, em nenhum momento, à negociação coletiva dos direitos de transmissão televisiva. Na verdade, o CADE delimitou os parâmetros que deveriam ser seguidos pela referida entidade em sua negociação coletiva/centralizada perante todo o mercado televisivo nacional; dessa forma, no dizer do CADE, poder-se-ia “fazer cessar práticas que, se presentes determinadas condições previstas na lei, poderiam ensejar infração à ordem econômica”³⁴.

Posto isso, considerando que a negociação coletiva dos direitos de transmissão, apesar de, *per se*, representar a prática de um acordo horizontal (colusão) que, hipoteticamente, poderia eliminar a livre concorrência em parte substancial desse mercado relevante e criar ou reforçar, de modo artificial, uma posição dominante, a qual ocasionalmente descambaria para a dominação de mercado desses bens e serviços, esta prática pode ser plenamente justificada e

segnalazione-a-parlamento-necessario-modificare-il-sistema-vigente-occorre-una-ripartizione-delle-risorse-basata-sul-merito-sportivo-decisa-da-un-soggetto-terzo-diverso-dalla-lega-calcio.html>. Acesso em: 28 out. 2014.

³³ TE INTERESA. ¿Qué dice el Real Decreto Ley 5/2015?. Disponível em: <http://www.teinteresa.es/deportes/Real_Decreto_Ley_5-2015_0_1352865059.html>. Acesso em: 12 mai. 2015.

³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11 (Termo de Compromisso de Cessação de Prática Firmado com a União dos Grandes Clubes do Futebol Brasileiro – Clube dos Treze). Brasília, 20 de outubro de 2010.

até mesmo estimulada em certos casos, desde que resulte em (i) aumento de produtividade ou competitividade, (ii) melhoria da qualidade do bem ou serviço ou (iii) propicie ganhos de eficiência e desenvolvimento econômico e/ou (iv) que boa parte desses benefícios decorrentes seja repassada para o consumidor, conforme se verifique empiricamente. Cumpre lembrar-se que as ditas medidas, fruto de eventuais negociações coletivas, teriam o condão de valorizar ainda mais o campeonato nacional de futebol, em todas as suas divisões, aumentando a competitividade, melhorando a qualidade do próprio produto e propiciando um ganho de eficiência de todo o sistema do desporto brasileiro, para além do desenvolvimento econômico da atividade³⁵, com o conseqüente repasse à coletividade de (tel)espectadores/torcedores-consumidores dos benefícios daí decorrentes – tudo na esteira da Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, especialmente de seu artigo 88, §§ 5º e 6º, que estabelecem as hipóteses em que são autorizadas tais colusões³⁶.

4. O critério da solidariedade como função essencial aos ganhos de eficiência no desporto em face das peculiaridades desse setor econômico

O direito da concorrência, relativamente ao desporto profissional, conforme se registrou acima, alcança não apenas as entidades esportivas, que estão em permanente concorrência mútua (tanto quando praticam o mesmo esporte quanto quando se trata de desportos diferentes), mas também todos os demais atores envolvidos nesse cenário (ex.: empresas de televisão), sempre tendo como horizonte a manutenção de um ambiente de concorrência livre voltado para o benefício de toda a coletividade (tutela coletiva de direitos difusos dos cidadãos).

No entanto, a competição no esporte profissional envolve uma lógica de disputa própria, específica e por vezes paradoxal, uma vez que os clubes mantêm uma relação em alguma medida dúplice entre si, com interesses simultaneamente solidários e conflitantes, de rivalidade

³⁵ Aliás, essa realidade verificou-se nos Estados Unidos a partir da entrada em vigor da legislação que atribuiu uma isenção antitruste (*antitrust exemption*) aos esportes profissionais daquele país e os permitiu negociar em grupo unitário os direitos de transmissão televisiva de seus eventos: “[a] prática das ligas celebrarem contratos como unidade recrudescer enormemente as receitas televisivas”. DUQUETTE, Jerold J. *Regulating the National Pastime: Baseball and Antitrust*. Westport: Praeger, 1999. p. 76. Tradução livre.

³⁶ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [Omissis]. § 5º. Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. § 6º. Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

e de interdependência, de disputa no âmbito da competição e de cooperação no desenvolvimento e organização desta, a qual corresponde ao produto conjunto (*joint venture*), que será consubstanciado na atividade econômica por eles praticada (especificidade desportiva) – haja vista, no desporto, o clube precisar do adversário tanto na perspectiva esportiva *stricto sensu* quanto sob o viés da viabilidade e atratividade do torneio como um todo, numa lógica que pode ser denominada *oposição cooperativa*³⁷, de modo que, em última análise, vige a regra da *dependência recíproca dos clubes*³⁸.

Em outras palavras: o sucesso de um competidor estimula o do outro e, nesse diapasão, resulta num maior sucesso da própria competição em si, maximizando, assim, o interesse dos (tel)espectadores no espetáculo desportivo (ou, numa visão mais econômica, o interesse dos consumidores no produto), de maneira que, na sequência da lógica acima descrita (*oposição cooperativa/dependência recíproca dos clubes*), mais vale o sucesso global do torneio e do próprio desporto, a partir do estímulo a todos os seus participantes, do que o sucesso individual de apenas um (ou poucos) clube(s)³⁹ – tal qual ocorre no dilema do prisioneiro, utilizado para a análise da chamada teoria dos jogos, em que a vantagem obtida a partir de uma operação conjunta é maior do que aquela alcançada pelo somatório dos êxitos individuais, o que, em última análise, corresponde ao chamado *ganho de eficiência econômica* (do que se conclui que o ganho de eficiência decorre da solidariedade entre os envolvidos).

Ocorre que o (interesse pelo) produto competição esportiva pauta-se em dois elementos essenciais⁴⁰: a incerteza do resultado (*uncertainty of outcome*)⁴¹ e o equilíbrio competitivo

³⁷ SIMON, Gérald. *Puissance Sportive et Ordre Juridique Étatique: Contribution a l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990. p. 27.

³⁸ MESTRE, Alexandre Miguel. Op. cit. p. 130.

³⁹ “Em definitivo, no desporto profissional, o objetivo é ser o *número um*, não o *número único*, a competição faz-se *contra*, mas também *com*, o adversário”. AMADO, João Leal. *Vinculação versus Liberdade*, op. cit. p. 83. Grifos no original.

⁴⁰ O primeiro a verificar esta peculiaridade do esporte, segundo se aponta historicamente, foi Simon Rottenberg, que atestou: “[a] natureza da indústria [do desporto] é tal que os competidores devem ter ‘tamanho’ aproximadamente igual caso qualquer deles almeje obter sucesso; este parece ser um atributo exclusivo dos esportes competitivos profissionais”. ROTTENBERG, Simon. The Baseball Player's Market. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 64, n. 3, p. 242, jun./1956. Tradução livre.

⁴¹ “Incerteza do resultado é um conceito relacionado na medida em que se preocupa com a imprevisibilidade do resultado de um jogo individual (dispersão da vitória) [(*win dispersion*)], ou do eventual vencedor do campeonato no final da temporada (persistência de performance) [(*performance persistence*)], ou o número de clubes que ganham a liga frente a um número de temporadas (concentração do prêmio) [(*prize concentration*)]”. GODDARD, John; SLOANE, Peter. Introduction. In: _____ (org.). *Handbook on the Economics of Professional Football*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 3. Tradução livre.

(*competitive balance*)⁴² entre os contendores⁴³. Isso porque a atratividade de público gerada por determinado torneio esportivo está diretamente relacionada com a incerteza do jogo, a qual, por seu turno, decorre diretamente do equilíbrio de forças entre os participantes, sendo certo que quanto maior for o interesse dos (tel)espectadores pelo, no jargão econômico, produto (isto é, o campeonato esportivo) maior será a força da competição e, portanto, maiores serão os ganhos auferidos por todos os envolvidos (ganhos de eficiência econômica, em proveito dos (tel)espectadores-consumidores)⁴⁴.

É dizer-se: o espetáculo esportivo, a incerteza dos resultados e o equilíbrio competitivo estão intimamente ligados, visto que uma liga cujos vencedores não sejam previamente conhecidos atrai muito mais a atenção e o interesse do público do que uma competição de *cartas marcadas*, isto é, dominada por alguns poucos contendores. Ou seja: um campeonato cuja incerteza de seus resultados não se verifique acaba por ter o seu mínimo praticável de competitividade prejudicado e, em vista disso, por ser contraproducente à sua própria lógica interna⁴⁵: “além de aumentar o fosso entre uns e outros, o desequilíbrio competitivo seria de tal modo notório, [*sic*] que o próprio espetáculo desportivo acabaria por perder todo o seu entusiasmo e interesse, quedando-se numa indústria pouco apetecível e monótona”⁴⁶.

⁴² “Equilíbrio competitivo significa que os times em um campeonato são de aproximadamente igual força, de modo que a diferença no número de pontos obtidos pelas diversas equipes é relativamente pequena”. Ibid. pp. 2-3. Tradução livre.

⁴³ O equilíbrio competitivo, cumpre anotar-se, “é composto por três dimensões: uma de curto prazo (a incerteza do resultado de um jogo específico), uma de meio-termo (a incerteza do resultado de uma subcompetição[.] como a corrida de um campeonato) e uma de longo prazo (a dominação (ou não) de uma liga por algumas equipes ao longo do tempo)”. PAWLOWSKI, Tim. *Competitive balance and its (un)importance for fans in European football*. Disponível em: <<http://footballperspectives.org/competitive-balance-and-its-unimportance-fans-european-football>>. Acesso em: 17 mar. 2015. Tradução livre.

De todo modo, embora o autor construa a sua tese tendo em conta tão somente o equilíbrio competitivo, a bem da verdade, ela vale também para a incerteza dos resultados, visto que esta tanto pode se referir à *incerteza imediata*, de uma partida específica, quanto à *incerteza mediata*, de todo o campeonato em si.

⁴⁴ Daí Martin Edwards, ex-presidente do Manchester United F.C., haver dito que “a força de um campeonato se encontra na sua equipe mais fraca”. FYNN, Alex; GUEST, Lynton. *For Love or Money: Manchester United and England – The Business of Winning?*. Londres: Andre Deutsch, 1999. Tradução livre.

⁴⁵ “É deste jogo de ilusão/desilusão (alguns dirão: de alienação) que vive o espetáculo desportivo, é esta ‘deliciosa expectativa’, é este ‘núcleo fascinante’, é esta ‘doce tensão’, é este ‘factor sonho’ que o alimenta. E é também isto que explica que o espetáculo desportivo, e não o circo, seja hoje o maior espetáculo do mundo”. AMADO, João Leal. *Vinculação versus Liberdade*, op. cit. pp. 84-85.

⁴⁶ CORREIA, Lúcio. Op. cit. p. 86. Em sentido semelhante acerca da necessidade de manutenção da competitividade no desporto: AMADO, João Leal. *Temas Laborais 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 170; MAZZONI, Alberto. Sport, Calcio Professionistico e Regole del Mercato. In: DEMURO, Ivan; FROSINI, Tommaso Edoardo. *Calcio Professionistico e Diritto* (org.). Milão: Giuffrè, 2009. pp. 3-52; BLANPAIN, Roger; INSTON, Rita. *The Bosman Case: The End of the Transfer System?*. Leuven: Peter-Leuven e Sweet & Maxwell, 1996. pp. 19-20.

Criticando a influência do dinheiro provindo da mídia, Gerrard Bill pontua: “Alan Sugar, ex-presidente do clube de futebol inglês Tottenham Hotspur, descreveu famosamente essa situação como o ‘prune-juice effect’ [‘efeito suco de ameixa seca’]: os rendimentos que os clubes auferem muito rapidamente escoam na forma de salários dos jogadores. Assim, o mercantilismo, em muitos casos, tende a comprometer ainda mais a viabilidade desportiva e financeira das ligas, exacerbando a disparidade entre os times e aumentando o conflito entre jogadores

Logo, é justamente o equilíbrio competitivo que assegura a incerteza do resultado esportivo –verdadeira condição *sine qua non* à existência do desporto em si–, sob pena de se esvaír o interesse dos (tel)espectadores nessa atividade⁴⁷:

Uma competição desportiva patentemente desequilibrada, na qual a disparidade de forças praticamente não deixe margem para dúvidas quanto ao seu vencedor, revela-se, com efeito, pouco atractiva. O espectáculo desportivo necessita, como se disse, da emoção, do drama, da incerteza do resultado. Se o confronto se verifica entre forças muito desiguais[,] há pouco espaço para a ilusão (os mais optimistas dirão que por vezes há milagres, mas estes, se os houver, acontecem muito raramente...) e, sem esta, o público desinteressa-se, não assiste à competição, baixa o nível das audiências, a publicidade e os patrocínios diminuem, o dinheiro escasseia, o negócio não prospera... [...] em suma, a indústria do desporto profissional, enquanto indústria do entretenimento, estaria pouco menos do que condenada!⁴⁸.

Com efeito, pode-se, também, enxergar a existência de dois elementos acessórios, bastante importantes à atração e promoção do espetáculo esportivo; o primeiro respeita à *qualidade do espetáculo desportivo/qualidade dos contendores (quality of play/quality of the contenders)*, pelo qual o interesse dos (tel)espectadores em determinado esporte (ou, mais especificamente, determinado campeonato ou prova) está também relacionado à qualidade do evento em si, isto é, dos seus participantes (ex.: um jogo de futebol entre dois clubes da terceira divisão do campeonato nacional, ainda que possa ser tecnicamente mais equilibrado e o seu resultado mais difícil de se prognosticar, tende a gerar uma menor repercussão e interesse perante o rol de (tel)espectadores do que uma partida envolvendo dois clubes da primeira divisão, entre os quais, porventura, possa existir uma maior assimetria, porém, com maior qualidade/técnica)⁴⁹.

e equipes”. GERRARD, Bill. Media Ownership of Teams: The Latest Stage in the Commercialisation of Team Sports. In: SLACK, Trevor (org.). *The Commercialisation of Sport*. Abingdon: Routledge, 2004. p. 248. Tradução livre.

⁴⁷ Conforme apontado por Babatunde Buraimo, apesar de haver poucos estudos acerca da influência da *uncertainty of outcome* nas audiências da mídia televisiva, existem indicativos de que os telespectadores preferem assistir a partidas em que a incerteza dos resultados é um traço característico (*feature*) do evento em causa, vide: BURAIMO, Babatunde. Spectator demand and attendances in English football league. In: GODDARD, John; SLOANE, Peter (org.). Op. cit. p. 70.

⁴⁸ AMADO, João Leal. *Vinculação versus Liberdade*, op. cit. pp. 85-87. Em contrapartida, não é falso dizer-se que, ao menos para aqueles que estão frequentemente a vencer, o inverso (pode) opera(r)-se: quanto maior o número de triunfos maior também é a repercussão midiática dos feitos do desportista ou do clube (especialmente em relação ao atleta, vale dizer-se, muitas vezes também seus atos extradesportivos ganham maior conotação/relevância, face à chamada *indústria dos paparazzi*), assim como mais interesse desperta aquele praticante ou agremiação esportiva no mercado publicitário, mais exposição nos meios de comunicação têm seus patrocinadores, logo, mais dinheiro receberão (ou, ao menos, poderão receber), maior será o número de torcedores e fãs que angariarão (ou poderão angariar) em seus jogos/exibições – torcedores/fãs, estes, que, como mercado consumidor que são, poderão, consequentemente, reverter-se em mais uma fonte de lucro para o próprio esportista/clube. De todo modo, cfr. notas de rodapé n. 58 e 59, *infra*.

⁴⁹ Para mais a respeito da variável *qualidade (quality)*, ver: TREBLE, John. *Funny Peculiar: Modelling Sports Leagues*. Disponível em: <www.swansea.ac.uk/welmerc/Funny%20Peculiar.doc>. Acesso em: 17 mar. 2015.

O segundo, por seu turno, corresponde à publicidade/o *marketing* em torno do produto esportivo comercializado (campeonato, prova), de modo que um determinado torneio, independentemente dos demais fatores já elencados, pode ter mais apelo do público do que outra competição que reúna, de maneira mais inquestionável, todos aqueles fatores (ex.: pode-se vislumbrar mais incerteza nos resultados, um maior equilíbrio competitivo, uma qualidade técnica mais apurada, etc., no Campeonato Brasileiro do que no Campeonato Espanhol de futebol, contudo, este, face à sua melhor promoção publicitária, pode gerar mais interesse nos (tel)espectadores do que aquele). Por esse motivo, a relação entre a mídia e o esporte tem se estreitado diuturnamente, a ponto de se poder asseverar haver, na atualidade, uma mútua dependência: o crescimento do interesse dos meios de comunicação nos espetáculos desportivos configura a mola propulsora de maior destaque do marketing esportivo mundial, sem o qual os diversos setores que dele dependem não teriam se desenvolvido, nem difundido o número de espectadores pelo mundo. Responsável maior pela popularização do desporto que é, “a mídia passou a atender melhor às demandas de seus dois públicos: os consumidores de esporte (telespectadores e torcedores) e o mercado anunciante, interessado em atingir esses consumidores”⁵⁰.

Nesse contexto, surgem os chamados *Louis–Schmeling paradox* (paradoxo Louis–Schmeling)⁵¹ e *New York Yankees paradox* (paradoxo do New York Yankees)⁵², que se baseiam

⁵⁰ POZZI, Luis Fernando; RIBEIRO, Carlos Henrique de Vasconcellos. Esporte e mídia. In: DACOSTA, Lamartine Pereira (org.). *Atlas do Esporte no Brasil: Atlas do Esporte, Educação Física e Atividades Físicas de Saúde e Lazer no Brasil*. Rio de Janeiro: Shape, 2005. p. 722.

⁵¹ O primeiro a notar este paradoxo foi Walter C. Neale; na lição do autor, se Joe Louis, estadunidense ex-campeão mundial de boxe dos pesos pesados, que dominou a sua divisão entre os anos de 1937 e 1948 (a exceção, isto é, o único lutador que lhe fazia frente era o alemão Max Schmeling), não tivesse nenhum competidor para enfrentar (monopólio puro), “ele não teria ninguém para lutar contra, nem ganharia qualquer dinheiro”. NEALE, Walter C. *The Peculiar Economics of Professional Sports: A Contribution to the Theory of the Firm in Sporting Competition and in Market Competition*. *The Quarterly Journal of Economics*. Cambridge, v. LXXVIII, n. 1, fev. 1964, p. 2. Tradução livre.

⁵² O presente paradoxo diz respeito à relação havida entre a vitória e o apelo do fã, isto é, quanto mais previsível for a vitória (seja numa partida, seja do campeonato em si) menor será o interesse do torcedor em acompanhar o seu clube do coração: “[v]encer é importante para os times e seus fãs[,] mas o valor emocional e financeiro é muitas vezes crucialmente dependente da proximidade da competição [*closeness of competition* – isto é, do grau de equilíbrio entre os participantes]. Fãs de times vitoriosos podem ficar entediados se a vitória se torna quase garantida em virtude da diferença de competição efetiva em relação às demais equipes. Este fenômeno é frequentemente referido como o paradoxo do New York Yankees[,] em reconhecimento à percepção geral de que os públicos nos jogos do [time de beisebol norte-americano] Yankees começaram a declinar durante o seu período de dominação [da liga] no pós-guerra, somente tendo sido revertida essa tendência quando a performance esportiva do Yankees [também] declinou” (GERRARD, Bill. *Media Ownership of Teams: The Latest Stage in the Commercialisation of Team Sports*, op. cit. p. 251). Esta lógica, inclusive, já se verificou no esporte brasileiro, quando, na década de 1970, o então presidente do Fluminense Football Club, Francisco Horta, em decorrência do pouco dinheiro que os clubes cariocas de futebol possuíam na época, promoveu o chamado *troca-troca* de jogadores, no intuito de “motivar os torcedores adversários” (NAPOLEÃO, Antonio Carlos. *Fluminense Football Club: História, Conquistas e Glórias no Futebol*. Rio de Janeiro: Mauad, 2003. p. 37), em face da dominação do clube das Laranjeiras frente aos seus rivais, no período conhecido como *a máquina tricolor*, e, assim, promovendo um maior equilíbrio na competição.

na máxima de que, no âmbito do esporte, diferentemente do que se passa noutras atividades econômicas, o monopólio, do ponto de vista da empresa, não configura a sua “posição ideal no mercado”: as entidades desportivas dependem necessariamente dos demais competidores para serem bem sucedidas, de modo que a regra econômica ordinária não se aplica ao mundo dos desportos; isto é, na economia dos esportes profissionais, as receitas estão associadas à competição entre os atletas ou as equipes que disputam as partidas, e não à concorrência (*business competition*) entre os clubes (as empresas) que contratam os contendores⁵³.

E é justamente nessa ótica, de um clube necessitar da presença do outro, e não da sua aniquilação (“lógica capitalista selvagem”), que exsurge a máxima da *solidariedade* (*solidarity*), a qual pode ser considerada o *leitmotiv* da atividade esportiva profissional⁵⁴, tanto na sua repercussão econômica—isto é, como produto (campeonato), comercializável e oferecido no mercado, em *joint venture*, com vista à maximização do lucro de todos—quanto sob o prisma da realização do campeonato enquanto mútua disputa sequenciada de candidatos a um mesmo objetivo comum, a promoção da justa competição esportiva (*fair play*) – ou seja, no que diz respeito à qualidade do evento, equilíbrio de forças e incerteza dos resultados⁵⁵.

Contudo, vale anotar-se haver estudos contrários a este paradoxo, isto é, segundo os quais *quanto maior o equilíbrio do espetáculo menores os públicos presentes nos estádios*, vide: BURAIMO, Babatunde. Op. cit. pp. 69-71. O autor, inclusive, aponta dados relativos não apenas ao futebol inglês, mas também ao beisebol norte-americano, os quais indicariam que, em ambos os esportes, os fãs dos clubes da casa preferem ir aos estádios em jogos cuja certeza do resultado seja maior a fazê-lo naqueles em que a incerteza prevaleça: Ibid. pp. 63-67. De todo modo, ainda assim, como ressalta Andrew Zimbalist, “[s]e os fãs fossem indiferentes à incerteza do resultado e à equidade da competição, o equilíbrio competitivo não seria mais relevante ... que a escolha do texto gravado [*typescript*] nas bolas utilizadas na competição”. ZIMBALIST, Andrew. Competitive Balance Conundrums: Response to Fort and Maxcy's Comment. *Journal of Sports Economics*, Thousand Oaks, v. 4, n. 2, p. 162, mai. 2003.

⁵³ NEALE, Walter C. Op. cit. pp. 1-2. Nesse sentido, já em meados do século XX, Simon Rottenberg pontificava: “os clubes mais ricos normalmente preferirão vencer a perder. Se assim o for, preferirão vencer por margens curtas a fazê-lo por margens largas”. ROTTENBERG, Simon. Op. cit. p. 256. Tradução livre.

⁵⁴ Lembre-se, nesse sentido, o que já se alertava na década de 1950, no caso *United States v. National Football League*, 116 F. Supp. 319 (E.D. Pa. 1953): se todos os clubes competirem tão duro quanto puderem no âmbito do mercado (*business*), aqueles mais fortes serão suscetíveis de conduzir os menos fortes ao fracasso financeiro. Com efeito, para além de os clubes vencedores geralmente serem os mais ricos, a menos que limitados por regras artificiais, os ricos ficam sempre mais ricos e os pobres, mais pobres. Logo, os efeitos líquidos de se permitir a concorrência sem restrições entre os clubes tendem a ser: o aprofundamento das disparidades de força entre as equipes; a expulsão das equipes mais fracas do negócio (*business*); e, finalmente, a destruição de toda a liga. Daí se poder concluir que, “[q]uando um time de esporte profissional elimina a competição, o time também efetivamente elimina a [sua] fonte primária de receitas. Afinal de contas, as pessoas pagam para ver uma competição, não uma exibição”. BERRI, J. David; SCHMIDT, Martin B.; BROOK, Stacey L. *The Wages of Wins: Taking Measure of the Many Myths in Modern Sport*. Stanford: Stanford Business Books, 2007. p. 47. Tradução livre.

⁵⁵ Vale dizer-se, ainda, que o conceito de solidariedade, de tão amplo e afeto à atividade econômica desportiva, abarca diversas searas desta, inclusive ao que respeita às transferências de atletas (nomeadamente, ao chamado *mecanismo de solidariedade*, pelo qual, nas transferências onerosas internacionais, do montante pago pelo clube “comprador” ao clube “vendedor” por determinado atleta, é retirado certo montante, destinado ao seu clube formador, em decorrência dos gastos tidos, anteriormente, com treinamento e educação), conforme se depreende da seguinte passagem do estudo promovido pela Comissão Europeia acerca dos aspectos econômicos e legais daquelas transferências: “as instituições da UE enfatizam a importância das regras destinadas a apoiar a

A ideia de solidariedade é justamente o fio condutor que propicia a atividade econômica desportiva alcançar a sua tão almejada equidade e, assim, realizar os elementos já anteriormente referidos, o *competitive balance* e a *uncertainty of outcome*, nos campeonatos profissionais. Afinal, somente se vislumbrará o aludido equilíbrio de forças entre os contendores caso haja uma equidade entre eles, isto é, uma paridade de armas esportiva *stricto sensu* (poderio técnico proporcional), que, por conseguinte, permitirá garantir-se a incerteza dos prognósticos, sem a qual, lembre-se, o interesse e a atração desta atividade, pelos (tel)espectadores, restaria prejudicada.

Nessa ordem de ideias, tendo em conta o caráter econômico da atividade esportiva, a solidariedade também se faz necessária com vista à obtenção de um grau de concorrência praticável entre os participantes no mercado (*workable competition*). É dizer-se: sem a efetiva verificação desse critério, a atuação conjunta dos *players* teria a sua legitimidade, sob a perspectiva da análise jurídico-concorrencial, comprometida, uma vez que a licença (exceção) para o paralelismo de condutas, da qual gozam as *joint ventures* desportivas na doutrina de defesa da concorrência, perderia a sua razão de ser: a *rule of reason* afastar-se-ia da sua razão (*reason*) e violaria o sentido do critério que confere exceção à regra (*rule*). Dessarte, somente este critério –solidariedade– tem o condão de gerar os *ganhos de eficiência* (*efficiency gains*) maximizadores dos proveitos de todos os envolvidos, necessários para justificar o comportamento conjunto (*joint venture*) dos agentes econômicos envolvidos no mercado relevante relacionado ao desporto.

Verifica-se, assim, a partir dessa atuação solidária (em conluio) dos seus membros, a presunção propugnada pela *teoria dos jogos* (*game theory*) de que a vantagem a ser obtida coletivamente é superior ao somatório das vantagens percebidas de forma individual por todos os participantes – ou, em outras palavras, operando de maneira combinada, os agentes esportivos auferem, para efeito do produto comum (campeonato), ganhos maiores do que aqueles proporcionados quando agem de modo isolado.

Logo, a atuação em concerto (*joint venture*/conluio/colusão/solidariedade) possibilita ajustarem-se, entre todos os participantes, o *equilíbrio competitivo* e a *incerteza dos resultados*, os quais asseguram, a partir do ideal de *solidariedade*, os *ganhos de eficiência* exigidos a fim

solidariedade, a redistribuição de recursos entre os clubes (para promover a justa e equilibrada competição) e o desenvolvimento dos jovens como razões-chave para justificar as derrogações à aplicação tradicional das regras do Tratado da UE”. KEA-CDES. *The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/sport/library/documents/cons-study-transfers-final-rpt.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2015. Tradução livre.

de justificação e, eventualmente, de estímulo desse comportamento colusivo, que devem permear todo o *sports business*.

5. Considerações finais

Consoante restou demonstrado ao longo do texto, em torno das competições esportivas e dos seus protagonistas (atletas, clubes, ligas, entidades organizadoras) gravita todo um conjunto de atividades econômicas: desde a contratação de atletas e negociação de capital em bolsas de valores (clubes-empresas) até as vendas de direitos televisivos ou multimídia, passando pela publicidade, patrocínios, *merchandising*, promoção do evento, licenciamento de produtos, etc. Desse modo, os eventos esportivos assumem, cada vez mais, uma natureza comercial globalizada, ultrapassando as fronteiras nacionais, com transmissões televisivas que atingem audiências incomparáveis em todo o mundo, tudo a configurar este setor cada vez mais como atividade econômica.

Nessa sequência de ideias, o sistema brasileiro, conforme a Lei n. 12.529/2011, salvaguardando a estrutura concorrencial dos mercados e regulando e sancionando determinados comportamentos dos agentes econômicos, no que se refere ao desporto profissional, alcança não apenas as entidades esportivas (clubes), que estão em permanente concorrência mútua (tanto quando praticam o mesmo esporte quanto quando se trata de desportos diferentes), mas também todos os demais atores envolvidos nesse cenário (ex.: empresas de televisão e radiodifusão), na esteira dos ditames constitucionais de defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, cujo titular do bem jurídico a ser protegido é toda a coletividade.

Ora, assim sendo e, em adição, considerando-se que a indústria do esporte profissional (*sports business*) se baseia numa lógica de concorrência mútua, envolvendo um mecanismo de disputa próprio, específico e por vezes paradoxal, com interesses simultaneamente comuns e conflitantes, de competição e de interdependência, de disputa no plano desportivo e de cooperação na seara econômica (especificidade do desporto), sempre que não se fizerem presentes os ideais de *solidariedade* restará comprometida a própria economicidade dessa atividade econômica.

Nessa senda, a solidariedade figura como um critério tão essencial à atividade econômica do desporto que é justamente a sua presença que justifica, autoriza e até mesmo incentiva os comportamentos associativos entre concorrentes no mercado relevante do produto

competições esportivas, nomeadamente as *joint ventures* entre clubes, para formação de um mesmo campeonato, e as respectivas *joint selling*, para venda dos direitos de transmissão televisivas deste, na exata medida do que preconiza a legislação concorrencial brasileira (art. 88, §§ 5º e 6º, Lei n. 12.529/2011).

É com essa colaboração entre os agentes econômicos, no sentido de uma negociação coletiva, que se atinge, relativamente aos direitos de transmissão televisiva, a plenitude da ideia de solidariedade, tanto sob o seu viés puramente esportivo (equilíbrio competitivo/incerteza dos resultados) quanto frente à sua repercussão essencialmente econômica (ganhos de eficiência).

Dessa feita, em face da direta relação havida entre o modelo de negociação dos direitos televisivos e a sua repercussão nos resultados esportivos, isto é, considerando que a experiência internacional tem demonstrado ser o caminho que apresenta a maior proporcionalidade entre o ganho de eficiência e a equidade nas negociações dos direitos de transmissão justamente o modelo coletivo, conclui-se pela racionalidade, face às suas claras vantagens, de se adotar, no Brasil, esse tipo de negociação, ainda que a partir da intervenção estatal, a exemplo do que recentemente se passou na Espanha, sempre tendo em conta o critério da solidariedade e todas as benesses que ele proporciona nesse mercado relevante no âmbito do bem jurídico proteção da concorrência.

6. Referências bibliográficas

AMADO, João Leal. Desporto, Direito e Trabalho: uma Reflexão sobre a Especificidade do Contrato de Trabalho Desportivo. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MELLO, Luiz Philippe Vieira de; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (Org.). *Direito do Trabalho Desportivo: Os Aspectos Jurídicos da Lei Pelé frente às Alterações da Lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. pp. 9-21.

_____. *Vinculação versus Liberdade: O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 548 p.

BELL, E.; CAMPBELL, D. For the love of money. *The Observer*. Londres, p. 22, 23 mai. 1999.

BERRI, J. David; SCHMIDT, Martin B.; BROOK, Stacey L. *The Wages of Wins: Taking Measure of the Many Myths in Modern Sport*. Stanford: Stanford Business Books, 2007. 312 p.

BLANPAIN, Roger; INSTON, Rita. *The Bosman Case: The End of the Transfer System?*. Leuven: Peter-Leuven e Sweet & Maxwell, 1996. 339 p.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself; with a new introduction and epilogue*. 2. ed. Nova Iorque: The Free Press, 1993. 479 p.

BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006504/1997-11 (Termo de Compromisso de Cessação de Prática Firmado com a União dos Grandes Clubes do Futebol Brasileiro – Clube dos Treze). Brasília, 20 de outubro de 2010.

BURAIMO, Babatunde. Spectator demand and attendances in English football league. In:

GODDARD, John; SLOANE, Peter. (org.). *Handbook on the Economics of Professional Football*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. pp. 60-72.

CAPINUSSÚ, José Maurício. *Comunicação e Transgressão no Esporte*. São Paulo: Ibrasa, 1997. 168 p.

COLLIGNON, Hervé; SULTAN, Nicolas. *Winning in the Business of Sports*. Paris: A.T. Kearney, 2014. 12 p.

COMISSÃO EUROPEIA. *O Modelo Europeu do Desporto*: Documento de Reflexão da DG X. Bruxelas, 1999. 30 p.

CORREIA, Lúcio. *Limitações à Liberdade Contratual do Praticante Desportivo*. Lisboa: Livraria Petrony, 2008. 339 p.

COSTA, António da Silva. Desporto e análise social. *Sociologia: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Porto, I série, v. II, pp. 101-109, 1992.

CUNHA, Carolina. Desporto e Concorrência. In: COSTA, Ricardo; BARBOSA, Nuno (coord.). *II Congresso de Direito do Desporto: Memórias*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 171-204.

DUQUETTE, Jerold J. *Regulating the National Pastime: Baseball and Antitrust*. Westport: Praeger, 1999. 184 p.

EKLUND, Elisabeth. *Following the Rules of the Game?: A Competition Law Study of the Collective Sale of Sports Broadcasting Rights*. Badia Fiesolana: European University Institute, 1999. 93 p.

FYNN, Alex; GUEST, Lynton. *For Love or Money: Manchester United and England – The Business of Winning?*. Londres: Andre Deutsch, 1999. 315 p.

GERRARD, Bill. Media Ownership of Teams: The Latest Stage in the Commercialisation of Team Sports. In: SLACK, Trevor (org.). *The Commercialisation of Sport*. Abingdon: Routledge, 2004. pp. 247-266.

_____. Team Sports as a Free-market Commodity. *New Political Economy*, Abingdon, v. 4, n. 2, pp. 273-277, 1999.

GODDARD, John; SLOANE, Peter. Introduction. In: _____ (org.). *Handbook on the Economics of Professional Football*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. pp. 1-10.

ITÁLIA. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. *Diritti TV: Antitrust a Governo e Parlamento, necessario modificare il sistema vigente. Occorre una ripartizione delle risorse basata sul merito sportivo, decisa da un soggetto terzo diverso dalla Lega Calcio*. Disponível em: <<http://www.agcm.it/stampa/news/6413-diritti-tv-segnalazione-a-parlamento-necessario-modificare-il-sistema-vigente-occorre-una-ripartizione-delle-risorse-basata-sul-merito-sportivo-decisa-da-un-soggetto-terzo-diverso-dalla-lega-calcio.html>>. Acesso em: 28 out. 2014.

JACOBS, Michael S. Professional Sports Leagues, Antitrust, and the Single-Entity Theory: A Defense of the Status Quo. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 67, n. 1, pp. 25-67, 1991.

KEA-CDES. *The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/sport/library/documents/cons-study-transfers-final-rpt.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

MAZZONI, Alberto. Sport, Calcio Professionistico e Regole del Mercato. In: DEMURO, Ivan; FROSINI, Tommaso Edoardo. *Calcio Professionistico e Diritto* (org.). Milão: Giuffrè, 2009. pp. 3-52.

MEIRIM, José Manuel. Desporto e Constituição. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, Lisboa, n. 8, pp. 37-57, jan./mar. 1994.

MESTRE, Alexandre Miguel. *Desporto e União Europeia: uma parceria conflituante?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 354 p.

NAPOLEÃO, Antonio Carlos. *Fluminense Football Club: História, Conquistas e Glórias no Futebol*. Rio de Janeiro: Mauad, 2003. 196 p.

NEALE, Walter C. The Peculiar Economics of Professional Sports: A Contribution to the Theory of the Firm in Sporting Competition and in Market Competition. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, v. LXXVIII, n. 1, pp. 1-14, fev. 1964.

PAWLOWSKI, Tim. *Competitive balance and its (un)importance for fans in European football*. Disponível em: <<http://footballperspectives.org/competitive-balance-and-its-unimportance-fans-european-football>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

POZZI, Luis Fernando; RIBEIRO, Carlos Henrique de Vasconcellos. Esporte e mídia. In: DACOSTA, Lamartine Pereira (org.). *Atlas do Esporte no Brasil: Atlas do Esporte, Educação Física e Atividades Físicas de Saúde e Lazer no Brasil*. Rio de Janeiro: Shape, 2005. pp. 722-724.

ROTTENBERG, Simon. The Baseball Player's Market. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 64, n. 3, pp. 242-258, jun./1956.

SCHUARTZ, Luís Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mário Luiz. (org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. pp. 97-134.

SIMON, Gérald. *Puissance Sportive et Ordre Juridique Étatique*: Contribution a l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990. 429 p.

TE INTERESA. *¿Qué dice el Real Decreto Ley 5/2015?*. Disponível em: <http://www.teinteresa.es/deportes/Real_Decreto_Ley_5-2015_0_1352865059.html>. Acesso em: 12 mai. 2015.

TREBLE, John. *Funny Peculiar*: Modelling Sports Leagues. Disponível em: <www.swansea.ac.uk/welmerc/Funny%20Peculiar.doc>. Acesso em: 17 mar. 2015.

TUBINO, Manoel José Gomes. *O Que é Esporte?*. São Paulo: Brasiliense, 1999. 276 p.

WILBERT, Stefan. Joint selling of Bundesliga media rights – first Commission decision pursuant to Article 9 of Regulation 1/2003. *Competition Policy Newsletter*, Bruxelas, n. 2, pp. 46-48, verão 2005.

YENKO, Jayne. *Origins of Sports*. Disponível em: <<http://www.livestrong.com/article/367931-origins-of-sports>>. Acesso em: 16 out. 2012.

ZIMBALIST, Andrew. Competitive Balance Conundrums: Response to Fort and Maxcy's Comment. *Journal of Sports Economics*, Thousand Oaks, v. 4, n. 2, pp. 161-163, mai./2003.

A Advocacia da Concorrência na reforma do SBDC: a atuação da SEAE para a construção de uma cultura da concorrência no Brasil

Carlos Eduardo Tobias da Silva¹

RESUMO

O artigo pretende analisar a função da advocacia da concorrência no contexto de reformulação do SBDC ocorrida após a edição da Lei nº 12.529/11, a qual determinou que compete à SEAE a prática de promoção da cultura da concorrência na sociedade. Serão abordados os limites de atuação da secretaria, especialmente a respeito de seu caráter consultivo e não-vinculativo, assim como o que representou a reformulação do sistema para a advocacia da concorrência e os objetivos que podem ser alcançados em função de sua prática. Por fim, será feito um estudo de atuação prática da SEAE no ano de 2014 a respeito de normas que limitam a quantidade de Centro de Formação de Condutores (CFC's) em determinados estados brasileiros, procurando entender de que maneira ocorre a aplicação da promoção da concorrência no país.

Palavras-Chave: Advocacia da Concorrência; SEAE; Promoção da cultura da concorrência; Nova estrutura do SBDC.

ABSTRACT

The article intends to analyze the function of the competition advocacy on the context of SBDC reformulation, after the edition of the Law 12.529/11, which determines the competence of SEAE for the practice of promoting competition culture in society. The limits of the organ performance will be approached, particularly in function of its consultative and not binding characters, as well as what the reformulation of the system for the competition advocacy represents and the goals that can be conquered regarding its practice. Lastly, a study of practical application of the SEAE in 2014 will be made, regarding restrictive rules about the quantity of Conductor Formation Centers in some Brazilian states, trying to understand how the application of competition promotion happens.

Key-Words: Competition Advocacy; SEAE; Promotion of competition culture; New structure of SBDC.

Classificação JEL: K00 - K2 – K21

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, ex-aluno da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP e participante da 35ª Edição do PinCade. E-mail: cadutobias@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Advocacia da Concorrência: fundamentação legal e definição; 3. Advocacia da Concorrência e o caráter consultivo; 4. Advocacia da Concorrência e organização institucional; 5. Advocacia da Concorrência e a construção de uma cultura da concorrência; 6. Caso prático: A limitação da quantidade de CFC's em estados brasileiros; 6.1. Os fundamentos legais do funcionamento do mercado de formação de condutores; 6.2. Identificação da infração à concorrência; 6.3. Análise dos impactos à concorrência; 6.4. Considerações sobre possíveis opções regulatórias; 7. Conclusão: A Advocacia da Concorrência como instrumento do direito da concorrência e próximos passos a serem tomados; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Quando se trata de direito da concorrência é possível apontar que a associação usualmente construída seja feita com relação à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão responsável por exercer funções preventivas, repressivas e educacionais a respeito da matéria. Seja através da análise prévia de atos de concentração econômica ou por meio da investigação e condenação de condutas de agentes econômicos que geram efeitos nocivos à concorrência, o CADE conta com instrumentos que o acabam colocando numa posição de destaque no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) reestruturado pela Lei nº 12.529/11, visto que estes permitem a atuação efetiva para a preservação da livre concorrência nas mais diversas condições de mercado.

Diante da condição de destaque do exercício das funções desempenhadas pelo CADE, a advocacia da concorrência, outra vertente do direito da concorrência que também encontra espaço no SBDC e que se relaciona com a pretensão de promover a defesa da concorrência fora do âmbito de investigação e julgamento de casos concretos do mercado, acaba ficando num segundo plano de análise. Prática cuja competência recai sobre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão integrante do Ministério da Fazenda, a advocacia da concorrência pode ser encarada como um instrumento de propagação da cultura da defesa da concorrência para aqueles agentes que não necessariamente encontram-se nas situações que são apreciadas pelo CADE, mas que, independentemente disso, podem aperfeiçoar suas práticas de modo a garantir melhores condições para um ambiente mais propício à livre concorrência.

É nesse sentido que um estudo mais atento da advocacia da concorrência permite compreender como ocorre a promoção da cultura da concorrência fora do eixo das práticas usualmente desempenhadas pelo CADE, tal como a sua importância para o fortalecimento do

SBDC como um todo. A ideia que se buscará expor é que a advocacia da concorrência pode desempenhar um papel fundamental num contexto em que o próprio direito da concorrência não é amplamente difundido na sociedade, tanto no âmbito privado quanto público, o que implica num desconhecimento de práticas que podem garantir melhores condições de bem estar à sociedade. Para isso, o estudo das Notas Técnicas elaboradas pela SEAE no ano de 2014 a respeito de normas que limitam a quantidade de Centros de Formação de Condutores (CFC's) de acordo com o número de habitantes dos municípios em alguns estados do país auxiliará a análise, expondo a partir de situações concretas os meios utilizados para a prática da advocacia da concorrência no país.

2. Advocacia da Concorrência: fundamentação legal e definição

Além de fortalecer a atuação do CADE como órgão responsável para tratar da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, a reforma do SBDC promovida pela Lei nº 12.529/11 também inovou com relação ao antigo dispositivo legal que regia o sistema (Lei nº 8.884/94) no que diz respeito à advocacia da concorrência. No texto revogado não constava uma previsão expressa à promoção da concorrência, sendo somente possível reconhecer práticas próximas a esta atribuição no artigo 14, incisos XIV e XV², referente às competências da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). Ademais, a crítica geral que se aplicava à antiga organização do sistema, a existência de atribuições semelhantes entre os órgãos de concorrência que acabava gerando ineficiência no sistema, também se aplicava quando se tratava da promoção da concorrência, mesmo que houvesse a tendência de recair sobre a SEAE tratar da questão por conta de sua estrutura³.

² Art. 14. Compete à SDE:

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

³ A esse respeito, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo aponta que já à época de vigência da Lei 8884/94, era consenso entre os órgãos do SBDC que a estrutura tripartite (CADE, SDE e SEAE) era ineficiente, sobretudo levando-se em consideração as atribuições semelhantes e/ou sucessivas que SEAE e SDE possuíam, sendo que de forma quase natural recaiu sobre a SEAE a atribuição de tratar da advocacia da concorrência. Nesse sentido: “A otimização de recursos públicos passaria necessariamente por uma alteração das competências dos órgãos de concorrência, a fim de que cada um pudesse concentrar-se nas atividades que são mais pertinentes às suas respectivas peculiaridades, razão essa que, entre outros motivos, gerou um projeto de lei alterando o sistema brasileiro de defesa da concorrência (PL 5877). Em virtude da necessidade de especialização de funções, esse projeto procura, inter alia, destacar a função da SEAE como promotora da concorrência, o que já reflete uma tendência atual das atividades da secretaria e mais bem define a vocação da secretaria. Embora o CADE possa desenvolver atividades de advocacia da concorrência, o foco dessa função tem ficado por conta da SDE e, principalmente, da SEAE.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel

Com a reformulação do SBDC, a fundamentação legal que trata expressamente da competência da SEAE para a prática da advocacia da concorrência consta no artigo 19 da Lei nº 12.529/11, no qual se prevê no *caput* que cabe àquela secretaria a promoção da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, elencando para isso uma série de atribuições que lhe cabem especialmente:

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

É interessante notar que da mesma maneira que a nova lei prevê expressamente a competência da SEAE para a prática da advocacia da concorrência e elenca as atribuições que a ela cabem, também são claros os limites de sua atuação. Infere-se da leitura dos incisos que compõem o artigo que as atividades ali estabelecidas contam com um caráter consultivo, cabendo à secretaria manifestar-se, de ofício ou não, de modo a contribuir para o aprimoramento de discussões de elaboração ou alteração de atos normativos que guardem relação ou possam impactar na concorrência de setores econômicos, sem, no entanto, que isso signifique vinculação da decisão por parte do órgão que está recebendo tal consultoria. Tais características

da Advocacia da Concorrência”. *In Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007). Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1. Acessado em 20.02.15.

também são perceptíveis na própria definição de advocacia da concorrência comumente adotada. Conforme aponta Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo⁴ e também consta na página virtual da SEAE⁵, a definição parte da ideia de exclusão, na qual advocacia da concorrência seriam as ações de promoção da concorrência que não são relacionadas com as funções preventivas e repressivas que recaem sobre o CADE. Assim, as práticas de promoção da concorrência encontram seus limites no fato de que a elas não cabe a função de analisar situações concretas do mercado com o objetivo de autorizar, vetar ou aplicar sanções em razão de determinados acontecimentos, funções estas detidas exclusivamente pelo CADE.

3. Advocacia da Concorrência e o caráter consultivo

O caráter consultivo das manifestações da SEAE quando promovendo a concorrência é suficiente para levantar uma série de questões acerca de sua efetividade, especialmente junto aos demais órgãos da Administração Pública. Num breve exercício, basta imaginar que em um primeiro momento tal caráter pode revelar-se negativo por não garantir que o órgão a qual se destinou a consulta ou o estudo e a quem de fato compete regular e moldar determinado setor econômico, vá considerar as observações feitas pela secretaria no momento de definição. Ter-se-ia assim a desconsideração da *expertise* detida pela SEAE para tratar de planejamentos que garantam um melhor ambiente concorrencial, o que possivelmente implicaria em efeitos negativos no mercado. No entanto, da mesma maneira é possível supor que o caráter não-vinculativo das manifestações na verdade somente expressa uma lógica de separação de competências, resguardando ao agente que de fato conta com a competência para tratar de determinado setor o direito (ou até mesmo é possível falar em dever) de levar em consideração elementos outros que a defesa da concorrência no momento de estabelecer alterações ou formular políticas.

A esse respeito, ao tratar da relação entre a atuação estatal e o direito da concorrência, Calixto Salomão Filho aponta que o sistema concorrencial é primordialmente voltado à atividade do particular, encontrando uma dificuldade extra no momento em que se volta para atividades em que o próprio Estado geralmente age, inclusive para tratar de objetivos que vão

⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel da Advocacia da Concorrência”. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007). Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1. Acessado em 20.02.15.

⁵ “A advocacia da concorrência compreende ações de promoção de concorrência que não estejam relacionadas com as ações de *enforcement*, como a função preventiva, que ocorre por meio do controle de atos de concentração, ou repressiva, como a repressão de condutas anticompetitivas”. Disponível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/advocacia-da-concorrenca/o-que-e>. Acessado em 20.02.15

além da exclusiva proteção da concorrência. Assim, ao referir-se especialmente à prestação de serviços públicos e setores regulados constitucionalmente, o autor aponta ser necessário determinar se é possível que os princípios concorrenciais sejam afastados de tais atividades e em quais circunstâncias isso pode ocorrer, eximindo o agente econômico de submeter-se à lei antitruste⁶.

Sem desconsiderar que essa observação trata essencialmente das atividades de *enforcement* do direito concorrencial, é possível com ela identificar um dos motivos que demonstram a importância da advocacia da concorrência. Existindo a possibilidade de determinados setores serem imunes ao direito concorrencial, a advocacia da concorrência revela-se a única vertente do sistema concorrencial capaz de infiltrar no processo decisório dos órgãos competentes de tais setores, expondo preocupações e realizando propostas que dizem respeito à preservação do ambiente concorrencial.

Calixto expõe que, apesar da Constituição Federal não prever expressamente qualquer imunidade à aplicação do direito antitruste, e, ainda, a Lei nº 12.529/11 trazer em seu artigo 31 a submissão de todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, mesmo que em atividade sob regime de monopólio legal ao regime antitruste⁷, existem exceções à regra. Estas ocorreriam em duas situações, sendo a primeira quando o legislador identifica em determinado setor econômico importância social suficiente para levá-lo a optar por atribuir ao Estado a competência de regulação exaustiva, de modo a garantir a proteção dos interesses dos usuários ou consumidores, ou seja, com objetivos redistributivos. Característico das atividades econômicas identificadas como serviços públicos e delegadas a particulares por meio de concessões ou permissões, tem-se o afastamento dos princípios concorrenciais pelo fato da atribuição da realização de tais atividades, via de regra, ser feita a um só agente econômico, criando um monopólio, e a fiscalização e regulação (como estabelecimento de tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída do mercado) ser de responsabilidade do órgão público que outorgou a concessão ou permissão⁸.

A segunda situação seria aquela em que a regulação não visa substituir completamente o sistema de mercado, mas somente corrigir as imperfeições de seu funcionamento, como monopólios naturais e concorrência predatória. Nessa hipótese, Calixto aponta que a relevância está em identificar a profundidade dos poderes conferidos ao órgão encarregado da fiscalização,

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 269.

⁷ Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 281.

a fim de verificar se este conta com competência efetiva para tratar da temática concorrencial em seus atos independentemente, expondo os setores de energia elétrica e telecomunicações como exemplos de estruturação de sistemas híbridos, em que se alia o sistema tradicional das concessões e permissões a uma tentativa de introdução do sistema concorrencial, principalmente através da integração do CADE em análises de concentrações e condutas⁹.

Diante da demonstração da possibilidade de imunidade de determinados setores econômicos ao sistema concorrencial, a advocacia da concorrência se revela primordial justamente por seu caráter consultivo, que, à primeira vista, parece limitador. Retomando a análise do art. 19 da Lei nº 12.529/11, verifica-se que o legislador atribui expressamente à SEAE um amplo espaço de atuação, incluindo aí agências reguladoras e demais órgãos da Administração Pública, o que implica em concluir que se existem restrições para a atuação da frente de *enforcement* do sistema concorrencial, o mesmo não ocorre para a promoção da concorrência. Nesse sentido, o caráter consultivo e não vinculativo da prática da advocacia da concorrência é justamente o que permite acesso da cultura da defesa da concorrência em setores que teoricamente estariam imunes a ela, visto que não ocorre imposição de medidas ou desvirtuamento de competências, mas sim a contribuição de estudos e prática para o aprimoramento de decisões. É possível, portanto, concluir previamente que, antes de considerar os efeitos que a advocacia da concorrência possa causar no mercado, sua importância já se encontra no fato da possibilidade da promoção da concorrência ter acesso a espaços que o direito da concorrência fiscalizador e sancionador legalmente não conta com abertura.

4. Advocacia da Concorrência e a organização institucional

Se as atribuições da SEAE na temática da advocacia da concorrência levantam discussões a respeito da efetividade de sua interação com outros órgãos externos ao SBDC, é válido analisar de que maneira ocorre a relação e diferenciação institucional com o outro órgão integrante do sistema, o CADE¹⁰, buscando igualmente compreender o que representa a delegação desta competência para a secretaria.

No supracitado artigo 19, a única referência expressa de interação entre SEAE e CADE está no inciso IV, que trata da elaboração de estudos que avaliem a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitado pelo CADE

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 281-285.

¹⁰ Lei 12.529/11: Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

e outros órgãos. A atribuição da SEAE nessa situação está, portanto, em auxiliar em processos que tramitam no CADE, elaborando estudos mais aprofundados a respeito de um determinado setor, o que eventualmente pode demonstrar falhas de mercado e condições que facilitam infrações à ordem econômica, influenciando nas medidas a serem tomadas pelo conselho. Ainda a respeito do CADE, cabe pontuar que além das funções preventiva e repressiva, o órgão conta com uma terceira função, denominada “educacional ou pedagógica” que pode ser entendida como uma expressão da advocacia da concorrência e está amparada no inciso XIV do art. 9º da Lei nº 12.529/11¹¹. Tal função consta no site do órgão com a seguinte definição:

Instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas¹².

Partindo da definição de advocacia da concorrência com base na ideia de exclusão de funções, é possível entender que o CADE também a pratica, visto que este conjunto de ações não se enquadra em atividades preventivas ou repressivas que o órgão também exerce. No entanto, é de se notar que as atribuições do CADE são mais genéricas do que as que recaem sobre a SEAE, visto que a previsão de instrução do público a respeito de condutas que podem prejudicar a concorrência carece de maior materialidade, além do fato da especificação constante na página virtual do órgão indicar que tais atividades são voltadas para fins acadêmicos, incentivando debates e pesquisa a respeito do tema, como através de seu Programa de Intercâmbio (PinCade)¹³. Nesse sentido, tem-se que mesmo com a reformulação do SBDC o CADE conta com atribuições relacionadas à promoção da defesa da concorrência, valendo-se especialmente de incentivos no meio acadêmico para desenvolver o conhecimento na área.

Porém, indiscutível considerar que a SEAE, por conta da previsão legal de suas atribuições mais extensa e detalhada, conta com meios mais efetivos para a promoção da concorrência em relação ao CADE, ampliando-se inclusive o rol de destinatários de suas práticas. A esse respeito, Ricardo Ferreira Pastore, em artigo publicado anteriormente à reformulação do SBDC e referindo-se ao Projeto de Lei nº 5.877/05 que visava justamente tal

¹¹ Lei 12.529/11: Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

¹² Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a58587899776b694a0>. Acessado em 01.03.15.

¹³ “O objetivo do PinCade é difundir e fortalecer a cultura de defesa da concorrência, promover a cooperação científica e estimular discussões e estudos acadêmicos sobre o tema”. Disponível em <http://www.cade.gov.br:8081/pincade/>. Acessado em 01.03.15

reforma¹⁴, já expunha a importância de se reservar à SEAE a competência para tratar da advocacia da concorrência e prever em texto legal as regras e procedimentos a serem adotados, de modo a fortalecer a efetividade da prática¹⁵. A delegação da competência da SEAE é, portanto, resultado de observações de aprimoramentos a serem feitos na antiga organização institucional do SBDC e da necessidade de dar espaço para o desenvolvimento da advocacia da concorrência num ambiente mais próximo de lhe garantir efetividade. Isso porque a opção da SEAE para assumir tal competência é bastante ligada ao fato do órgão ser integrante do Ministério da Fazenda, ministério, que por conta de suas atribuições, é “chave” para discussões e implementação de políticas governamentais¹⁶. Nesse sentido, a SEAE contaria com instrumentos mais apropriados e maior proximidade junto a outros órgãos públicos para a prática de advocacia da concorrência, podendo difundir tais valores de um modo mais efetivo.

Por fim, vale destacar que ao mesmo tempo em que atribuiu tal competência à SEAE, a reformulação do SBDC retirou do órgão a competência de atuação nas funções preventivas e repressivas. A esse respeito pode-se primeiramente apontar que obviamente a reformulação não visava somente aprimorar a prática da função da advocacia da concorrência, mas também as ações de *enforcement*, concentrando no CADE a competência para análise, de modo a garantir uma maior eficiência a tais práticas. No entanto, é válido considerar que a reformulação não deixou de representar um “esvaziamento” de competências da SEAE, o que permite questionar em qual medida o órgão conta com importância dentro do SBDC.

A esse respeito, a análise a ser feita é que se por um lado ocorreu um afastamento da SEAE de importantes funções do sistema concorrencial, por outro se permitiu que o órgão pudesse focar seus esforços na prática da advocacia da concorrência, efetivando o direito da concorrência fora dos eixos mais tradicionais de prevenção e repressão. Assim, a reforma do SBDC indica uma opção e possibilidade para que o país evolua na prática de promoção da concorrência, contando com um órgão especificamente direcionado para isto, com amparo legal e dotado de meios para atuar. A noção de que ocorreu um esvaziamento da SEAE, portanto, perde força quando se considera as possibilidades de atuação e os efeitos positivos que uma boa prática de advocacia da concorrência pode gerar. A título de exemplo, Andreia Saad demonstrou em artigo uma possibilidade de inovação, por meio da prática da advocacia da

¹⁴ A partir de consulta ao site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.leg.br/>) constata-se que o referido PL encontra-se arquivado, visto que sua apreciação foi prejudicada em virtude do PL nº 3937/04 que seguiu os ditames do processo legislativo e tornou-se a Lei nº 12.529/11.

¹⁵ PASTORE, Ricardo Ferreira. *Advocacia da concorrência no Brasil*. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 43.

¹⁶ PASTORE, Ricardo Ferreira. *Advocacia da concorrência no Brasil*. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 42.

concorrência, no modo de como o SBDC lida com a questão de preços excessivos puros, desenhando um modelo de atuação que dispensa os riscos tradicionais da análise antitruste a respeito do tema para se utilizar de métodos de promoção da concorrência junto a autoridades. Saad confirma que a edição da lei nº 12.529/11 fortaleceu a advocacia da concorrência, permitindo que a SEAE dedique-se com afinco no papel de lidar com legisladores, reguladores e elaboradores de políticas públicas para a elaboração de medidas que solucionem a questão específica de preços excessivos puros, sendo este um modo de também despertar a atenção da importância da função no âmbito da política antitruste brasileira¹⁷.

5. Advocacia da Concorrência e a construção de uma cultura da concorrência

Exposto o modelo institucional no qual a advocacia da concorrência se insere, assim como as possibilidades de atuação da SEAE nesse campo, cabe buscar entender afinal quais objetivos se visa alcançar com a sua prática. Numa primeira resposta, a construção de uma cultura da concorrência talvez seja a síntese de seus objetivos, visto que isso indica que a consolidação da preocupação com aspectos concorrenciais em determinadas situações, fazendo-se presente para a identificação de irregularidades ou num processo decisório, por exemplo. No entanto, é possível apontar que tal construção encontra ao menos dois espaços para o seu desenvolvimento: na sociedade em um geral, no sentido de alcançar os indivíduos e fazer com que eles tenham noção da importância da defesa da concorrência para o próprio bem-estar, e em órgãos da Administração Pública, a fim de conscientizar os seus responsáveis a respeito da importância de considerar a temática nas práticas de gestão pública.

A constatação mais fácil de realizar num primeiro momento é o fato de que o direito da concorrência está inserido majoritariamente no ambiente corporativo, tendo em vista que os agentes envolvidos nas condutas e práticas por ele analisadas são primordialmente pessoas jurídicas, o que implica na conclusão de que uma cultura da importância da defesa da concorrência é distante de “pessoas físicas comuns” justamente por não se fazer presente em seus cotidianos. Evidentemente é necessário ressaltar que a princípio não há porque ser de outra maneira, visto que as normas do direito da concorrência não se direcionam a práticas de “uma

¹⁷ SAAD, Andreia. *Preços excessivos "puros" na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência*. Revista do IBRAC: (Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo), São Paulo, v. 22, jul./dez. 2012. p. 268.

só pessoa física” e sua tutela ocorre num nível mais amplo do que o de um único indivíduo, sendo que não é à toa o fortalecimento do direito do consumidor, outro ramo do direito que igualmente trata de questões de regularização de condutas no mercado, mas sob a perspectiva de proteção das garantias do indivíduo, no caso, o consumidor.

De todo modo, esse fato também demonstra que os benefícios que medidas de proteção da concorrência podem gerar aos consumidores igualmente não são conhecidos por boa parte da população. Sabe-se que os prejuízos e benefícios aos consumidores são levados em conta no momento de análise de atos de concentração e condutas¹⁸, mas persiste a impressão de que os efeitos negativos de, por exemplo, um cartel, não são amplamente conhecidos pelo público em geral por conta da dificuldade de mensurá-los. Nesse sentido, é possível traçar que um perfil de fortalecimento da cultura da concorrência pode ocorrer através de políticas educativas voltadas à população em geral, visando divulgar as práticas do sistema, informar a respeito de condutas que são consideradas ilícitas e até mesmo incentivar denúncias a respeito de infrações locais que possam ser apreciadas do ponto de vista concorrencial. Garantir-se-ia assim uma cultura da concorrência mais difundida na população, o que, em certa medida, resultaria numa forma de fiscalização de condutas que, por exemplo, ocorrem em mercados extremamente locais e que estão longe do poder de fiscalização de órgãos do SBDC, e cobrança por atuação e resultados por parte dos órgãos responsáveis. A título de exemplo, na Alemanha ocorre a adoção de medidas semelhantes a estas, e concluiu-se que a advocacia da concorrência aumenta o conhecimento das partes interessadas na lei de concorrência e reforça a cultura da concorrência, além de ajudar a aumentar a conscientização pública e promover o suporte público para as tarefas desempenhadas pela autoridade concorrencial¹⁹.

¹⁸ Art. 45 (Lei nº 12.529/11). Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; Art. 88 (Lei nº 12.529/11). Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

¹⁹ “*Competition advocacy is an essential part of promoting compliance and involves creating awareness and giving guidance to the public. Competition advocacy increases the knowledge of the stakeholders of competition law and strengthens the competition culture. Furthermore, it helps increase awareness among the public and promotes public support for the work and task of the competition authority*”. In “*Policy Roundtables. – Promoting Compliance with Competition Law*”, OECD, 2012. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>. Acessado em 21.02.15

No entanto, a advocacia da concorrência praticada no Brasil não visa exatamente o fortalecimento desse perfil de cultura da defesa da concorrência. Conforme se constatou do artigo 19 da Lei nº 12.529/11, as atribuições expressamente previstas à SEAE dizem respeito especialmente a manifestações perante outros órgãos públicos, não tratando de políticas de divulgação da prática concorrencial com objetivo educacional. É bem verdade que o *caput* do artigo prevê a promoção da concorrência perante a sociedade, o que pode permitir a implementação de tais políticas, mas nota-se que foi outra a prioridade do legislador para delimitar a atuação para a secretaria. Por fim, a esse respeito, vale considerar que a terceira função exercida pelo CADE enquadra-se nessa finalidade educativa da advocacia da concorrência, sendo que chegaram a ser publicadas e disponibilizadas, ainda no regime da antiga lei de concorrência em parceria com a SDE, cartilhas a respeito do funcionamento do SBDC e condutas que representam infrações à ordem econômica e estão próximas do cotidiano das pessoas, como cartéis em postos de combustíveis²⁰.

De todo modo, a opção do legislador brasileiro indica o outro perfil do fortalecimento da cultura da defesa da concorrência que é visado pelas práticas da SEAE, focadas em alcançar agentes que cotidianamente podem realizar interferências de temática concorrencial em determinados setores, destacando-se os integrantes da Administração Pública com competência para atuar através da elaboração de políticas e atos normativos. A esse respeito, a própria apresentação da advocacia da concorrência na já referida página virtual da SEAE demonstra tal prioridade:

Desta forma, conforme disposto no art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, está entre as atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda a advocacia da concorrência, que consiste em esclarecer e inculcar nos agentes econômicos (dentre os quais estão agentes privados e públicos) os ganhos alocativos e produtivos que a introdução e manutenção da concorrência produzem. Uma das formas de se promover a advocacia da concorrência é a identificação, pelos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de normas legais ou infralegais (municipais, estaduais ou federais) que têm o condão de ferir ilicitamente a livre iniciativa ou a livre concorrência, previstas no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, e que impedem a sociedade de gozar os benefícios oriundos da concorrência.

A opção por esse direcionamento de promoção da concorrência à análise de normas legais ou infralegais com potencial prejudicial à livre iniciativa ou livre concorrência se justifica principalmente quando se analisa que o Estado brasileiro caracteriza-se por sua ampla atuação

²⁰ Acessíveis em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>. Acessado em 06.03.15.

no campo econômico, atuando direta ou indiretamente em diversos setores, sendo que, portanto, diversos órgãos públicos contam com a competência legal para planejar e regular tais segmentos. Nesse sentido, a prática da advocacia da concorrência entre tais agentes é um modo de garantir melhores práticas concorrenciais, não só por estes serem responsáveis por gerir e legislar a respeito de setores essenciais ao país, mas também porque, conforme visto, nem sempre é efetiva a atuação de caráter fiscalizador e sancionador por parte do CADE para garantir a proteção da concorrência. No contexto de crescente regularização de setores econômicos, especialmente com privatizações e criação de agências reguladoras, Ragazzo considera que implementar medidas de advocacia da concorrência é de grande relevância, pois visa-se que os benefícios à sociedade resultantes de tais liberalizações sejam de fato alcançados, evitando-se soluções ineficientes e custosas por parte da Administração Pública, assim como riscos de transferências indevidas de renda do consumidor para determinados grupos de interesse²¹.

Ainda, a advocacia da concorrência com esse enfoque significa um interessante meio de diálogo e fortalecimento de instituições, na medida em que a sua prática contínua pode estabelecer o saudável costume da SEAE, como órgão especializado em direito da concorrência e competente para emitir pareceres a respeito de condições de mercado, manifestar-se constantemente a respeito de quaisquer políticas e elaboração de atos normativos, sempre que for identificada afetação à concorrência. Por sua vez, os órgãos e agentes responsáveis por elaboração de políticas e normas garantem ao menos um direcionamento a respeito da conformidade de suas práticas com a proteção da livre iniciativa e concorrência, algo que com o passar do tempo, conforme Ragazzo aponta, somente trará benefícios, visto que mesmo que a implementação de uma cultura de defesa da concorrência ocorra de maneira lenta e progressiva, vão sendo estabelecidas condutas e padrões a serem mais facilmente aceitos e adotados de modo a adequar as práticas ao sistema da concorrência.

Por fim, vale apontar que o fortalecimento de uma cultura da concorrência, através da prática de advocacia da concorrência, implica diretamente numa contribuição à vertente de *enforcement* do SBDC, visto que a elaboração de políticas e atos normativos inseridas nessa cultura pode reduzir o número de condutas infratoras a serem apreciadas, pois a regularização já estabelecida pelos órgãos competentes trará essa noção de proteção da concorrência, e conseqüentemente, contará também com as devidas sanções a eventuais infrações ou melhores

²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel da Advocacia da Concorrência”. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007), p. 04. Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1. Acessado em 20.02.15.

instrumentos para identificação de ilícitos e encaminhamento para providências por parte do CADE.

6. Caso prático: A limitação da quantidade de CFC's em estados brasileiros

A análise da prática da SEAE no campo da advocacia da concorrência permite conferir a efetivação de uma das possibilidades de atuação do órgão no novo cenário proposto pela reformulação do SBDC, identificando-se as questões debatidas e as soluções propostas pela secretaria para reduzir impactos concorrenciais de medidas governamentais.

Conforme consta na página virtual da SEAE a respeito de notas técnicas emitidas com foco na advocacia da concorrência²², no ano de 2014 foram divulgadas e publicadas na íntegra seis manifestações da secretaria. Destas, quatro²³ tratam da temática comum de análise de normas emitidas por Departamentos Estaduais de Trânsito (Detrans) ou Assembleias Legislativas Estaduais que limitam a quantidade de Centro de Formação de Condutores (CFC's) nos estados, a partir do estabelecimento de uma proporção entre o número de CFC's e o número de habitantes nos municípios, além de outras especificidades, como suspensão do credenciamento de novos CFC's e divulgação de tabela de preços.

Tais manifestações são, portanto, a materialização da atribuição da SEAE constante no inciso VI do artigo 19 da Lei nº 12.529/11, na qual a secretaria visa fomentar mudanças na estrutura regulatória editadas por entes públicos, orientando ações de advocacia da concorrência a partir de uma análise dos possíveis prejuízos concorrenciais que tais normas podem gerar no setor. Conforme consta nas Notas Técnicas, a iniciativa de tratar da questão surgiu a partir da abertura da Consulta de Defesa da Concorrência nº 40000.0600412014/DF, na qual a SEAE visava apurar possíveis efeitos nocivos à concorrência de normas expedidas pelos departamentos de trânsito estaduais para CFC's. Para melhor subsidiar a análise, a secretaria solicitou informações a diversos Detrans do país, focando na possibilidade de existirem normas que (i) sugerissem preços mínimos e máximos da hora-aula aos CFC's e (ii) restringissem, de algum modo, o número de CFC's credenciados em determinada região, sendo que a partir das respostas recebidas foram sendo elaboradas as presentes manifestações.

²² Acessível em <http://www.seae.fazenda.gov.br/advocacia-da-concorrencia/notas-tecnicas/2014>. Acessado em 20.02.15

²³ NT-06250/2014/DF COGUN/SEAE/MF, NT-06251/2014/DF COGUN/SEAE/MF, NT-06252/2014/DF COGUN/SEAE/MF e NT-06253/2014/DF COGUN/SEAE/MF.

6.1 Os fundamentos legais do funcionamento do mercado de formação de condutores

As notas técnicas contam com a mesma estrutura e trechos, visto que as mesmas foram elaboradas em datas bastante próximas, no mês de dezembro de 2014, e a respeito da mesma temática, sendo resguardadas, portanto, somente a peculiaridade de cada norma. A secretaria iniciou suas manifestações expondo as regras que regem o funcionamento do mercado de formação de condutores, a partir da delimitação da competência dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, em especial o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), o Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e os Departamentos Estaduais de Trânsito (Detrans), destacando que os Detrans não contam com qualquer competência legislativa ou consultiva, sendo os órgãos executivos responsáveis por administrar e colocar em prática a legislação de trânsito no âmbito estadual. Apontou ainda que no que diz respeito à regulação dos CFC's, o artigo 22, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro prevê:

Art. 22. Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição:

II - realizar, fiscalizar e controlar o processo de formação, aperfeiçoamento, reciclagem e suspensão de condutores, expedir e cassar Licença de Aprendizagem, Permissão para Dirigir e Carteira Nacional de Habilitação, mediante delegação do órgão federal competente;

Foram indicados os marcos legais que regem o tema, destacando que ao regulamentar o credenciamento de instituições ou entidades públicas ou privadas para o processo de capacitação, qualificação e atualização de profissionais, e de formação, qualificação, atualização e reciclagem de candidatos e condutores, a Resolução nº 358, de 13 de agosto de 2010, editada pelo Contran, prevê as atribuições dos Detrans de elaborar e revisar a distribuição geográfica dos CFC's credenciados, com base no fato de que as instituições que cumprirem as exigências estabelecidas naquela resolução deverão ser credenciadas, sendo que compete aos Detrans a possibilidade de estabelecer exigências complementares para o credenciamento, desde que respeitando as disposições da resolução (art. 3º, incisos I e II e par. único)²⁴. Nesse sentido, as manifestações destacam que a referida resolução não faz qualquer menção à

²⁴ Art.3º Constituem atribuições dos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, para o processo de credenciamento, acompanhamento e controle dos entes credenciados: I - elaborar e revisar periodicamente a distribuição geográfica dos credenciados; II – credenciar as instituições e entidades que cumprirem as exigências estabelecidas nesta Resolução. (...)

Parágrafo único: os órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal poderão estabelecer exigências complementares para o processo de credenciamento, acompanhamento e controle, desde que respeitadas as disposições desta Resolução.

possibilidade dos Detrans imporem limites quantitativos ao credenciamento de CFC's, prevendo, na realidade, que é atribuição dos Detrans credenciarem as instituições que atenderem as exigências nela previstas.²⁵

6.2 Identificação da infração à concorrência

A análise da SEAE prosseguiu com a identificação das normas que estabeleceram limitações na quantidade de CFC's nos estados do Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais. Vale destacar que enquanto nos estados do Maranhão e Mato Grosso as medidas foram estabelecidas por meio de Portarias aprovadas pelos respectivos Detrans²⁶, nos estados do Mato Grosso do Sul o processo se deu por meio da aprovação de Lei Estadual²⁷ pela Assembleia Legislativa do Estado e em Minas Gerais, através de aprovação de Decreto e Portaria²⁸.

A esse respeito, é possível identificar que numa mesma situação pode haver uma diversidade de destinatários a qual a advocacia da concorrência deve dirigir-se, visto que um mesmo setor pode ser objeto de gestão de diferentes agentes²⁹, representando um incremento no desafio de promoção de um ambiente competitivo, visto que os interesses envolvidos e os meios de atuação podem se diferenciar. Nesse sentido, parece ser essencial à atividade da SEAE reunir em torno de uma mesma questão que gera impactos nocivos à concorrência os diferentes atores que a ela são ligados (como os órgãos governamentais envolvidos e os agentes privados que atuam no segmento), buscando por soluções que necessariamente implicam numa colaboração com outros entes para se tornarem de fato efetivas. Pastore elencou essa necessidade de articulação institucional como um dos elementos a serem desenvolvidos na SEAE naquele período pré-reformulação do SBDC, apontando inclusive que o contato com órgãos nas diferentes esferas administrativas e instâncias da federação poderiam garantir que os serviços da secretaria alcançasse os mais variados ambientes.³⁰

²⁵ Tais considerações a respeito das competências dos Detrans revelam-se importantes, pois a SEAE dedicou parte das manifestações justamente para apontar vícios de legalidade das normas expedidas, por incompetência dos Detrans para limitar a atividade de particulares sem autorização legislativa. Disponível em Nota Técnica 06252/DF COGUN/SEAE/MF, fl. 05.

²⁶ Portarias nº 805/08-GDG e nº 382/13-GDG expedidas pelo Detran/MA e Portaria nº 381/2012/GP/DETRAN/MT.

²⁷ Lei Estadual nº 3.497/2008.

²⁸ Decreto Estadual nº 45.762/2011 e a Portaria Detran/MG nº 353/2012.

²⁹ Essa diversidade de agentes também foi objeto de análise da SEAE, no sentido de discutir a legalidade de atos emanados de entes estaduais, numa possível invasão de competências reservadas à União.

Os textos analisados pela secretaria estabelecem a limitação da quantidade de CFC's com base no número de eleitores dos municípios integrantes do estado, como por exemplo, a proporção de um CFC para cada 10 mil eleitores (MS) ou até dois CFC's para municípios que contarem com no máximo 40 mil eleitores (MT). A partir disso, a SEAE identificou que tais normas criam barreiras à entrada no mercado de CFC's, ao estabelecer uma limitação geográfica do número de credenciados para a prestação do serviço em questão. Por fim, vale destacar que além da restrição à quantidade de CFC's, as normas referentes aos estados do Maranhão e Mato Grosso do Sul contam também com outras regulações específicas que a secretaria igualmente identificou como prejudiciais à concorrência, incluindo as mesmas no objeto das manifestações³¹.

6.3 Análise dos impactos à concorrência

A avaliação das prováveis consequências das normas expedidas para a competição no mercado de prestação de serviços dos CFC's foi feita com base na metodologia desenvolvida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³². Tal metodologia consiste num conjunto de questões que devem ser verificadas quando se trata de analisar o impacto de políticas públicas sobre a concorrência, visto que tais impactos podem ocorrer através de quatro efeitos:

1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores:

- i) Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
- ii) Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de atividade;
- iii) Limitar a certo tipo de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
- iv) Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída do mercado;
- v) Criar uma barreira geográfica à capacidade das empresas para fornecerem bens, serviços ou mão de obra, ou para realizarem investimentos.

2º efeito - limitação da capacidade dos fornecedores de competirem entre si:

- i) Limitar a capacidade dos vendedores para fixar os preços de bens ou serviços;
- ii) Limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços;
- iii) Fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou fixar padrões de qualidade que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados;

³⁰ PASTORE, Ricardo Ferreira. *Advocacia da concorrência no Brasil*. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p. 42.

³¹ O Detran/MA também suspendeu os pedidos de credenciamento de CFC's, exceto em situações excepcionais. Por sua vez, a Lei Estadual do Mato Grosso do Sul também determina que sejam elaboradas planilhas de custo dos serviços prestados por CFC's, por parte do departamento de trânsito, para informar aos consumidores a respeito dos preços praticados, o que pode implicar no tabelamento de preços.

³²Referência: OCDE (2011). *Guia de Avaliação da Concorrência*. Versão 2.0. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>. Acesso em 06.03.2015

iv) Aumentar significativamente o custo de produção para alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos novos concorrentes).

3º efeito - diminuição do incentivo aos fornecedores para competirem:

- i) Estabelecer um regime de auto-regulação ou de co-regulação;
- ii) Exigir ou estimular a publicação de dados sobre quantidades de produção, preços, vendas ou custos das empresas;
- iii) Isentar um determinado sector ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral de concorrência.

4º efeito - limitação das opções dos clientes e da informação disponível:

- i) Limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor;
- ii) Reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços através do aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores;
- iii) Alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência.

A utilização de critérios objetivos para a identificação de infrações concorrenciais por meio de políticas públicas é uma interessante medida adotada pela SEAE, expondo de forma clara aos agentes envolvidos quais os efeitos indesejados e em que medida eles ocorrem naquela determinada situação, facilitando, portanto, a busca por soluções. Na mesma medida, assim como ocorre no meio judiciário ou até mesmo no CADE, a utilização de critérios objetivos permite a construção de uma espécie de jurisprudência da advocacia da concorrência, permitindo que terceiros não envolvidos na situação concreta possam identificar os elementos considerados pela secretaria e, a partir disso, pautar suas futuras ações independentemente de uma participação da mesma, contribuindo, portanto, para o fortalecimento de uma cultura da concorrência.

Por fim, é válido apontar a importância do uso de critérios estabelecidos em âmbito internacional para a identificação de infrações concorrenciais, visto que isso é um indicativo de esforço entre as diversas autoridades da concorrência do mundo para alcançar padrões de análise a partir de experiências de cada país, o que somente tende a reforçar a efetividade de seu uso. Ademais, a respeito da colaboração internacional para a prática da advocacia da concorrência, o *Advocacy Working Group (AWG)*, um dos grupos de trabalho que compõem a *International Competition Network (ICN)*, uma espécie de associação internacional de autoridades da concorrência que visa o desenvolvimento de políticas concorrenciais, da qual o Brasil é integrante, conta com diversas produções a respeito da importância da prática da advocacia e meios de torná-la mais efetiva. Em 2014 foram elaboradas recomendações para a prática de “avaliação da concorrência” (*competition assessment*)³³, que pode ser entendida

³³ O documento de recomendações define “avaliação da concorrência” da seguinte maneira: “a “*competition assessment*” occurs when, either at a policymakers’ request, or of its own initiative, a competition agency or another government body evaluates the competitive effects of a proposed or existing policy. Through the competition assessment, competition agencies can urge policymakers to consider the policy’s likely impact on competition, identify whether justifications exist for any restrictions on competition, and assess whether less

como a denominação para a vertente da advocacia que se destina à análise de práticas governamentais em busca de possíveis infrações concorrenciais, na qual o AWG traça uma série de sugestões para que a autoridade da concorrência possa de fato atuar nesse âmbito, como a importância das relações institucionais com os órgãos públicos, elemento que, conforme visto, já é considerado pela SEAE³⁴. Nesse sentido, o diálogo com práticas e sugestões internacionais é mais uma indicação de que a atividade da advocacia da concorrência tem como fator essencial o trabalho conjunto entre diversos agentes, visto que a ideia de promoção de uma cultura da concorrência necessariamente depende de uma diversidade de conhecimentos a esse respeito, a fim de que sua implementação seja feita de forma mais completa possível.

Retomando a análise, a partir de tais critérios a SEAE concluiu nas manifestações que a iniciativa de restrição da quantidade de CFC's em virtude do número de eleitores locais reduz a concorrência no setor, por criar barreiras geográficas para as empresas fornecerem bens ou serviços (item v do 1º efeito), conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens e serviços (item i do 1º efeito) e limitar as opções dos clientes, reduzindo a capacidade dos consumidores de escolherem seu fornecedor (item i do 4º efeito). Complementou-se a análise com a consideração de que tais normas impactam no fato do mercado de CFC's contar com características concorrenciais, no qual as empresas ofertam serviços aos clientes considerando variáveis, tais como preço, quantidade de oferta e qualidade do serviço prestado. Assim, limitações da quantidade de prestadores reduzem a competição no mercado, favorecendo a permanência de firmas menos eficientes e pouco inovadoras, implicando em prejuízo para os consumidores.³⁵ A secretaria apontou ainda que o principal fundamento do modelo de credenciamento de prestadores de serviços junto a órgãos públicos é o fato de que qualquer prestador que cumprir os requisitos para o funcionamento deve ser credenciado para fazê-lo. Nesse sentido, atendidos os requisitos, a imposição de restrições à entrada no mercado de CFC's feriria também o princípio do credenciamento.³⁶

A SEAE inclusive realizou uma análise das possíveis duas justificativas dos agentes responsáveis para a implementação de tal limitação. A primeira seria que a limitação protegeria os empreendedores do ramo de uma competição predatória e injusta, permitindo a delimitação

restrictive alternatives would achieve the intended public policy goal. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc978.pdf>, p. 01. Acessado em 19.04.2015

³⁴ A esse respeito, o documento dispõe que relações institucionais com outros órgãos públicos permitem uma série de possibilidades para a prática de “*competition assessment*”, como a identificação precoce de políticas que carecem de intervenção e o monitoramento de setores que futuramente precisarão ser analisados. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc978.pdf>, p. 05-06. Acessado em 19.04.2015

³⁵ Nota Técnica 06252/DF COGUN/SEAE/MF, fl. 08.

³⁶ Nota Técnica 06252/DF COGUN/SEAE/MF, fl. 11.

do mercado de cada CFC e garantindo a manutenção de serviços e empregos. A segunda possível justificativa seria o fato de que a garantia de mercado contribuiria para a oferta de um serviço de qualidade à população, visto que os empresários saberiam que haveria retorno garantido por conta da reserva de mercado. A secretaria refuta as duas justificativas, se valendo dos benefícios resultantes da livre concorrência e livre iniciativa para destacar a maior variedade de produtos, menores preços e desenvolvimento de tecnologias, além de destacar que a própria Resolução nº 358/2010 do Contran já é suficiente para garantir uma qualidade mínima aos serviços prestados pelos CFC's.

6.4 Considerações sobre possíveis opções regulatórias

Expostas as infrações e a falta de justificativa para os danos concorrências que as normas em questão geram, a SEAE passou para uma segunda etapa da atividade da advocacia da concorrência, sugerindo alternativas que impliquem em políticas regulatórias que não infrinjam o sistema concorrencial. No caso em questão, buscou-se traçar um aperfeiçoamento dos dispositivos com base na ampliação da concorrência no mercado de CFC's, sugerindo-se a permissão do credenciamento de CFC's sem qualquer tipo de restrição pelo número de eleitores, com amparo somente nas regras mínimas de credenciamento estabelecidas pelo Denatran e Detrans e em consonância com a prática de preços livres de mercado, o que permitiria que somente as empresas mais eficientes e que melhor atendem seus clientes permaneçam no mercado, reforçando a importância de uma fiscalização eficiente por parte das autoridades.

Nesse sentido, a SEAE completou sua função de promover a concorrência no setor de CFC's, expondo aos responsáveis por sua regulação quais as falhas de suas condutas e expondo alternativas para adequá-las a um ambiente competitivo. É preciso ter em vista que, em virtude do caráter consultivo das manifestações da secretaria, cabe agora aos órgãos competentes a análise dos argumentos levantados e a partir disso inserir tais preocupações e sugestões em eventuais reformas normativas. No caso em específico, é possível imaginar que o fechamento de mercado do setor conta com o apoio de determinados setores, especialmente das instituições que já estão inseridas na prestação do serviço, sendo, portanto, responsabilidade do órgão público a devida análise de todos os fatores envolvidos e a partir disso concluir pela necessidade, ou não, de implementação de medidas pró-concorrenciais. A esse respeito, o caráter objetivo e claro da manifestação da SEAE reforça a ideia de que a adoção de suas sugestões somente tende a gerar benefícios à sociedade.

7. Conclusão: A Advocacia da Concorrência como instrumento do direito da concorrência e próximos passos a serem tomados

O direito da concorrência encontra na advocacia da concorrência um importante instrumento de promoção e fortalecimento de suas tutelas e práticas. Se com a reestruturação do SBDC competiu ao CADE uma atuação mais efetiva, num sentido de possibilidade de imposição de medidas, para apreciação de atos de concentração ou investigação e julgamento de condutas infratoras à ordem econômica, a SEAE, ao praticar a advocacia da concorrência, desempenha a importante função de promover conhecimentos e práticas que visam a construção e fortalecimento de uma cultura concorrencial no país, contando para isso, com o amparo legal oferecido pela lei nº 12.529/11. A tendência é que a função da secretaria ganhe cada vez mais importância e destaque, visto que estará sendo fortalecida uma cultura da concorrência e a percepção de que a atuação do SBDC para a garantia de um ambiente concorrencial não necessariamente deve se dar primordialmente por meio das funções de *enforcement*, mas também por meio das diversas possibilidades de atuação à disposição da advocacia da concorrência.

Considerando que um dos principais meios que a SEAE adota para promover a defesa da concorrência é a sua atuação perante agentes integrantes da Administração Pública através da identificação e propositura de alterações de normas que infringem preceitos concorrenciais, tem-se nessa atividade um forte potencial de, ao longo do tempo, construir-se uma relação de parceria institucional em que políticas e regulações vão sendo construídas de maneira conjunta, levando-se em conta aspectos concorrenciais e meios de evitar prejuízos a eles. Se o caráter consultivo e não vinculativo da atuação da SEAE pode parecer negativo ou positivo, a depender dos argumentos que se escolhe, de toda maneira buscou-se demonstrar que essa prática ganha ainda mais relevância quando se trata de setores regulados ou com atuação do Estado, nas quais se afasta a atuação do CADE para eventual controle, tornando a advocacia da concorrência o principal meio de implementação de princípios concorrenciais nos mesmos.

A exposição dos casos de normas que limitam a quantidade de CFC's em alguns estados, nos quais a SEAE manifestou-se pela sua revogação tendo em vista os prejuízos concorrenciais que causam e sugeriu alterações para a garantia da livre concorrência, demonstrou como funciona na prática a defesa da concorrência, expondo a estruturação de análise e a importância do diálogo institucional e da utilização de quesitos objetivos para

identificar as infrações. Uma segunda etapa para complementar esse estudo está em buscar mapear os efeitos que as manifestações da SEAE tem gerado nos setores por ela alcançados, para, desse modo, ser possível traçar uma espécie de linha de construção da cultura da concorrência no Brasil. Ademais, buscou-se expor que a prática da advocacia da concorrência somente tende a se reforçar com o diálogo internacional junto a outras autoridades da concorrência, sendo que nesse sentido, a verificação do “Plano de trabalho” (*Draft Work Plan*) elaborado pelo AWG para o período de 2014-2017 permite concluir que a intenção é que tais relações sejam intensificadas, com compartilhamento de experiências dos agentes e produção de documentos que sirvam de ferramenta para o aprimoramento da prática³⁷.

Por fim, um ponto bastante pertinente que este artigo revelou indica que, ao mesmo tempo em que a advocacia da concorrência desempenha uma função essencial ao promover a defesa da concorrência junto a agentes econômicos, não se deve desconsiderar que, ao menos numa análise de textos legais e feitos passados, o Brasil ainda precisa desenvolver de forma mais efetiva a advocacia da concorrência que visa a promoção da cultura da concorrência entre os cidadãos em geral. A proximidade do direito da concorrência com a população só tende a gerar efeitos positivos, capacitando um indivíduo não só a identificar condutas que podem infringir normas concorrenciais, mas também, e talvez principalmente, a fiscalizar e cobrar a atuação de autoridades para a implementação de práticas concorrenciais eficientes, que, ao fim, significarão benefícios a ele próprio. Talvez se tomando como modelo o esforço existente para a propagação do direito do consumidor, a advocacia da concorrência possa alcançar outros meios que não somente o setor corporativo, ampliando seus efeitos e conseqüentemente se fortalecendo.

8. Referências bibliográficas

“2014-2017 Advocacy Working Group Work Plan”, ICN, 2014. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc977.pdf>.

PASTORE, Ricardo Ferreira. “Advocacia da concorrência no Brasil”. In: ZANOTTA, Pedro (Org.). *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008. p.21 - 48.

³⁷ O documento estabelece como metas de longo prazo do AWG: “1. Provide a forum for ICN members to share their experiences and specific practices in the area of competition advocacy; 2. Provide practical tools and guidance in order to improve the effectiveness of members’ advocacy activities; 3. Promote the use of the ICN’s existing work products and tools in the area of competition advocacy”. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc977.pdf>. Acessado em 19.04.2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. “Análise Econômica da Regulação: o papel da Advocacia da Concorrência”. In *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers* (2007). Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/1.

“*Recommended Practices on Competition Assessment*”, ICN, 2014. Disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc978.pdf>.

SAAD, Andreia. “Preços excessivos "puros" na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência”. *Revista do IBRAC:(Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo)*, São Paulo, v. 22, p.249 - 275, jul./dez. 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiro Editores, 2013.

“*Policy Roundtables. – Promoting Compliance with Competition Law*”, OECD, 2012. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>.

NT-06250/2014/DF COGUN/SEAE/MF

NT-06251/2014/DF COGUN/SEAE/MF

NT-06252/2014/DF COGUN/SEAE/MF

NT-06253/2014/DF COGUN/SEAE/MF